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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

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

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2025

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. 4/2025

SOMMARIO

1. **Il turismo tra competenza statale e non statale.**
di Francesco Manganaro……..pag. 1555

2. **Aggregazioni culturali e aree svantaggiate nell'ordinamento italiano.**
di Francesco Rota…….....pag. 1567

3. **Il trentennale della legge della Sassonia sulle aree culturali ed il modello tedesco di federalismo culturale.**
di Luigi Ferrara……..pag. 1579

4. **Tecnocrazia e "amministrativizzazione" dell'ecosistema digitale: un'endiadi possibile.**
di Mariaconcetta D'Arienzo e Vincenzo Visone……pag. 1622
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

5. **Nuove tecnologie e pubblica amministrazione: Una rilettura alla luce del principio personalistico.**
di Clara Napolitano……pag. 1647
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

ISSN 2036-7821

6. **Il ruolo delle istituzioni informali nelle politiche di inclusione.**
di Renato Briganti e Gianluca Gherardi……..pag. 1670

7. **Brevi riflessioni sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale da parte del giurista.**
di Giovanni Martini……pag. 1683
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

8. **La tutela dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione. Il caso della ripetizione dell'indebito retributivo da parte della p.a..**
di Sonia Caldarelli……pag. 1710

9. **Dal mito della rotazione alla rotazione mite.**
di Francesco Armenante……pag. 1742

10. **Whistleblowing e trasparenza: due 'opposti' che, talora, si attraggono.**
di Federica Lombardi……...pag. 1774

11. **Rilievo processuale del difetto di giurisdizione e sindacabilità delle relative questioni nell'ottica del processo amministrativo: con particolare riguardo al 'regolamento preventivo'.**
di Paolo Cotza…….....pag. 1791

ISSN 2036-7821

12. **Islam & Fashion: a modesty-driven combination.**
di Anna Marotta……pag. 1874

13. **Una funzione in cerca di procedimento. Rigenerazione urbana, modelli decisionali e tutela degli interessi diffusi.**
di Bruno Mercurio……pag. 1893

14. **Sicurezza urbana, nuove tecnologie e protezione dei dati personali.**
di Marta Maurino……...pag. 1908
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

15. **La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos en el modelo de administración y gestión pública para resultados.**
di Giuseppina Lofaro……pag. 1938

16. **Direttiva UE in materia di lavoro tramite piattaforme digitali: prime riflessioni in vista del recepimento in Italia.**
di Gabriele Fava……..pag. 1954
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

17. **Considerazioni sulla natura giuridica della legittimazione ad agire delle pubbliche amministrazioni.**
di Marco Ciracì……pag. 1963

18. **Il rapporto di lavoro subordinato in ambito sportivo.**
di Gianmaria Piccioli……..pag. 1991

ISSN 2036-7821

19. **La questione della ribassabilità o meno dei costi della manodopera dall'importo posto a base di gara nella giurisprudenza formatasi alla luce del d.lgs. n. 36 del 2023.**
di Roberto Musone……pag. 2007

20. **Innovazione tecnologica e contrasto alle operazioni di riciclaggio di denaro: l'utilizzo dell'intelligenza artificiale per la rilevazione delle attività illecite.**
di Carmen Fiore……pag. 2032
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

21. **Il carattere dei veti comunali nei procedimenti conferenziali vòlti all'infrastrutturazione del territorio: una questione in continuo divenire.**
di Francesco Albione……..pag. 2058

22. **Disciplina europea in materia di intelligenza artificiale e spazi di sperimentazione normativa**.
di Alessandro Chiappini……..pag. 2080
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

23. **Le nuove regole per il reclutamento dei docenti universitari: passo avanti o involuzione per il sistema?**
di Sergio Pignataro……pag. 2100

ISSN 2036-7821

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il turismo tra competenza statale e non statale

di Francesco Manganaro

(Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università *Mediterranea* di Reggio Calabria)

Sommario

1. Premessa; 2. L'originaria competenza ripartita Stato ed enti locali; 3. Il turismo nella Costituzione del 1948; 4. La nuova disciplina introdotta dalla riforma costituzionale del 2001; 5. Le modificazioni nel sistema del riparto verticale; 5.1 La chiamata in sussidiarietà nella giurisprudenza costituzionale; 5.2 La pluralità di interessi tutelati nella materia turismo; 6. Il controverso riparto orizzontale tra organi statali.

Abstract

This paper analyzes the controversial division of administrative competence in tourism, both from a vertical perspective, involving the relationships between the State, Regions, and local authorities, and from a horizontal perspective, involving the division of responsibilities among the same state bodies. The complexity of the issue is due to the multifaceted nature of tourism, which encompasses several other areas, such as environmental and cultural heritage protection, territorial planning and infrastructure, economic development, and competition protection.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Il turismo è materia complessa, che contiene in sé una pluralità di interessi e perciò aperta all'intervento di una molteplicità di attori istituzionali, tanto da sfuggire alla possibilità di essere regolata e amministrata da un unico centro presso qualunque livello di governo nazionale o locale.

Di recente, nella specifica voce dell'Enciclopedia del diritto, Carla Barbati afferma che <<il turismo appartiene a quegli ambiti di intervento pubblico costantemente sfuggiti alla capacità definitoria dei legislatori. Gli sforzi compiuti per determinarne i contenuti e tracciarne i confini sono stati più volte indeboliti e pressoché vanificati dalle continue trasformazioni delle forme in cui si svolge e delle loro rilevanze>>[1].

Non si tratta di un caso isolato, perché, come è noto, molte materie oggetto di regolazione pubblica possono comprendere una pluralità di interessi, oggetto di normative differenziate, basti pensare all'ambiente o ai beni culturali[2].

Tuttavia, la storia istituzionale della materia turismo si presenta particolarmente aggrovigliata, in un complesso rapporto tra diversi soggetti pubblici e privati a cui, come vedremo, vengono attribuite funzioni tra loro interferenti.

Ad aggravare la specifica situazione è un certo disinteresse del legislatore per una materia ritenuta marginale, ma che, invece, acquisisce nel tempo un ruolo fondamentale nella vita sociale e nel dibattito pubblico per aspetti fondamentali che riguardano, ad esempio, l'assetto urbanistico, la tutela dei beni culturali, la disciplina dei contratti brevi anche a fronte del fenomeno dell'*over tourism*.

Perciò, l'intreccio di competenze si presenta assai complesso e va studiato sotto due diversi profili: a) il riparto verticale tra Stato, Regioni ed enti locali; b) il riparto orizzontale tra i diversi Ministeri o enti pubblici a livello statale.

È bene segnalare che si tratta di rapporti ancora oggetto di una disciplina sovrapposta e contraddittoria e di una effettiva attuazione ancora più incerta.

2. L'originaria competenza ripartita Stato ed enti locali

Il primo rapporto tra centro e periferia in materia di turismo si realizza negli anni Venti del Novecento, con la contemporanea creazione di enti statali e di aziende locali.

A livello nazionale, con il r.d.l. 12 ottobre 1919, n. 2099, convertito con l. 7 aprile 1921, n. 610, viene istituito l'Ente nazionale italiano per il turismo (ENIT), un ente statale

[1] C. Barbati, voce *Turismo*, in *Enc. del Dir. - I tematici* III, *Funzioni amministrative*, diretto da B.G. Mattarella e M. Ramajoli, Milano, 2022, 1211 ss. Si veda anche: F. Tedeschini, *Turismo e spettacolo (amministrazione centrale e locale)*, in *Enc. del Dir.*, 1992, XLV, 296 ss. Sul tema, di recente, L. Giani (a cura di), *Turismo e territori. Problemi e prospettive per lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2024.

[2] R. Santagata, *Diritto del turismo*, Milano, 2025; M.P. Vipiana, *Diritto pubblico del turismo*, Pisa, 2020; A. Cicchetti, M. Gola, A. Zito, *Amministrazione pubblica e mercato del turismo*, Santarcangelo di Romagna, 2012; M. Gola, T. Groppi, *Diritto pubblico del turismo*, Santarcangelo di Romagna, 2005.

ISSN 2036-7821

che, come vedremo, è ancora attivo ed a cui vengono affidati compiti relativi all'organizzazione ed al coordinamento delle attività turistiche, nonché un significativo ruolo promozionale del settore.
A livello locale, pochi anni dopo, il r.d.l. 15 aprile 1926, n. 765 istituisce le Stazioni di cura, di soggiorno o di turismo, come aziende autonome di quei Comuni o consorzi comunali ove vi sia <<il concorso di forestieri in tutte od in alcune stagioni dell'anno>>. Si specifica che questa Azienda autonoma è persona giuridica distinta dal Comune (art. 2), che può finanziarsi chiedendo ad esso di istituire, a proprio vantaggio, un'imposta di soggiorno o anche un contributo speciale dovuto da tutti coloro i quali, per l'esercizio di commerci, industrie, professioni e uffici, traggono vantaggi economici particolari dall'esistenza della stazione di cura, di soggiorno o di turismo (artt. 13 -14).
Tra l'ENIT e le Aziende autonome locali si crea un rapporto di para-subordinazione, nel senso che viene previsto che l'ente statale coordini le aziende locali, anche se di fatto le Aziende autonome locali mantengono una loro autonomia, anche perché la loro presenza sul territorio è più vicina rispetto agli interessi da tutelare di quanto non sia un ente statale.
Un secondo rapporto Stato – enti locali si consolida tra il Commissariato statale per il turismo e gli Enti provinciali per il turismo.
Il Commissariato viene istituito, dopo la grande crisi economica del 1929, con il r.d.l. 23 marzo 1931 n. 371, allo scopo di rafforzare le imprese turistiche attraverso politiche gestite direttamente a livello governativo. Spetta al Commissariato dirigere e coordinare tutte le attività concernenti il turismo; promuoverne lo sviluppo e vigilare su tutti gli enti, istituti, organizzazioni e comitati che svolgono azione in questo ambito. Più tardi, il Commissariato sarà inserito nella direzione generale del turismo e, ancora dopo, nel 1959, nel nuovo Ministero dello sport, turismo e spettacolo.
Qualche anno più tardi rispetto alla istituzione del Commissariato, il r.d.l. 20 giugno 1935 n. 1425, convertito nella legge 3 febbraio 1936, n. 413, crea gli Enti provinciali per il turismo (EPT), che hanno sede in ciascun capoluogo di provincia, ma sono sottoposti alla vigilanza del citato Commissariato. Il loro compito è quello di svolgere tutte le attività necessarie per <<promuovere e incrementare il movimento dei forestieri>>, realizzando iniziative e manifestazioni tese alla valorizzazione ed alla promozione della conoscenza delle risorse territoriali. Ad essi viene anche affidato il compito di coordinare le attività dei vari enti che, a livello locale, curano interessi del settore turistico, tra i quali le già citate Aziende autonome di cura, soggiorno e turismo e le Pro-loco.
È chiaro, già da questa remota disciplina, che il dualismo e la sovrapposizione tra enti od organi statali (ENIT e Commissariato) e non statali (Aziende di cura,

ISSN 2036-7821

soggiorno e turismo ed Enti provinciali del Turismo), costituisce una caratteristica essenziale di tutta la disciplina in materia di turismo.

3. Il turismo nella Costituzione del 1948

La ripartizione verticale della materia trova sua nuova disciplina nella Costituzione del 1948, che inserisce ora la materia "turismo ed industria alberghiera" nell'elencazione delle competenze legislative regionali ripartite, tutte soggette, ai sensi dell'art. 117 Cost., al rispetto dei principi fondamentali posti dal legislatore statale.

La specifica formula utilizzata dal Costituente potrebbe indurre a ritenere che si tratti di due ambiti materiali distinti, ma la dottrina e la giurisprudenza, nella loro opera interpretativa, concordano nel ritenere che l'ambito materiale del turismo comprenda anche l'industria alberghiera e che questa, dunque, sia solo una specificazione della più generale materia[3].

Invero, come è noto, la regionalizzazione del turismo, come di tutte le materie a competenza ripartita tra Stato e Regioni, tarda a compiersi. Una prima regionalizzazione si ha con la costituzione delle Regioni nel 1970, ma, soprattutto, con il conseguente trasferimento delle funzioni attuato con il dpr 616 del 1977, che, all'art. 56, prevede il trasferimento di tutti i servizi e le strutture riguardanti l'organizzazione e lo sviluppo del turismo regionale, lasciando allo Stato solo le funzioni relative ai rapporti internazionali della materia.

Tale disposizione non trova effettiva attuazione per l'ostracismo del governo centrale, che mantiene le funzioni degli apparati già esistenti a livello centrale, anche perché, nel frattempo, viene istituito il Ministero per il turismo e lo spettacolo con la l. 31 luglio 1959, n. 617, che assume tutte le funzioni di controllo anche sugli Enti provinciali per il turismo.

La disciplina in materia continua a rimanere ancorata a un modello istituzionale piuttosto rigido e centralizzato: permangono, infatti, vincoli derivanti dalla pregressa organizzazione statale, come, ad esempio, i pareri di competenza del Ministero delle

[3] P. Tacchi, voce *Turismo, Diritto pubblico*, in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1994, vol. XXXVI, 1 ss. Sul punto, più in generale: C. Losavio, *La fragile residualità della materia "turismo": un difficile equilibrio di competenze tra Stato e Regioni*, in *Italian Papers On Federalism*, 2, 2020; D. Bessi, *Il* turismo e le interferenze interordinamentali (legittime o legittimate) degli atti regolamentari: la Corte adotta due pesi e due misure!, in *Forum* di Quaderni Costituzionali, 2007, 3 ss.; E. A. Imparato, La poliedrica materia 'turismo' nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale: confusi 'balletti' definitori e di competenza nei mutamenti del fenomeno, in S. Mangiameli (a cura di), *Il* regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma, vol. II, Milano, 2012, 295; E. Affannato, *Il riparto delle competenze tra lo stato, le regioni e gli enti locali in materia di titolarità e gestione dei porti turistici*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, X, 2012, 67 ss.; L. Grimaldi, *La potestà legislativa regionale in materia di turismo nella Costituzione (prima e dopo il 2001), nella giurisprudenza costituzionale e nel progetto di riforma "Renzi-Boschi*, in *www.dirittifondamentali.it*, 22 dicembre 2015; S. Sergio, *Il turismo culturale fra competenze legislative e funzioni amministrative*, in *Riv. Scienze Turistiche*, 7, 2016, 5.

ISSN 2036-7821

Finanze, e così, nei fatti, le Regioni restano escluse da determinate attività di programmazione e promozione del turismo.
Questa anomala evoluzione normativa viene sottolineata dalla stessa Corte costituzionale che, nella sentenza n. 70 del 1981, censura proprio la preponderanza eccessiva dello Stato, tale da soffocare le competenze regionali, sino a comprimere anche, per attrazione, la competenza regionale in materie attigue, come fiere e mercati, acque minerali e termali, urbanistica.
Solo con la legge quadro sul turismo n. 217 del 17 maggio 1983 il legislatore nazionale adegua la legislazione al dettato costituzionale, limitandosi ad indicare i principi generali del settore e lasciando, così, alle Regioni ed agli EPT il coordinamento e l'attuazione delle attività turistiche.
Invero, attraverso l'attività di coordinamento, il Ministero continua a mantenere il controllo sulle attività turistiche, eccedendo dai limiti voluti dallo stesso legislatore statale. Cosicché nove Consigli regionali propongono un referendum per l'abolizione del Ministero del turismo e dello spettacolo, il cui esito positivo comporta la soppressione del Ministero il 18 aprile 1983.
Di conseguenza, il d.l. n. 273 del 1993 attribuisce alle Regioni tutte le funzioni amministrative in materia turistica, prima gestite dal soppresso Ministero, ad eccezione delle competenze espressamente attribuite all'amministrazione centrale[4].
Invero, avendo trattenuto tali competenze di ordine generale, il governo non rinuncia del tutto a regolare il settore turistico. Non essendoci più un ministero, queste funzioni vengono attribuite direttamente alla Presidenza del Consiglio dei ministri, con la nomina di un delegato al turismo individuato nel Ministro delle attività produttive.

4. La nuova disciplina introdotta dalla riforma costituzionale del 2001

Il dato normativo muta radicalmente con la riforma costituzionale del 2001. La materia turismo, che nella versione originaria dell'art. 117 compariva – come visto - tra le materie di competenza concorrente tra Stato e Regioni[5], non viene ora esplicitamente individuata nella legislazione ripartita e, perciò, viene tacitamente attribuita alla legislazione residuale regionale ai sensi art. 117, comma 4, Cost.
In questo senso si pronuncia ripetutamente la Corte costituzionale, subito dopo la riforma del 2001. La sentenza n. 197 del 2003 afferma esplicitamente che <<a decorrere dall'entrata in vigore del nuovo Titolo V della Costituzione, le Regioni ben possono esercitare in materia di turismo tutte quelle attribuzioni di cui ritengano di

[4] Più precisamente, il decreto-legge non venne convertito in legge, ma gli effetti da esso prodotti vennero fatti salvi dalla L.30 maggio 1995, n. 203.
[5] Sull'inserimento del turismo in Costituzione e i lavori dell'Assemblea costituente cfr. S. Mangiameli, *Come* risolvere un assetto oscillante e confuso tra *Stato* e Regioni: il caso del turismo, in *Italiadecide, Rapporto 20Í4 il Grand Tour* del *XXI* secolo: l'Italia e i suoi territori, Bologna, 2014, 190 ss.

ISSN 2036-7821

essere titolari, approvando una disciplina legislativa, che può anche essere sostitutiva di quella statale>>.

Nella sentenza n. 98 del 2006, la Corte costituzionale valorizza il ruolo e la competenza delle Regioni in materia di turismo, sottolineando l'importanza del principio di differenziazione di cui all'art. 118 Cost., presupposto necessario nella gestione di territori diversi, ognuno dei quali ha bisogno di regole specifiche, adatte alla complessità ed alle esigenze di ogni singola comunità territoriale.

Il riconoscimento della competenza regionale si ritrova anche nella sentenza n. 90 del 2006 della Corte costituzionale, che decide in ordine ad un conflitto di attribuzione nello specifico caso dei porti turistici, ove si afferma che spetta alla Regione e non allo Stato, e per esso al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, la competenza amministrativa relativa al rilascio di concessioni demaniali nell'ambito dei porti turistici della Regione.

Anche nella sentenza n. 214 del 2006, la Corte accoglie il ricorso della Regione Toscana, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 5 del d. l. n. 35 del 2005, che consentiva allo Stato di applicare la legge n. 443 del 2001 (c.d. legge obiettivo), in deroga alla disciplina generale, al fine di localizzare e realizzare infrastrutture pubbliche e private e insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale, senza l'intesa con la Regione.

Il quadro normativo muta radicalmente quando il legislatore nazionale emana il d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (c.d. Codice del turismo), dando tardiva attuazione alla legge delega n. 246 del 2005.

Le Regioni si rivolgono alla Corte costituzionale, che con la fondamentale sentenza n. 80/2012[6], dichiara l'illegittimità costituzionale della legge impugnata, indicando specificamente quali ambiti del turismo non possano essere sottratti alla legislazione regionale[7].

La sentenza enumera specificamente le singole attività previste dal Codice del turismo, di esclusiva competenza regionale: la classificazione delle strutture ricettive (art. 8); la classificazione e la disciplina delle strutture ricettive alberghiere e par alberghiere (art. 9); la classificazione degli standard qualitativi delle imprese turistiche ricettive (art. 10); la disciplina della pubblicità dei prezzi (art. 11); la classificazione e la disciplina delle strutture ricettive extralberghiere (art. 12); la classificazione e la disciplina delle strutture ricettive all'aperto (art. 13); la definizione

[6] Per un commento alla sentenza cfr. P. Sabbioni, *I ristretti* spazi di autonomia della lesione indiretta delle competenze regionali per violazione dell'art. 76 Cast, rispetto alla censura per lesione diretta, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2012.

[7] Il d.lgs. n. 79/2011, oltre a dare attuazione alla direttiva dell'Unione europea in tema di contratti di multiproprietà, approvava - dando seguito ad una delega del 2005 - il Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo. Sul punto: M. Malo, C. Colaluca, *Competenze normative e fonti*, in V. Franceschelli, F. Morandi (a cura di), *Manuale di diritto del turismo*, Torino, 2013, 32 ss.

ISSN 2036-7821

delle strutture ricettive di mero supporto (art. 14); la disciplina degli standard qualitativi dei servizi e delle dotazioni per la classificazione delle strutture ricettive (art. 15); la semplificazione degli adempimenti amministrativi delle strutture turistico-ricettive (art. 16); le definizioni in materia di agenzie di viaggio e turismo (art. 18); la nomina di un direttore tecnico per l'apertura di filiali, succursali e altri punti vendita di agenzie (art. 20 c. 2); la semplificazione degli adempimenti amministrativi relativi alle agenzie di viaggio e turismo (art. 21); i «sistemi turistici locali» (art. 23, c. 1-2); le agevolazioni in favore dei turisti con animali domestici al seguito (art. 30, c.1); le attività di assistenza al turista (art. 68); i reclami nei confronti delle imprese e degli operatori turistici (art. 69).

5. Le modificazioni nel sistema del riparto verticale

Nonostante il chiaro indirizzo, consolidato nelle citate sentenze della Corte costituzionale, non viene meno lo spirito accentratore che caratterizza in generale la lettura della riforma costituzionale del 2001.

Il ritorno alla preminenza della disciplina statale si sviluppa su due direttrici, una di natura generale e l'altra specifica della materia turismo.

La prima è la c.d. chiamata in sussidiarietà dovuta alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale che, come è noto, si pronuncia in generale sui rapporti tra Stato e Regioni successivamente alla riforma costituzionale del 2001.

In secondo luogo, la specifica erosione della competenza regionale in materia di turismo avviene attraverso l'individuazione di parti della materia, attribuite ad una specifica regolamentazione statale.

5.1 La chiamata in sussidiarietà nella giurisprudenza costituzionale

La c.d. chiamata in sussidiarietà è una interpretazione del riparto delle materie introdotto dalla Corte costituzionale a seguito della riforma del 2001, che ha per oggetto tutte le materie di competenza ripartita o residuale, come il turismo. Nella nota sentenza n. 303/2003, la Corte costituzionale, al fine di evitare una possibile eccessiva frammentazione del sistema, dovuto alla modifica costituzionale del 2001, introduce la cosiddetta attrazione sussidiaria.

Tale questione merita, in questa sede, un breve cenno. Nel sistema precedente alla modifica costituzionale, il riparto tra Stato e Regioni seguiva il principio del parallelismo, secondo cui l'ente che aveva potestà legislativa esercitava anche le funzioni amministrative. La riforma costituzionale del 2001 modifica tale sistema, attribuendo la funzione amministrativa in primo luogo ai Comuni e, in via sussidiaria ascendente, alla Provincia, alla Città metropolitana, alla Regione, allo Stato, mettendo così fine al citato parallelismo. La sentenza della Corte, con interpretazione creativa, ritiene, invece, che l'esigenza di un esercizio unitario delle

ISSN 2036-7821

funzioni consente all'ente a cui spetta la funzione amministrativa di attrarre nella sua competenza anche quella legislativa. Perciò, come è stato subito opportunamente rilevato <<non bisogna dunque guardare alla titolarità della potestà legislativa per sapere quale soggetto è titolare della potestà amministrativa…. ma occorre invece guardare alle funzioni amministrative e alla loro collocazione costituzionalmente regolata per sapere quale soggetto sarà titolare della potestà legislativa>>[8]. L'esigenza di evitare una dispersione dell'attività normativa e di quella amministrativa induce la Corte a ritenere che <<quando l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato>>, arrivando così alla conclusione che l'esercizio di tali attività amministrative da parte dello Stato comporta la consequenziale attribuzione ad esso anche della relativa potestà normativa.

Questa decisione incide anche in materia di turismo, in quanto la portata nazionale degli interessi economici della materia nel nostro Paese giustifica la "chiamata in sussidiarietà"[9], attribuendo preferibilmente allo Stato anche le funzioni legislative[10].

Ed infatti, l'applicazione specifica di tale criterio alla materia del turismo non tarda ad arrivare nella giurisprudenza successiva. Con la sentenza n. 90/2006 in tema di porti turistici, la Corte costituzionale, che pure in questa sentenza – come detto - annullava un atto ministeriale perché ritenuto lesivo della competenza regionale residuale in materia di turismo, afferma tuttavia che ciò <<non esclude, ovviamente, che lo Stato possa procedere, in futuro, con la necessaria partecipazione della Regione interessata, in ossequio al principio di leale collaborazione, a riconoscere a taluni porti turistici, per la loro dimensione ed importanza, carattere di rilevanza economica internazionale o di preminente interesse nazionale, che sia idoneo a giustificare la competenza legislativa ed amministrativa dello Stato su tali porti e sulle connesse aree portuali>>.

Tale decisone conferma, più in generale, che la rilevanza nazionale di un interesse è il criterio che consente di attrarre allo Stato la potestà legislativa in materia.

5.2 La pluralità di interessi tutelati nella materia turismo

L'effetto della c.d. chiamata in sussidiarietà si amplifica nella disciplina sul turismo, poiché essa è materia composita, in cui confluiscono tante altre materie attribuite alla

[8] L. Torchia, *In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà (a proposito della sentenza 303/2003 della Corte costituzionale)*, in *Astrid online*, 2003.

[9] Cfr., sul punto, F.S. Marini, C. Giunta C, Turismo, in G. Guzzetta, F.S. Marini, D. Morana (a cura di), *Le* materie di competenza regionale, Napoli, 2015, 570.

[10] Così, a più riprese, la Corte costituzionale ha sostenuto «la necessità di un intervento unitario del legislatore statale» per <<valorizzare al meglio l'attività turistica sul piano economico>> (sentenza n. 88/2007), <<per il rilievo del turismo nell'ambito dell'economia italiana e l'estrema varietà dell'offerta turistica italiana>> (sentenza n. 214/2006).

ISSN 2036-7821

legislazione statale (urbanistica, tutela dei beni culturali, concorrenza, ecc.)[11].
Non è facile, perciò, tracciare sicure linee di riparto tra Stato e Regione per la molteplicità di beni giuridici tutelabili, rinvenibili in questa materia[12]. Per questo, vengono sottratti alla competenza regionale rilevanti profili della disciplina, ove si individuino profili di connessione o sovrapposizione con materie di competenza statale[13], come nel caso della tutela della concorrenza, dell'ambiente e dei beni culturali, della disciplina delle professioni, del governo del territorio e delle infrastrutture, dei porti e degli aeroporti civili, delle grandi reti di trasporto e di navigazione, del coordinamento della finanza pubblica e della'armonizzazione dei bilanci, della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni[14].
La stessa giurisprudenza costituzionale, dopo le prime citate sentenze favorevoli alle Regioni[15], in cui il turismo era considerato una materia di competenza legislativa residuale, e dunque assegnata alle Regioni, ammette la legittimità di numerosi interventi legislativi statali che hanno ridotto significativamente la competenza legislativa regionale, rendendola una sorta di scatola vuota.
Numerose sono, infatti, le sentenze della Corte costituzionale che limitano la competenza regionale in nome della necessità di una normativa nazionale. Così, ad esempio, le professioni turistiche sono state ricondotte nella più generale materia delle professioni di competenza statale (sentenze n. 222/2008; n. 271/2009; n. 132/2010); l'organizzazione delle attività sportive[16] è confluita nella specifica materia dell'ordinamento sportivo (sentenza n. 424/2004)[17]. Più in generale, resta attribuito alla legislazione statale il largo versante del diritto privato, come, ad esempio, la disciplina dei contratti del turismo organizzato, dei contratti d'albergo, delle locazioni turistiche, del lavoro subordinato, dei contratti di trasporto, del noleggio di

[11] Secondo F.S. Marini, C. Giunta C, Turismo, in G. Guzzetta, F.S. Marini, D. Morana (a cura di), *Le* materie di competenza regionale, *cit*., 570, <<il turismo risulta essere, infatti, una delle materie residuali più "attraversate" da interventi statali>>.

[12] Cfr. P. Tacchi, voce *Turismo, Dir. Pubbl*., in *Enc. Giur. Treccani*, cit.

[13] Sul punto, E. A. Imparato, *La poliedrica materia "turismo" nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale: confusi "balletti" definitori e di competenza nei mutamenti del fenomeno*, cit.

[14] Scrive E. Diamanti, *Il* turismo, in S. Cassese (a cura di), Trattato di Diritto Amministrativo, *IV*, Milano, 2003, 3628 che sarebbe preferibile <<identificare il turismo come un fatto giuridico che dà luogo ad una serie di rapporti fra loro eterogenei, caratterizzati tutti dall'essere correlati ad un viaggio o ad un soggiorno di soggetti non residenti. È materia, quindi, strettamente connessa ad altre discipline relative a diversi settori quali quello economico, ricreativo-artistico, culturale, sanitario ed ambientale>>.

[15] M. Malo, Baricentro regionale in materia di "turismo": teoria e prassi, in ISSiRFA-CNR (a cura di), *Regioni* e attività produttive. *Rapporto sulla legislazione e sulla spesa: 2005-2007. Il punto sulle materie*, Milano, 2008.

[16] Cfr. M. Malo, C. Colaluca, *Competenze normative e fonti,* in V. Franceschelli, F. Morandi (a cura di), *Manuale di diritto del turismo,* Torino, 2013, 25.

[17] L'organizzazione delle attività sportive di base o non agonistiche e della realizzazione dei relativi impianti e attrezzature era considerata parte della materia turismo dal decreto legislativo n. 616 del 1977. Sul passaggio alla materia "ordinamento sportivo" cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 424/2004, punti 8.1 e 8.2 del considerato in diritto.

ISSN 2036-7821

autoveicoli, del diporto nautico.
La competenza statale è stata altresì affermata (Corte cost., sent. n. 140/2015), ritenendo legittimo - sul presupposto che la tutela dei beni culturali spetti allo Stato - che gli uffici territoriali del governo adottino provvedimenti per vietare usi non compatibili con le specifiche esigenze di tutela e di valorizzazione dei locali nei quali si svolgono attività di artigianato tradizionale e altre attività commerciali tradizionali, riconosciute quali espressione dell'identità culturale collettiva ai sensi delle convenzioni UNESCO.
È comunque significativo segnalare che in alcune sentenze la stessa Corte costituzionale, preso atto dell'inestricabile groviglio normativo in materia e della necessità di una tutela congiunta degli interessi pubblici, ritiene necessaria una determinazione concordata tra Stato e Regione, cosicché l'intervento del legislatore statale viene considerato legittimo solo se attuato nel rispetto della leale collaborazione[18].

6. Il controverso riparto orizzontale tra organi statali

Accertata la preminenza statale nei confronti delle Regioni in materia di turismo, bisogna accennare anche ad un "riparto orizzontale" all'interno della struttura amministrativa centrale del Governo, poiché numerose sono state le modifiche di tali strutture, con inevitabili confusioni e sovrapposizione di compiti.
A tal proposito, è sufficiente qui ricordare alcune vicende organizzative intervenute dopo la riforma costituzionale del 2001.
L' ENIT viene trasformata nel 2005 in Agenzia nazionale per il turismo[19], dal 2014 diventa un Ente pubblico economico[20] e nel 2023 una società per azioni in house del Ministero del Turismo[21].
Frattanto, nel 2006 viene istituito il Dipartimento per lo sviluppo e la competitività del turismo presso la Presidenza del Consiglio con compiti normativi, di vigilanza e di gestione in materia di beni culturali e di attività sportive. Nello stesso anno si insedia il Comitato delle politiche turistiche (già Comitato nazionale del Turismo) previsto dall'art. 12, c. 1 del d.l. n. 35 del 2005), con lo scopo di creare una regia comune delle politiche nazionali e regionali, sebbene poi la Corte costituzionale, con sent. n. 214 del 2006, ne rileva l'illegittimità costituzionale per mancanza di sussidiarietà e di coordinamento. In questo già articolato panorama si inserisce pure la previsione di un Osservatorio nazionale sul turismo[22] con compiti di analisi e

[18] In questo senso le sentenze della Corte costituzionale nn. 1 e 21 del 2016 in materia di identificazione di due particolari tipologie di strutture turistiche ricettive.
[19] D.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 maggio 2005, n. 80.
[20] D.l. 31 maggio 2014, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 29 luglio 2014, n. 106.
[21] Art. 25 del decreto-legge 22 aprile 2023 n. 44.
[22] Istituito con D.P.R. n. 207 del 6 aprile 2006.

ISSN 2036-7821

monitoraggio delle dinamiche economiche relative al fenomeno turistico.
Dopo l'emanazione del Codice del turismo del 2011, con dpcm del 21 giugno 2012, viene istituito il Dipartimento per gli Affari regionali, il turismo e lo sport, ma la pluriqualificazione della materia turismo impedisce una gestione unitaria da parte di una singola struttura statale, creando una sovrapposizione tra gli stessi organi del governo: il turismo culturale prevede un'intesa con il Ministero per i beni e le attività culturali; un'intesa con il Ministero della Sanità per il turismo termale; un'intesa con il Ministero delle infrastrutture per il piano di mobilità turistica 2017-2022. Ed anche nel PNRR si introducono misure per il turismo nel più ampio ambito della Missione 1 "Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo"[23].
La questione sembra definitivamente risolta quando il d.l. 21 settembre 2019, n. 104, adottato nell'ambito della disciplina sul riordino dei ministeri, sopprime il Ministero del turismo, ricollocando le sue funzioni presso il Ministero per i beni culturali[24].
Ed invece, a distanza di soli due anni, si perviene ad una soluzione opposta, ad ulteriore dimostrazione della variabilità della organizzazione del settore turistico. Non senza sorpresa, nell'ultimo riordino del Governo (d.l. 1° marzo 2021, n. 22, convertito in legge 22 aprile 2021, n. 55) viene di nuovo istituito il Ministero del turismo, separandoli dal Ministero dei beni culturali, cosicché pur dopo l'abolizione referendaria del 1993, viene ricostituito uno specifico Ministero del Turismo con proprie attribuzioni e competenze.
L'art. 6, c. 2 della legge, risolvendo un conflitto orizzontale interno al governo, attribuisce al nuovo Ministero le funzioni attinenti alla materia del turismo spettanti anche ad altri Ministeri o agenzie governative, mentre rimangono escluse le competenze di Regioni ed enti locali. Nasce così di nuovo un vertice politico ed amministrativo nazionale a cui spetta <<la programmazione, il coordinamento e la promozione delle politiche turistiche nazionali>>, nonché i rapporti con l'Unione europea, le Regioni e gli enti locali, in materia turistica.
Fermo restando quanto detto circa il riparto verticale tra lo Stato e le Regioni, si sviluppa ora anche una questione di riparto orizzontale all'interno del Governo tra il neo-costituito Ministero del Turismo e l'ENIT, rimasto ancora organo di coordinamento tecnico per la programmazione coordinata tra Stato e Regioni. Infatti, seppure l'ENIT, nella qualità di società in house, rimanga uno strumento per le politiche del turismo sottoposto alla vigilanza del Ministero del turismo, la specifica competenza di un ente creato nel 1919 è assai preponderante rispetto al "giovane"

[23] C. Barbati, voce *Turismo*, cit., 1223-1224.
[24] L'art. 1 del decreto-legge prevede esplicitamente che le funzioni esercitate in materia di turismo dal Ministero delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo vengano trasferite al Ministero per i beni e le attività culturali, con conseguente soppressione del relativo Dipartimento.

ISSN 2036-7821

nuovo Ministero. Cosicché l'ENIT costituisce lo snodo delle politiche pubbliche del turismo, condividendo con le Regioni e con gli Enti provinciali del Turismo strategie promozionali a livello nazionale ed internazionale.
Si noti che la costituzione del Ministero comporta, comunque, effetti anche quanto al riparto verticale. La competenza statale si rafforza ancora di più per l'introduzione da parte del Ministero di nuove disposizioni normative, come il sostegno a favore delle strutture turistiche in crisi, la definizione degli standard minimi di qualità dei servizi e delle dotazioni delle strutture ricettive al fine della loro classificazione, l'individuazione dei profili delle figure professionali, la disciplina dei titoli necessari per l'esercizio delle attività connesse al turismo.
L'analisi svolta della disciplina in materia di turismo dimostra chiaramente la frammentazione normativa e, di conseguenza, la molteplicità di soggetti statali e non statali che possono regolamentare un settore che dimostra sempre più di essere centrale nello sviluppo sociale ed economico dei territori.
È necessaria, perciò, una maggiore effettiva integrazione tra diversi soggetti regolatori, per disciplinare un settore in piena evoluzione, che richiede scelte innovative per un turismo responsabile, che coniughi ospitalità e rispetto dei territori e della loro cultura.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Aggregazioni culturali e aree svantaggiate nell'ordinamento italiano

di Francesco Rota

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

Sommario

1. Contesto. – 2. I distretti culturali nella letteratura economica (cenni). -3. I distretti culturali nella normativa e negli atti regionali (cenni). – 4. Le forme giuridiche delle aggregazioni tra disciplina generale e di settore. – 4.1 Le forme giuridiche delle aggregazioni nel Codice dei beni culturali. – 4.2 Le forme giuridiche delle aggregazioni nel Codice dei Contratti pubblici – 5. A mo' di conclusione.

Abstract

Over time, what is considered culturally significant has broadened, and the approach to cultural heritage has evolved, impacting the dynamics surrounding its specific functions. In particular, the social function of cultural upliftment for the community that cultural heritage is called upon to fulfill has shifted attention from mere passive conservation needs to a dynamic conception of protection that aims to protect cultural heritage and promote its enhancement.

At the same time, with specific reference to inland areas but with considerations that can be partially extended to different, albeit equally disadvantaged, contexts, recent studies have highlighted the obstacles to the ability to use cultural heritage effectively for policy implementation, identifying them as elements that recall fragmented ownership, inadequacy of forms of collaboration and management, poor awareness of the importance of networks, and inadequate human resources.

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

ISSN 2036-7821

1. Contesto.

Nel tempo si è registrato un ampliamento di ciò che viene considerato rilevante sotto il profilo culturale e l'approccio ai beni culturali si è evoluto, incidendo sulle dinamiche che concernono le funzioni ad essi specificamente precipue. In particolare, la funzione sociale di elevazione culturale per la collettività che i beni culturali sono chiamati ad adempiere ha spostato l'attenzione da esigenze di mera conservazione passiva ad una concezione dinamica della tutela che mira a proteggere il patrimonio culturale e a promuoverne la valorizzazione[1].

Contemporaneamente, con specifico riferimento alle aree interne ma con considerazioni che possono essere in parte estese a realtà diverse, benché comunque svantaggiate, recenti studi hanno messo in evidenza i freni alla capacità di utilizzare i beni culturali in modo efficace per la realizzazione di politiche, individuandoli in elementi che richiamano frammentazione della titolarità, inadeguatezza delle forme di collaborazione e di gestione, scarsa consapevolezza dell'importanza delle reti e inadeguatezza delle risorse umane[2].

Anche l'approccio ai beni pubblici è cambiato nel tempo, e con l'accresciuta incisività dei vincoli europei e la costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio, il bilancio si è tendenzialmente trasformato da strumento politico puro in fine da perseguire[3]. A questa evoluzione ha corrisposto una considerazione dei beni pubblici come leva finanziaria da valorizzare e mettere a frutto. Sembra trattarsi peraltro di un percorso ancora in atto: solo il 22 marzo u.s. è stato riformato l'Itas 4, prevedendo che le istituzioni culturali italiane soddisfino specifici requisiti per poter iscrivere in bilancio le loro attività. In questo modo si è generata di fatto un spinta nella direzione di un'allocazione efficiente delle risorse e, quindi verso la creazione di strategie mirate al perfezionamento dei requisiti di iscrizione in bilancio dei beni delle istituzioni culturali. L'attenzione delle amministrazioni potrebbe volgersi, in questa prospettiva, sempre più alla diversificazione delle fonti di finanziamento, inclusi

---

[1] P. PIRAS, *La "borsa dei beni culturali e del turismo sostenibile": il bene culturale quale risorsa*, in *www.aedon.it*, fasc. 3, 2002.

[2] C. VITALE, *Riuso del patrimonio culturale e sviluppo delle aree interne. Le norme e le pratiche*, in *Dir. Amm.*, fasc. 3, 2022, p. 867 ss.

[3] In questa prospettiva sembrano muoversi R. PEREZ, *Il ritorno del bilancio*, in *Il Giornale di Dir. Amm.*, fasc. n. 6, 2016, p. 758 ss., quando sostiene che il bilancio «*cessa di essere un atto che appartiene esclusivamente al Governo e al Parlamento, come scritto nella Costituzione*» ed E. D'ALTERIO, *Dietro le quinte di un potere*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 67 ss. quando afferma che «*il bilancio è un mezzo ma, al tempo stesso, è anche ormai il principale ambito di attuazione di un complesso assetto di limiti, regolati a livello europeo e nazionale*». Anche la giurisprudenza costituzionale, ha asserito che il bilancio, oltre ad essere un documento giuridico e contabile, è un atto di indirizzo politico e, dopo averlo ritenuto, nella Sentenza n. 244 del 1995, non solo uno «*strumento descrittivo di fenomeni di mera erogazione finanziaria*», ma anche un «*mezzo di configurazione unitaria degli obiettivi economico-finanziari, nel quadro degli indirizzi socio-economici elaborati dal governo ed approvati dal Parlamento*», e uno «*strumento di realizzazione di nuove funzioni di governo [...] e più in generale di politica economica e finanziaria*», ha affermato, nella Sentenza n. 184 del 2016., che il bilancio è un «*bene pubblico*».

ISSN 2036-7821

sponsorship e collaborazioni con il settore privato, al potenziamento delle attività di promozione, mirando ad una gestione (economicamente) sempre più efficiente delle risorse, al ripensamento delle modalità di fruizione del patrimonio culturale con un approccio sempre più orientato ai risultati (economici) ma anche con un possibile impulso verso nuove sinergie utili a generare nuove opportunità di sviluppo[4].

Del resto, da tempo, la dottrina ha messo in evidenza come i beni culturali, in quanto beni pubblici puri, caratterizzati dunque da non escludibilità e non rivalità, sottendono esternalità positive e negative, ma hanno richiesto nel tempo l'intervento pubblico a copertura delle inefficienze economiche[5]. Progressivamente ha iniziato a farsi strada una concezione imprenditoriale dei beni funzionale al superamento dell'idea di una loro improduttività[6] e, parte della dottrina, ha iniziato a sostenere che una gestione efficiente dei beni culturali non sia in contrasto con la realizzazione dell'ideale costituzionale[7].

Da altra prospettiva, inizia ad affermarsi l'idea di contribuire a far crescere sistemi locali di sviluppo, «*realtà caratterizzate dalla collaborazione tra gli attori pubblici e privati del territorio, da un lato, e dall'elaborazione di autonomi progetti di sviluppo, dall'altro*»[8].

Si confrontano così le due accezioni principali della valorizzazione elaborate nel tempo: la prima, riferita all'uso in chiave economica del patrimonio culturale; l'altra, all'uso o godimento pubblico del bene[9]. Da questo punto di vista sembra utile ricordare che, se si concorda con l'idea che l'aggregazione culturale dovrebbe avere come obiettivi, non solo il miglioramento dell'efficacia e dell'efficienze del processo di produzione culturale, ma anche degli impatti economici e sociali che genera sul territorio, sembra evidente che essa possa incidere sia sulla dimensione sociale della

[4] I. M. SCALISE, *La "grande bellezza" entra nei conti dello Stato,* in *La Repubblica,* 22.3.2025.

[5] F. SAITTA, *I distretti culturali,* in *Foro Amm.*, 2017, p. 1947 ss.

[6] P. PIRAS, *La "borsa dei beni culturali e del* turismo *sostenibile": il bene culturale quale risorsa*, cit.

[7] A. L. TARASCO, *La gestione dei beni culturali degli enti locali: profili di diritto dell'economia,* in *Foro Amm. - CdS,* 2006, p. 2403. Sia consentito sul punto anche il rinvio a F. Rota, Esperienze di fondazioni in ambito culturale, in G. Palma, P. Forte (a cura di), Fondazioni, Giappichelli, Torino, 2008, p. 277, secondo cui «*L'acquisizione di una prospettiva manageriale non deve essere – e non è necessariamente – causa di uno snaturamento della funzione dei beni culturali, ma permette al patrimonio culturale di svolgere al meglio le funzioni derivanti dal suo intrinseco valore*».

[8] L. ZANETTI, *Sistemi locali e investimenti culturali,* in *www.aedon.it, fasc. 2, 2003,* che evidenzia come, a partire dagli anni '90, interventi normativi sempre più organici hanno cercato di fare leva sui distretti per promuovere politiche ma senza riuscire ad evitare una certa commistione tra disciplina dei distretti industriali e di altri tipi di distretti, ivi compresi quelli culturali.

[9] C. FORTEAU, *Beni culturali e accesso alla cultura; un doppio approccio,* in *Econ. Cultura,* fasc. 2, 2006, 148; L. CASINI, *Valorizzazione e fruizione dei beni culturali*, in *Gda*, 2004, fasc. 5, G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, in www.aedon.it, fasc. 3, 2015, C. VITALE, *Riuso del patrimonio culturale e sviluppo delle aree interne. Le norme e le pratiche*, cit., p. 867 ss. E' stato peraltro segnalato in dottrina che in presenza di beni che possono generare reddito, anche prescindendo dal proprio valore culturale, la dimensione economica della valorizzazione può spingere verso una migliore fruizione. Sul punto si veda S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Gda*, 1998, p. 673. Interessante anche la prospettiva di M. DUGATO, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità pubblica*, in *Aedon*, fasc. 2, 2007.

ISSN 2036-7821

valorizzazione che su quella economica[10].
Non deve però allo stesso tempo essere dimenticato che proprio nel settore culturale il pluralismo gioca un ruolo fondamentale, poiché la «*libertà culturale come ogni libertà prospera nella diversità*» e che anche sotto questo profilo l'interazione tra privato e pubbliche amministrazioni può essere preziosa[11].

2. I distretti culturali nella letteratura economica (cenni).

Negli studi economici è frequente l'idea che i distretti culturali potessero costituire una opportunità per connettere cultura e sviluppo economico locale. In questa prospettiva, essi avrebbero potuto innescare un processo virtuoso di cooperazione territoriale, rendendo raggiungibili obiettivi che vanno oltre la valorizzazione del patrimonio culturale e consentono un miglioramento della vita, non solo sociale, ma anche economica di un territorio[12].
Gli economisti però, da un lato, non sembrano essere ancora giunti ad una definizione unitaria dei distretti e, dall'altro, hanno rilevato che i casi virtuosi non sono sempre replicabili.
Peraltro, quando si parla di *driver* culturale per lo sviluppo entra spesso in campo il turismo, indicato come possibile soluzione alle carenze di un tessuto industriale tradizionale. Ma ogni volta che si considera l'impatto del turismo sull'economia, si ha sempre l'impressione di camminare in un precario e pericoloso equilibrio tra una dimensione di "sotto utilizzo" delle risorse di un territorio, che non consente di innescare adeguate dinamiche economiche, e la complessa realtà dell'overtourism e della turistificazione, che portano con sé una serie di criticità[13].
Da un punto di vista giuridico, nell'ordinamento italiano, manca a livello statale un'adeguata definizione di distretto culturale e una conseguente regolamentazione, in grado di attivare i relativi meccanismi di identificazione, legittimazione e istituzionalizzazione[14].

---

[10] *F. G.* ALBERTI, J. D. GIUSTI, *Alla ricerca dei distretti culturali, Un'analisi critica della letteratura,* in *LIUC papers,* n. 229, serie *Management ed economia della cultura*, 2009.

[11] Così, A. PREDIERI, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, in *Riv. trim. dir. Proc. civ*., 1969, p. 1163 ss.

[12] A. HINNA, *Tipologie di distretti culturali a confronto: politiche, governo e gestione,* in *Distretti culturali, esperienze a confronto, il Capitale Culturale,* suppl. 3 del *2015*, p. 44.

[13] M. DI MASI, *Quale sostenibilità per il turismo? Prospettive critiche* in *Rivista critica del diritto privato,* fasc. 2, *2024*, p. *225 ss.*; C. BONA, "*Overtourism*" in *Il Foro italiano,* fasc. 12, 2024, 3, p. 625 ss. Per l'impatto della turistificazione sui centri storici v. N. PICA, *Attività economiche sottoposte a regolamentazione amministrativa e sharing economy. Il caso delle locazioni turistiche (cd. home sharing)*, in *IDF,* fasc. 4, 2020, p. 893 ss. Sull'uso strategico del turismo culturale per il rilancio dei borghi storici, v. E. GUARNIERI, *Ripresa e resilienza tra le vie dei borghi storici* in *Aedon,* fasc. 3, 2022, p. 129 ss.

[14] In realtà il riferimento ai distretti culturali compare nel D.P.C.M. 6 agosto 2008, "*Approvazione del programma statistico nazionale per il triennio 2008-2010*", che li ha definiti «*sistemi territoriali caratterizzati da una forte concentrazione di beni, attività produttive, imprese e servizi, legati al settore culturale al fine di fornire un'adeguata*

ISSN 2036-7821

La letteratura si riferisce a quelle che nel titolo del presente saggio sono state chiamate aggregazioni culturali con locuzioni diverse e dai significati solo a volte e in parte coincidenti. Si incontrano così espressioni diverse come "Bacini culturali", "Aree culturali", "Distretti culturali", "Ambiti culturali", espressioni che, al netto di alcune sfumature differenzianti, fanno sostanzialmente riferimento a forme di collaborazione che intercorrono tra soggetti pubblici e privati e che consentono la valorizzazione di beni culturali, riuscendo a generare un impatto economico positivo sul territorio[15].

Gli studi economici, seppur in modo non unitario, considerano tipologie differenti di distretti culturali (distretti culturali industriali, con caratteristiche molto simili a quelle dei distretti industriali; distretti culturali istituzionali, connotata dal radicamento nelle istituzioni che svolgono un importante ruolo promozionale; distretti culturali museali, con l'obiettivo di incrementare i visitatori; distretti culturali metropolitani, con spazi dedicati alle arti figurative, alla cultura e ai servizi culturali) [16].

Le maggiori criticità sembrano emergere quando si guarda alla letteratura economica per cercare di comprendere a cosa si fa riferimento quando si considera il settore culturale, quando si indaga sulla replicabilità dei modelli di successo delle aggregazioni culturali, magari in aree "svantaggiate", e quando si cercano di comprendere le caratteristiche che determinano il successo delle aggregazioni culturali in forma distrettuale[17]. Si scopre così che, da un lato, il settore culturale viene considerato in una dimensione estremamente ampia, sconfinando a volte in altre dimensioni, come quella industriale vera e propria, e, dall'altro, che elementi che favoriscono la replicabilità del modello, rafforzandone la competitività, sono fra gli altri le risorse territoriali, umane e sociali ma anche i servizi di trasporto, che incidono sull'accessibilità dei luoghi e dei servizi, la presenza di strutture e di imprese[18]. Emerge così che la possibilità di costruire un distretto competitivo passa

---

rappresentazione delle capacita`e potenzialità di sviluppo legati all'economia culturale in termini occupazionali, di dotazione di servizi, accessibilità alle aree, qualità dell'ambiente architettonico, urbanistico e paesaggistico, ricchezza dell'ambiente sociale e culturale, capacita`imprenditoriale, ecc.» e in alcune leggi regionali.

[15] Per la comparazione tra sistemi e distretti v. ad es. S. SANTAGATA, *I Distretti Culturali Museali*, Università di Torino, working paper n. 08/2022 e a F. G. ALBERTI, J. D. GIUSTI, *Alla ricerca dei distretti culturali. Un'analisi critica della letteratura*, Liuc Papers n. 229, Serie Management ed economia della cultura 2, giugno 2009, p. 20.

[16] W. SANTAGATA, *Cultural districts, Property righs and Sustainable Economic Growth*, Ebla Center Working Paper, fasc. 1, 2002.

[17] I distretti culturali industriali vengono, ad esempio, considerati da alcuni distretti industriali e non distretti culturali, anche alla luce del rilevante ruolo dei decisori pubblici nelle altre tipologie di distretti. W. SANTAGATA, *Cultural districts, Property righs and Sustainable Economic Growth*, cit.. Si veda anche P. L. SACCO, S. PEDRINI, *Il distretto culturale, mito o opportunità?*, in *Il Risparmio*, fasc. 51, 2003, p. 33, che ritengono necessarie anche una capacità imprenditoriale che generi autoorganizzazione, forme di tutela e promozione delle produzioni e della loro valenza e la capacità di entrare in reti di eccellenza produttiva di un determinato ambito.

[18] F. G. ALBERTI, J. D. GIUSTI, *Alla ricerca dei distretti culturali, Un'analisi critica della letteratura*, cit., 1 ss.

ISSN 2036-7821

per il possesso di ricchezze rilevanti e diversificate, rendendo lo strumento meno interessante e funzionale alla realizzazione di politiche di sviluppo nelle aree svantaggiate[19].

Questa considerazione esce rafforzata dai dubbi espressi in dottrina sulla possibilità per i distretti culturali di sorgere, come avviene per quelli industriali, grazie a processi spontanei di aggregazione delle imprese e ha spinto verso l'idea della necessità di una progettazione o perlomeno di un disegno che sia espressione di volontà politica, innescando anche timori connessi ad un possibile dirigismo pubblico[20]. Attenzione, questo non significa che lo strumento non possa essere usato ma che, per diventare leva funzionale alla realizzazione di politiche di coesione socioeconomica in aree marginali o svantaggiate, in molti casi esso necessiterà di una spinta anche economico finanziaria. Nulla vieta poi che ci sia un ruolo del privato che potrebbe intervenire, anche sollecitando e stimolando la volontà politica.

3. I distretti culturali nella normativa e negli atti regionali (cenni).

Le regioni hanno avuto approcci diversi ai distretti, intervenendo in alcuni casi con leggi ad hoc, inserendo in altri casi la disciplina dei distretti in atti o in documenti di programmazione e, in altri casi ancora, promuovendo distretti tecnologici e produttivi comprendenti beni culturali. Anche la terminologia utilizzata è varia e differenziata[21].

Le leggi e gli atti regionali diversificano anche le definizioni stesse di distretto culturale, facendo in alcuni casi solo riferimento ad un "*sistema territoriale definito*" o a un "*sistema di relazioni*" o ad un "*sistema di offerta*", spesso senza cercare di definire i distretti.

Sembrano ricorrere anche riferimenti al processo di "*valorizzazione delle dotazioni culturali con le infrastrutture e con gli altri settori produttivi*" [22], mentre interessanti sono quelle leggi regionali che parlano del distretto come sistema volto a sviluppare le potenzialità del territorio regionale in ambito culturale, a garantire il governo

---

[19] C. VITALE, *Riuso del patrimonio culturale e sviluppo delle aree interne. Le norme e le pratiche*, cit., p. 867 ss., evidenzia che «*il 40,0% dei musei italiani risulta localizzato in aree costituite da Comuni "intermedi", "periferici" e "ultra periferici" mentre il 26,5% di essi si trova in Comuni di cintura "periurbani"*» e che «*in questo quadro, i musei locali assumono, dunque, un ruolo centrale, soprattutto per la creazione di efficienti sistemi a rete*».

[20] F. SAITTA, *I distretti culturali*, cit., p. 1952; A. HINNA – P. SEDDIO, *Imprese, risorse e sviluppo: ipotesi e dibattito intorno ai distretti culturali*, in G. P. BARBETTA, M. CAMMELLI, S. DELLA TORRE (a cura di), *Distretti culturali: dalla teoria alla pratica*, Bologna, 2013, p. 33 e 34; S. GARDINI, *La Valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, fasc.2, 2016, p. 403.

[21] L. CERQUETTI, C. FERRARA, *Distretti culturali: percorsi evolutivi e azioni di policy a confronto*, in *Il capitale culturale*, Supplementi 3, 2015, p. 137 ss. rilevano che le locuzioni "distretto culturale" e "distretto culturale evoluto" sono quelle più utilizzate ed evidenziano che in alcuni casi all'espressione "distretto culturale" viene affiancato l'attributo "turistico" e in altri casi addirittura la locuzione "distretto turistico" si sostituisce a quella "distretto culturale" e in altri casi ancora si parli di "distretto tecnologico", "metadistretto" e "distretto produttivo".

[22] L. R. Abruzzo, n. 22 del 2005.

ISSN 2036-7821

integrato delle dinamiche di settore e a sostenere programmi di sviluppo locali, prevedendo anche bandi per i distretti culturali evoluti[23], in cui si immagina una azione strategica di sostegno a modelli di sviluppo territoriale a traino culturale in stretta integrazione tra cultura, economia, nuove tecnologie, ambiente, turismo e formazione[24].

Interessanti alcune esperienze maturate, come quella del progetto DICE, realizzato dalla Regione Veneto e dallo IUAV, che ha cercato di ridefinire distretti culturali sulla base della sostenibilità economica e della fattibilità dei progetti di sviluppo di singole aree[25].

Da questo punto di vista emerge anche un altro rischio: l'inclusione di un'area in un distretto non è neutra e può spingere la politica, anche in una dimensione integrata di considerazione degli interessi, a costruire l'area secondo determinanti non solo di fattibilità e opportunità economica ma anche di altri interessi, in primo luogo di opportunità sociale[26]. Sia chiaro, può essere in un certo senso fisiologico che la decisione politica consideri interessi sociali e non puramente economici come determinanti delle proprie scelte ed è forse indispensabile quando si guarda allo strumento in una prospettiva perequativa, ma è inevitabile che, qualora gli interessi sociali diventino prevalenti, la autonoma sostenibilità economica dell'aggregazione rischi di venir meno[27].

---

[23] Il distretto culturale evoluto si fonda sull'assunto che la cultura consenta di costruire una base di comunicazione tra i soggetti economici e sociali presenti in un determinato territorio, aiutando l'emersione delle vocazioni territoriali e favorendo lo sviluppo delle filiere produttive. La cultura in questa prospettiva diventerebbe strumento e fattore di aggregazione e sviluppo. Per un tentativo di superamento delle tesi di Santagata, v. P. L. SACCO – S. PEDRINI, *Il Distretto culturale: mito o opportunità?*, cit., p. 33. Sui distretti culturali evoluti, v. A. USAI, *Il distretto culturale evoluto*, Firenze, 2015, p. 33 e 34.

[24] L. R. Marche n. 4 del 2020, art. 21, c. 11.

[25] Il progetto è stato commissionato dalla Regione Veneto allo IUAV di Venezia e prevede attività di mappatura e ricerca. Lo studio è stato condotto sull'intero territorio regionale, sulla base del modello del distretto culturale evoluto. L'attività è svolta da un gruppo di ricerca dell'Università IUAV di Venezia condotto da Pier Luigi Sacco e combina l'individuazione dei cluster che costituiranno i nuclei dei futuri distretti del territorio regionale, la rielaborazione degli aspetti economici, sociali, culturali e di quelli legati alla pianificazione territoriale, e i dati rilevati direttamente da un gruppo di rilevazione in tutte le province, utile a comprendere la cultura in Veneto (https://www.regione.veneto.it/web/cultura/progetto-dice).

[26] F. SAITTA, *I distretti culturali,* cit., p. 1963, sottolinea un altro rischio, affermando che il processo di costituzione di un distretto potrebbe essere «*catturato dal sistema di rappresentanza locale e si esaurisca in un sistema di interventi che, anziché promuovere l'innovazione, consolidano proprio quel sistema di relazioni e quella mappa cognitiva che, nei fatti, impediscono al territorio di elaborare le proprie potenzialità*» ed evidenziando che in campo culturale questo rischio può essere più accentuato perché, privilegiando «il *politico più capace a reperire risorse e costruire consenso – sembrano premiate maggiormente le scelte più conformiste*».

[27] S. GARDINI, *La Valorizzazione integrata dei beni culturali*, cit., p. 403, sottolinea come alla bontà dei «*principi normativamente previsti non corrisponde (…) una idonea articolazione di tecniche e meccanismi attuativi: nonostante le favorevoli basi positive, le vie del consenso risultano, dunque, il più delle volte poco percorse o male utilizzate, in favore di più «confortevoli» interventi unilaterali e tradizionalmente pianificatori. Il problema, a ben vedere, prim'ancora che organizzativo, è di natura ideologica: è la radicata pretesa dirigista dello Stato*».

ISSN 2036-7821

4. Le forme giuridiche delle aggregazioni tra disciplina generale e di settore.

Le forme giuridiche delle aggregazioni sono in primo luogo rappresentate dagli strumenti consensuali di applicazione generale previsti dalla l. n. 241 del 1990, ampiamente trattati dalla dottrina[28], sui quali, per economia di lavoro, non si soffermerà l'attenzione in questa sede, se non per la dimensione di «*norma di genere*» assunta da quella disciplina nei confronti di discipline più puntuali[29].

Guardando invece alla normativa di settore, sembrano di particolare interesse la disciplina sancita dal Codice dei beni culturali e la sua interazione con quella introdotta dal Codice dei contratti pubblici.

4.1 Le forme giuridiche delle aggregazioni nel Codice dei beni culturali.

I principi fondamentali in materia, affermati dal Codice dei beni culturali, sono lo sviluppo della cultura, la sussidiarietà e il pluralismo e vengono perseguiti prioritariamente attraverso la cooperazione intersoggettiva[30].

Il nostro ordinamento sembra preferire il ricorso a soluzioni di tipo funzionale rispetto a quelle di tipo istituzionale[31]: il Codice dei beni culturali e del paesaggio prevede che lo Stato, le Regioni e gli altri enti locali possano stipulare «*accordi per definire strategie ed obiettivi comuni di valorizzazione, nonché per elaborare i conseguenti piani strategici di sviluppo culturale*»[32]. Alle attività di valorizzazione possono partecipare, sempre a norma del codice, soggetti privati, singoli o associati[33].

Certo, quanto affermato non esclude di per sé la possibilità di far sorgere attraverso specifici accordi strutture di tipo istituzionale e la novella del 2006[34] prevede

---

[28] S. AMOROSINO, *Gli accordi organizzativi tra amministrazioni,* Padova, 1984; R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1985; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa, Torino, 2001*; P. FORTE, Aggregazioni pubbliche locali, Milano, 2011. In tema di efficacia e resistenza giuridica degli accordi, sia consentito il rinvio a F. ROTA, *Appunti in tema di efficacia e resistenza giuridica degli accordi tra pubbliche amministrazioni*, in A. SANDULLI, G. PIPERATA (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo vent'anni dopo*, Napoli, 2011. Sugli accordi in generale ma con un'attenzione particolare alla programmazione negoziata v. A. CONTIERI, *La programmazione negoziata*. La consensualità per lo sviluppo, Napoli, 2000.

[29] R. FERRARA, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche,* in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 783.

[30] C. VITALE, *Riuso del patrimonio culturale e sviluppo delle aree interne. Le norme e le pratiche*, cit., p. 867 ss., ricava questa interpretazione dall'analisi delle disposizioni del Codice sul tema e sottolinea come negli anni la cooperazione sia diventata una necessità.

[31] A. L. TARASCO, *Valorizzazione dei beni culturali in appartenenza pubblica,* in *Commento all'art. 112,* in G. LEONE, A. L. TARASCO (A cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del Paesaggio*, Padova, 2006, p. 694 ss.

[32] V. art. 112, comma 4, del D. Lgs. n. 42 del 2004, Codice dei beni culturali e del paesaggio, come modificato dal d.lgs. n. 156/2006.

[33] V. art. 6, comma 3, e art. 111 del D. Lgs. n. 42 del 2004, Codice dei beni culturali e del paesaggio.

[34] G. AGATI, *Gli appalti nel settore dei beni culturali*, in G. F. CARTEI, D. IARIA (a cura di), *Codice dei Contratti pubblici,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 893, ritiene che la lettura combinata del d. lgs. 42/2004 e del Codice dei Contratti pubblici, sembra aprire alla possibilità che il partenariato assuma natura istituzionale e non meramente contrattuale.

ISSN 2036-7821

espressamente la possibilità di far nascere, in via consensuale, forme strutturali di integrazione orizzontale cui partecipino soggetti pubblici ed eventualmente anche soggetti privati[35] ma la preferenza del legislatore sembra militare per gli strumenti di tipo funzionale, tanto da aver portato parte della dottrina e ritenere assenti nel codice le forme di tipo istituzionale[36].

La scelta dello strumento consensuale sembra connesso, da un lato, alla natura policentrica del sistema e alla necessità che il principio di collaborazione consenta uno svolgimento armonico delle competenze ripartite fra i diversi livelli di governo, contribuendo a costituire un sistema integrato di valorizzazione[37] e, dall'altro, alle esigenze pluralistiche che connotano la materia[38].

È stato peraltro affermato che gli accordi in parola non sarebbero finalizzati alla mera cogestione di funzioni tra diversi livelli di governo ma alla creazione di reti di siti da valorizzare[39].

Sotto questo profilo, la formulazione originaria del Codice era stata criticata in dottrina poiché connotata da elementi dirigisti più che partecipativi e con una considerazione dimensionale inadeguata e non funzionale alla valorizzazione di ambiti omogenei locali[40]. La novella del 2006 ha rappresentato sotto questo profilo un importante avanzamento: l'individuazione del bacino culturale, dopo la riforma del 2006, non corrisponde più necessariamente al territorio regionale e consente all'amministrazione di mettere in relazione individuazione del bacino ed elementi strutturali delle attività di valorizzazione, anche generando sinergie produttive connesse alle attività economiche[41].

Certo, alcune delle scelte del codice non aiutano. È stato segnalato in dottrina che «*il Codice mostra di seguire un approccio piuttosto rigido rispetto ad alcuni passaggi della*

---

[35] G. SEVERINI, *Commento all'art. 112*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei Beni culturali e del paesaggio*, Milano, Giuffré, 2019, p. 1028, afferma che «*questi altri accordi (…) hanno un'utilità essenzialmente organizzativa, consistente nella definizione dei servizi strumentali comuni e funzionale a consentire il miglior svolgimento di attività integrate orientate alla fruizione e alla valorizzazione*».

[36] In questo senso C. VITALE, *Riuso del patrimonio culturale e sviluppo delle aree interne. Le norme e le pratiche*, cit., p. 867 ss.

[37] M. L. TORSELLO, *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio, in www.giustizia-amministrativa.it*, 2003. P. CARPENTIERI, *Commento all'art. 112*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, coordinato da R. TAMIOZZO, Milano, 2005, p. 446 ss., reputa gli strumenti di amministrazione negoziata disciplinati dal Codice utili alla realizzazione di un momento di sintesi e coordinamento, resosi necessario a causa della divaricazione tra tutela e valorizzazione.

[38] Corte cost., sent. n. 140 del 2015 e sent. n. 215 del 2016. Per la cooperazione con I soggetti privati, v. M. CAMMELLI, *Cooperazione*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2020, p. 295.

[39] P. CARPENTIERI, *Commento all'art. 112*, cit., p. 446 ss.

[40] A. FANIZZA, *Commento agli artt. 111 e 112*, in A. ANGIULI, V. CAPUTI JAMBRENGHI, (a cura di), *Commentario al Codice dei Beni culturali e del Paesaggio*, Torino, 2005, p. 281 ss. G. SEVERINI, *Commento all'art. 112*, cit., p. 1017 ss., afferma che la novella del 2006 è orientata a rimuovere tali incongruenze.

[41] Così, S. GARDINI, *La Valorizzazione integrata dei beni culturali*, cit., p. 403 ss.

ISSN 2036-7821

cooperazione» a differenza di interventi normativi più recenti che «*mostrano apertura e flessibilità maggiori*»[42].

4.2 Le forme giuridiche delle aggregazioni nel Codice dei Contratti pubblici.

L'approccio alla consensualità sposato dal codice dei beni culturali e del paesaggio risultava già poco avanzato se confrontato con la traccia seguita dal codice del Terzo settore, ma l'ingresso nell'ordinamento del partenariato speciale pubblico-privato in campo culturale ad opera del Codice dei Contratti pubblici del 2016, nonostante i problemi applicativi che ne hanno rallentato l'applicazione, ne ha rappresentato il significativo superamento[43].

Con il d. lgs. n. 36 del 2023, viene peraltro introdotto il nuovo Codice dei contratti pubblici, che, all'art. 134, disciplina contratti gratuiti e forme speciali di partenariato[44]. Il nuovo corpo normativo non risolve i dubbi sulla riconducibilità o meno del partenariato speciale alla disciplina generale comune del partenariato pubblico-privato contenuta proprio nel Codice dei Contratti pubblici ma, nonostante i dubbi e le difficoltà applicative, la dottrina segnala che la norma ha avuto «*pochi ma significativi tentativi di applicazione*»[45].

L'art. 134 del nuovo codice introduce una disciplina che si differenzia da quella del 2016 principalmente per alcuni profili che vanno in direzione di maggiori spazi di

---

[42] Così, C. VITALE, *Riuso del patrimonio culturale e sviluppo delle aree interne. Le norme e le pratiche*, cit., p. 867 ss., che sottolinea anche «*il divieto per i privati, che partecipano ai soggetti giuridici di cui all'art. 112, co. 5, di risultare concessionari ai sensi dell'art. 115; ipotesi, questa, che, al contrario, rappresenterebbe una maggiore garanzia della coerenza tra obiettivi programmati ed interventi realizzati*» e sottolinea che la Corte costituzionale, con sent. n. 131 del 26 giugno 2020, vi avrebbe letto «*una nuova forma di programmazione e progettazione "condivisa" delle attività di interesse generale (art. 5), con riguardo "agli interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale", tra l'amministrazione pubblica e soggetti del Terzo settore*».

[43] G. SCIULLO, *Il partenariato pubblico-privato in tema di patrimonio culturale dopo il Codice dei contratti*, in *Aedon*, 2021, fasc. 3. Il Codice dei contratti pubblici del 2016 introduceva una disciplina speciale per i beni culturali, consentendo di ricorrere a modi e forme innovative di partnership integrata pubblico-privata in funzione della valorizzazione del patrimonio culturale. Venivano introdotte procedure semplificate per l'individuazione di partner privati da parte delle amministrazioni pubbliche per le attività di recupero, restauro, manutenzione programmata, gestione, apertura alla pubblica fruizione e per la valorizzazione di beni culturali immobili.

[44] C. VITALE, *Riuso del patrimonio culturale e sviluppo delle aree interne. Le norme e le pratiche*, cit., p. 867 ss. rileva come, a distanza di anni dall'introduzione di questa figura nel codice, la dottrina parlava di "incertezze interpretative" e di nebulosità dell'inquadramento nel contesto più ampio del partenariato pubblico privato, disciplinato dal Codice dei Contratti pubblici. M. D'ISANTO, *Il partenariato speciale pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Aedon*, n. 2, 2022, *ritiene che "la norma si inquadra all'interno di un contesto storico in cui da una parte riemerge la necessità di ridefinire in modo nuovo la dialettica dei rapporti tra pubblico e privato ma dall'altro si evidenzia la necessità di superare l'alleggerimento dell'influenza pubblica sulla gestione del patrimonio culturale attuata proprio attraverso l'esternalizzazione dei servizi aggiuntivi che hanno spesso depauperato l'azione pubblica di competenze e capacità gestionali. Gli ultimi interventi normativi, a partire dalla Riforma del 2014, hanno infatti "insistito sulla necessità che la parte pubblica recuperi centralità dal punto di vista della programmazione e della progettazione culturale dei servizi museali"*.

[45] G. SCIULLO, *Il partenariato pubblico-privato in tema di patrimonio culturale dopo il Codice dei contratti*, in *Aedon*, 2021, 3.

ISSN 2036-7821

applicazione del partenariato collaborativo, incidendo anche sulla complessità della procedura prevista: in primo luogo, mentre il codice del 2016 riservava l'uso di questo strumento esclusivamente al MIBACT, il codice del 2023 consente il ricorso a questa forma di partenariato a Stato, Regioni ed Enti territoriali; in secondo luogo, mentre il legislatore del 2016, limitava l'uso della procedura per i beni immobili, oggi essa è utilizzabile per tutti i beni culturali[46]. Inoltre, le forme speciali di partenariato possono essere utilizzate, oltre che per garantire la tutela del patrimonio, anche per favorirne la valorizzazione[47]. A favore di questa procedura milita infine una procedura snella per l'individuazione del partner, con la possibilità di utilizzare le procedure previste per le sponsorizzazioni o ulteriori procedure[48].

5. A mo' di conclusione.

Da qualche anno il dibattito e l'attenzione nei confronti dei I distretti culturali nel nostro paese sembra essere in qualche misura scemata. Si ha il dubbio che su questo cambiamento abbiano inciso da un lato la pandemia e, dall'altro il PNRR.

Proprio il PNRR sembra aver in qualche modo assorbito possibili dinamiche partenariali all'interno delle modalità di finanziamento dei diversi progetti che sono parte integrante delle iniziative per il rilancio culturale e turistico in Italia, con misure su borghi, "digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo", con interventi specifici per sostenere e rilanciare i settori culturali. Allo stesso tempo sembrano mancare azioni specifiche concernenti i distretti culturali. È ormai chiaro che un distretto culturale per nascere e svilupparsi in modo funzionale necessita di asset di partenza e che, qualora si dovesse ipotizzare di impiegarlo come strumento di sviluppo per le aree svantaggiate, sarebbe probabilmente necessario un intervento economico esterno tanto più rilevante in presenza di asset strategici più limitati, non solo in termini di attrattività territoriale, ma anche di qualità dei servizi presenti sul territorio[49]. Il sistema oggi sconta inoltre un problema che riguarda i siti culturali c.d. minori, per i quali si riscontrano problemi di fruibilità connessi ad esempio alla scarsa appetibilità sul mercato dei servizi al pubblico e per i quali anche gli strumenti introdotti per la partecipazione dei privati alla valorizzazione del patrimonio culturale rivelano una diversa capacità di impatto, condizionata dai beni e dai contesti considerati. Nonostante le misure di tipo compensativo e redistributivo previste per contenere i divari con i siti maggiormente attrattivi, si rischia in questo

[46] A. CLINI, *Il partenariato collaborativo, commento all'art. 134*, in L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, Wolters Kluwer, p. 1163.

[47] G. AGATI, *Gli appalti nel settore dei beni culturali*, in G. F. CARTEI, D. IARIA (a cura di), *Codice dei Contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 890.

[48] A. CLINI, *Il partenariato collaborativo, commento all'art. 134*, cit., p. 1165.

[49] A. HINNA, *Distretti culturali: esperienze a confronto,* in *Il Capitale culturale, Supplementi*, 3, 2015, p. 50, afferma che, oltre ai servizi direttamente connessi alla conservazione e fruizione dei beni culturali, servono, fra l'altro, servizi di trasporto; servizi per il tempo libero; servizi di accoglienza.

ISSN 2036-7821

modo di lasciare in particolare fuori dalla valorizzazione «*una quota rilevante del patrimonio culturale: quello inaccessibile o degradato, ma ad elevato valore sociale*» [50].

La dimensione da economica diventa dunque perequativa e connessa alla volontà politica di cercare di investire su aree marginali per spingerne lo sviluppo o, più realisticamente, per fermarne il decadimento e, sotto questo profilo, fa specie che il nuovo Piano Strategico Nazionale per le Aree Interne (PSNAI), recentemente pubblicato dal Dipartimento per le Politiche di Coesione e per il Sud, aggiornando la strategia avviata nel 2014 per contrastare lo spopolamento, qualifica una parte significativa del territorio nazionale come soggetta a «*spopolamento irreversibile*», con problemi che incidono sia sulla cittadinanza limitata che sul rilancio dei luoghi come spazi politici[51].

[50] C. VITALE, *Riuso del patrimonio culturale e sviluppo delle aree interne. Le norme e le pratiche*, cit., p. 867 ss.

[51] M. DELLA MORTE, *Il futuro dei territori (e del Sud). Rilanciare rappresentanza e partecipazione per una migliore attuazione del PNRR*, in Costituzionalismo.it, fasc. 2, 2021.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il trentennale della legge della Sassonia sulle aree culturali ed il modello tedesco di federalismo culturale

di Luigi Ferrara

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

Sommario

1. Oggetto dell'indagine. Il riparto di competenze tra *Bund* e *Länder* nel *Kulturföderalismus* tedesco. – 2. La legge della Sassonia sulle aree culturali del 1994. – 3. Osservazioni conclusive. Il modello italiano e tedesco a confronto. Lo spazio delle autonomie nelle politiche culturali contemporanee.

Abstract

: This paper analyses the 1994 Saxonian Cultural Areas Act (*Sächsisches Kulturraumgesetz*), within the German model of cultural federalism. First of all, the cultural heritage law main issues in the German legal systems are introduced, to underline the different constitutional bases and the different division of institutional competences between the central government and the territorial institutions (*Länder*, *Landkreise*/Districts/Counties, Municipalities). Then, the Saxon Cultural Areas Act is analyzed, emphasizing its most relevant issue in the *mandatory* institution of (local and urban) «cultural areas» as district authorities born by agreement involving municipalities and districts, and in their financing by an "equalization" model. Finally, in comparative perspective, some relevant trends in Italian regional and local cultural policies are analyzed.

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

ISSN 2036-7821

1. Oggetto dell'indagine. Il riparto di competenze tra Bund e Länder nel Kulturföderalismus tedesco.

Oggetto del presente contributo è una riflessione sui compiti e sul ruolo dei *Länder* nel *Kulturföderalismus* ("federalismo culturale") tedesco, in occasione del trentennale della legge del *Land* della Sassonia sulle «aree culturali», entrata in vigore nel 1994. L'analisi si svilupperà delineando la disciplina costituzionale del federalismo culturale tedesco, per inquadrare lo sviluppo storico del riparto di competenze tra governo federale e *Länder*, che ha consentito il delinearsi di diversi modelli regionali tedeschi di organizzazione, finanziamento e governo delle politiche culturali. L'analisi generale si concentrerà poi su due aspetti in particolare: da un lato, la delimitazione della nozione di «politiche culturali», evidenziando la sua maggiore ampiezza rispetto a quella italiana (ne sono parte, come si vedrà, anche le politiche sull'istruzione e la formazione); dall'altro il peculiare rapporto, costituzionalmente definito, tra *Länder* e autonomie locali. Questo rapporto, come si vedrà, si esprime nella dialettica tra le due nozioni dogmatiche di *Kulturhoheit der Länder* («sovranità culturale dei *Länder*») e di *kommunale Kulturhoheit* («sovranità culturale comunale») e si impone e qualifica le diverse leggi di inquadramento generale approvate dai *Länder*, soprattutto nell'ultimo trentennio, dopo l'unificazione tedesca. Tra esse, il presente lavoro analizzerà la legge della Sassonia sulle «aree culturali» del 1994, di cui è recentemente ricorso il trentennale. La scelta di analizzare proprio la legge della Sassonia è motivata, da un lato, dalla portata innovativa che caratterizzò l'approvazione di questa riforma, introducendo nell'ordinamento tedesco il concetto di «aree culturali» da parte di un *Land* orientale; dall'altro, dopo trent'anni, dal sua attitudine, come si vedrà, ad essere discussa come modello per le riforme legislative negli altri *Länder*. Il lavoro si concluderà con alcune riflessioni comparate tra il modello federale tedesco e quello regionale italiano di riparto di competenze tra centro e autonomie in materia di politiche culturali, a partire dall'osservazione di alcuni modelli emergenti nella legislazione regionale italiana.

Come è noto, a differenza del sistema di governance della cultura in Italia, il sistema tedesco è organizzato in un ordinamento federale[1].

[1] Sulla protezione del patrimonio culturale nell'ordinamento giuridico tedesco, in termini generali, cfr. E. BUOSO, *I caratteri fondamentali della disciplina dei beni culturali in Germania in una prospettiva comparatistica*, Rivista giuridica di urbanistica, 1, 2008, 210-232; S. C. LENSKI, *Öffentliches Kulturrecht*. Mohr Siebeck, 2013; A. ZIEFER, *Naturschutz e Denkmalschutz nella Costituzione (Grundgesetz) della Repubblica Federale di Germania*, Ricerche di storia dell'arte, 33(2), 2010, 89-93; C. GERMELMANN, *Kultur und staatliches Handeln*, 2013, Mohr Siebeck; P. HÄBERLE, *Kulturhoheit im Bundesstaat—Entwicklungen und Perspektiven*, Archiv des öffentlichen Rechts, 124(4), 1999, 549-582; H. SCHELLER, *Der deutsche Bildungsföderalismus–zwischen Kulturhoheit der Länder und europäischer Harmonisierung*, in B. VOGEL, R. HRBEK, T. FISCHER, (a cura di), *Halbzeitbilanz :die Arbeitsergebnisse der deutschen Bundesstaatskommission im europäischen Vergleich*, Nomos, 2006, 30-47; G. RUPPELT, *Kulturföderalismus*. Bibliotheksdienst, 36(6), 2002, 703-706; H. WOLLMANN, *El federalismo alemán,¿ de la descentralización a la re-centralización?: El caso de la autonomía de los Estados Federados (Länder) en materia de cultura*, in I. SÁNCHEZ, *Intellectum valde ama, ama intensamente la inteligencia. Homenaje al Profesor Octavio Uña Juárez*, Rafael Lazcano Editor, Madrid, 2019, vol 3; S. EISENMANN et al.,

ISSN 2036-7821

Come è stato osservato[2], l'espressione «federalismo culturale» si è affermata Germania per sottolineare il legame intensissimo tra politiche culturali e organizzazione federale dell'ordinamento giuridico. Con sintesi efficace, sono state riassunte mirabilmente sette ragioni che portato a fondare, nella letteratura giuridica e nella giurisprudenza del *Bundesverffanssungsgericht* (il Tribunale costituzionale federale, *BVerfGE*) il federalismo culturale come connotato dell'ordinamento giuridico tedesco: «*(1) die grundrechtstheoretische Legitimation (einschließlich der aus den kulturellen Freiheiten gewonnenen Freiheit „vor Ort", „im Kleinen") (2) die demokratietheoretische Legitimation (einschließlich der ethnischen Aspekte, Stichwort Minderheitenschutz) (3) die vertikal gewaltenteilende Legitimation (Kontroll-Argument) (4) die wirtschaftliche, entwicklungspolitische Legitimation (einschließlich des Konkurrenz-Arguments) (5) die Integrationsfunktion als Föderalismus-Argument (Balance von Homogenität und Pluralität, von Differenz und Einheit) (6) die aufgabenteilende, dezentralisierende Dimension (das Subsidiaritäts- Argument) (7) speziell in Europa das europapolitische Argument (Stichwort: Deutschands bzw. Europas „Kultur als Vielfalt und Ganzheit")*» [3]. Non è possibile qui ripercorrere tutte le evoluzioni e le definizioni del federalismo tedesco. Fin dall'inizio, sulla base della Carta Costituzionale, il *Grundgesetz* (GG), il federalismo tedesco si è differenziato dal *classico federalismo "duale"* di tipo nordamericano, per svilupparsi come *federalismo cooperativo* basato sulla solidarietà, sulla « *Konstitutionalisierung der Gemeinschaftsaufgaben*» (costituzionalizzazione dei compiti di comunità), fondata sui concetti-chiave di unità statale (*Unitarischen Bundesstaat*), , e di lealtà dovuta all'ordinamento federale (*Bundestreue*) [4]. Come è noto, la base solidaristica del federalismo cooperativo tedesco ha guidato e caratterizzato il processo di unificazione successivo al 1989, al punto da essere propriamente caratterizzata, come ha sottolienato Häberle, come un «*fiduziarischen Föderalismus*», federalismo fiduciario. Negli anni successivi, segnati da processi di riorganizzazione del sistema di distribuzione dei finanziamenti tra i

---

Kooperation von Bund und Ländern in der Bildungspolitik: Bildungsföderalismus in der Kritik, Ifo Schnelldienst, 72(03), 2019, 03-17; C. MAGER, M. WAGNER, *Kulturelle Infrastrukturen in deutschen Klein-und Mittelstädten: Eine Typisierung derStandortgemeinschaften von Einrichtungen derkulturellen Daseinsvorsorge*, Raumforschung und Raumordnung/Spatial Research and Planning, 80(4), 2022, 379-396.

[2] HÄBERLE, *op.cit.*, 553: «*Föderalismus und Kultur gehören in Deutschland so intensiv zusammen, daß sich der plastische Begriff „Kulturföderalismus" eingebürgert hat*».

[3] HÄBERLE, *op.cit.*, 554: « "*(1) la legittimazione dei diritti fondamentali (inclusa la libertà riconosciuta "sul campo"e "su piccola scala" delle libertà culturali) (2) la legittimazione della teoria democratica (inclusi aspetti etnici, qui la parola chiave è la protezione delle minoranze) (3) la legittimazione della separazione verticale dei poteri (argomento del controllo) (4) la legittimazione economica e dello sviluppo (incluso l'argomento della concorrenza) (5) la funzione di integrazione come argomento del federalismo (bilanciamento di omogeneità e pluralità, di differenza e unità) (6) la dimensione di condivisione dei compiti e decentralizzazione (l'argomento della sussidiarietà) (7) soprattutto in Europa l'argomento della politica europea (parola chiave: la "cultura come diversità e completezza" della Germania o dell'Europa)*».

[4] Secondo HÄBERLE, *op.cit.*, la più compiuta definizione della nozione si deve a Hesse nel 1962. Cfr. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts des Bundesrepublik Deutschlands*, 20th ed., 1995, 96.

ISSN 2036-7821

Länder, sulla base della giurisprudenza del *BVerfGE*, la letteratura scientifica si proponeva di interpretare le evoluzioni istituzionali in atto come l'affermazione di un nuovo modello di *federalismo competitivo* («*Konkurrenzföderalismus*», or «*kompetitiver Föderalismus*»). Per interpretare correttamente l'attuale federalismo tedesco, è necessario, come sostiene Haberle, riconoscere la coesistenza di tutti questi elementi: «*Trennungsföderalismus sollten sich in „praktischer Konkordanz" mit solchen des Kooperativen bzw. des Solidarischen bis hin zum Fiduziarischen verbinden*»[5].

Nelle sette ragioni citate per legittimare il federalismo tedesco, è stato evidenziato che il *Kulturföderalismus* è uno dei contenuti più rilevanti del modello federale tedesco ed è legittimato, innanzitutto, dalla *diversità culturale*: «*Föderalismus legitimiert sich in Deutschland erstlich und letztlich aus der kulturellen Vielfalt*»[6]. Il rapporto tra *Stato di diritto e cultura* è stato esplorato in più fasi. Innanzi tutto, la *garanzia della dignità umana* (*Menschenwürdegarantie*) all'articolo 1 del GG., definita «il presupposto storico-antropologico dello *Stato costituzionale*. Muovendo anche dall'articolo 20 della Legge Fondamentale, è stato affermato che la cultura sia connessa all'auto-affermazione dell'identità o alla dignità personale e che quindi dall'articolo 1 della Legge Fondamentale debba dedursi una «premessa culturale-antropologica» dello stato costituzionale, da cui il principio democratico segue come «conseguenza organizzativa». Lo Stato costituzionale organizza questo collegamento[7]. In secondo luogo, «*Freiheit ist von vornherein kulturelle Freiheit, Freiheit jenseits des Naturzustandes*» (La libertà è libertà culturale fin dall'inizio, libertà oltre lo stato di natura). Di conseguenza, secondo le note ricostruzioni di Häberle, non non esisterebbe una libertà "naturale", a-culturale, nel senso che non ci sarebbe libertà senza l'affermazione di una identità culturale personale. In altre accezione, questa teoria viene declinata nel senso che solo la cultura apre «possibilità graduali di libertà». Diversi testi costituzionali dichiarano che l'educazione dà alla libertà un "oggetto": «*Freiheit erhält er§t durch Erziehung und Bildung einen „Gegenstand"*». Non è un caso che sia le nuove che le vecchie carte costituzionali riflettano intensamente sulla cultura e sullo Stato. Possono essere così annoverate all'interno delle vecchie e delle nuove Costituzioni una ampia gamma di disposizioni costituzionali: dai preamboli preziosi o culturalmente arricchiti alle clausole culturali statali, alle clausole di identità culturale relative ai cittadini e ai popoli, alla protezione dei beni culturali ai diritti culturali fondamentali nelle loro dimensioni del diritto di difesa, del diritto di

[5] Häberle, *op.cit.*, 556: «Il federalismo separatista doveva essere combinato in "concordanza pratica" con quello cooperativo o quello solidarista fino a quello fiduciario».

[6] Häberle, Peter (1999), 556.

[7] HÄBERLE, *op.cit.*, 566: «*Darum ist das Volk nach Art. 20 GG stets mitzudenken, auch wenn bis heute kein „Klassiker" die letzte Synthese von Art. 1 und 20 GG gefunden hat. Fast könnte man sagen, Kultur sei ein auf die Menschen bzw. ihre Würde bezogener Selbstwert, so wichtig jedenfalls wie Natur und Umwelt. Aus Art. 1 GG als kulturanthropologischer Prämisse des Verfassungsstaates folgt die Demokratie als „organisatorische Konsequenz". Menschenwürde und politische Rechte gehören zusammen. Der Verfassungsstaat organisiert diese Verbindung*».

ISSN 2036-7821

partecipazione, del dovere di proteggere e promuovere nonché degli obiettivi educativi, a cui sono legati anche i diritti umani. In terzo luogo, lo Stato costituzionale tutela il pluralismo delle materie culturali e richiede la definizione del ruolo dei privati nella cultura e nell'istruzione (*kulturellen Trägerpluralismus*), consentendo loro di partecipare alla promozione e alla gestione della cultura e dell'istruzione.

Come è stato osservato, la giurisprudenza del *BVerfGE* si è concentrata sul "nucleo comunitario" pluralistico dei fenomeni culturali, che si sviluppano indipendentemente dai poteri pubblici. Non esiste nemmeno un concetto uniforme di cultura nella giurisprudenza del Tribunale federale costituzionale, che tuttavia ha avuto occasione di definire, in generale, la cultura come "la totalità delle forze intellettuali attive all'interno di una comunità, che devono svilupparsi indipendentemente dallo Stato e portare il loro valore dentro di sé" [8]. In questa prospettiva, vanno sottolineati gli articoli 4, paragrafo 1 (Libertà di fede e di coscienza) e, soprattutto, 5, paragrafo 3 (Libertà di espressione, arti e scienze) del GG[9].

Questo pluralismo si declina anche come pluralismo *religioso* e protegge lo spazio delle istituzioni religiose nella cultura e nell'educazione. Inoltre, il modello tedesco di *Kulturföderalismus* ha permesso la «tutela» del ruolo della radio e della televisione pubblica contro la radiotelevisione commerciale, considerando la loro «responsabilità culturale»[10]. In tutti questi campi, il *Kulturföderalismus* ha permesso di definire e ampliare il concetto di «servizi culturali di base», come confine alla privatizzazione dei servizi culturali costituzionalmente garantiti. In questo campo, è stata sviluppata la teoria costituzionale dei "*beni comuni*", al fine di definire i confini della "statualità culturale" contro il "pluralismo culturale" all'interno del *Kulturföderalismus* tedesco[11].

Sulla base di queste premesse, uno dei principi fondamentali del modello federale tedesco di *Kulturföderalismus* è quello della cd. *Kulturhoheit der Länder*, la *sovranità culturale dei Länder*, prevista dall'art. 30 del GG, secondo cui è compito dei singoli

---

[8] GERMELMANN, *op.cit.*, 23: : «*Auch in der Rechtsprechung existiert kein einheitlicher Kulturbegriff. Das Bundesverfassungsgericht hat sich- soweit ersichtlich- nur einmal an einer abstrakten Begriffsbestimmung versticht, als es die Kultur als "die Gesamtheit der innerhalb einer Gemeinschaft wirksamen geistigen Kräfte, die sich unabhängig vom Staate entfalten tınd ihren Wert in sich tragen", bezeichnete.*»

[9] GERMELMANN, op.cit., 24: : «*Folgt die notwendige Offenheit der rechtlichen Ordnung für grundsätzlich alle kulturellen Phänomene aus der verfasstıngsrechthchen Grundentscheidung, die in den Grundrecliten, insbesondere der kulturrechtlichcn Basisvorschrift des Art. 5 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommt. Der Staat kann durch das Recht letztlich nur den Rahmen für die Kultur und die kulturelle Entwicklung schaffen*» (La necessaria apertura dell'ordine giuridico a tutti i fenomeni culturali deriva in linea di principio dalla decisione fondamentale ai sensi del diritto costituzionale, espressa nelle disposizioni fondamentali, in particolare nella disposizione fondamentale dell'articolo 5, paragrafo 3 della Legge fondamentale in materia di diritto culturale. Lo Stato non può, per legge, creare in ultima analisi il quadro per la cultura e lo sviluppo culturale).

[10] BVerfGE 90, 60 (90).

[11] HÄBERLE, *op.cit.*, 568; LENSKY, *op.cit.*, 95.

ISSN 2036-7821

Stati federali gestire autonomamente l'intero settore dei beni culturali, dell'istruzione e delle università nel proprio territorio. La *Kulturhoheit der Länder* è stata definita dal *Bundesverfassungsgericht* come l'elemento chiave della sovranità dei *Länder* («*Kernstück der Eigenstaatlichkeit der Länder*»[12]). Mutando sempre le analisi di Häberle[13,] la *Kulturhoheit der Länder* deve essere suddivisa in tre questioni dogmatiche: 1) la sovranità culturale generale dei *Länder* e delle istituzioni locali; 2) le competenze culturali specifiche del governo federale (*Kulturkompetenzen des Bundes*); 3) la garanzia della "cura e promozione" della cultura da parte della società, che si realizza attraverso il "pluralismo dei soggetti culturali" e richiede la definizione del ruolo dei privati (*kulturellen Trägerpluralismus*).

Come è stato osservato, sebbene la *sovranità culturale dei Länder* sia stata identificata molto presto dalla Corte costituzionale federale come il «nucleo della statualità dei Länder» ai sensi del GG., questo principio - come è emerso anche più chiaramente nella successiva giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale – non è propriamente una componente indefettibile del principio dello Stato federale, che definisce la sua struttura in modo permanente, ma piuttosto solo "una parziale caratterizzazione dell'ordine scritto delle competenze della Legge fondamentale"[14]. A tale riguardo, secondo questa dottrina la sovranità culturale dei Länder non descrive altro che la competenza residuale dei Länder nel settore della legislazione e dell'amministrazione per il settore tematico della cultura, come stabilito agli articoli 30 (Poteri sovrani dei Länder), 70 (Ripartizione delle competenze tra la Federazione e i Länder) e 83 (Esecuzione da parte dei Länder) del GG, in assenza di una competenza completa della Federazione in questo settore. Nonostante la formulazione ambigua, che farebbe pensare che i Länder rivendichino una sovranità sulla cultura e che si spiega soprattutto con l'ancoraggio tecnico del termine nel campo dell'istruzione, il termine non presenterebbe un contenuto normativo («*keinen eigenständigen normativen Gehalt*») al di là del riferimento al sistema delle competenze (*Kompetenzordnungi)* e può suggerire fraintendimenti dogmatici («*dogmatischen Missverständnissen*»).

Sembrano così emergere, nella letteratura giuridica tedesca, due approcci dogmatici differenti rispetto alla *Kulturhoheit der Länder*. Da un lato, la sovranità culturale è considerata come un fraintendimento fondamentale della divisione delle competenze tra il *Bund* e i *Länder* (*ein grundlegendes Missverständnis der Aufteilung der Kompetenzen*). Ai sensi degli articoli 30, 70 e 83 del GG, i *Länder* hanno generalmente

[12] BverfGE, 26.03.1957, 6, 309 (354)

[13] HÄBERLE, *op.cit.*, 560.

[14] LENSKI, *op.cit.*, 94 ss.: «*Tatsächlich handelt es sich jedoch bei diesem Prinzip- wie auch in der anschließenden Rechtsprechung des Bundes verfassungsgerichts deutlicher wurde- weniger un einen Bestandteil des Bun desstaatsprinzips als der Ewigkeitsklausel unterliegendem Staatsstrukturprin zip, als vielmehr un eine Teilcharakterisierung der geschriebenen Kompetenz ordnung des Grundgesetzes*».

ISSN 2036-7821

una competenza residuale in tutti i settori di competenza statale. Già in base a questa nozione di base, non può esistere una competenza esclusiva dei *Länder*, in quanto una siffatta competenza sarebbe in contraddizione strutturale con il *principio della competenza sussidiaria* (*Grundsatz der Auffangzuständigkeit*). Il GG non assegnerebbe quindi, secondo questo approccio, ai *Länder* competenze ben definite e difendibili nei confronti della Federazione. Piuttosto, essi avrebbero una competenza universale fondamentale che non è specificata in modo più dettagliato per quanto riguarda temi specifici, che a sua volta è limitata solo da alcune competenze delimitate della Federazione. Così, l'ipotesi di una competenza legislativa esclusiva dei *Länder* nel settore della cultura non sarebbe convincente, perché di fatto i *Länder* non hanno tutte le competenze in questo settore, ma piuttosto il governo federale può rivendicare competenze anche in questo campo, anche se solo sporadicamente. Nel complesso, il concetto di *sovranità culturale* dei *Länder* indicherebbe semplicemente che il GG attribuisce al governo federale solo competenze molto limitate e specifiche nel settore della cultura, cosicché, al contrario, le competenze per la maggior parte dei settori culturali spettano ai *Länder*. Non dovrebbero derivarne ulteriori conseguenze normative: in termini di terminologia precisa, sarebbe meglio parlare di una «competenza ampia» dei *Länder* nel campo della cultura o, al contrario, di competenze federali solo molto specifiche[15].

Anche assumendo questa limitata portata del principio, per questi approcci non si giustifica qualsiasi intervento da parte della Stato federale nel campo del patrimonio culturale, non fondato su una specifica competenza disciplinata legislativamente[16].

D'altra parte, altri studiosi[17] suggeriscono di concentrare la distinzione tra protezione (*Denkmalschutz*) e cura (*Denkmalpflege*). La protezione del patrimonio culturale in Germania (*Denkmalschutz*) compare nel GG tedesco solo come titolo della competenza esclusiva del *Bund*, limitata alla protezione del patrimonio culturale tedesco contro l'esportazione (art. 73. Paragrafi 1 e 5a), ma va notato che il *GG* non ne contiene alcuna menzione tra i principi generali. In assenza di ulteriori determinazioni – secondo i principi federali di *competenza generale residuale dei Länder* di cui agli articoli 30 e 70 del GG – la regolamentazione dei beni culturali dovrebbe così essere inserita tra le (poche, 11) materie di *competenza esclusiva dei Länder membri* ed è nelle loro Costituzioni che spesso viene citata tra i compiti principali dello Stato (Molti di essi si qualificano come *Kulturstaat*, Stato protettore e promotore della

[15] Questo approccio è presente anche in GERMELMANN, *op.cit.*, 335 :«*Der Begriff beschreibt damit ungeachtet aller terminologischen Schwierigkeiten zwar eine allgemeine normative Grundentscheidung, die indes an zahlreichen Stellen durchbrochen ist. Die nähere Beleuchtung der Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund, Ländern und Gemeinden hat nämlich gezeigt, dass die Kulturhoheit keinesfalls als "Kulturmonopol" verstanden werden kann. Vielmehr könnte man angesichts der Zuständigkeitszuweisung der Verfassung in einzelnen Bereichen durchaus auch von einer "Kulturhoheit des Bundes"*».

[16] GERMELMANN, *op.cit.*, 337.

[17] ZIEFER, *op.cit.*, 90.

ISSN 2036-7821

cultura)[18]. Dalla fine degli anni '60 del secolo scorso, tutti i *Länder* occidentali (e dall'unificazione anche quelli orientali) si sono dotati di leggi e apparati amministrativi per la tutela del patrimonio culturale. Alcuni titoli di *competenza federale concorrente*, come la *tutela della natura e del paesaggio*, hanno portato, in vista dell'attuazione del tipico federalismo cooperativo tedesco, all'adozione nel 1980 della *legge federale* per la protezione del patrimonio culturale (*Gesetz zur Berücksichtigung des Denkmalschutztes im Bundesrecht*), che contiene discipline di coordinamento eterogenee per materie normative concorrenti potenzialmente confliggenti (urbanistica, paesaggistica, ecc.), confermando il modello che affida ai singoli *Länder* la disciplina di settore. Esistono quindi sedici diverse discipline per la tutela dei beni culturali in Germania, ma si può dire che per certi aspetti la normativa è piuttosto omogenea, e laddove ciò non avviene, si è comunque registrata una tendenza generale della giurisprudenza verso l'armonizzazione e lo sviluppo di criteri interpretativi comuni, che mitighino ove possibile la divergenza letterale delle disposizioni. In Germania, quindi, secondo questi orientamenti, emergerebbe una divisione tra le diverse funzioni che riguardano i beni culturali – in un certo senso analoga a quella italiana tra «protezione» e «valorizzazione» –distinguendo tra protezione (*Denkmalschutz*) e cura (*Denkmalpflege*). La prima comprende le misure finalizzate alla classificazione, alla conservazione e al restauro dei beni culturali, adottate con leggi statutarie o con provvedimenti autorevoli che producono effetti immediatamente sfavorevoli sulla sfera giuridica del destinatario, mentre la seconda si identifica con le competenze, la ricerca, la promozione e il sostegno, anche finanziario, complementari alle misure stesse. Secondo le interpretazioni della dottrina, la differenza non consiste tanto nell'oggetto quanto nei mezzi a loro disposizione, che sono, da un lato, gli atti normativi e gli strumenti amministrativi di tutela (*Denkmalschutz*) e, dall'altro, le attività tecnico-pratiche di gestione, uso e

[18] Ad esempio, la Baviera si definisce, all'articolo 3 della sua Costituzione, in vigore dal 2 dicembre 1949, come "*Rechts-, Kultur- und Sozialstaat*", con l'obbligo di proteggere i beni *comuni*. Tra le varie costituzioni dei *Länder*, questa affermazione dell'importanza della cultura come patrimonio comune, come lo «Stato di diritto» e lo «Stato sociale», è tra le più significative e non è solo un'affermazione programmatica, ma implica anche specifici doveri giuridici. Disposizioni analoghe si possono trovare, *ex multis*, nelle Costituzioni della Renania-Palatinato (art. 40: "*Lo Stato ha cura e cura dei monumenti d'arte, della storia e della natura, come pure del paesaggio*"), del Saarland (art. 34: "*I monumenti d'arte, di storia e di natura, come pure il paesaggio, godono della protezione e della cura dello Stato*"), Assia (Art. 62: "*Protezione dei monumenti e dei paesaggi: i monumenti dell'arte, della storia e della cultura, nonché il paesaggio, godono della protezione e della cura dello Stato e dei comuni*"), Renania Settentrionale-Vestfalia (Art. 18: "*(2) I monumenti dell'arte, della storia e della cultura, il paesaggio e i monumenti naturali sono sotto la protezione del Land, dei comuni e delle associazioni di comuni*"), Baden-Württemberg (art. 3c: "*(2) Il paesaggio e i monumenti d'arte, storia e natura godono della protezione pubblica e della cura dello Stato e dei comuni*"), Sassonia (art. 11: *(1) Il Land promuove la creazione culturale, artistica e scientifica, le attività sportive e gli scambi in queste aree. (2) La partecipazione alla cultura, alla sua diversità e allo sport deve essere resa possibile per tutto il popolo. A tal fine, vengono mantenuti musei, biblioteche, archivi, memoriali, teatri, impianti sportivi, istituzioni musicali e altre istituzioni culturali accessibili al pubblico, nonché università, college, scuole e altre istituzioni educative aperte al pubblico. (3) I monumenti e gli altri beni culturali sono sotto la protezione e la cura dello Stato. Lo Stato sta facendo una campagna per farli rimanere in Sassonia.*).

ISSN 2036-7821

valorizzazione, e le sovvenzioni finanziarie (*Denkmalpflege*). Tuttavia, anche questi orientamenti non possono omettere di considerare che in molte disposizioni i due termini sono spesso utilizzati come sinonimi o associati in disposizioni legislative, per esprimere un unico concetto complesso. Inoltre, nella maggior parte dei modelli implementati nei *Länder*, la tutela è consentita anche al livello dell'amministrazione statale del *Land*, con la possibilità di delegare o trasferire parte delle funzioni alle autonomie locali, pur mantenendo ampi poteri di controllo e di direzione sul loro operato. D'altra parte, le funzioni relative alla gestione rientrano nell'ambito dell'autonomia (*Selbstverwaltung*) delle autorità locali e quindi, in questo caso, le possibilità di controllo da parte delle autorità statali sono più limitate.

L'equilibrio dei poteri in ambito culturale non ha visto grandi cambiamenti dopo l'unificazione tedesca nel 1990. Negli ultimi decenni del XX secolo, gli sviluppi della politica culturale tedesca hanno mostrato il rafforzamento del ruolo delle autorità centrali, grazie all'istituzione di un Ministro federale per la Cultura nel 1998, con il suo potere finanziario per avviare progetti di rilevanza nazionale. Come è stato osservato[19], il federalismo culturale tedesco, secondo la struttura definita dal GG nel 1949, ha attraversato diverse fasi storiche, oscillando tra decentramento e ricentralizzazione in un «movimento a pendolo». Nel 1969 si verificò un certo ricentralizzazione, che si concretizzò nel riconoscimento di un aumento dei poteri legislativi della Federazione e di un crescente intreccio (*Verflechtung*) con le funzioni legislative e operative dei Länder. Tra queste modifiche, si sono distinti, senza essere esaustivi, vari meccanismi che hanno permesso al livello federale di intervenire nel settore dell'istruzione e della cultura, sulla base della cosiddetta *Rahmengesetzgebung*, la «competenza legislativa quadro», secondo la quale la legislazione federale può determinare il quadro giuridico della rispettiva materia legislativa, mentre sarebbe competenza e responsabilità di ciascun *Land* legiferare in base alle proprie specificità. Nel 2006 la *Föderalismusreform I*, la cd. *prima riforma del federalismo* ha operato un tentativo di ulteriore decentramento, attraverso la sottrazione alla Federazione di alcune competenze e di l'ampliamento dei settori di cogestione con gli altri livelli territoriali. Questa riforma è stata interpretata come un «divieto di cooperazione» (*Kooperationsverbot*), o meglio come un «divieto di ingerenza politica e finanziaria» da parte della Federazione nella sfera e negli spazi subnazionali della cultura e dell'istruzione. Allo stesso modo, è stato anche considerato un'importante conferma della «quasi sovranità culturale» dei *Länder*. Nel 2009 la cd. seconda riforma del federalismo, la *Föderalismusreform II*, ha portato una nuova centralizzazione in materia finanziaria con l'obiettivo di contenere il debito pubblico nel suo complesso. Con questa riforma è stato introdotto il meccanismo denominato «freno al debito pubblico» (*Schuldenbremse*), che ha comportato una restrizione dell'autonomia di

[19] WOLLMANN, *op.cit.*, 8.

ISSN 2036-7821

bilancio dei *Länder* e l'introduzione di meccanismi di "supervisione" da parte del governo federale. Successivamente, nel 2016 il potere finanziario della Federazione sui Länder è stato nuovamente rafforzato, con l'abbandono del cd *Finnanzausgleich*, la «compensazione orizzontale» tra i Länder più ricchi e quelli meno dotati di risorse finanziarie. Nel 2017, con la riforma dell'articolo 104c della GG, è stata rafforzata ulteriormente la centralizzazione attraverso il potenziamento delle sovvenzioni federali per il finanziamento delle infrastrutture educative a livello locale. La riforma suscitò un ampio dibattito e fu interpretata come una grave ingerenza nella tradizionale *Kulturhoheit* dei *Länder*.

Come è stato osservato[20], riassumendo i diversi approcci , sono stati identificati quattro argomenti a sostegno del modello tedesco di *Kulturföderalismus,* in grado di limitare tutte le riforme orientate alla centralizzazione delle politiche culturali. Il primo argomento è storico: le strutture di governo in Germania erano, sebbene pre-democratiche, sempre distribuite tra diverse istituzioni (principati, autorità ecclesiastiche e secolari, città libere e città imperiali). Tutte queste istituzioni erano all'interno della cosiddetta "nazione culturale tedesca". La diversità (e il radicamento) regionale e locale delle istituzioni di alta cultura, in particolare rispetto ad altri paesi europei (dove sono state fondate nella capitale dalle autorità centrali), è un'eredità della frammentazione territoriale. Il secondo argomento è politico-istituzionale: l'organizzazione federale e sussidiaria delle politiche culturali consente una maggiore prossimità delle decisioni ai cittadini, sistemi di finanziamento più trasparenti e diretti e un maggiore controllo democratico su di essi. La questione principale diventa quindi l'equilibrio e la coesistenza, da un lato, tra trasferimenti federali organici di risorse ai *Länder*, affidando loro la governance di interi settori, e, dall'altro, *finanziamenti federali ad hoc* con *governance federale ad hoc*[21]. Il terzo tema riguarda la tutela della diversità e dell'identità culturale. Rispetto ad altre realtà europee, il *Kulturföderalismus* garantisce sia la protezione delle identità culturali e della diversità che l'unità della nazione. Il quarto argomento riguarda la flessibilità dei sistemi di finanziamento. Con particolare con riferimento alle *politiche educative* dei Länder (*Bildungsföderalismus*), è stato osservato che un sistema «a rete» di finanziamento basato sulla concorrenza federale con standard minimi vincolanti può essere preferibile a soluzioni uniformi verticistiche e uniformi per tutti i *Länder*[22]. Il

[20] Eisenmann, Susanne, et al. (2019), 3-17

[21] La necessità di trovare questo equilibrio è sottolineata anche in RUPPELT, *op.cit.*, 704, che analizza il *Kulturföderalismus* e sottolinea inoltre la necessità dinamica di bilanciare il finanziamento periodico ordinario per le istituzioni culturali di piccole e medie dimensioni e il finanziamento di grandi (e straordinari) eventi culturali.

[22] SCHELLER, *op.cit.*, 36: sul rapporto tra *Bildungsföderalismus* e *Kulturhoheit der Länder* e sulle riforme necessarie dopo la pubblicazione del primo *PISA-Studie* (il rapporto sulla qualità della preparazione degli studenti tedeschi nelle istituzioni scolastiche) nei primi anni 2000, è stato osservato che «l'arena della politica dell'istruzione della Repubblica Federale può essere caratterizzata come una rete strutturata non gerarchica e strettamente collegata, che è modellata da elementi strutturali e modelli di negoziazione sia cooperativi che competitivi».

ISSN 2036-7821

Bundesverfassungsgericht ha sempre svolto un ruolo speciale in questa rete non gerarchica, definendo la *Kulturhöheit* «*als konstituierendes Element der ländereigenen Staatsqualitätx*» e sottoponendola alla *riserva parlamentare* dei Länder (*Parlamentsvorbehalt der Länder*). Tuttavia, la sovranità dei *Länder* è significativamente limitata da varie competenze del governo federale (in particolare, per l'attuazione delle riforme richieste dall'UE o dal Consiglio d'Europa, come il cosiddetto «processo di Bologna»), cosicché entrambi i livelli del sistema federale sono costituzionalmente obbligati a cooperare con diversi strumenti[23].

La *Kulturhoheit der Länder* è spesso completata da una cosiddetta «sovranità culturale comunale» *kommunale Kulturhoheit*, che deriva dal diritto delle autorità locali (comuni e distretti[24]) di regolare gli affari della comunità locale sotto la propria responsabilità, e si concretizza nella disciplina delle questioni culturali come affari della comunità locale ai sensi dell'articolo 28, paragrafo 2, 1 del GG, già citato: «*Die sogenannte kommunale Kulturhoheit betrifft die objektive Rechtsinstitutionsgarantie als wesentlichen Kerngehalt kommunaler Selbstverwaltung*». Poiché i comuni sono autorizzati, nel quadro di questo autogoverno costituzionalmente garantito, a regolare «*i bisogni e gli interessi che sono radicati nella comunità locale o hanno un legame specifico con essa [...], che sono quindi comuni ai residenti del comune in quanto tale, in quanto incidono sulla convivenza e sulla vita delle persone nel comune (politico)*», allora questa *giurisdizione municipale generale e onnicomprensiva* (*prinzipielle gemeindliche Allzuständigkeit*) comprende anche tutti gli aspetti culturali della comunità locale. In pratica, si tratta di una varietà di attività culturali comunali, in particolare la creazione istituzionale e la manutenzione di musei, teatri, biblioteche e archivi comunali, ma anche il sostegno finanziario individuale a progetti o proposte di iniziative culturali (in genere, a seguito di bandi competitivi. Il potere legislativo (Federazione o *Länder*) è quindi

[23] Come i poteri di veto, i voti contrari espressi nella *Conferenza permanente dei ministri dell'istruzione e della cultura dei Länder* (KMK) o nel *Bundesrat*, il ricorso alla Corte costituzionale conformemente alle disposizioni dell'articolo 99 GG). Cfr. SCHELLER, *op.cit.*, 36.

[24] Benché non propriamente esatto, l'espressione tedesca *Landkreise*, che identifica diverse tipologie di enti intermedi o sovra-comunali, viene tradotta utilizzando l'espressione distretti, benché spesso si riscontrino, anche nei lavori in lingua inglese, differenti traduzioni, per distinguere spesso distretti "urbani" e "rurali" o "metropolitani" e "non-metropolitani". In sintesi, il livello amministrativo locale intermedio in Germania è rappresentato dai comuni appartenenti a un *Landkreis*, ad eccezione delle cd. «città indipendenti». I *Landkreise*, a loro volta, secondo ordinamento dei *Länder*, si occupano di tutti i compiti intercomunali, sono finanziati soprattutto dai comuni tramite tasse distrettuali e costituiscono «associazioni comunali».*Ex multis*, cfr. D. SCHEFOLD, *Local government in Germany*. In: Angel-Manuel Moreno (editor). *Local government in the Member States of the European Union: a comparative legal perspective*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012, 233-256; E. M. FRENZEL, *Germany: Local government in Germany: An indispensable level of EU governance*, In: Panara, Carlo. Varney, Michael (a cura di) *Local Government in Europe*. Routledge, 2014, 97-127. H. WOLLMANN, *Local Government and Governance in Germany*. Springer, Wiesbaden, 2024; T. MANNEWITZ, W. RUDZIO, *The Municipalities: Between Administration and Politics*. In: *The Political System of Germany*. Springer, Wiesbaden, 2023; L. SCHRAPPER, *The administration of the Länder*. In: Kuhlmann, Sabine *et al.* (a cura di). *Public Administration in Germany*, IIAS Series, Palgrave Macmillan, 2021, 105-121.

ISSN 2036-7821

autorizzato a intervenire nell'autoamministrazione comunale revocando compiti e limitando l'autoresponsabilità. Tuttavia, questa possibilità di limitazione è essa stessa soggetta a dei limiti, che sono particolarmente tracciati dalla cosiddetta «garanzia di autoamministrazione» (*Selbstverwaltungsgarantie*).

Sulla *Selbstverwaltungsgarantie*, alcuni studiosi sottolineano che, così come è difficile definire i confini esatti della sovranità statale in ambito culturale sulla base di norme costituzionali, sulla base dell'art. 28 (2), 1, parallelamente non ci sono indicazioni costituzionali sufficienti affiché tutti i compiti culturali locali possano rientrare in generale nell'area della *Selbstverwaltungsgarantie*[25]. Il nucleo della garanzia di autogestione non comprende un «catalogo dei compiti» che sia specificamente definito o determinabile in base a criteri stabiliti, come osservato dal BVerfGE.[26] Pertanto, le competenze spettanti alla Federazione o ai *Länder* ai sensi degli articoli 30, 70 e 83 del GG rimarrebbero inalterate dalla garanzia dell'autoamministrazione locale.

Tuttavia, altri studiosi concentrano la *kommunale Kulturhoheit* per quanto riguarda la distinzione tra protezione (*Denkmalschutz*) e cura (*Denkmalpflege*) ai sensi dell'articolo 28, paragrafi 2 e 3, del GG, che prevede che ai comuni debba essere garantito il diritto di regolare tutte le questioni relative alla comunità locale sotto la propria responsabilità e in modo indipendente. Si sottolinea che l'interpretazione dell'articolo 28, paragrafi 2 e 3, GG consentirebbe di sostenere che, da un lato, la protezione in senso stretto deve avere una dimensione federale uniforme; dall'altro, gli interventi che rientrano nel concetto di cura sono strettamente legati alla realtà locale e devono quindi essere regolati anche dai Comuni, seguendo un principio che in qualche modo rispecchia il criterio secondo cui in Italia la tutela è di competenza dello Stato e la valorizzazione delle Regioni nel quadro dei principi fondamentali dello Stato[27].

I 16 *Länder* hanno le proprie commissioni parlamentari e i propri ministeri responsabili degli affari culturali. La maggior parte di esse sostiene e finanzia ancora le proprie strutture culturali (come teatri e orchestre, musei, biblioteche, monumenti, accademie di musica e arti visive) e formula o attua politiche per la promozione delle

---

[25] Cfr. LENSKI, op.cit., 97-98, che, come si è visto, è critica per una generale riconoscimento di "sovranità locale" in tutti i settori culturali, e sottolinea che "*La parallelizzazione concettuale con la "sovranità culturale degli Stati" non deve, tuttavia, oscurare il fatto che l'estensione della garanzia municipale dell'autogoverno a tutti i settori della vita culturale dei comuni non è una questione di divisione delle competenze, in quanto sembri derivare dalla sovranità culturale degli Stati. Sebbene la garanzia dell'autonomia locale abbia certamente legami strutturali con la suddivisione delle competenze, il suo contenuto normativo non è inizialmente orientato verso di essa*". Si veda anche GERMELMANN, op.cit., 335.

[26] BVerfGE 79, 127 (1-16). Ancora LENSKI, op.cit., 99: «*Nel complesso, il concetto di sovranità culturale municipale è quindi altrettanto fuorviante quanto quello di sovranità culturale dei Länder. In sostanza, si riferisce a un sotto-ambito specifico della garanzia dell'autonomia locale, che, tuttavia, non stabilisce competenze, ma ha piuttosto un forte effetto di rafforzamento della libertà. A questo proposito, il concetto mostra parallelismi strutturali con l'uso dell'autonomia culturale dell'individuo rispetto ai diritti fondamentali, in quanto protegge l'autonomia culturale delle comunità e quindi contribuisce alla diversità culturale*».

[27] ZIEFER, *op.cit.*, 94.

ISSN 2036-7821

arti. La Conferenza permanente dei ministri della cultura funge da piattaforma per il coordinamento e lo scambio tra di loro. In alcuni settori, il Bund e i *Länder* collaborano in materia culturale, principalmente sotto forma di sostegno finanziario a *grandi fondazioni* e ad alcune *istituzioni nazionali*. Secondo le disposizioni costituzionali, le autorità nazionali hanno determinate responsabilità in materia culturale, che influenzano direttamente e indirettamente le competenze dei *Länder*. Queste competenze sono state esaminate nel periodo 2003-2007 dalla Commissione d'inchiesta del Parlamento federale per la cultura in Germania (*Enquete-Kommission «Kultur in Deutschland»*). Commentando i lavori della Commissione, è stato osservato[28] che tra la fine del XX e l'inizio del XXI secolo le politiche culturali tedesche si sono sviluppate spesso attraverso piani di finanziamento e sovvenzioni per singolo caso (ad esempio attraverso i bilanci annuali del Bundestag, dei parlamenti regionali o dei consigli comunali, finanziamenti per le istituzioni culturali pubbliche), piuttosto che attraverso leggi organiche di settore. Mentre un certo numero di costituzioni affida questo compito ai *Länder* stessi o ai distretti (*Landkreise*)[29] e i comuni (*Gemeinden*) per promuovere le arti e la cultura, le necessità di sostegno finanziario periodico hanno raramente portato a leggi organiche dei *Länder* di inquadramento delle politiche culturali e dei sistemi di finanziamento. Durante questo periodo, la spesa culturale totale dei Länder è diminuita, mentre il tasso dei comuni è rimasto più o meno stabile. Per contro, la quota della spesa del governo federale è quasi raddoppiata tra il 1995 e il 2007, passando dall'8,1% al 14,7% del totale. Tendenze più recenti sono la scelta di altre forme giuridiche (come le società speciali, le associazioni e le fondazioni) per le istituzioni culturali, la conseguente riduzione dei limiti legali di bilancio e di servizio pubblico, la riduzione dei finanziamenti pubblici e l'espansione dei partenariati pubblico-privato nel finanziamento delle attività culturali. L'inchiesta parlamentare sulla *cultura in Germania* è stata utilizzata anche per analizzare le infrastrutture culturali nelle città di piccole e medie dimensioni in Germania, meno tradizionalmente orientate al sostegno finanziario delle istituzioni culturali, rispetto alle città medio-grandi[30]. Viene sottolineato il ruolo cruciale nel modello tedesco delle città di piccole e medie

[28] A. WIESAND, *The German cultural governance system. Dreams and realities*. Economia della cultura, 20(2), 2010, 231-246; M. SÖNDERMANN, *Zur Lage der Kulturwirtschaft in Deutschland 1999/2000*. Jahrbuch für Kulturpolitik, 2001, 369-392.

[29] Come si è visto, il termine «*Landkreis*» indica un ente di governo locale intermedio sovracomunale a struttura associativa, di tipo "urbano" o "metropolitano" o di tipo "rurale" o "non metropolitano" . Il livello amministrativo locale più basso in Germania è rappresentato dai comuni appartenenti a un *Landkreis* e dalle «città indipendenti», ovvero città di medie-grandi dimensioni non appartenenti a *Landkreise*, che amministrano direttamente la loro area metropolitana. I *Landkreise*, a loro volta, secondo le Costituzioni di ogni *Länder*, assumono tutti i compiti intercomunali, sono finanziati soprattutto dai comuni attraverso i prelievi provinciali e costituiscono «associazioni comunali».

[30] Cfr. MAGER, WAGNER, *op.cit.*, 379.

ISSN 2036-7821

dimensioni nell'erogazione di servizi culturali differenziati e la loro grande eterogeneità. Sulla base dei dati del 2017, emerge che oltre il 64% delle infrastrutture culturali si trova in città di piccole e medie dimensioni. Si evidenzia come le infrastrutture e le politiche culturali influenzino la coesione sociale, contribuiscano a definire il ruolo delle città di medie dimensioni rispetto alle sfide demografiche, alla garanzia dei servizi pubblici essenziali, alla promozione dell'integrazione sociale e al superamento dei divari territoriali urbani. In una delle parti più interessanti di questa analisi[31], si sottolinea che la densità delle infrastrutture culturali risente della vicinanza e dell'intensità delle relazioni distrettuali tra piccoli e medi centri e grandi città: un terzo delle città di piccole e medie dimensioni con almeno cinque infrastrutture culturali si colloca all'interno della fascia dei grandi centri urbani. Vengono inoltre sottolineate le differenze nella distribuzione delle diverse tipologie istituzionali nei *Länder* con la popolazione più elevata e nei *Länder* più rurali. Il quadro che emerge a livello federale è molto differenziato, dalle piccole città con pochissime infrastrutture alle città di medie dimensioni con tutte le dotazioni infrastrutturali delle tipologie analizzate. Questa eterogeneità viene fatta risalire alla «*föderale Struktur von Kulturgovernance*»[32].

2. La legge della Sassonia sulle aree culturali del 1994.

Come osservato in precedenza[33] alla fine del XX e all'inizio del XXI secolo le politiche culturali tedesche sono state sviluppate spesso attraverso strumenti di finanziamento specifici, piuttosto che tramite leggi di inquadramento complessivo del finanziamento della cultura da parte dei *Länder*. Una delle eccezioni più rimarchevoli a questa tendenza tra la fine del XX e l'inizio del XXI secolo è stata la legge sulle aree culturali del *Land* della Sassonia (*Kulturraumgesetz*), che sarà oggetto di questo paragrafo. Originariamente promulgata nel 1994, stabilendone l'eccezionalità e la temporaneità con una durata limitata decennale, è stata rinnovata due volte, estendendone permanentemente la validità. La legge destina quasi 90 milioni di euro dal bilancio statale della Sassonia a nove "Aree (*Raume*) rurali" e tre "aree urbane" per promuovere le istituzioni culturali. La genesi della riforma è stata analizzata come eredità del Trattato sulla unificazione tedesca[34] All'esaurirsi del

[31] MAGER, WAGNER, *op.cit.*, 390-391.

[32] Tuttavia, l'analisi presenta, nella prospettiva giuridica che si predilige in questo lavoro, alcuni forti limiti: non vengono indagati i diversi ordinamenti giuridici dei *Länder*, la disciplina giuridica specifica delle diverse tipologie di infrastrutture culturali, i modelli di governance, le politiche e gli strumenti giuridici per il finanziamento pubblico e privato, le regole su possibili reti o aggregazioni di cooperazione istituzionale e funzionale, soprattutto nelle reti di contee delle grandi città e dei centri più piccoli.

[33] WIESAND, *op.cit.*, 231-246; SÖNDERMANN, *op.cit.*, 369-392.

[34] Il Trattato di Unificazione fu firmato il 31 agosto 1990 ed entrata in vigore il 3 ottobre 1990. Sulla base dell'articolo 35, il governo federale avviò uno specifico finanziamento per il sostegno straordinario della cultura nei nuovi *Länder* orientali, prevedendo un ampio cofinanziamento federale temporaneo, fino al 1994.

ISSN 2036-7821

cofinanziamento federale straordinario, si rese necessario introdurre uno strumento di cofinanziamento periodico dei *Landkreise* da parte dei *Länder*, e, con una scelta innovativa rispetto agli altri *Länder* orientali, fu approvata una legge organica di riordino dei finanziamenti statali alle autonomie locali, introducendo una nuova organizzazione distrettuale, le aree culturali, che si sovrapponevano ai distretti, ai comuni e alle città indipendenti.

La Legge sulle aree culturali sassoni (SächsKRG) entrò in vigore trent'anni fa, il 1° agosto 1994. La § 10 della legge, nella sua versione originale, prevedeva la cessazione degli effetti della legge (*Außerkrafttreten*) dopo 10 anni, il 31 luglio 2004. La predisposizione di una durata decennale, al fine di verificare l'impatto della legge e eventuali problemi di compatibilità con il principio di *Selbstverwaltung* delle autorità locali, fu suggerita in uno studio giuridico approfondito sul progetto di legge durante il processo di approvazione, che ne condizionava la fisionomia finale e riassumeva in modo ammirevole le questioni giuridiche più rilevanti riguardanti il quadro giuridico del sistema culturale sia nel sistema federale tedesco sia rispetto all'ordinamento giuridico della Sassonia[35]. Nei decenni successivi, dopo aver verificato il successo del modello istituzionale di sostegno alla cultura introdotto dalla legge, il termine per la cessazione degli effetti fu prima esteso più volte e poi soppresso[36]. Non è possibile, nell'economia di questo articolo, ricostruire analiticamente il contenuto di tutti i singoli atti che riformano il *SächsKRG* [37].

Nel testo attuale, la Legge sulle Aree Culturali Sassoni è composta da 11 paragrafi. La legge è introdotta da un *Preambolo* che, da un lato, sottolinea la libertà della vita intellettuale e la libertà delle arti; dall'altro, sottolinea che, dopo il completamento del finanziamento transitorio per la cultura in conformità con il Trattato di Unificazione tedesca, sono necessari sia il «sostegno supplementare» sia i nuovi «strumenti giuridici» per le istituzioni culturali municipali, ovvero le *aree culturali*, « strutture organizzative e di servizio nuove e finanziariamente sostenibili», sulla base degli artt. 1 e 11 della Costituzione sassone[38]. Il § 1 prevede la creazione di aree culturali come

[35] Cfr. F. OSSENBÜHL, Fritz, *Kommunale Kulturpflege und legislative organisational sovereignty*, in M.T. VOGT (Ed.), *Kulturräume in Sachsen–Eine Dokumentation zur Genese des Sächsischen Kulturraumgesetzes und zum „Probejahr" 1995*. Leipziger Universitätsverlag, 1996, 133-183. Nello stesso volume, sul ruolo dello studio citato, cfr. anche M.T. VOGT, *Kinder schafft Neues! Eine Einführung in das Sächsische Kulturraumgesetz (SächsKRG)*, 21-32: «*Entscheidende Korrekturen am Entwurf des Gesetzes (vgl. Dokument 11. 15) erfolgten im Hinblick auf einen verfassungskonformen Gesetzestext auf Grundlage der Kritik im Rechtsgutachten von Fritz Ossenbühl, Bonn (vgl. Dokument 11. 16)*».

[36] L'articolo 10 sulla cessazione degli effetti della legge (*Außerkrafttreten*) è stato modificato dalla Legge del 13 dicembre 2002 (proroga fino al 31 dicembre 2007), dalla Legge del 7 novembre 2007 (proroga fino al 31 dicembre 2011), dalla Legge del 20 giugno 2008 (che modifica ampiamente numerose disposizioni, incluso l'articolo 10). Il termine di cessazione degli effetti scompare definitivamente nella formulazione del nuovo Articolo 11).

[37] Le riforme più estese sono state attuate con le leggi del 20 giugno 2008, dell'11 aprile 2018 e del 20 dicembre 2022.

[38] Ai sensi dell'art. 1, lo Stato Libero di Sassonia è definito «*Stato sociale di diritto impegnato nella cultura*». Secondo l'art. 11, come già osservato nel secondo paragrafo di questo articolo, "*Lo stato promuove la creazione culturale,*

ISSN 2036-7821

«*associazioni a scopo speciale*», «*al fine di mantenere e promuovere istituzioni e misure culturali*». Sono istituite cinque aree culturali «rurali» (sono menzionate come appartenenti i *Landkreise* e i piccoli comuni) e tre «urbane» (le città indipendenti di Chemnitz, Lipsia e Dresda) con l'adesione obbligatoria per i *Landkreise* e i comuni coinvolti. Il riferimento generale supplementare alle regole stabilite per le associazioni a scopo speciale (solo per le aree culturali rurali) termina il § 1 (Abs. 5). Invece, il § 5(1) stabilisce che i compiti delle aree culturali urbane devono essere svolti dagli enti comunali (tuttavia, il Consiglio Consultivo Culturale, che coinvolge "esperti culturali", sarà nominato dal Consiglio Comunale, secondo il §5(2)). Il § 2(1) definisce la cura della cultura (*Kulturpflege*) "compito obbligatorio" (*Pflichtaufgabe*) sia dei comuni che dei *Landkreise*. Il §2(2) definisce il ruolo delle aree culturali come «sostegno alle istituzioni di cultura municipale nei loro compiti di importanza regionale, in particolare nel loro finanziamento e coordinamento». Secondo le regole delle associazioni a scopo speciale, le aree culturali rurali possono esse stesse essere finanziatrici di strutture e specifiche misure. Le aree culturali si danno uno statuto (§2(3)), tenendo conto delle loro "caratteristiche regionali". Il § 3 (2) enuncia il principio generale del cofinanziamento da parte di municipalità e *Landkreise* ("partecipazione appropriata alla spesa" o "spesa finanziariamente efficace"). Il § 3 (3) definisce i quattro criteri che permettono a "istituzioni o iniziative culturali" di essere considerate «di importanza regionale»[39]. La decisione sul finanziamento di "importanza regionale" di una misura specifica sarà discrezionale, aperta e trasparente, tramite la "Convenzione Culturale", bilanciando il finanziamento del progetto e il finanziamento istituzionale. Secondo il paragrafo 3 (5), tutti i settori culturali devono ricevere la dovuta considerazione nell'assegnazione dei fondi e la pubblicazione annuale delle misure e istituzioni sostenute. Il § 4 prevede gli organi e l'amministrazione delle aree culturali rurali. Gli organi delle aree culturali rurali sono la "Convenzione Culturale" (che svolge tutte le funzioni dell'area culturale[40]), il Presidente della Convenzione Culturale (che si occupa dell'amministrazione quotidiana e rappresenta l'area culturale), il Segretariato Culturale (per supportare sia il Presidente che il Consiglio Consultivo Culturale nella gestione dell'area culturale) e il Consiglio Consultivo Culturale (che prevede la nomina come membri

artistica e scientifica... La partecipazione alla cultura, nella sua diversità, e allo sport deve essere resa possibile per l'intero popolo. A tal fine, sono mantenuti musei, biblioteche, archivi, memoriali di accesso pubblico, teatri, impianti sportivi, istituzioni musicali e di altro tipo culturale, così come università, college, scuole e altre istituzioni educative aperte al grande pubblico".

[39] I criteri sono il "valore specifico, basato sulla storia" per la "tradizione della rispettiva regione"; il "significato speciale per i residenti e i visitatori della rispettiva regione"; il "carattere di modello per le forme aziendali di organizzazione"; il "carattere artistico-estetico speciale innovativo".

[40] I compiti della Convenzione Culturale includono l'adozione degli statuti dell'area culturale, la determinazione delle esigenze finanziarie annuali, la pianificazione finanziaria, la preparazione dell'elenco dei finanziamenti, la determinazione dell'importo annuale della tassa culturale, la distribuzione dei fondi e i bilanci annuali.

ISSN 2036-7821

di esperti in ambito culturale). Questo organo introdurrà proposte e consulenze non vincolanti[41]). La Convenzione Culturale coinvolgerà gli Amministratori e i Rappresentanti dei *Landkreise* e i Sindaci dei comuni. Secondo il paragrafo 8, l'Autorità di Sorveglianza Legale è il Ministero Statale della Scienza e delle Arti. Il § 6 prevede la «Condivisione del Carico Culturale Sassone» o «Bilanciamento del Carico Culturale Sassone» (*Sächsischer Kulturlastenausgleich*). A partire (almeno) dall'importo di EUR 94.700.000, gli enti territoriali sassoni devono prevedere una «perequazione annuale» degli oneri culturali, secondo la Legge sassone sul riequilibrio finanziario del 2013 e il bilancio statale annuale. L'allocazione dei fondi statali non può superare il 30 per cento della somma delle spese o delle spese finanziarie di tutte le istituzioni e misure sostenute dall'area culturale nel caso delle singole aree culturali (urbane), e non può essere superiore al doppio della tassa culturale nelle aree culturali rurali. Le aree culturali rurali co-finanzieranno la promozione della cultura, imponendo una tassa culturale nelle aree culturali rurali.

Già alcuni anni dopo l'entrata in vigore del *SächsKRG*, uno studio da un lato, rintracciava le origini e la logica della riforma nel contesto del fenomeno più generale della "regionalizzazione" dei compiti amministrativi tradizionalmente propri della competenza municipale generale e onnicomprensiva (*prinzipielle gemeindliche Allzuständigkeit*), a seguito della cessazione del sostegno finanziario federale straordinario post-unificazione; dall'altro, evidenziava alcuni effetti già in corso sulle politiche culturali pubbliche locali[42]. D'altra parte, la regionalizzazione specifica del finanziamento culturale ha rafforzato l'obiettivo di proteggere l'identità culturale sassone (*rectius*, delle identità culturali in Sassonia), dichiarata fattore integrativo e formatore di identità[43]. Inoltre, questa regionalizzazione introdusse strumenti giuridico-amministrativi obbligatori di cooperazione istituzionale, cambiando

---

[41] Viene previsto uno specifico obbligo di motivazione rispetto alle decisioni amministrative di finanziamento. La Convenzione Culturale non sarà vincolata dalle proposte decisionali del Consiglio Consultivo Culturale, ma le decisioni discrezionali che si discostano dalla proposta saranno notificate al Consiglio Consultivo Culturale, indicando le ragioni del dissenso. Il §4 prevede anche la consulenza sussidiaria dei gruppi di lavoro per singoli settori culturali, del Senato Culturale Sassone e della Fondazione Culturale dello Stato Libero di Sassonia.

[42] M. MICHEEL, *The Regionalization of Cultural Policy. The Saxon Cultural Space Act*. *Comparative*. 11.3, 2001, 86-102: «*In politics and planning, against the backdrop of changing modern statehood, which is accompanied by increasingly limited financial scope for public authorities and more differentiated tasks, regionalisation is increasingly being discussed as a problem-solving strategy for state tasks.*». «*The increasing importance of the regional level also applies to specialist policies such as cultural policy*».

[43] MICHEEL, *op.cit.*, 98: « *Wurde Kultur traditionell mit Stadt in Verbindung gebracht und als Ausdruck ausschließlich urbaner Daseinsformen verstanden, führt die Wiederentdeckung und Betonung eigener Stärken und regionalkultureller Besonderheiten zu einem neuen Verständnis von Regionalkultur. Längst gilt die regionale Kultur nicht mehr ausschließlich als die Kultur des ländlichen Raums, der – als „Heimat- oder Dorfkultur" bzw. „Kultur auf den Lande" bezeichnet – immer der Geruch des Provinziellen und Rückwärtsgewandten anhaftete. Die Fortführung und Wiederbelebung alter Traditionen wie auch die Entwicklung neuer Angebotsformen im kulturellen Sektor haben eine nicht unerhebliche Bedeutung im Selbstverständnis und in der Selbstdarstellung der Regionen gewonnen*».

ISSN 2036-7821

radicalmente il quadro giuridico del finanziamento culturale regionale[44]. Il meccanismo di rafforzamento delle identità culturali differenziate (e in particolare della minoranza linguistica soraba) venne identificato nella differenziazione tra aree culturali urbane (volte al finanziamento di istituzioni culturali tradizionali e più grandi, come i teatri) e aree culturali rurali (volte a finanziare identità e infrastrutture culturali "minori" e "remote", tradizionalmente escluse dal finanziamento culturale). Naturalmente, si osservava, questo scopo ridistributivo tra cultura urbana e rurale viene "messo da parte" se sono ampiamente utilizzati meccanismi di "concentrazione" delle risorse a favore delle aree culturali urbane e delle principali istituzioni culturali[45]. Nelle sue conclusioni, questa analisi ha sottolineato, in senso critico, che la necessità di finanziare grandi istituzioni culturali per garantirne la 'continuità operativa' si stava materializzando, pochi anni dopo l'entrata in vigore del *SächsKRG*, nella pratica di classificare iniziative e infrastrutture culturali in settori culturali diversi da teatri e orchestre come esclusivamente rilevanti (e di competenza) a livello locale[46].

Quindici anni dopo, un altro studio[47] propose una prospettiva di analisi diversa e più complessiva. Innanzitutto, sottolineava che originariamente il termine di dieci anni era stato previsto non solo per superare le complessità relative alla sua compatibilità giuridica con il principio di *kommunale Kulturhoheit* (era un modello completamente nuovo e senza precedenti di finanziamento pubblico della cultura nel sistema giuridico tedesco), ma piuttosto con l'obiettivo di concedere ai comuni il tempo necessario per ristrutturare le loro infrastrutture culturali, quando il flusso di fondi federali straordinari previsti per la successiva unificazione si era ridotto. Tuttavia, la capacità economica dei comuni e delle contee, dopo un decennio, si rivelò ancora insufficiente a sostenere finanziariamente le infrastrutture culturali. Per questo motivo furono approvate le leggi di proroga del 2002 e del 2007, fino all'eliminazione definitiva del termine di cessazione degli effetti con la legge del 20 giugno 2008. Inoltre, il decennio di efficacia operativa del *SächsKRG* aveva cambiato le caratteristiche del «paesaggio culturale sassone». Se in passato i contesti locali erano

[44] *Die regionale Finanzierung bezieht sich auf die Zusammenarbeit über bestehende politisch-administrative Grenzen hinweg (z.B. als Zusammenschluß von Gebietskörperschaften) oder auf die Kooperation bzw. Fusion einzelner, meist kostenintensiver Einrichtungen wie Theater, Orchester oder Museen.*

[45] MICHEEL, *op.cit.*, 100: «*Letztendlich führt das Kriterium der regionalen Bedeutung zu einer Konzentration der Fördermaßnahmen auf die größeren und kostenintensiveren Einrichtungen und Projekte. Diese beanspruchen weit über 50 Pro zent der Etats der jeweiligen Kulturräume… So fallen ganze Sparten aus der Förderung heraus, die in ihrer Gesamtheit durchaus Bedeutung für eine Region haben*».

[46] MICHEEL, *op.cit.*, 102: «*Das Ziel des Erhalts der Vielfalt und der Eigenständigkeit von Kultur in den Regionen verschiebt sich zugunsten der Überlebensfähigkeit von Hochkultureinrichtungen, insbes. der Theater und Orchester. Eine Landes förderung ausschließlich für Theater und Orchester - während die übrigen Kulturbereiche den Kommunen überlassen bleiben - würde zum Wegbrechen großer Teile der regionalen Kultur führen*».

[47] K. WINTERFELD, *Erst für den Übergang konzipiert und nun auf Dauer in Kraft: Das sächsische Kulturraumgesetz*, Jahrbuch für Kulturpolitik, 2016, 263-271.

ISSN 2036-7821

in primo piano, ora i riferimenti regionali alle istituzioni culturali erano stati rafforzati. Dopo un decennio, si potevano identificare *sette elementi fondamentali* del modello di governance culturale stabilito dal *SächsKRG*: 1) Il primo elemento è la nascita della *Kultur-Zweckverbänden* obbligatoria, con l'obiettivo di «*Finanziare congiuntamente offerte culturali in solidarietà*». Tutti i comuni e i distretti diventavano *membri obbligatori* delle *Kultur-Zweckverbände [associazioni culturali a scopo speciale*].[48] La solidarietà culturale assume la forma di un "obiettivo associativo speciale" e giustifica la natura obbligatoria dell'adesione per le aree rurali. Tuttavia, il principio di solidarietà non impedisce la differenziazione istituzionale delle aree urbane; 2) La spina dorsale finanziaria del modello è senza dubbio la parità finanziaria concessa dal *Land* della Sassonia insieme alla comunità delle autonomie locali, che ammonta a un contributo annuale di 91,7 milioni di euro per il settore culturale. Di questa somma, una quota minoritaria è destinata alle aree culturali rurali e la restante quota maggioritaria alle tre grandi città; 3) Di notevole importanza è la riscossione di una tassa culturale autodeterminata da parte dei distretti come dotazione finanziaria aggiuntiva rispetto a quella del *Land*, che è stata in grado di mobilitare risorse annuali di circa 25 milioni di euro. Il prerequisito per l'accesso ai sussidi statali è stato identificato nel cofinanziamento di almeno un terzo dei fondi delle aree culturali da parte dei distretti associati; 4) Analogamente, un altro pilastro del modello delle aree culturali è la partecipazione finanziaria appropriata dei comuni attraverso la cosiddetta "quota comunale" (*Sitzgemeindeanteil*). Le quote di cofinanziamento dei Comuni e dei distretti impediscono la cosiddetto "demunicipalizzazione" delle istituzioni culturali, cioè la de-responsabilizzazione delle istituzioni locali per il finanziamento della cultura; 5) Un altro elemento molto importante fu l'organizzazione istituzionale articolata ed equilibrata delle competenze attuata dal *SächsKRG.* Il successo del modello è dovuto anche al fatto che i poteri di "governance" sono articolati nei poteri di direzione, amministrazione e controllo, e sono attribuiti a diversi organismi, alcuni con una connotazione politica, altri con una connotazione burocratica, altri ancora con una connotazione tecnica. Questi includono Convenzioni Culturali, Consigli Consultivi Culturali, Gruppi di Lavoro specializzati nel settore e le Segreteria degli spazi culturali. Così, il potere politico di direzione può operare armoniosamente con l' *expertise* dei comitati di esperti e con la solida gestione burocratico-amministrativa dei Segretariati dell'area culturale; 6) Come ulteriore elemento fondamentale, viene sottolineato che un "mandato di sviluppo strutturale" sotto la competenza del *Land* è stato consolidato. Per molto tempo si dibatté certamente quali progetti culturali potessero essere classificati come di rilevanza regionale e quindi degni di finanziamento. Ora è emersa una pratica di finanziamento secondo la quale più o meno tutti i progetti e le istituzioni con una

[48] Cd. *Pflichtmitglieder* delle *Kultur-Zweckverbänden*

ISSN 2036-7821

designazione di target supra-locale sono classificati come rilevanti a livello regionale; 7) Inoltre, si nota che, grazie all'equilibrio istituzionale raggiunto nel *SächsKRG*, il consolidamento di un "mandato di sviluppo strutturale" ha reso le politiche culturali municipali sussidiarie ma non "opzionali" (rimangono un compito obbligatorio dei comuni). In definitiva, il *SächsKRG* è riuscito a garantire l'autonomia delle aree culturali per quanto riguarda il finanziamento dei progetti. Tuttavia, si sottolinea[49], uno degli svantaggi del modello dello spazio culturale sarebbe l'indebolimento di molte iniziative culturali che sono esclusivamente di importanza locale. Come si è visto, solo i progetti culturali considerati di importanza regionale possono essere finanziati nell'ambito del *SächsKRG.* I progetti più piccoli nelle aree culturali rurali hanno difficoltà a superare questa soglia. Così, secondo questa tesi, la prospettiva di finanziamenti puramente comunali sarebbe diminuita dopo l'entrata in vigore del *SächsKRG*, poiché i fondi limitati dei comuni sarebbero indirizzati solo nelle quote comunali delle aree culturali e poco sarebbe rimasto per il finanziamento di iniziative culturali esclusivamente locali.

Altra dottrina sottolinea l'eccezionalità del *SächsKRG* nella storia della legislazione culturale tedesca di finanziamenti misti strutturati tra *Land*, distretti e comuni[50]. Si sottolinea che nel 2015 il Ministero della Scienza e dell'Arte sassone ha presentato il primo rapporto di valutazione sugli effetti e i meccanismi della legge. Nel complesso, questa valutazione ha rivelato che il *SächsKRG* funzionava e che erano necessarie solo poche modifiche. Innanzitutto, è emerso un generale sottofinanziamento, già dopo dieci anni, che rischiava di compromettere l'equità e l'imparzialità di qualsiasi meccanismo di distribuzione delle risorse. Nella parte più interessante dell'analisi, la Legge sulle Aree Culturali Sassoni è stata confrontata con la *KulturfördergesetzesNRW*, la Legge sul Finanziamento Culturale del *Land* della Renania Settentrionale-Vestfalia[51]. Anche l'obiettivo principale della *KulturfördergesetzesNRW* era individuato nella definizione il quadro giuridico generale che consentisse ai comuni, nell'approvazione del bilancio, di definire finanziamenti per la cultura. Tuttavia, la *KulturfördergesetzesNRW* non prevedeva né un meccanismo di compensazione intermunicipale né fondi aggiuntivi del *Land*. La *KulturfördergesetzesNRW* prevedeva la semplificazione e razionalizzazione delle procedure di allocazione dei

[49] WINTERFELD, *op.cit.*, 270.

[50] O. ZIMMERMANN, *Zwei Wege, ein Ziel: Das Sächsische Kulturraumgesetz und das Kulturfördergesetz NRW.* Jahrbuch für Kulturpolitik 2015 16, 2016, 273: «*Es war daher wegweisend und bislang in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland einmalig, dass ein Gesetz mit dem Ziel auf den Weg gebracht wurde, durch eine strukturierte Mischfinanzierung von Land und Kommunen die Kulturfinanzierung zu sichern. Dabei ging es vor allem auch darum, auch jene Kommunen und Kreise an die Finanzierung der kulturellen Infrastruktur heranzuziehen, deren Einwohner sie zwar nutzen, aber traditionell zur Finanzierung nicht beitragen*».

[51] *Gesetz zur Förderung und Entwicklung der Kultur, der Kunst und der kulturellen Bildung in Nordrhein-Westfalen*, entrata in vigore il 24 dicembre 2014. Dal 1° gennaio 2022, è entrato in vigore il Codice Culturale della Renania Settentrionale-Vestfalia.

ISSN 2036-7821

finanziamenti, coinvolgendo i comuni, i distretti e le associazioni dei comuni. Anche la cooperazione intermunicipale, la cooperazione orizzontale tra infrastrutture culturali e le partnership pubblico-private erano menzionate e promosse in diversi paragrafi. L'analisi comparativa mostrava che si affermavano nei *Länder* nuove discipline normative, a partire dalla disciplina sassone, per introdurre strumenti volti ad integrare o compensare i finanziamenti comunali/distrettuali con finanziamenti dei *Länder* nel settore culturale, strumenti abbastanza differenziati[52]. Sia la Legge sulle Aree Culturali Sassoni che la Legge sulla Promozione Culturale NRW hanno sviluppato e adattato meccanismi per coinvolgere gli attori locali nelle politiche culturali, strutturando i finanziamenti culturali per integrare le competenze in materia di politica culturale. Tuttavia, per questa dottrina, a differenza della Legge sulla Promozione Culturale NRW, la Legge sulle Aree Culturali Sassoni si è mostrata più idonea costruire un quadro istituzionale-organizzativo e un modello di governance, le aree culturali, più «neutrale» rispetto a specifici obiettivi di finanziamento culturale di specifici settori rispetto ad altri[53]. Questa tesi sulla «neutralità dei contenuti» rispetto agli obiettivi e ai settori culturali del *SächsKRG* lascia, ad avviso di chi scrive, alcuni dubbi. Da un lato, si possono ricordare le osservazioni già menzionate di altra dottrina sullo scopo di proteggere il «pluralismo culturale» e le «identità e le espressioni culturali» delle comunità più piccole e remote (cioè, in conformità con il §2(3), che enuncia la definizione degli Statuti per le aree culturali considerando le loro "caratteristiche regionali"). D'altra parte, si può ricordare la menzione esplicita di alcuni scopi culturali specifici, come l'educazione culturale, in conformità con la sezione 3(1), o la protezione della lingua e della cultura del Popolo Sorabo, in conformità con la §4(4).

Per valutare l'impatto della Legge sulle Aree Culturali Sassoni dalla sua entrata in vigore e, in particolare, nell'ultimo decennio, è necessario ricordare i meccanismi di valutazione periodica previsti dal paragrafo 9 della Legge Sassone, dopo le ultime modifiche. Secondo il §9, ogni sette anni il Governo del *Land* esamina se la legge si sia dimostrata efficace sia in termini di conservazione che di promozione delle istituzioni culturali e delle misure di importanza regionale. Saranno esaminate l'adeguatezza delle strutture organizzative e dei meccanismi finanziari forniti, il numero e la disposizione geografica delle aree culturali, le procedure e i criteri per il

[52] «*In allen Ländern bestehen über Jahrzehnte gewachsene Ausgleichsmaßnahmen in der Kommunalfinanzierung, die die Kulturfinanzierung einschließen. Und es ist mitnichten so, als würde sich in anderen Ländern das Land nicht an der Finanzierung kommunaler Kulturausgaben beteiligen. Allein die Wege sind unterschiedlich*».

[53] ZIMMERMANN, *op.cit.*, 275: «*Wichtig erscheint mir, dass im Gegensatz zum Kulturfördergesetz NRW, bei dem eine Struktur geschaffen wurde, um inhaltliche Förderentscheidungen zu treffen, der Ausgangspunkt beim Sächsischen Kulturraumgesetz nicht die Inhalte, sondern die Strukturen sind. Das heißt, das Sächsische Kulturraumgesetz ist gegenüber den Förderinhalten eher neutral… Demgegenüber schafft das Kulturfördergesetz NRW in erster Linie den Mechanismus, um inhaltliche Kulturförderentscheidungen zu treffen, die teilweise im Gesetz bereits präjudiziert sind, wie beispielsweise die herausgehobene Position der Kulturellen Bildung.*»

ISSN 2036-7821

finanziamento delle aree culturali. Questo primo rapporto settennale deve essere inviato al Parlamento sassone entro il 31 dicembre 2025. Il § 10 prevede un meccanismo di valutazione sussidiaria a medio termine, il *Rapporto del Senato Culturale Sassone*. Secondo il § 10, ogni quattro anni (entro il 31 dicembre), il *Senato Culturale Sassone* (l'organo consultivo collegiale del Parlamento sassone sulla politica culturale) deve redigere un *Rapporto sull'attuazione* della Legge sulle Aree Culturali Sassoni, che contenga in particolare raccomandazioni per rafforzare la cooperazione tra il Territorio, le aree culturali, i comuni e le contee. Secondo il § 11, il primo rapporto del Senato Culturale Sassone è stato presentato per la prima volta nel dicembre 2021[54]. Nel Primo Rapporto del 2021, il Senato Culturale Sassone inizia sottolineando che nella Costituzione del *Land* del 1992 la promozione dell'arte e della cultura è definita come obiettivo territoriale e che, con il *SächsKRG* del 1994, la conservazione della cultura è stata definita come compito obbligatorio per i comuni e i distretti sassoni. La distinzione tra compiti culturali obbligatori e altri compiti volontari per i comuni ha dato un contributo decisivo alla conservazione del paesaggio culturale sassone. Le strutture create dal modello dello spazio culturale sono state sostenute da fondi statali per un massimo di due terzi della loro spesa. A differenza di altri strumenti di finanziamento delle politiche culturali, non solo i singoli progetti venivano sostenuti, ma l'infrastruttura culturale in tutte le regioni della Sassonia veniva promossa e garantita in modo sostenibile. Grazie ai meccanismi di finanziamento, a tutte le aree viene concesso lo stesso diritto alle infrastrutture culturali (in particolare alle aree rurali). Nel complesso, la Sassonia ha ottenuto un finanziamento culturale più stabile e consistente rispetto agli altri *Länder*. Una sfida chiave nella valutazione del *SächsKRG* è la diversa struttura delle aree culturali urbane e rurali. Il *Land* finanzia direttamente molti teatri statali (*Sächsische Staatskapelle*, *Opera di Stato Sassone [Comunemente conosciuta come la Semperoper]*, *Staatsschauspiel*) nelle aree culturali urbane e nelle grandi città si crea un vantaggio strutturale per le aree culturali urbane. Il rapporto sottolinea che una questione rilevante è quindi il finanziamento equilibrato delle aree culturali rurali rispetto alle aree urbane, in cui sono presenti le più grandi istituzioni culturali (come teatri, orchestre, musei, biblioteche o centri socio-culturali). Queste infrastrutture culturali, insieme alle scuole d'arte, danza e musica, devono garantire la "continuità culturale". L'interazione virtuosa tra il potere decisionale politico (Convenzione Culturale o Consiglio Comunale), l'*expertise* (consigli consultivi culturali e gruppi di lavoro specializzati) e l'amministrazione burocratica (Segreteria Culturale) è il nucleo dell'attuazione del *SächsKRG*. In termini di attuazione strutturale, il Rapporto osserva che le aree culturali rurali differiscono notevolmente dalle tre aree culturali urbane, in cui i poteri decisionali sono stati assegnati ai consigli comunali. Inoltre, si sono

[54] Primo rapporto del Senato Culturale Sassone sull'Applicazione della Legge Sassone sulle aree culturali, 2021

ISSN 2036-7821

sviluppate procedure molto diverse nelle singole aree culturali per la composizione dei comitati di esperti e il loro coinvolgimento nel finanziamento. Con la transizione dal finanziamento municipale al finanziamento delle aree culturali, il Rapporto sottolinea la diminuzione delle iniziative di finanziamento diretto autonomo da parte delle amministrazioni culturali municipali. In senso critico, il Rapporto osserva che anche le attività che dovrebbero rimanere nelle mani dei comuni (come le festività cittadine) vengono trasferite a istituzioni finanziate da aree culturali, anche se tali attività non dovrebbero ricevere finanziamenti da aree culturali.

In occasione del 30º anniversario dell'entrata in vigore del *SächsKRG*, è stata formulata una «posizione congiunta» delle aree culturali il 03.07.24, approvata dal Senato Culturale il 01.08.24. I rappresentanti delle aree culturali rurali e urbane hanno espresso al Governo e al Parlamento sassone la comune preoccupazione che fosse urgentemente necessario, da un lato, aumentare e, dall'altro, rendere più «dinamiche» le risorse finanziarie disponibili. Le risorse disponibili sono definite insufficienti considerando l'aumento dei costi, in particolare di personale ed energia. Un «indicizzazione periodica» dei fondi per le aree culturali è suggerito tramite strumenti di pianificazione finanziaria, vincolanti per le aree culturali, al fine di assorbire gli aumenti annuali dei costi in tutti i settori culturali. Inoltre, è criticata la sovrapposizione tra il cosiddetto «Patto Culturale» (un meccanismo di finanziamento diretto aggiuntivo per dieci teatri e orchestre da parte della SMWK, il Ministero della Cultura sassone) con il finanziamento ordinario delle aree culturali. Le aree culturali chiedono l'integrazione e l'armonizzazione di questi due percorsi di finanziamento all'interno del *SächsKRG*, invocando il principio della *kommunale Kulturhoheit*, più volte analizzato in questo documento, per garantire una distribuzione equilibrata dei fondi.

Come si può vedere, tutti questi studi mettono in rischio, con diverse sfumature, in senso tendenzialmente negativo, la differenziazione organizzativa e di governance tra aree culturali rurali e tre aree culturali urbane. Sottolineano che l'equilibrio istituzionale tra *Gemainden*, *Landkreise* e *Kultur-Zweckverbänden*, adeguatamente attuato nelle aree culturali rurali, manca nelle aree culturali urbane, dove gli organi comunali assumono il ruolo di indirizzo e amministrazione dei finanziamenti culturali, favorendo la concentrazione delle risorse a favore della continuità delle principali istituzioni culturali (teatri e orchestre). Sulla base di quanto analizzato nel primo paragrafo, ed in particolare la "demitizzazione" del *kommunale Kulturhoheit* e la sua "riconduzione" al *Kulturföderalismus*, (definizione ambigua sempre oscillante tra *federalismo cooperativo* e *federalismo competitivo*), si può notare che, nel modello giuridico del *SächsKRG*, la "solidarietà culturale" assume la forma di "scopo associativo speciale" e giustifica la natura obbligatoria dell'adesione per le aree rurali. Tuttavia, il principio di solidarietà non impedisce la differenziazione istituzionale

ISSN 2036-7821

delle aree urbane. Al contrario, quando la città diventa di medie-grandi dimensioni, il principio di solidarietà non riesce a superare il muro della «garanzia dell'autoamministrazione» (*Selbstverwaltungsgarantie*) e della «competenza municipale generale onnicomprensiva» (*prinzipielle gemeindliche Allzuständigkeit*).
Pochi anni dopo l'entrata in vigore del *SächsKRG*, possiamo riscontrare, nella letteratura su menzionata, anche una critica specifica alla mancanza di trasparenza nelle procedure amministrative delle gare d'appalto pubbliche e degli avvisi di finanziamento, da parte delle Segreteria delle aree culturali[55]. Tutavia, nella letteratura successiva e nel Rapporto del 2021 preparato dal Senato Culturale, queste criticità non sono emerse. Inoltre, per quanto sia stato possibile cercare per gli scopi di questo lavoro, nei trent'anni trascorsi dalla sua entrata in vigore il *SächsKRG* è stato presente solo raramente nella giurisprudenza dei tribunali federali costituzionale e amministrativo, nel *Bundesverfassungsgericht* o nel *Bundesverwaltungsgericht*, o in quella dei tribunali statali sassoni, nel *Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen* (*SächsVerfGH*) e nel *Sächsisches Oberverwaltungsgericht* (I tribunali superiori costituzionale e amministrativo della Sassonia).
Il *SächsKRG* è stato menzionato dal *Verfassungsgerichtshof sassone* nella sentenza del 26 giugno 2009 sulla Legge di riorganizzazione delle contee sassoni (*SächsKrGebNG)* e nella Legge sassone di riorganizzazione dell'amministrazione (*SächsVwNG*) del 2008. La sentenza affermava che le due riforme giuridiche menzionate erano conformi alla Costituzione sassone, soprattutto sulla base di un'analisi approfondita dell'art. 85 della Costituzione sassone. Nel determinare i confini delle contee, il legislatore si è orientato al criterio di non dividere, se possibile, il territorio dei distretti esistenti in nuovi distretti, per non disturbare le relazioni e le strutture storiche sorte dalla precedente riforma dei distretti. Per sottolineare la necessità di preservare i legami e le relazioni culturali, storiche e religiose, secondo il SächsKRG è stata quindi attribuita particolare rilevanza alle aree culturali. Gli organi municipali di autonomia locale non sono fondamentalmente minacciati da interventi che richiedono di essere giustificati rispetto alla riserva di autoamministrazione locale, a seguito del trasferimento dei compiti statali nell'ambito dell'articolo 85. Il trasferimento di compiti statali ai comuni o ai distretti dipende dalla idoneità e dall'adeguatezza rispetto all'adempimento del compito da parte degli enti locali. La caratteristica

[55] MICHEEL, *op.cit.*, 96: «*Seit 1995 haben sich die Förderstrukturen etabliert. Aufgrund der de facto abnehmenden Finanzmittel ist der Kreis der Geförderten rückläufig, so daß neue Anbieter zunehmend weniger Chancen zu haben scheinen, überhaupt in die Förderung zu gelangen, zumal sie häufig keine regionale Bedeutung nachweisen können. Auch läßt sich nicht von der Hand weisen, daß die Kultursekretäre, die meistens langjährige Angestellte eines der beteiligten Landkreise sind, Antragsteller aus dem eigenen Landkreis besser oder länger kennen. Die Informationen über Konvents- und Beiratssitzungen sind meist nur den bereits Beteiligten bekannt, da eine öffentliche Bekanntmachung nicht systematisch erfolgt.*»

ISSN 2036-7821

dell'idoneità si riferisce alla capacità di svolgimento da parte dell'ente locale conferitario del compito, che può essere valutata in base alla disponibilità del personale e alle risorse tecniche e finanziarie. L'adeguatezza riguarda la natura del compito da svolgere e richiede che sia adatto all'esecuzione in sussidiarietà. Insomma, l'articolo 85 non stabilisce una generale riserva giuridica di amministrazione locale che vincolerebbe il trasferimento dei compiti effettuato con legge, rispetto alla scelta di allocazione delle funzioni tra comuni e *Landkreise*/distretti, ma imporrebbe in concreto la verifica dei principi di idoneità e adeguatezza nelle scelte legislative.

La modifica §6 del *SächsKRG* tramite la Legge di Bilancio 2011/2012 (*Haushaltsbegleitgesetz 2011/2012*) del 15 dicembre 2010 è stata analizzata dal *Verfassungsgerichtshof* sassone nella sentenza del 14 agosto 2012[56]. La riforma riduceva e rimodellava i fondi assegnati annualmente alle aree culturali sassoni e rinominava l'area culturale «*Elbtal - Sächsische Schweiz – Osterzgebirge*» in «*Meißen - Sächsische Schweiz – Osterzgebirge*». Innanzitutto, il *SächsVerfGH* riconosceva la "funzione di perequazione" alle origini del *SächsKRG*. Inoltre, il *SächsVerfGH* evidenziava i quattro punti chiave (*Kernpunkte*) del *SächsKRG*: 1) l'ancoraggio statutario della cura culturale come compito obbligatorio sia dei comuni che dei distretti: «*die gesetzliche Verankerung der Kulturpflege als Pflichtaufgabe*»; 2) la suddivisione della Sassonia in cinque aree culturali rurali (organizzate come associazioni a scopo speciale di comuni e distretti con una indipendente struttura associativa, con membri obbligatori e non obbligatori) e aree culturali urbane (le città libere di Chemnitz, Lipsia e Dresda); 3) la «*sächsische Kulturlastenausgleich*», la «Compensazione del carico culturale sassone», il finanziamento congiunto di istituzioni e misure di rilevanza regionale; 4) la «*Beteiligung der Fachöffentlichkeit*», il coinvolgimento di esperti nelle decisioni di finanziamento delle aree culturali tramite i consigli culturali. Con la riforma della Sezione 6 del *SächsKRG*, veniva disposta una nuova distribuzione dell'onere di perequazione culturale tra le aree culturali, a favore dei Teatri di Stato della Sassonia. Il giudizio fu promosso dalla città di Lipsia per contestare, soprattutto, questa nuova riserva di fondi a favore dei Teatri di Stato di Sassonia, che riduceva significativamente le risorse disponibili per i teatri municipali e le altre istituzioni culturali comunali. La città di Lipsia sosteneva che la riforma legislativa fosse incompatibile con gli articoli 82 e 85 del *SächsVerf*, il dovere statale di finanziare adeguatamente l'autonomia degli enti locali per il compito "obbligatorio" delle politiche culturali. Inoltre, la ricorrente sosteneva che la riforma legislativa fosse incompatibile con il *Rechtsstaatsprinzip*, con i principi di fiducia o di protezione delle aspettative legittime (*Vertrauensschutzprinzip*, *Verfassungsgrundsatz des Vertrauensschutzes*). Da un lato, si creava una disparità di trattamento tra i teatri

[56] SächsVerfGH, Decisione del 14 agosto 2012, Vf. 97-VIII-118.

ISSN 2036-7821

statali e le altre istituzioni culturali; dall'altro, la pianificazione pluriennale delle attività culturali subiva un pregiudizio inaspettato a causa della riforma, violando, per le istituzioni culturali definanziate, «*la loro legittima aspettativa nella continuazione della precedente situazione giuridica*»[57]. Il ricorso fu dichiarato inammissibile dal Tribunale. La Corte sottolineava che le due garanzie finanziarie distinte per l'autonomia locale previste dall'articolo 85, paragrafo 2, e dall'articolo 87[58] del *SächsVerf*, dovevano essere tenute strettamente distinte[59]. Solo il trasferimento iniziale di un compito agli enti locali di autoamministrazione rientra nell'ambito normativo dell'Articolo 85, paragrafo 2. Tutte le ulteriori questioni devono essere valutate esclusivamente secondo l'articolo 87 della Costituzione sassone. L'articolo 85, comma 1, frase 3 e comma 2 introduce una garanzia finanziaria indipendente per gli enti municipali di autoamministrazione, che differisce fondamentalmente dalla garanzia finanziaria comunale generale prevista dall'articolo 87. La riorganizzazione del trasferimento finanziario statale non rientra più nell'ambito normativo dell'Articolo 85, ma deve essere valutata solo secondo le disposizioni dell'Articolo 87, che in astratto consentiva una valutazione per una violazione del principio di protezione delle aspettative legittime; tuttavia, respingendo il ricorso, concludeva che la ricorrente «*Il ricorrente non avesse invocato una violazione del parametro costituzionale considerato esclusivamente in conformità all'art. 87 della Costituzione sassone*»[60].

Infine, il *SächsKRG* è stato menzionato dal *Sächsisches Oberverwaltungsgericht* nella sentenza del 12 febbraio 2013[61]. La sentenza analizza la corretta "partecipazione del comune d'origine" dell'istituzione culturale richiedente al finanziamento dell'istituzione da parte dell'area culturale, prevista dalla sezione 3(2) del *SächsKRG*, secondo cui l'entità di tale partecipazione è determinata da una risoluzione annuale della Convenzione culturale. Secondo la Corte, la decisione sulla concessione non fissa la quota del Comune. La predisposizione della quota del comune è un «prerequisito» per la concessione da parte del resistente e non ne fa parte, in modo che una pretesa del richiedente derivante dalla decisione sulla concessione relativa alla quota del comune esiste solo se essa è stata pagata all'area culturale dal comune in conformità con il §6(2.2) della Legge Sassone sulle aree culturali.

---

[57] «*Verletzung ihres schutzwürdigen Vertrauens in den Fortbestand der bisherigen Rechtslage vor*».

[58] L'articolo 87 del *SächsVerf* stabilisce che «*(1) Lo Stato Libero di Sassonia garantirà che gli organi locali di autogoverno possano svolgere i loro compiti; (2) I comuni e i distretti hanno il diritto di imporre tasse e altre tasse proprie in conformità con la legge. (3) I comuni e i distretti rurali parteciperanno alle entrate fiscali di queste ultime, tenendo conto dei compiti dello Stato Libero nell'ambito della perequazione finanziaria supra-municipale. (4) I dettagli saranno determinati da una legge*».

[59] «*zwei strikt voneinander zu trennen de Finanzgarantien*».

[60] «*Eine Verletzung des danach als verfassungsrechtlicher Maßstab allein in Betracht kom menden Art. 87 SächsVerf hat die Antragstellerin nicht geltend gemacht*».

[61] *OVG Sachsen*, 12.02.2013, 1B7/13.

ISSN 2036-7821

Come già evidenziato, uno studio giuridico approfondito sul progetto di legge durante il processo di approvazione, al fine di verificare l'impatto della Legge sulle aree culturali sassoni e eventuali problemi di compatibilità con il *kommunale Kulturhoheit* e la *Selbstverwaltungsgarantie*, ha riassunto in modo ammirevole le questioni giuridiche più rilevanti riguardanti il diritto del patrimonio culturale sia nel sistema federale tedesco che nel diritto sassone. Secondo Ossenbühl[62], la crisi strutturale nella promozione della cultura in Sassonia, causata dalla cessazione dei finanziamenti straordinari a seguito del Trattato di Riunificazione, ha concesso al legislatore maggiore libertà d'azione riguardo alle misure previste dal *SächsKRG*, poiché le misure introdotte prevedevano un periodo limitato di efficacia, stabilendo un regime regolatorio transitorio di dieci anni. Così si raggiunse una riconciliazione tra due principi costituzionali contrastanti: da un lato, l'obbligo di promuovere la cultura ai sensi dell'art. 11 della Costituzione sassone, espressione del *Kulturhoheit der Länder*; dall'altro, la protezione della *Kulturhoheit* e la *Selbstverwaltungsgarantie* dei comuni e dei *Landkreise*, ai sensi dell'art. 28(2) della Costituzione sassone.
La disposizione di un sistema di aiuti statali per la cultura attraverso aree culturali, ai sensi del § 2 (3), non poteva quindi costituire una deroga al principio della *Selbstverwaltungsgarantie* da interpretare in modo rigoroso, capace di impedire l'esistenza di un "terzo livello di finanziamento", cioè il finanziamento diretto da parte di comuni e distretti di iniziative culturali di interesse esclusivo. Ai sensi dell'art. 28(2) della Costituzione sassone, i comuni e i distretti dovevano rimanere nella "disponibilità" dei poteri amministrativi per il finanziamento della cultura. In realtà, solo la situazione d'emergenza delle istituzioni culturali sassoni (che erano effettivamente minacciate nella loro esistenza a causa della mancanza di continuità di finanziamento) poteva giustificare la gestione amministrativa sussidiaria temporanea (decennale) del finanziamento culturale da parte delle aree culturali. Solo in questo modo, definendolo come un "modello organizzativo-amministrativo temporaneo", era finanziariamente ammissibile. In ogni caso, il compito di proteggere la cultura assunse un'importanza rafforzata, come da giustificare il nuovo livello straordinario e temporaneo di governo, anche alla luce dell'art. 35 del Trattato di Riunificazione, che richiamava espressamente il compito di proteggere la cultura. Il modello di formazione delle aree culturali ha stabilito un sistema di finanziamento congiunto con una base di entrate più ampia e un impegno simultaneo per una gestione concertata della spesa. Senza questa condivisione delle risorse finanziarie, il corretto adempimento del compito di finanziamento culturale da parte di istituzioni di importanza regionale non poteva essere garantito, tanto che la creazione obbligatoria di aree culturali era comunque richiesta per ragioni urgenti di interesse pubblico. La struttura interna delle aree culturali rurali come associazione a scopo speciale

[62] OSSENBÜHL, *op.cit.*

ISSN 2036-7821

garantiva che distretti e città indipendenti potessero partecipare direttamente alle decisioni tramite i propri rappresentanti. In questo modo, ricevevano un certo risarcimento per la perdita di autonomia. L'articolo 85 della Costituzione sassone doveva essere interpretato come una garanzia finanziaria uniforme. Ciò dipendeva da una configurazione concreta da parte del legislatore e non conteneva alcuna base costituzionale diretta per il rimborso delle spese. Ciò valeva anche agli obblighi speciali di promuovere la cultura ai sensi dell'art. 11, paragrafo 2 della Costituzione della Sassonia, e dell'art. 35 del Trattato di Riunificazione. Il finanziamento previsto dal *Land* di Sassonia rappresentava quindi una regolamentazione accettabile, che chiaramente rientrava nei limiti della discrezionalità del legislatore. La definizione e la delimitazione geografica basate su criteri come lingua, usanze e tradizioni avevano le loro radici nella convivenza e nella vita della popolazione e rappresentavano quindi una plausibile griglia decisionale per la divisione geografica delle aree culturali, che serviva proprio allo scopo di preservare l'identità culturale. Dal punto di vista costituzionale, era possibile delegare la delimitazione geografica a un atto successivo di regolamentazione. Tuttavia, i criteri di delimitazione dovevano essere stabiliti per legge, per garantire i requisiti minimi di trasparenza del quadro normativo. La formazione delle aree culturali come associazioni per scopi specifici presupponeva che fosse un'unione di diverse autorità locali per svolgere compiti comuni. Questa condizione era assente nel caso delle cosiddette aree culturali urbane, configurando una violazione delle prerogative costituzionali degli organi municipali delle grandi città. Le città di Chemnitz, Lipsia e Dresda dovevano quindi essere integrate nel concetto di aree culturali solo mantenendo la loro fisionomia istituzionale. Per quanto riguarda le procedure e i criteri per la distribuzione dei fondi per aree culturali, si è osservato che la libertà artistica non era in discussione. Il principio di uguaglianza e il divieto di decisioni amministrative discrezionali arbitrarie menzionate all'art. 3(1) (GG) richiedevano inoltre che la distribuzione dei fondi fosse effettuata secondo criteri oggettivi, problematici per quanto riguarda le valutazioni artistiche. La natura problematica dei poteri discrezionali amministrativi nel campo delle valutazioni artistiche richiedeva un'adeguata organizzazione e regole procedurali per garantire una procedura amministrativa equa. L'integrazione istituzionale degli esperti culturali doveva essere soggetta a una riserva legale riguardo alla nomina dei membri e ai metodi di selezione del personale. Inoltre, la composizione degli organi e il processo decisionale (in particolare i quorum decisionali) dovevano essere soggetti alla riserva della legge. Il principio del giusto procedimento richiedeva che la decisione della convenzione culturale in disaccordo con la valutazione degli esperti fosse collegata a un obbligo rafforzato di esporre le ragioni della decisione. L'imposizione di una tassa culturale per la rispettiva area culturale è stata analizzata come una delle competenze classiche delle associazioni a

ISSN 2036-7821

scopo speciale. La definizione e la raccolta del contributo, concludeva questa dettagliata analisi della proposta di legge, richiedevano la conformità al principio generale di uguaglianza.

Si può concludere questa disamina del *SächsKRG* con le riflessioni di Vogt, che ne ispirò l'idea e fu tra i protagonisti maggiori della sua concretizzazione[63]. La genesi del *SächsKRG* coinvolse effettivamente istituzioni regionali e locali sassoni, la società civile, la comunità artistica, distinguendosi come esperimento di *democrazia deliberativa*[64]. È stato così sottolineato che il *SächsKRG* era coerente con lo sviluppo storico della Sassonia e contraddiceva il parallelo processo di riforma dell'autogoverno locale e il piano di sviluppo statale, basato su una gerarchia verticale di città centrali, centri di medie dimensioni, centri inferiori e così via. Il piano di sviluppo statale era caratterizzato da significativi flussi di finanziamento competitivi tra le città (il *federalismo competitivo* ritorna di nuovo, come possiamo vedere). Al contrario, il concetto chiave delle aree culturali si basava sul «principio orizzontale» che sta alla base della formazione dei distretti (l'approccio diverso del *federalismo cooperativo*). La specificità del *SächsKRG* risiedeva anche nel fatto che le leggi sul finanziamento della cultura dei *Länder* della Germania Ovest non potevano essere prese come modello, ma era necessario delineare un nuovo modello adatto a un *Land* orientale dopo il Trattato di Riunificazione*: «L'idea che la Germania rimanesse indivisa come nazione culturale è errata. Sebbene la forma delle istituzioni culturali potesse essere simile, la loro funzione era, come dimostrato, diametralmente opposta. La lingua, le usanze e il comportamento dei cittadini erano stati soggetti a condizioni diverse per troppo tempo per essere uniti da un giorno all'altro da un trattato e dall'introduzione di una moneta comune. Ultimo ma non meno importante, esiste un enorme divario tra i due concetti di cultura: secondo sondaggi, i cittadini occidentali definiscono la cultura principalmente come Goethe, Kant e Beethoven, mentre per i cittadini orientali, tutto ciò che rende piacevole la vita quotidiana appartiene anch'esso al concetto di cultura.*»[65] Quando fu discusso il progetto di legge del *SächsKRG*, il presupposto principale del Trattato di Riunificazione per raggiungere un allineamento economico si rivelò un'illusione. Come ha sottolineato Vogt, i comuni sassoni «*erano caratterizzati dall'inconciliabile contraddizione tra la propria*

[63] VOGT, *op.cit.*,1996b, 22ss.

[64] «*Das Besondere an der Genese des Kulturraumkonzeptes war der sachsenweite Diskussionsprozeß. Blickt man zurück, so gibt es kaum einen politischen Verantwortungsträger, keinen Fachverband, kaum einen Künstler, der nicht mit Recht sagen darf, er oder sie habe das Seine zum Gelingen des Projektes beigetragen… Das Werden des Kulturraumgesetzes und anderer Vor haben ist pragmatisch für jene offene und sachorientierte Praxis von Demokratie, die die neuen Bundesländer von der verwaltungsorientierten Verbändeherrschaft der alten Bundesländer unterscheiden könnte*».

[65] «*Deutschland sei als Kulturnation ungeteilt geblieben, geht fehl. Mag die Form der Kultureinrichtungen auch ähnlich gewesen sein, ihre Funktion war, wie gezeigt, geradezu entgegengesetzt. Sprache, Sitten und Verhaltensweise der Bürger haben zu lange unterschiedlichen Verhältnissen gehorcht, um durch einen Vertrag und die Einführung ei ner gemeinsamen Währung über Nacht zusammenkommen zu können. Nicht zuletzt klafft der Kulturbegriff auseinander: definiert der West-Bürger Umfragen zufolge Kultur im wesentlichen als Goethe, Kant und Beethoven, so gehören für den Ost-Bürger auch das Tischgeschirr und was sonst noch den Alltag schön macht, zum Begriff der Kultur*».

ISSN 2036-7821

capacità fiscale e la pretesa di uguaglianza delle infrastrutture e del benessere sociale della popolazione, garantita dall'adozione del sistema giuridico e sociale della vecchia Repubblica Federale». Il *SächsKRG* propose quindi di non essere in antitesi, ma in armonia con tutti i sistemi di condivisione dei sostegni nel settore culturale che erano stati implementati dopo la riunificazione e che continuavano a mostrare i loro effetti. Il *SächsKRG* si collocava e contribuiva a costruire un sistema di cinque livelli di finanziamento culturale: 1) Il sostegno del Governo Federale a istituzioni di rilevanza nazionale; 2) Il finanziamento culturale diretto del governo del *Land*, oltre alle sue risorse destinate alla perequazione dell'onere culturale. 3) Il finanziamento delle aree culturali delle istituzioni e delle misure di rilevanza regionale; 4) Il finanziamento municipale e dei *Landkreise* per tutte le strutture e le misure a livello locale o di distretto; 5) Il finanziamento culturale dell'UE. Riguardo alla « *Kulturförderung als kommunale Pflichtaufgabe*», Vogt evidenzia, da un lato, l'art. 5 di GG e, dall'altro, gli art. 11 e 85 della Costituzione sassone. La riallocazione dei finanziamenti culturali da «compito volontario di autoamministrazione» a «compito amministrativo obbligatorio» veniva ancorata dai comuni sassoni all'Articolo 85, paragrafo 2 della Costituzione sassone, che prevedeva una corrispondente compensazione finanziaria statale. Secondo Ossenbühl e Vogt, e secondo la giurisprudenza successiva, l'art. 85 della Costituzione Sassone non poteva essere inteso come una base direttamente applicabile per le rivendicazioni costituzionali da parte di comuni e distretti. Grazie a questa interpretazione costituzionale, è stato possibile attuare il meccanismo di cofinanziamento, così l'area culturale poteva aver diritto a imporre una tassa culturale come strumento di perequazione dell'onere culturale complessivo, che compensasse il divario di copertura tra l'entità del sostegno finanziario complessivo da un lato e le allocazioni provenienti dal meccanismo di integrazione statale dall'altro. In conclusione, si può concordare che il *SächsKRG* dosse essere interpretato correttamente soprattutto come un'espressione dell'art. 5 di GG, ovvero come strumento di pluralismo culturale, in grado di contrastare ogni ricorrente caratterizzazione centralistica delle politiche culturali[66]. Ancora oggi, dopo trent'anni, si può in gran parte concordare con questa riflessione.

3. Osservazioni conclusive. Il modello italiano e tedesco a confronto. Lo spazio delle autonomie nelle politiche culturali contemporanee.

Come è noto, nel sistema italiano il riparto di competenze tra centro e periferia in materia di cultura si caratterizza - sia per la stratificazione storica degli

[66] *Die Kulturräume sind nicht mehr als ein flexibler Rahmen für eine innovative Entwicklung von Kultur in Sachsen, gebunden an demokratische Entscheidungsfindungeri und damit den politischen Wiliensbildungsprozeß an der Basis. Das Gesetz über die Kulturzweckverbände versteht sich als Begleithilfe beim schwierigen Übergang von einem zentralistisch aus Berlin dirigierten Staatskünstlertum zu einem freien Spiel der Kräfte im Sinne von Art. 5 des Grundgesetzes beim Prozeß der wirtschaftlichen Gesundung Sachsen*

ISSN 2036-7821

inquadramenti legislativi, sia per gli orientamenti assunti dalla giurisprudenza costituzionale - per l'accentuata centralizzazione delle funzioni, non sempre esaustivamente ancorata alla fondamentale distinzione tra compiti di *tutela* e di *valorizzazione*[67]. Come è stato acutamente osservato[68], all'interno del diritto italiano dei beni culturali «*La struttura delle fonti del diritto è asimmetrica, disorganizzata, con precettività variabile e graduata, caratterizzata da un elevato grado di complessità, settorialità e specialità, legata in parte al peculiare statuto costituzionale del patrimonio culturale, in parte al modo in cui le discipline si sono formate nel tempo, stratificati e sovrapposti, spesso dettati da esigenze contingenti, piuttosto che ispirati da un disegno unitario, funzionale a una migliore cura del patrimonio. La regolamentazione si articola su più livelli, spesso sovrapponibili e intrecciati, che non sempre rispondono all'ordine gerarchico tradizionale e riflettono il fenomeno più generale della crescente complessità delle fonti e della moltiplicazione dei centri di produzione normativa*». Il sistema delineato dal D.Lgs. del 31 marzo 1998 n. 112, agli articoli 150 e 152 - e confermato dal *Testo Unico*, il D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, all'art. 11 - stabiliva il mantenimento a livello nazionale delle funzioni di tutela e la condivisione con le Regioni e gli enti locali (secondo il principio della leale collaborazione) delle funzioni di gestione e di valorizzazione[69]. Come è stato spesso osservato[70], negli anni successivi le riforme della disciplina dei beni culturali hanno sostanzialmente «*ruotato attorno alla dialettica Stato-autonomie*», con il rilevante contributo della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana.
La Corte costituzionale, nelle sue sentenze degli anni '80 e '90 del secolo scorso, sottolineava lo spazio ridotto riservato alla legge regionale dall'originario art. 117 della Costituzione. Tuttavia, iniziò ad ancorare all'art. 9 della Costituzione le

[67] Non è possibile, in questa sede, introdurre compiutamente l'analisi della disciplina della tutela dei beni culturali nell'ordinamento italiano, con particolare riguardo alla ripartizione delle competenze tra Stato, Regioni ed enti locali. *Ex multis*, cfr. C. BARBATI, L. CASINI, M. CAMMELLI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Il Mulino, Bologna, 2017; A. BARTOLINI, *Beni culturali (diritto amministrativo)*, in *Annali-Enciclopedia del diritto*, 6, Giuffrè, Milano, 2013, 93-132; G. MANFREDI, *Il riparto delle competenze in tema di beni culturali e la leale collaborazione*, Istituzioni del Federalismo, 3, 2017, 791-809; P. SCARLATTI, *Beni culturali e riparto di competenze tra Stato e Regioni nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*. Le Regioni, 2018, 46.4, 645-674; P. CHIRULLI, *Il governo multilivello del patrimonio culturale*. Diritto amministrativo, 27.4, 2019, 697-741; A. SAU, *Il contributo della disciplina sulla tutela e valorizzazione del patrimonio culturale alla costruzione dello stato unitario*, in E. CHITI, G. GARDINI, A. SANDULLI, (a cura di), *Unità e pluralismo culturale*, VI, Firenze University Press, 2016, 355; ID., *Beni e attività culturali tra Stato e Regioni: ciò che resta della stagione della regionalizzazione. Guardando alla prossima*, Aedon, 1/2023. D. MONE, *Il sistema delle fonti dei beni culturali tra giurisprudenza e prospettive di riforma costituzionale con particolare riferimento alla disciplina dei musei*, Costituzionalismo.it, 3/2016, 59-87.

[68] CHIRULLI, *op.cit.*, 699.

[69] In tale ripartizione, veniva prevista la partecipazione regionale alle procedure di *identificazione* dei beni culturali (dichiarazione ministeriale di valore culturale, formazione di elenchi e cataloghi regionali); cooperazione nella vigilanza; cooperazione nella gestione del patrimonio librario; cooperazione nei rapporti con le confessioni per la gestione dei beni religiosi; conservazione e gestione degli archivi; cofinanziamento dei restauri; prestiti per mostre e esposizioni; esposizioni; organizzazione dei servizi di utilizzo; adozione di piani territoriali, paesaggistici e ambientali; autorizzazioni per interventi privati su beni paesaggistici.

[70] *Ex multis*, cfr. SAU, *op.cit.*, 364; MANFREDI, *op.cit.*, 796; SCARLATTI, *op.cit.*, 646ss.

ISSN 2036-7821

prospettive di partecipazione al settore dei beni culturali da parte delle autonomie territoriali, esortando il legislatore a realizzare una migliore delimitazione delle competenze statali e regionali[71] e a introdurre istituti di «leale collaborazione».[72] All'inizio del nuovo millennio, la revisione costituzionale del Titolo V recepiva e costituzionalizzava la distinzione tra *tutela* e *valorizzazione*[73], alla base del nuovo *Codice dei Beni Culturali*, D. Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42. Allo Stato viene così riconosciuto un potere legislativo che va oltre la definizione dei principi generali della materia, qualora sia chiamato a disciplinare la funzione di valorizzazione del patrimonio culturale statale (art. 7, comma 1) e anche un potere normativo che non gli spetterebbe in materia in quanto titolare di un potere legislativo concorrente e non esclusivo. Per quanto riguarda l'attribuzione delle funzioni amministrative, si conferma che la funzione di tutela "per le esigenze dell'esercizio unitario" è attribuita al Ministero. Al netto dell'utilizzo degli strumenti di coordinamento e cooperazione interistituzionale (cfr. artt. 5, 6, 7, 112 del Codice) che rappresentano il modello per la ripartizione delle competenze amministrative tra Stato, Regione ed enti locali in materia di beni culturali, si evidenzia la difficoltà di definire con certezza, da un lato, i confini tra tutela e valorizzazione[74]; dall'altro, gli ambiti di competenza statale,

[71] Corte costituzionale, sentenza n. 278 del 12 giugno 1991.

[72] Come osserva MANFREDI, *op.cit.*, 800, con riferimento a Corte costituzionale, sentenza n. 921 del 1988.

[73] Sulle definizioni e ampiezza delle funzioni di tutela, cfr., *ex multis*, BARTOLINI, *op.cit.*, 94, e BARBATI, et al., *op.cit.*, 2017. Il termine "tutela" consiste essenzialmente nell'esercizio di poteri amministrativi finalizzati alla conservazione e alla salvaguardia del patrimonio culturale materiale (custodia, vigilanza, studio e ricerca, restauro. Ciò include i poteri amministrativi strumentali a tali attività, quali la possibilità di affidare lavori e servizi attraverso procedure di appalto, outsourcing, partnership), che consistono anche nel potere di conformazione e ablazione dei beni culturali privati, nonché nell'esercizio di poteri sanzionatori. È stato quindi proposto che la tutela comprenda "qualsiasi disciplina che abbia l'effetto di regolamentare, limitare, inibire, o comunque conformare o, se necessario, escludere del tutto la condotta di soggetti pubblici o privati in modo che non sia pregiudizievole [...] non solo per l'integrità fisica dei beni e la conservazione in senso stretto, ma più in generale per la garanzia di quel valore culturale che costituisce l'aspetto di interesse pubblico giuridicamente tutelato dall'ordinamento giuridico". Tra i poteri di conformazione, il più importante è quello di autorizzare interventi su beni privati vincolati ed è talmente penetrante da poter escludere qualsiasi modifica o nuova costruzione, ma possiamo citare anche i divieti di circolazione extranazionale, di esposizione di beni "fragili". Tra i poteri ablativi, il più importante è l'espropriazione dei beni culturali privati, ma possiamo citare anche la "temporanea occupazione" per motivi di studio e la ricerca della prelazione nel caso di vendite tra privati. Con il termine "valorizzazione" si intendono, in un primo senso, tutte le attività che sono connesse all'aumento della qualità economica del bene, "in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze". Secondo una diversa accezione, la valorizzazione dovrebbe piuttosto essere intesa come "regolamentazione delle attività volte a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni per la fruizione e la fruizione pubblica del patrimonio stesso", ivi compresa la promozione e il sostegno (economico) degli interventi di conservazione dei beni culturali. Sulla base della giurisprudenza costituzionale, è possibile definire un significato più o meno ampio di valorizzazione: la valorizzazione in senso lato avrebbe un ruolo residuale, coprendo tutto ciò che non è tutela; ciò in senso stretto includerebbe solo l'utilizzo e il finanziamento delle attività di gestione (protezione) dei beni.

[74] Come abbiamo visto, i confini tra l'uno e l'altro sono ricostruiti in modo diverso, sulla base del nome del Codice del 2004 e della giurisprudenza costituzionale. Secondo BARTOLINI, op.cit., 122, «a ben vedere, la giurisprudenza appena esaminata non è vacillante, ma riflette la natura ontologica e polimorfa dei beni culturali.

ISSN 2036-7821

regionale e locale. Il riferimento al principio di leale cooperazione, in particolare nell'art. 112 del Codice, è quindi inteso sia in senso "difensivo", come strumento di risoluzione dei conflitti tra i diversi livelli di governo, sia in senso "propulsivo", come strumento di promozione e valorizzazione economica del patrimonio culturale, anche e soprattutto a livello locale[75].

Dopo la riforma costituzionale, la Corte costituzionale ha anche reinterpretato il quadro delle competenze tra Stato, Regioni e autonomie locali. Nelle sue prime pronunce successive alla riforma costituzionale, la Corte ha affermato la continuità tra la precedente normativa nazionale, il decreto n. 112/1998, e la riforma costituzionale: «*perché si può individuare una linea di continuità tra la normativa degli anni 1997-1998, relativa all'attribuzione di funzioni alle autonomie locali, e la legge costituzionale n. 3 del 2001*»[76].

Parte dei casi ha riguardato la funzione di tutela, frammentando le tipologie di beni culturali tradizionali previste dal Testo Unico del 1999 prima, e dal Codice del 2004 poi, e giungendo a soluzioni non univoche in casi concreti in cui le funzioni di tutela e valorizzazione sono molto intrecciate. La Corte, pur interpretando in modo rigoroso il criterio costituzionale di attribuzione e difendendo l'ambito di competenza riservato allo Stato, ha talvolta operato un certo ampliamento dello spazio di intervento riconosciuto alle Regioni. Ad esempio, ha sviluppato la nozione di «bene di interesse culturale», che sarebbe distinta dai «beni tradizionali di interesse culturale tutelati per legge (dalla normativa nazionale)», e su cui le Regioni potrebbero prevedere sia forme di tutela che di valorizzazione[77]. In altre occasioni, la

---

Quando si tratta di beni culturali extracodice, la Corte costituzionale accoglie con favore un'ampia nozione di valorizzazione, tale da includere quasi la tutela, in quanto il legislatore statale non è interessato a tali beni, lasciando sostanzialmente libere le Regioni. Quando, invece, si fa riferimento ai beni culturali del Codice, la tutela si espande a tal punto da sconfinare anche nella valorizzazione, in quanto la normativa statale, sia attraverso il potere esclusivo che quello concorrente, limita fortemente il potere di intervento delle Regioni».

[75] SAU, *op.cit.*, 2013, 365.

[76] Corte costituzionale. Sentenze n. 94 del 28 marzo 2003, n. 9 del 13 gennaio 2004.

[77] Corte Costituzionale, Sentenza n. 94 del 28 marzo 2003. La Corte ha dovuto valutare la legge regionale del Lazio del 6 dicembre 2001, n. 31 in materia di "Tutela e valorizzazione dei locali storici". Secondo Sau, Antonella (2023), la Corte, dopo aver osservato che le funzioni inerenti ai beni culturali desumibili dalla normativa vigente non riguardano "altri beni che, ai fini della valorizzazione, possono essere riconosciuti come particolari valori storici o culturali dalla comunità regionale o locale, senza che ciò comporti la loro qualificazione come beni culturali", "risolto il conflitto di competenze al di fuori del binomio tutela/valorizzazione, ovvero spostando il focus dal "tipo" di intervento al "bene" attraverso la riproposizione della tesi di una nozione "aperta e variabile" di patrimonio culturale in relazione ai "regimi giuridici differenziati previsti dalle singole leggi che ne arricchiscono di volta in volta la tipologia. Ne consegue che la scelta del legislatore regionale di inserire in un apposito elenco regionale gli esercizi commerciali e artigianali aperti al pubblico che abbiano un valore storico, artistico, ambientale e la cui attività costituisca testimonianza storica, culturale e tradizionale anche con riferimento agli antichi mestieri, al fine di accedere a fondi per la loro valorizzazione e per sostenere le spese connesse all'aumento dei canoni di locazione, non interferisce con la competenza dello Stato in materia di protezione che presuppone l'assoggettamento della proprietà a un regime vincolante che limita il diritto di proprietà". Cfr MANFREDI, *op.cit.*, 802.

ISSN 2036-7821

Corte ha sottolineato che le Regioni non potrebbero mai introdurre strumenti di protezione alternativi per i beni culturali tradizionali disciplinati dal Codice, potendo occuparsi solo di quei beni non tradizionali, ma che possono presentare "*seppur in via residuale, un interesse 'culturale' per una determinata collettività territoriale, prevedendo così un diverso e ulteriore regime di tutela*" [78]. Tuttavia, la distinzione tra beni culturali tradizionali e beni culturali "*con un diverso e ulteriore regime di tutela*" non ha sempre portato la Corte ad aprirsi alle Regioni, soprattutto nel caso di classificazioni molto generiche di "*beni culturali non tradizionali*". Alcune decisioni hanno sottolineato la necessità che «*allo Stato resti inequivocabilmente attribuita, ai fini della tutela, la disciplina e l'esercizio unitario delle funzioni destinate all'identificazione dei beni costituenti il patrimonio culturale nonché alla loro tutela e conservazione e, invece, anche alle regioni, ai fini [unicamente] della valorizzazione, la disciplina ed l'esercizio delle funzioni finalizzate alla migliore conoscenza e fruizione di tale patrimonio*», e ha dichiarato illegittima una legge regionale per l'individuazione dei «*manufatti e cimeli storici non compresi tra i beni culturali tutelati*», contestando il carattere generico della clausola con cui la normativa regionale intendeva evitare sovrapposizioni con la normativa nazionale[79]. D'altro canto, per quanto riguarda le funzioni amministrative in cui tutela e valorizzazione sono strettamente connesse, pur ribadendo in generale la competenza concorrente in materia di valorizzazione, la Corte ha legittimato fenomeni di "accentramento", ritenendo legittime le norme nazionali molto dettagliate (e le competenze statali molto preponderanti) di valorizzazione, purché riferite a beni di proprietà dello Stato[80]. Tuttavia, la Corte, seguendo un orientamento parzialmente diverso, in altre pronunce, pur mantenendo la distinzione tra tutela e valorizzazione, ha richiesto un accordo tra Stato e Regioni laddove la materia della tutela sia legata ad una competenza regionale, ma soprattutto ha affermato che la "contiguità ontologica e teleologica" esistente tra le funzioni di tutela e di valorizzazione comporta "una situazione di concreta concomitanza della competenza esclusiva dello Stato con quella concorrente dello Stato e delle Regioni". Ciò ha indotto la Corte a dichiarare incostituzionali le norme impugnate nella parte in cui esse non prevedevano l'accordo tra Stato e Regioni[81].

In altre pronunce, la Corte delimita i confini tra le attività di "valorizzazione del patrimonio culturale" e quelle di "promozione e organizzazione delle attività culturali", previste dal terzo comma dell'articolo 117 della Costituzione[82]. La seconda categoria, più ampia, comprende "*tutte le attività riconducibili all'elaborazione e alla*

[78] Corte costituzionale, sentenza n. 232 del 16 giugno 2005. Scarlatti, Paolo (2018), 655. Manfredi, Giuseppe (2017), 803.

[79] Corte Costituzionale, Sentenza n. 194 del 03 luglio 2013.

[80] Corte costituzionale, sentenza n. 26 del 20 gennaio 2004.

[81] Corte costituzionale, sentenza n. 140 del 9 giugno 2015.

[82] Corte costituzionale, sentenze 21 luglio 2004, n. 255 e 19 luglio 2005, n. 285.

ISSN 2036-7821

diffusione della cultura, senza che vi sia spazio per ritagliarsi singole partizioni come lo spettacolo" (sulla disciplina specifica delle arti performative, vedi sotto). Sulla distinzione tra tutela e valorizzazione, la Corte ha recentemente affermato che l'ambito della tutela comprende "la regolamentazione e l'amministrazione giuridica" dei beni culturali (con particolare attenzione alle misure di protezione e conservazione). La Valorizzazione ha il compito di regolamentare "l'attività antropica sul bene" ovvero la definizione "*del complesso delle attività di intervento integrative e di ulteriore miglioramento, volte a promuovere, sostenere la conoscenza, la fruizione e la conservazione del patrimonio culturale, nonché ad assicurare le migliori condizioni per la sua fruizione, anche da parte di persone con disabilità*".[83].

Come è stato osservato, la giurisprudenza costituzionale degli ultimi vent'anni testimonia un «*lento processo di ricentralizzazione... con argomenti e meccanismi diversi (dai "compiti" intesi come "ambiti" alle competenze trasversali nazionali, dall'attrattiva in sussidiarietà al criterio della prevalenza) e la conseguente marginalizzazione del ruolo delle autonomie regionali.."ingabbiate" dal principio di leale collaborazione*» [84].

Come è noto, a partire dal 2014, i musei nazionali sono stati riformati garantendone maggiore autonomia gestionale rispetto alle articolazioni periferiche territoriali del Ministero della Cultura, a seguito della riforma avviata dal Decreto-Legge n. 66 del 24 aprile 2014, dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) del 29 agosto 2014 n. 171 e dal Decreto Ministeriale (DM) del 23 dicembre 2014. La riforma ha creato una "rete territoriale" di musei con una nuova autonomia. La riforma ha operato in doppia direzione: da un lato ha rafforzato la struttura centrale con l'istituzione della Direzione Generale dei Musei, dall'altro ha reso autonome le strutture periferiche, separando i "nuovi" Musei dalle Sovrintendenze. Come è stato osservato[85], la riforma ha cercato di ridefinire le relazioni tra Stato, regioni e autorità locali, superando non solo la prospettiva di separazione/opposizione tra i livelli di governo, ma anche quella di cooperazione/collaborazione, a favore di un approccio di integrazione. Il cuore di questa riorganizzazione è stato identificato nella creazione di un *Sistema Museale Nazionale*, che integra *i poli museali regionali* e i "*sistemi museali misti*", composto da musei statali, altre amministrazioni pubbliche regionali e locali, istituzioni museali non statali e private, con l'obiettivo di valorizzare i musei non statali già esistenti, come i musei civici. Infatti, oltre ai musei statali, tutti gli altri musei appartenenti al settore pubblico o privato, inclusi musei della scienza, musei universitari e musei demo-etno-antropologici, sono destinati a far parte del sistema museale nazionale, in conformità con gli standard previsti dal Decreto Ministeriale del 21 febbraio 2018 di "*Adozione di livelli minimi uniformi di qualità per musei e luoghi*

[83] Corte costituzionale, sentenza n. 138 del 6 luglio 2020.

[84] SAU, *op.cit.*(2023), 8.

[85] *Ex multis*, sulla riforma dei musei cfr. G. MORBIDELLI, *Musei civici italiani tra tradizione e innovazione*, *Aedon*, 1(2021), 45-53; G. PIPERATA, *Musei pubblici non statali*, Aedon, 1(2021), 54-61.

ISSN 2036-7821

culturali appartenenti al pubblico e attivazione del sistema museale nazionale" e D.M. 20 giugno 2018. I prossimi anni potranno indicare se la creazione del Sistema Museale Nazionale abbia identificato nuove forme di organizzazione delle competenze dello Stato, delle Regioni e delle autorità locali per la protezione e il miglioramento capaci di superare le dicotomie e le aporie ora consolidate nel sistema di riparto di competenze nel settore.

Come evidenziato in precedenza, le funzioni di tutela previste dal Codice del 2004 dei beni culturali tradizionali, quando sono «strettamente intrecciate» con l'utilizzazione e la valorizzazione, consentono al Ministero della Cultura, spesso attraverso le sue articolazioni locali, di limitare i poteri regionali di valorizzazione, di rafforzare la centralizzazione delle funzioni, di sfumare la necessità di istituire forme di leale collaborazione. L'amministrazione centrale attua ampiamente sia la protezione dei beni culturali sia la promozione delle politiche culturali, e gestisce le risorse più ampie, riducendo le politiche regionali e locali. L'art. 117 della Costituzione italiana, come interpretato dalla Corte Costituzionale italiana, riduce i poteri normativi delle Regioni nel campo delle politiche culturali, soprattutto nei settori in cui i confini tra protezione e valorizzazione sono sfumati.

Dopo la pandemia Covid-19, nell'ambito del quadro Next Gen UE, il Piano di Ripresa italiano rafforza il rapporto stretto tra le autorità locali e il Governo italiano su diversi temi, comprese le politiche culturali. L'implementazione italiana delle politiche dell'UNESCO e, recentemente, della Convenzione FARO sul patrimonio culturale, rafforzano anche il rapporto tra il Governo Nazionale e le singole autorità locali (comuni).

Nel quadro giuridico generale stabilito dal Codice del Patrimonio Culturale e del Paesaggio del 2004, autorità distrettuali subregionali (e supra-municipali) o enti pubblici simili governati da regioni non sono esplicitamente previsti dal sistema italiano delle politiche culturali. Alcuni modelli di governo sovra-comunale sono stati proposti dalla dottrina o attuati dalla legislazione regionale. In particolare, alcuni modelli di *distretti culturali* sono spesso analizzati e proposti da studiosi italiani e, in alcuni casi, sono stati introdotti dalle Regioni.

Negli ultimi anni, parte della dottrina [86] ha proposto modelli di *distretti* culturali, elaborati sulla base di una strategia di filiera volta a integrare le attività del settore culturale (intrattenimento dal vivo, produzione di arte contemporanea, fotografia, cinema, editoria, design, ecc.) con le attività di settori correlati, come il turismo, attraverso una specializzazione territoriale, intesa come la concentrazione nelle aree urbane delimitate di musei, teatri, gallerie d'arte e altre strutture. Il modello generale

[86] Sui distretti culturali nella letteratura economica italiana, vedi F. ALBERTI, e J. GIUSTI, *Alla ricerca dei distretti culturali: un'analisi critica della letteratura*. LIUC papers n. 229, series Management ed economia della cultura. 1; W. SANTAGATA, *Economia creativa e distretti culturali*. Economia della cultura, 2009, 2; P. VALENTINO, *Le trame del territorio. Politiche di sviluppo dei sistemi territoriali e distretti culturali*. Sperling & Kupfer, 2003.

ISSN 2036-7821

del distretto culturale considera il settore culturale in senso ampio, che include il patrimonio culturale, l'intrattenimento dal vivo, la produzione di arte contemporanea, la fotografia, il cinema, l'industria televisiva e editoriale, l'industria multimediale, la moda, il design e i prodotti tipici locali. Altri studiosi hanno analizzato le leggi regionali che hanno istituito distretti culturali[87], sottolineando che, più di quindici anni dopo i primi studi in Italia sui distretti culturali, i modelli creati compongono un quadro estremamente diversificato, come conseguenza innanzitutto dell'assenza di una definizione giuridica inequivocabile. Nel sistema giuridico italiano, manca una definizione di distretto culturale a livello statale e una conseguente regolamentazione capace di attivare i relativi meccanismi di identificazione, legittimazione e istituzionalizzazione. Il riferimento ai distretti culturali appare solo nel Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 6 agosto 2008, "Approvazione del programma statistico nazionale per il periodo triennale 2008-2010", che li definisce come «*sistemi territoriali caratterizzati da una forte concentrazione di beni, attività produttive, imprese e servizi, legati al settore culturale per fornire una rappresentazione adeguata della capacità e del potenziale di sviluppo collegati al economia culturale in termini di occupazione, fornitura di servizi, accessibilità alle aree, qualità dell'ambiente architettonico, urbano e paesaggistico, ricchezza dell'ambiente sociale e culturale, capacità imprenditoriale, ecc.*» e in alcune leggi regionali. Le esperienze avviate nel campo dei distretti culturali possono essere ricondotte a tre tipi principali: a) percorsi di iniziativa regionale (i più frequenti); b) percorsi su iniziativa della provincia e c) percorsi su iniziativa di fondazioni di origine bancaria. A questi tipi bisogna aggiungere casi spesso solo oggetto di studio o in fase di avvio, non attribuibili ai primi tre gruppi (ad esempio, i percorsi avviati da diversi ambiti, come università e istituti di ricerca, che hanno promosso o partecipato a progetti europei o studi di fattibilità relativi al tema del distretto culturale; a questi si aggiungono soggetti privati, in particolare società di consulenza, che hanno condotto, spesso su commissione delle amministrazioni pubbliche, studi di fattibilità per la creazione di distretti culturali).

Per i distretti con iniziativa regionale, è possibile distinguere: a) *Regioni che hanno emanato una legge e/o una o più misure specifiche sui distretti culturali;* b) *Regioni che hanno incluso la regolamentazione dei distretti culturali nelle leggi regionali e/o nei documenti urbanistici di natura più ampia;* c) *Regioni che hanno promosso distretti tecnologici e produttivi, includendo la valorizzazione del patrimonio culturale.* L'eterogeneità delle rotte si riflette anche nei nomi e nelle definizioni utilizzate. Sebbene i termini "distretto culturale" e "distretto culturale evoluto" siano i più

[87] M. CERQUETTI, C. FERRARA, *Distretti culturali: percorsi evolutivi e azioni di policy a confronto/Cultural districts: comparing evolutionary paths and policies*; A. HINNA, *Tipologie di distretti culturali a confronto: politiche, governo e gestione*. Entrambi in: Il capitale culturale. Studies on the Value of Cultural heritage. Supplement 03, 2015, 137-163.

ISSN 2036-7821

comuni, ci sono casi in cui l'espressione "distretto culturale" è accompagnata dall'attributo "turistico" oppure che "distretto turistico" sostituisca quello di "distretto culturale".

Per quanto riguarda gli strumenti giuridici che possono essere concretamente utilizzati per istituire e gestire un distretto culturale, la letteratura giuridica e le leggi regionali sembrano proporre principalmente l'identificazione della *fondazione partecipativa* come la migliore soluzione organizzativa. Tuttavia, la presenza di poteri di tutela del patrimonio culturale attribuito al livello statale e una proprietà in gran parte pubblica delbeni culturali tradizionali *potrebbero innescare fenomeni di dualismo decisionale*, nella misura in cui, nel processo di valorizzazione, le competenze di tutela siano riattratte ai livelli di governo tradizionali, secondo le dinamiche già evidenziate.

Lo strumento giuridico più appropriato per la creazione e la regolamentazione dei distretti culturali dovrebbe identificato, per questi casi, negli *accordi di valorizzazione* previsti dal Codice[88], piuttosto che nelle soluzioni definite di volta in volta dalle leggi regionali e nell'istituzione di fondazioni partecipative. Come è noto, il Codice del 2004, prevede all'art. 112, comma 4, che lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici locali possano stipulare accordi per definire strategie e obiettivi comuni, elaborare piani strategici per lo sviluppo culturale e programmi relativi al patrimonio culturale pubblico. Gli accordi possono essere stipulati su base regionale o subregionale, in relazione alle aree territoriali definite, e promuovono anche l'integrazione, nel processo di sviluppo concordato, delle infrastrutture e dei settori produttivi correlati. Gli accordi stessi possono anche riguardare beni di proprietà privata, salvo il consenso delle parti interessate. Questi accordi sono definiti dalla dottrina come *species* sia di *accordi tra amministrazioni* (con successiva adesione di privati) regolati dall'articolo 15 della Legge n. 241 del 1990, sia *di accordi di programma*, regolati dall'articolo 34 del Decreto Legislativo n. 267 del 2000. Come è noto, a questi accordi si applica disciplina giuridica mista di diritto pubblico e privato, come previsto dall'art. 11 della Legge n. 241 del 1990. Questi tipi di accordi possono essere lo strumento giuridico più efficace per coordinare le varie competenze dei soggetti pubblici: atti di pianificazione con tempistiche definite, impegni di risorse finanziarie, atti esecutivi (pubblicazione di appalti, esecuzione delle procedure di gara, assegnazione dei fondi, controllo in itinere ed ex post), le procedure per superare i dissensi tra amministrazioni, le regole per la protezione e l'uso del patrimonio culturale. Tuttavia, l'analisi della legislazione regionale sembra suggerire che le Regioni stiano seguendo altre strade, con la previsione tramite leggi regionali di allocazioni finanziarie disponibili per i progetti da finanziare (con quota minima

[88] Sugli accordi di valorizzazione, cfr. S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2, 2016, 403.

ISSN 2036-7821

obbligatoria di partecipazione finanziaria da parte dei proponenti privati) a seguito di bandi regionali e procedure di di evidenza pubblica. L'accordo di partenariato viene inserito in una fase successiva, come metodo operativo di gestione concreta del finanziamento dei progetti vincitori dopo il bando, che consente l'adesione successiva di partner privati diversi dal promotore vincente della chiamata e definisce la divisione degli obblighi e delle competenze tra gli enti pubblici. In particolare, l'accordo a valle della chiamata consente la creazione di nuovi enti pubblici, assemblee deliberative e comitati operativi (composti da rappresentanti degli enti pubblici e degli enti privati coinvolti) per le funzioni di supervisione dell'attuazione delle attività e dei servizi culturali pianificati.

Il modello dei distretti culturali italiani, come emerge nella legislazione regionale italiana e negli studi degli studiosi, sembra quindi differire dalle aree culturali sassoni in tre aspetti: a) è un *modello più convenzionale* che *istituzionale*, basato molto su accordi, patti, contratti, convenzioni, partenariati, ecc. Non mira a creare organismi intermedi istituzionali per il governo della cultura stabili, capillari e distribuiti in tutto il territorio regionale diviso in partizioni territoriali ottimali, con *partecipazione locale obbligatoria*, come nella legge sassone. Anche quando si prevede la creazione di fondazioni partecipative, non viene definito un modello istituzionale stabile e uniforme; b) manca un *meccanismo stabile* e *obbligatorio* di cofinanziamento stato-locale tramite un *meccanismo di perequazione*, che potrebbe essere utile soprattutto in riferimento alle aree non urbane e alle attività culturali tradizionalmente privi di una pianificazione e distribuzione coerente, diffusa e duratura dei finanziamenti, come nel caso dell'intrattenimento, dei musei locali, delle biblioteche e dei centri culturali locali; c) Contrariamente alla legge sassone, Il prerequisito per l'istituzione dei distretti non è la riorganizzazione complessiva delle competenze regionali/municipali in una prospettiva di aree distrettuali stabili e uniformi per l'intero territorio regionale, ma la presenza in corso o l'intenzione di raggiungere una prospettiva di sviluppo economico della «catena di fornitura» culturale, con il collegamento tra attività culturali-attività turistiche-attività artigianali-attività strumentali per la tutela e la conservazione (restauro, ecc.).

Il modello giuridico delle autorità distrettuali obbligatorie, a seguito di accordi obbligatori o associazioni obbligatorie di comuni della Regione, non è presente nell'ordinamento giuridico italiano del patrimonio culturale. Come è noto, tuttavia, questo modello giuridico è ampiamente presente nell'ordinamento giuridico italiano in campi specifici, come il *diritto ambientale*[89]. La nozione di "ambito territoriale

[89] Sugli ATO (Ambiti Territoriali Ottimali) nel diritto ambientale italiano, *ex* multis, cfr. G. BAROZZI REGGIANI, *Public utility services, regulation and optimal territorial areas: the evolution of a model*. Law and Society: 3, 2018, 397-415; V. PARISIO, *The Integrated Water Service in the Italian Legal System Between Solidarity and Competition: An Overview*. In: Water Law, Policy and Economics in Italy: Between National Autonomy and EU Law Constraints,

ISSN 2036-7821

ottimale" fu codificata per la prima volta dalla Legge n. 319 del 1976, stabilendo che le Regioni avrebbero dovuto identificare gli "ambiti territoriali ottimali" per la gestione dei servizi pubblici di "acquedotto, fognature e purificazione". Successivamente, la Legge n. 36 del 1994 prevedeva che i Comuni e i Distretti organizzassero il *servizio idrico integrato* sulla base degli *ambiti territoriali ottimali*, delimitati dalle Regioni, che avrebbero garantito la *gestione unitaria del* servizio e il superamento delle. "frammentazione della gestione". Il Decreto Legislativo n. 22 del 1997 ha introdotto lo stesso quadro giuridico per *la gestione dei rifiuti*. Sia il servizio idrico integrato sia la gestione integrata dei rifiuti furono quindi oggetto di un nuova codoficazione con il Decreto Legislativo n. 152 del 2006, che confermò l'organizzazione di questi servizi a livello di ambito territoriale ottimale e prevedeva l'istituzione di *Autorità di Ambito*, enti autonomi, con partecipazione obbligatoria delle autorità locali. A loro furono assegnate le funzioni di organizzare il servizio, trasferendo quelle originariamente affidate alle autorità locali. Il Decreto Legislativo n. 152 del 2006 ha riformato definitivamente il quadro giuridico, passando dai modelli di cooperazione e di conseguente svolgimento delle funzioni tra autorità locali tramite convenzioni e accordi, all'istituzione di nuove autorità amministrative nell'area, enti pubblici "terzi" rispetto alle autorità locali presenti nell'area territoriale. Successivamente, l'organizzazione del servizio per ambiti territoriali ottimali e il modello degli "Organi di Governo degli ambiti", creati per il servizio idrico integrato e per il servizio dei rifiuti, sono stati estesi a tutti i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica con alcune riforme legislative del 2011 e 2012, che hanno affidato alle Regioni il compito di definire il perimetro delle aree o bacini territoriali ottimali e omogenei e di istituire Organi di Governo di queste aree o bacini territoriali ottimali e omogenei, ai quali le autorità locali ("situate" nel territorio di riferimento) devono partecipare obbligatoriamente. Questi enti pubblici di area sono responsabili delle proprie funzioni di pianificazione (approvazione dei piani di area) e dell'organizzazione del servizio pubblico. Viene così superata l'organizzazione del servizio pubblico semplicemente in "forma associata"; nasce un modello di affidamento delle attività a un ente pubblico autonomo e distinto rispetto ai comuni; le autorità locali devono partecipare obbligatoriamente.

In conclusione di questo paragrafo, è possibile cercare di riassumere i principali problemi emersi nel sistema italiano in relazione alla divisione delle competenze tra Stato, Regioni e istituzioni locali nel campo del diritto del patrimonio culturale.

Il sostanziale, tradizionale, divieto alle autorità locali di intervenire regolando e svolgendo in modo indipendente funzioni di protezione è stato solo parzialmente attenuato grazie alle interpretazioni della Corte Costituzionale, che hanno sviluppato

2021, 309-326; M. PASSALACQUA, *The administrative regulation of the ATOs for the management of local public network services*, Federalismi.it, (2016) (1). 2-44.

ISSN 2036-7821

il concetto e gli "spazi" della cosiddetta *protezione aggiuntiva*, che opera quando la disciplina del patrimonio culturale è intrecciata con quella della *pianificazione* urbana (in relazione al cosiddetto "governo del territorio"), oppure quando la Regione assume la cura di *beni non tradizionali*, che possono presentare "seppur residuo, un qualche interesse "culturale" per una data comunità territoriale, fornendo così un regime di protezione diverso e aggiuntivo". Come è stato sottolineato, spesso si tratta di una protezione "debole", priva di tutti gli strumenti di diritto amministrativo tradizionalmente disponibili. D'altra parte, le principali misure amministrative autoritative sono di competenza esclusiva dell'amministrazione centrale. La protezione del patrimonio culturale tradizionale prevista dal Codice del 2004, quando è "strettamente intrecciata" con l'uso e la valorizzazione, consente alla Corte Costituzionale di limitare i poteri regionali di valorizzazione, rafforzando la centralizzazione delle funzioni del Ministero, e mitigando la necessità di istituire forme di leale.

Inoltre, il sistema giuridico italiano riconosce un ruolo molto ampio per le *fonti atipiche* di integrazione della legislazione ordinaria: regolamenti e decreti ministeriali, d.pc.m., ma anche atti di indirizzo, di regolamentazione e di organizzazione non legislativi, come linee guida, direttive, promemoria e schemi modello, emanati dal Ministero nella sua funzione di centro di coordinamento delle amministrazioni di settore e che esercitano la loro influenza e condizionano la normativa e poteri organizzativi delle Regioni. Tra le fonti di regolamentazione troviamo (e dovremmo trovare in misura maggiore) gli *accordi di collaborazione* tra il Ministero, la Regione e i Comuni che, oltre a regolamentare consensualmente i compiti di ciascuno, possono anche innovare o derogare regole giuridiche specifiche, quando previsto dal Codice (ad esempio, la disciplina delle autorizzazioni paesaggistiche). Questo doppio carattere, contrattuale e regolamentare, di questi accordi, sulla base di regole statutarie sporadiche, crea incertezze nel sistema.

L'art. 112 del Codice del 2004 prevede il dovere di cooperazione dello Stato, delle Regioni e di altri enti pubblici locali nell'adempimento del dovere di valorizzare del patrimonio culturale, in attuazione del principio generale di leale cooperazione, affermato nell'art. 7 del Codice. Sulla base del quarto comma dell'art. 112 del Codice, dovrebbe essere previsto un sistema di consultazione suddiviso in tre fasi: programmazione strategica e partecipata, pianificazione dettagliata, gestione. Lo stesso articolo, come si è visto, prevede l'istituto degli accordi di valorizzazione. Il sistema di cooperazione e consenso previsto dal paragrafo 4 dell'art. 112 ad oggi è in gran parte attuato, perché ha «*incontrato un sistema amministrativo che non è incline e disposto a procedere in questo modo, tanto che nell'esecuzione delle attività di valorizzazione in molti casi il criterio dominicale prevale* ancora»[90], innescando un sistema di

[90] Manfredi, Giuseppe (2017), 808.

ISSN 2036-7821

valorizzazione proprietaria dei beni (ogni ente pubblico valorizza i beni culturali di cui è proprietario, secondo le disposizioni del paragrafo 6 dell'art. 112), né ci sono grandi trasferimenti di beni a livello nazionale alle Regioni e alle autorità locali, sia perché il Ministero si è mostrato riluttante a cedere la proprietà dei beni, sia perché negli ultimi anni le autonomie dispongono di risorse finanziarie non particolarmente significative.

La Legge sulle Aree Culturali Sassoni è molto interessante dal punto di vista di un'attuazione italiana di autorità distrettuali per le politiche culturali come accordo obbligatorio delle autorità locali. Gli argomenti più rilevanti nella Legge sulle Aree Culturali della Sassonia sono: 1) La formazione obbligatoria di aree culturali come autorità distrettuali nate da accordo che coinvolge le autorità locali; 2) L'organizzazione, gli enti e la governance delle aree culturali; 3) Il finanziamento e la "perequazione" delle aree culturali.

Alla luce di tutte le analisi effettuate, è necessario verificare se sia possibile immaginare l'implementazione di un modello come quello sassone. Innanzitutto, si può ipotizzare se le Regioni possano, con la legge regionale, implementare un sistema simile a quello sassone delle aree culturali. Alla luce del quadro costituzionale italiano sull'autonomia comunale e delle esperienze regionali sui distretti culturali, non ci sono motivi per dare una risposta negativa. Sarebbe sempre necessario mantenere la distinzione tra due livelli di finanziamento: un livello di finanziamento distrettuale (attraverso risorse regionali e locali comuni o solo regionali) e un livello di finanziamento locale per iniziative di interesse esclusivamente locale. Il vero problema è che questo modello potrebbe assumere un numero limitato di compiti culturali, a causa della divisione delle competenze tra Stato e Regioni in termini di protezione e valorizzazione e nel quadro legislativo nazionale invariato stabilito dal Codice del 2004. Le competenze delle articolazioni territoriali ministeriali rimarrebbero invariate. Si potrebbe garantire una prospettiva diversa se la legge regionale prevedesse l'acquisizione necessaria di accordi di leale collaborazione (accordi di collaborazione ai sensi del Codice del 2004) tra i distretti culturali, le Regioni, il Ministero della Cultura e le sue articolazioni territoriali.

Si aprirebbe una prospettiva ancora diversa se la legge statale prevedesse, sul modello della regolamentazione degli ambiti territoriali in materia ambientale, la possibilità o l'obbligo per le Regioni e le autorità locali di aggregare competenze territoriali regionali e locali in materia culturale a favore di organismi distrettuali obbligatori, che potrebbero assumere la forma di associazioni tra enti territoriali, ma anche fondazioni di comunità. Sempre in questo caso, i problemi consisterebbero soprattutto nelle modalità per introdurre strumenti pattizi come gli accordi di valorizzazione e nella necessità eventuale di introdurre modifiche al Codice del 2004. Infine, i problemi riguarderebbero la tutela dei principi di differenziazione e

ISSN 2036-7821

sussidiarietà previsti dall'articolo 118 della Costituzione, almeno in due prospettive: 1) Garantire molteplici livelli di governo, salvaguardando compiti culturali di interesse esclusivamente locale per i Comuni; 2) Fornire modalità di differenziazione, come per le aree culturali urbane sassoni, per le grandi città.

Non è possibile, nell'economia di questo lavoro, andare oltre l'analisi e la prospettazione di modelli *de jure condendo*. Si può concludere sperando che la riflessione sulla Legge delle Aree Culturali Sassoni possa continuare a fornire un contributo significativo all'analisi in prospettiva comparata per la riforma del modello italiano e di altri modelli europei.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Tecnocrazia e "amministrativizzazione" dell'ecosistema digitale: un'endiadi possibile

di **Mariaconcetta D'Arienzo**

(Professoressa associata di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope")

e

Vincenzo Visone

(Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope")

Sommario

1. Introduzione - 2. Amazon, Digital Market Act, doppia indagine (Agcm e Commissione UE) - 3. La problematica regolazione delle piattaforme digitali – 4. La conservazione dinamica degli istituti: la nuova veste dell'accordo amministrativo – 5. Notazioni conclusive.

Abstract

The new technocratic objectivity calls into question traditional legal categories, the very distinction between public and private law, worsening the crisis of the normative framework and further accentuating the related crisis of sources.

The technological epiphany, of which digital platforms are a vivid representation in terms of pervasiveness and transversality, gives rise to a dense and complex interaction between law, politics, science, and technology.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

La nuova oggettività[1] tecnocratica pone in discussione le tradizionali categorie giuridiche, la stessa distinzione tra diritto pubblico e privato[2], determinando un aggravio della crisi della fattispecie normativa e marcando ancor più la correlata crisi delle fonti[3].

L'epifania tecnologica, di cui le piattaforme digitali[4] sono una plastica rappresentazione in termini di pervasività e trasversalità, danno la stura ad una fitta e complessa interazione tra diritto, politica, scienza[5] e tecnica[6].

Dinanzi alla progressione dell'infosfera[7], l'Unione Europea sta sperimentando un tentativo di regolazione[8] dell'epifenomeno della rete, in cui dominano i fautori del

* Contributo elaborato nell'ambito del PRIN 2022 "Towards Stricter Rules on Transparency and Liability for Online Platforms in the European Digital Single Market", responsabile nazionale Prof. Giuseppe Morgese, finanziato dall'Unione europea - PNRR Next Generation EU"". I §§ 1 e 5 sono il frutto della riflessione comune degli Autori. I §§ 2 e 3 sono stati redatti dal dott. Vincenzo Visone e il § 4 dalla Prof.ssa Mariaconcetta D'Arienzo.

[1] Il riferimento è al bel saggio di S.FOA'- G. MONTEDORO, *Dialogo sulla nuova oggettività*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024. Gli Autori, preliminarmente si preoccupano di definire il termine "nuova oggettività" quale locuzione che rimanda ad "un mondo dominato dalle tecno-scienza, dai fenomeni organizzativi (dall'impresa come organizzazione oggettiva e non come attività); un mondo dove assistiamo ogni giorno di più al declino di ciò che è chiamato il Soggetto moderno, affermatosi per un lungo processo in Occidente, Soggetto che è il presupposto stesso del negozio giuridico di diritto provato e diritto pubblico" (p.9).

[2] Sul punto, S. CASSESE, *Chi governa il mondo*, Bologna, 2013, pp. 39 ss.

[3] "L'idea di fonte non può, infatti, essere disgiunta dall'idea di norma (del diritto oggettivo). Tra l'una e l'altra sussiste correlazione logica necessaria, poiché chi parla delle fonti, con ciò stesso evoca immancabilmente l'idea di diritto (in senso oggettivo) o dell'ordinamento normativo, parla anche- almeno di solito- delle sue fonti". Il *docet* qui riportato è del Maestro Crisafulli, (*L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative), Lezioni di Diritto Costituzionale*, (a cura di) F. CRISAFULLI, Cedam, VI ed., 1993, p.4), le cui notazioni rilette nello spazio digitale in cui il potere dei privati appare smisurato e sovente di complicata regolamentazione pubblica rende la misura di quanto sia profondamente pervicace l'inferenza del fenomeno tecnologico inerentemente alla fase normativa e prima ancora sulla sistemica delle fonti.

[4] Sono piattaforme digitali i siti online che ospitano, organizzano e consentono la circolazione dei contenuti degli utenti, assicurandone le interazioni sociali senza essere a loro volta fornitori o produttori di contenuti. Per gli aspetti definitori si veda T. Gillespie, *Custodians of the Internet, and the Hidden Decisions that Shape Social Media*, London, 2018, 18 ss. La Commissione europea, all'interno della *Comunicazione sul mercato digitale- Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM (15), 192 final- fa riferimento alle piattaforme digitali come a quell'impresa che opera su mercati bilaterali o multilaterali; tuttavia, esse possono essere anche solo intese come intermediario specializzato nel promuovere il coordinamento di due o più gruppi di soggetti diversi.

[5] Sull'autonomia concettuale della tecnica rispetto all'esercizio del potere discrezionale M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, 1967; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano 1987, p. 247; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985, p. 205, la cui posizione è stata poi in parte ripresa da D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; F. SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. Pubbl*. 2002, 603.

[6] Cfr. L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo. Sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Milano, 1986.

[7] L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

[8] Si veda il contributo di C. PINELLI, *L'evoluzione della normativa dell'Unione europea*, in C. PINELLI, U. RUFFOLO, *I diritti nelle piattaforme*, Torino, 2023, 13 e segg.

ISSN 2036-7821

capitalismo di sorveglianza[9]: dal GDPR[10] all'ordito normativo più recente di cui al *Digital Services Act*[11], *Digital Market Act*[12] e l'*AI Act*[13].
Facendo leva sul *Brussel effect*[14], l'*iter* tracciato dall'UE evidenzia un chiaro indirizzo:

[9] S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019. L'A. sostiene che "il capitalismo di sorveglianza si appropria dell'esperienza umana usandola come materia prima da trasformare in dati sui comportamenti" (p.17).

[10] "Le norme in materia di protezione dei dati personali possono creare delle relazioni più strette e leali tra l'intelligenza umana e l'intelligenza artificiale, riducendo in qualche modo l'attrito creato dalle nuove e crescenti possibilità messe a disposizione dal progresso tecnologico. In particolare, con riguardo alla Pubblica amministrazione, si è dimostrato che le disposizioni del GDPR comportano non solo un beneficio per i diritti fondamentali della persona, ma anche per la qualità dell'azione amministrativa". Così F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2020, pp. 389-440.

[11] La letteratura ha già sviluppato interessanti riflessioni circa il DSA, tra cui *ex multis* si menzionano i contributi di F. CASOLARI, *Il "Digital Services Act" e la costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2/2024, pp. 462-465; I. DE VIVO, *Il potere d'opinione delle piattaforme-online: quale ruolo del "regulatory turn" europeo nell'oligopolio informativo digitale?*, in *federalismi.it* 2/2024, pp. 45-75; B. S. Servida, *La responsabilità degli "internet service provider": dal "safe harbour" al principio di "accountability*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, n. 1/2024, pp. 135-160; G. AMORE, *"Digital Service Act" e turismo "online"*, in *Rivista italiana di diritto del turismo* 39/2023, pp. 54-79; S. SASSI, *L'Unione Europea e la lotta alla disinformazione "online"*, in *federalismi.it*, n. 15/2023, pp. 183-201; A. DAVOLA- M. MONTI, *Disinformazione e Manipolazione del mercato: instabilità e disciplina dei mercati finanziari al tempo della rete*, in *federalismi.it* 9/2023, pp. 37-67. Inoltre, si segnala un interessante commento alla legislazione pubblicato sul *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2023, pp. 724-752 e, in particolare, sulle prescrizioni del DSA: S. DEL GATTO, *Il "Digital Services Act": un'introduzione* (pp. 724-729); G. FINOCCHIARO, *"Digital Services Act" - Responsabilità delle piattaforme. Responsabilità delle piattaforme e tutela dei consumatori* (pp. 730-736); E. LONGO, *"Digital Services Act" - Libertà di informazione. Libertà di informazione e lotta alla disinformazione nel "Digital Services Act"*, (pp. 737-745); G. SGUEO, *"Digital Services Act - Governance". L'architettura istituzionale del "Digital Services Act"*, (pp. 746-752).

[12] In argomento, cfr. E. A. Raffaelli, *Antitrust, politica industriale e "Digital Markets Act"*, in *Eurojus* 1/2023, pp. 66-83; G. CONTALDI, *Il DMA ("Digital Markets Act") può contribuire alla protezione dei dati degli utenti online?* In *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2023, pp. 77-93; V. NUZZO, *Riflessioni di una lavorista sul DSA e sul DMA. La rilevanza delle valutazioni degli utenti nel mercato digitale di fronte al disinteresse regolativo,* in *federalismi.it*, n. 14/2023, pp. 237-251; M. LIBERTINI, *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all'art. 33 della l. 5 agosto 2022, n. 118*, in Orizzonti del diritto commerciale, 1/2023, pp. 9-38; F. SPORTA CAPUTI, *"Gatekeeper", abuso di posizione dominante ed efficacia preventiva dei presidi comportamentali e organizzativi introdotti dal "Digital Market Act" e dal "Digital Service Act"* in AIDA 2023, pp.39-101; M. LIBERTINI, *Il regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*
in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 4/2022, pp. 1069-1083.

[13] L'AI Act non è cioè pensato avendo in mente in particolare le applicazioni dell'IA nel settore pubblico e quindi i principi cui deve conformarsi l'azione amministrativa, a prescindere dalle tecnologie utilizzate; non ha come scopo specifico l'abilitazione di una PA "aumentata", ma quello di garantire, mediante la forza cogente un Regolamento ex art. 288 TFUE, certezza agli operatori economici e ai cittadini del mercato digitale, promuovendo uno sviluppo della tecnologia in linea con i valori unionali in tutti i settori pubblici o privati che siano, tranne quelli espressamente esclusi. Senonché, l'AI Act non è una un'isola solitaria in mezzo al mare", in questi termini, G. LO SAPIO, *L'"Artificial Intelligence Act" e la prova di resistenza per la legalità algoritmica*, in *federalismi.it*, n. 16/2024, pp. 265-290.

[14] Di *Brussel effect* ne discorre S. CALZOLAIO, Protezione dei dati personali (voce), in Digesto delle discipline pubblicistiche, agg. 2017, Torino, pp. 612 ss.

ISSN 2036-7821

la matrice legislativa eurocomunitaria ha optato per un'azione (normativa) ostinata e contraria alla *deregulation* di inizio millennio.

Intrattenersi preliminarmente sul *come* si è giunti al predominio delle *Big Tech* nel commercio elettronico e nel campo delle interazioni sociali, nonché alla polarizzazione economica abnorme in capo alle GAFAM[15] rappresenta un trapasso indefettibile per comprendere il formarsi dello stato dell'arte.

Attualmente possiamo costatare il dominio dei proprietari dei mezzi di elaborazione[16] – aggiornandosi la teoretica di Karl Marx che discorreva di mezzi di produzione[17]- capaci di trarre smodati e polisemici vantaggi dai *Big Data*[18].

Nonostante la realtà riferisse quanto fosse cresciuta la dimensione economica, istituzionale e politica di aziende come Amazon, Google, Facebook, Apple e Microsoft, di contro per lungo tempo si è registrata una staticità ideologica, che si è

[15] GAFAM è un acronimo utilizzato per descrivere cinque delle più influenti e dominanti società di tecnologia multinazionali: Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft. Per chiarire il significato economico e giuridico di tale sintagma, attraverso l'analisi diacronica dell'evoluzione dello spazio digitale, si vedano i contributi di G. SCORZA, *In principio era Internet e lo immaginavamo diverso*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 1/2022, 1, pp. 13-16; M. BARBANO, *Verso un "antitrust" Italiano 4.0? I GAFAM e i "Big data" all'esame dell'Agcm*, in *Diritto del commercio internazionale*, 4/2021, pp. 957-987.

[16] In merito, sia consentito rinviare alle considerazioni svolte in V. VISONE, *La dimensione algoritmica della funzione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, p.56, in cui si è evidenziato quanto "l'imperio dei detentori dei mezzi di elaborazione dei *Big Data* cagiona un famelico desiderio di democratizzazione e condivisione dei sistemi di calcolo".

[17] "Una nuova democrazia del calcolo che non può prescindere da una sorta di 'neokantismo digitale', dove l'etica sia un valore sostanziale e funzionale di una società immateriale. Non è questa domanda di emancipazione dal controllo dei pochi decisori del sapere nulla di più di quanto si è sempre visto nel pieno di un vortice di cambiamento?...Così oggi la proprietà del calcolo si oppone agli algoritmi di libertà. E di conseguenza gli algoritmi di libertà devono contrapporsi al re digitale che vuole ridurci a sudditi", M. MEZZA, Algoritmi di libertà, Roma, 2018, p. 277

[18] "Big data: Ingente insieme di dati digitali che possono essere rapidamente processati da banche dati centralizzate", definizione disponibile in https://www.treccani.it/vocabolario/big-data_res-007d6462-8995-11e8-a7cb-0027104 2e8d9_%28Neologismi%29/. Ai Big Data si attribuiscono le '4V' che ne esprimono le caratteristiche maggiori: volume, velocità, varietà, veracità. Il 'volume' indica l'enorme quantità di dati; la 'velocità' l'accelerazione nell'elaborazione dei dati; la 'varietà' rimanda all'eterogeneità delle fonti da cui sono prodotti; la 'veracità' rimarca la plausibile autenticità (o inautenticità) dei dati. Sulla pervasività dei Big Data e il ruolo del diritto si vedano i contributi di S. BAROCAS - A.D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, California Law Review, June 2016, Vol. 104, n. 3, 671 ss.; L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla tecno etica: nuove sfide del diritto*, Torino, 2017, p. 362; U. RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, 7, p. 1689. In generale sul tema la letteratura è estremamente vasta. Solo per citarne taluni, si rimanda ai contributi di G. CARULLO, *"Big data" e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati interconnesse*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, pp. 181-204; D. GAMBETTA (a cura di), *Datacrazia. Politica, cultura algoritmica e conflitto al tempo dei big data*, Roma, 2018; M. BETZU - G. DEMURO, *I "big data" e i rischi per la democrazia rappresentativa, in Rivista di diritto dei media*, 2020, 1, pp. 218- 223; A. CANDIDO - M. DELMASTRO - A. NICITA, *"Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo"*, Il Mulino, 2019, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, 1, pp. 213-218; F. DE LEONARDIS, *"Big data", decisioni amministrative e "povertà" di risorse della pubblica amministrazione*, in *Munus*, 2020, fasc. 2, pp. 367-387. Sia consentito il rimando anche al contributo di M. REA, *Big Data tra problemi di concorrenza di privacy*, in (a cura di) M. REA - V. VISONE, *La rivoluzione digitale: il Complicato rapporto tra diritto e web. Side inedite per il giurista di oggi*, Napoli, 2019, pp. 13-22.

ISSN 2036-7821

declinata in una monolitica e ortodossa adesione alla logica della deregolazione.
A tale scopo, l'angolo di visuale va posto sull'*humus* su cui si è elevato l'imperio dei *signori degli algoritmi*[19], poiché è innegabile che senza un certo tipo di entroterra culturale e ideologico[20] risulta complicato giustificare la de-regolamentazione di Internet a cui si sono ancorate le grandi democrazie occidentali[21].
Tale indifferenza rispetto alla fenomenologia della rete è stata spiegata (e giustificata) sulla scorta dell'esigenza di salvaguardare il libero mercato delle idee[22], recalcitrante a qualsiasi eterodirezione, pena il dimensionamento della forza dirompente della libertà di espressione, massimizzata dall'uso del *web*[23].
La retorica ha predicato lungamente che Internet avrebbe ritrovato il fisiologico abbrivo, così da sviluppare la propria intenzione pluralista e partecipativa, solo in un *habitat* spoglio da restrizioni e bavagli normativi[24].

---

[19] "I signori degli algoritmi sono persone in carne ed ossa, non metalliche macchine intelligenti, computer in grado di eseguire un sempre più alto numero di operazioni, svolte in un tempo costantemente più accelerato", così, B. ROMANO, *Algoritmi al potere, Calcolo Giudizio Pensiero*, Torino, 2018, p. 27.

[20] L. LESSING, *The future of Ideas*, New York, 2001, trad. It. *Il futuro delle idee*, Milano, 2006, p.125, riferiva di un ideale libertario alla base dell'architettura della Rete, contrassegnata dalla comunicazione end-to-end, ovvero da punto a punto. Tale costruzione era delineata come un'architettura senza un centro di controllo, perché disabilitava "chiunque fosse al centro dal controllare il modo in cui interagiva chi era agli estremi".

[21] Di conseguenza, si è teorizzato l'avvento di un'autopoiesi di una *lex informatica*, concepita come un sistema decentrato di regole automatizzate e auto-applicative, in grado si surrogare l'ordinamento statale, relegato a ruolo ancillare in tale proiezione. In argomento, J.R. REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Throught Technology*, in *Texas Law Review*, 1998; E. MAESTRI, *Lex informatica e diritto. Pratiche sociali, sovranità e fonti nel cyberspazio*, in *Ars interpretandi*, n.1/2017,18.

[22] "Il riferimento al "mercato delle idee", è infatti basato sull'assunto per cui la società ha come scopo di fondarsi su un livello il più possibile diffuso di verità, e questo livello non può che essere raggiunto dalla più ampia libertà di opinione possibile, il mercato poi selezionerà quelle vere. Ma, al fondo del ricorso al "mercato delle idee", v'è anche la difesa semplicemente della libertà di pensiero da ingerenze pubbliche e limitazioni statali. L'argomento è che il miglior modo per una società di ottenere il più diffuso e alto livello di verità è che ciascuno esprima liberamente e senza limitazioni il proprio punto di vista. Quando il pubblico potere è neutrale, e lascia libero ciascuno di esprimere e difendere il proprio punto di vista, gli altri potranno opporre un altrettanto ampio ventaglio di prove contrarie e questo genera maggiore verità", in questi termini, G. CRISCENTI, *Il libero mercato delle idee. Twitter versus Donald Trump*, disponibile su https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-societa/1494-il-libero-mercato-delle-idee-twitter-versus-donald-trump.

[23] La nota dichiarazione di indipendenza del cyberspazio è l'epitome dell'idea qui descritta del web. J.P. BARLOW, *A declaration of the Indipendence of Cyberspace*, 1996, Electronic Frontier Foundation, ora in 18 *Duke Law & Technology Review*, 2019, in contrapposizione all'emanazione del *Telecommunication Act* statunitense, ribatteva che sulla scorta di un ideale di libertà, "un nomneo in cui tutti possono entrare senza privilegi o pregiudizi legati alla razza, al potere economico, alla forza militare o alla posizione di nascita" e nel quale "chiunque, ovunque, possa esprimere le proprie convinzioni, per quanto singolari, senza temere di essere costretto al silenzio e al conformismo", esprimendo così una pretesa di immunità del web rispetto alla sovranità degli ordinamenti statali.

[24] Il nodo cruciale è ritrovare un punto di equilibrio tra le istanze libertarie di internet e l'opportunità di disciplinare il web, posto che un eccesso di regolazione è proprio di ordinamenti- come quello cinese e russo- in cui il controllo dello spazio digitale riflette un'idea di società governata autocraticamente. Sul punto, sono sempre attuali le parole di S. RODOTA', *Una Costituzione per internet?*, in *Politica del diritto*, n.3, 2010, 342 che rimarca il periculum di una restrizione del web ad opera di "governi nazionali che insidiano Internet e la sua libertà, e

ISSN 2036-7821

Il punto dolente di tale narrativa è il mancato aggiornamento della visione della rete, i cui proponimenti originari sono stati evidentemente traditi dall'evoluzione successiva.

Il libero mercato delle idee, negando cittadinanza a regolazioni di sorta, avversa ogni tentativo di sistemazione *ex lege*, concepito come un comando calato dall'alto dirigistico e deontico. A ciò si aggiungono la declamata neutralità[25] e l'assunta democraticità dello spazio digitale che, complessivamente considerati, rappresentano i postulati di una visione ideale, sideralmente lontana dalle caratteristiche assunte dall'ecosistema digitale[26].

Pertanto, la risposta normativa dell'Europa alla *vacatio* regolativa è da salutare con favore, al netto delle considerazioni che è opportuno svolgere in ordine ai contenuti, alle scelte delle forme, all'eccesso di verticismo normativo e al relativo rischio di sovrapposizione e difetto di coordinamento, al reale impatto e all'effettività della tutela dei diritti della persona dinanzi agli abusi dei *baroni del digitale*[27].

All'interno del diritto pubblico, la riflessione amministrativa si pone in una fase successiva al profilo euro-unitario e all'analisi costituzionale.

La traduzione pratica dei precetti costituzionali[28] e degli *input* regolativi e di *soft law* dell'UE rappresenta l'acme della funzione amministrativa nonché la chiave di lettura dello scopo della moderna giurisdizione amministrativa.

---

dunque è venuto il tempo non di regole costrittive, ma dell'opposto, di garanzie costituzionali per le libertà in rete, di un *Internet Bill of Rights*".

[25] Sul difetto di neutralità della tecnologia, si vedano i contributi di U. KOHL, *Google: the rise and rise of online intermediaries in the governance of the Internet and beyond (Part 2)*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 21/2, 2013, p. 187 ss.; M. VEALE - I. BRASS, *Administration by Algorithm?*, K. YEUNG - M. LODGE (ed.), *Algorithmic Regulation*, Oxford, 2019, p. 121 ss.

[26] Internet non può essere considerata una mera tecnologia e la sua complessità permette di discorrere di ecosistema digitale, "in cui gli ingredienti più importanti sono la quantità di dati a disposizione e la forza computazionale, che si traduce, anche, nella capacità di automazione e nella velocità di apprendimento. Un ecosistema, in ultima analisi, dove l'ingrediente mancante è il fattore umano". Così, O. POLLICINO- P. DUNN, *Intelligenza artificiale e democrazia. Opportunità e rischi di disinformazione e discriminazione*, Milano, 2024, pp. 6-7-.

[27] La locuzione riprende il titolo di un interessante saggio di M. BETZU, *I baroni del digitale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022. L'A. sottolinea che "accontentarsi di fare affidamento sulle magnifiche sorti e progressive che la Rete e i suoi signori sarebbero in grado di garantire significa sottovalutare la garanzia degli interessi dei cittadini che gli ordinamento giuridici statali, ancorché offuscati, sono in grado di apprestare mercé la loro concreta attribuzione e attuazione" (p.23). Di conseguenza, come rileva N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto,* Bari, Editori Laterza, 2006, p. 127, "i diritti umani, privi di fondamento e di difese coercitive si disperdono nella genericità enfatica di carte e dichiarazioni e protocolli d'intesa".

[28] La commistione tra diritto costituzionale e amministrativo nella regolazione delle fattispecie a contenuto tecnico-scientifico è particolarmente stringente. Come rilevato da S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto pubblico*, disponibile in: http://www.irpa.eu, 2015, 5 ss., "La tradizione vuole che il diritto pubblico sia separato dal diritto privato e si distingua, a sua volta, in diritto costituzionale,

amministrativo, internazionale. Oggi, gli argini tra questi settori si rompono. Il diritto privato fa irruzione nel diritto pubblico. È in fase avanzata un processo di costituzionalizzazione del diritto amministrativo, mentre il diritto costituzionale si va amministrativizzando. Tra costituzione e amministrazione si stabilisce piena continuità".

ISSN 2036-7821

Se l'obiettivo è quello di farsi "giustizia nell'amministrazione"[29] nei meandri del nuovo panorama digitale, esso non può che svilupparsi attraverso una procedimentalizzazione (piano sostanziale)[30] e un'eventuale fase processuale in grado di radicare l'*input* assiologico della Costituzione nell'esperienza algoritmica.
Fuor di metafora, l'ordito normativo europeo e il patrimonio costituzionale rappresentano il combinato disposto attraverso il quale l'amministrazione può sviluppare la propria azione all'interno dell'ecosistema digitale.
Pur non volendo anticipare le conclusioni, in questo scritto si analizzerà un caso pratico che ha coinvolto Amazon, in cui l'Agcm ha svolto un ruolo precursore dell'azione antitrust in ambito europeo in una fase storica in cui non era ancora in vigore il DMA, da cui è dato trarre alcune interessanti risultanze di ordine sistemico, politico e, in chiave prospettica, anche di poietica normativa nell'ambito del rapporto con le piattaforme digitali e i *gatekeepers*.
Ulteriormente, sempre in via induttiva, ci si soffermerà sul ruolo delle autorità indipendenti[31] e il perimetro d'azione loro concesso[32] e, in particolare, sull'opportunità di perseguire un'opzione "amministrativa" di co-regolazione delle

[29] S. SPAVENTA, *Giustizia nell'Amministrazione. Discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880* (secondo alcune fonti il 6 maggio 1880), disponibile su: https://www.scienzegiuridiche.uniroma1.it/sites/default/files/docenti/lalli/Spaventa_Giustizia_nellamministrazione.pdf.

[30] Circa la particolare pregnanza dell'aspetto procedurale, O. POLLICINO in R. CONTI – F. DE STEFANO, *L'algoritmo e la nuova stagione del costituzionalismo digitale: quali le sfide per il giurista (teorico e pratico)?*, in *Giustiziainsieme.it*, 15 aprile 2021, ha evidenziato che "se il costituzionalismo analogico è quello dei diritti sostanziali, quello digitale si fonda invece sulla dimensione procedurale"

[31] Il tema è stato oggetto di numerosissimi contributi in dottrina; senza pretesa di esaustività, si vedano i contributi di F. L. MAGGIO, *Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *federalismi.it*, 2021, 10, pp. 125-162; M. ANGELONE, *Giudici e Autorità indipendenti: concorrenza e sinergia tra rimedi*, in *Rassegna di diritto civile*, 2020, 2, pp. 406-424; E. BRUTI LIBERATI, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale, in Analisi Giuridica dell'Economia, 2020, 1, pp. 51-74; M. CLARICH, Sanzioni delle Autorità indipendenti e garanzie del contraddittorio, in Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia, 2020, 2S, pp. 40-46;* G. COCOZZA, *Autorità amministrative indipendenti e ruolo della motivazione come fondamento dei poteri ad esse conferiti,* in *Amministrativamente*, 2020, 4, pp. 431-442; M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?, in Diritto processuale amministrativo,* 2020, 3, pp. 740-755; M. C. MARZOCCA, *La Corte costituzionale fa il punto sulla (non) legittimazione delle Autorità indipendenti come giudice "a quo", in Rivista AIC,* 2020, 1, pp. 200- 231; S. MIRATE, *"Politics v. Administration": la progressiva estensione dei poteri di controllo del Presidente sulle "independent administrative agencies" negli Stati Uniti, in Costituzionalismo. it, 2020, 1/3, pp. 202-293*; N. PARISI, *Il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione. Una prospettiva sistematica in disaccordo con la "vulgata opinio",* in *DPCE online, 2020*, 4, pp. 4631-4667.

[32] La poliedricità delle funzioni attribuibili in potenza ad un'Autorità indipendente è uno dei profili maggiormente dibattuti in dottrina. Riguardo alla discussa facoltà di normare rimessa – o in tesi – sussumibile a tale archetipo di amministrazione si rimanda al lavoro monografico di F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2020. In argomento, si vedano anche le riflessioni svolte dall'A. nel volume A. CONTIERI - M. IMMORDINO - F. ZAMMARTINO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti tra garanzia e regolazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

ISSN 2036-7821

piattaforme digitali[33].

2. Amazon, Digital Market Act, doppia indagine (Agcm e Commissione UE).

Il caso di studio che si prenderà in esame riguarda Amazon e le contestazioni all'azienda americana di abuso di posizione dominante, censurabile ai sensi dell'art. 101 e 102 del Tfue.

La vicenda è particolarmente interessante poiché intervenuta in prossimità dell'entrata in vigore del *Digital Market Act*, sistema di regole di impronta comunitaria il quale adotta una disciplina regolatoria- seppur contaminata da tratti di *competition policy*- che ha un'impostazione generale e astratta, svincolata dalla contingenza del caso concreto, prospettiva archetipica della disciplina anticoncorrenziale.

Nella sfera dell'economia digitale si è dunque ritenuto insufficiente l'antitrust[34], benché in un primo tempo la Commissione UE avesse seriamente considerato la possibilità di rafforzare il diritto della concorrenza con *new tools*[35].

L'applicazione del diritto della concorrenza ha tempi lunghi, per le esigenze istruttorie e le garanzie del contraddittorio procedimentale[36]. L'approccio è

[33] In argomento, è apprezzata nonché evidentemente sostenuta l'idea che l'amministrazione medesima di configura come piattaforma digitale che spieghi un inedito "modello giuridico di organizzazione ed azione per l'erogazione di servizi digitali basato su una marcata collaborazione tra pubblico e privato, secondo paradigmi che sfruttino le opportunità introdotte dalla digitalizzazione, e così superando i limiti dell'attuale assetto", proponendo l'idea di "un'amministrazione si limiti a realizzare, mantenere e mettere a disposizione – secondo i consueti modelli operativi del diritto amministrativo – la piattaforma informatica, lasciando ai privati l'effettiva erogazione dei servizi agli utenti finali", così G. CARULLO, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, XIV- XVIII.

[34] Commissione UE, *Digital Markets Act Impact Assessment support study*, cit.: «competition law is not always an ideal solution due to *challenges in applying the market definition concept in multi-sided markets*, *lengthy timeframes*, *high legal thresholds to prove abuse*, and the backward-looking nature of intervention, which may fail to address problems on an ongoing basis». Cfr. pure W.P. ROGERSON, H. SHELANSKI, *Antitrust Enforcement, Regulation and Digital Platforms*, in 168 *U. Pa. L. Rev.* 1911 (2020) e *scholarship.law.upenn.edu*; sulla possibile complementarietà tra *competition enforcement* e *regulation* v. peraltro J.B. BAKER, *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*, Cambridge (Mass.), London, Harvard Univ. Press, 2019.

[35] Era stata valutata l'introduzione di presunzioni (non assolute) per semplificare il procedimento e diminuire il rischio di falsi negativi, il cui costo è elevato in mercati concentrati, caratterizzati da forti effetti di rete e da elevati ostacoli all'ingresso: v. i rapporti CRÉMER e al., *Competition Policy for the Digital Era*. Sul "new complementary tool", v. la consultazione che si è svolta nel 2020, *ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Single-Market-new complementary-tool-to-strengthen-competition-nforcement.*

[36] Sul compiuto contraddittorio a fini difensivi, stante il carattere afflittivo della sanzione adottata dalle autorità per la concorrenza, e sul riesame giurisdizionale pieno, v. a commento della giurisprudenza della Corte EDU e in part., sulla scia della sentenza *Engels*, della sent. 27/09/2011, n. 43509/08, *Menarini*, §§ 39-42 e, con riferimento alle sanzioni Consob, sent. 4/03/2014, nn. 18640/10 e al., *Grande Stevens*, §§ 148 s., in *echr.coe.int*, F. CINTIOLI, *Le prospettive della tutela amministrativa della concorrenza in Italia*, in SPISA, *Diritto amministrativo e società civile*, Bologna, I, 2018, BUP, 229, 248; M. DONINI - L. FOFFANI (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018, e *ivi* M. MIDIRI, *Sanzioni antitrust e giudice amministrativo, prima e dopo Menarini*, 293 ss. Lo scarto temporale tra condotta e decisione dell'autorità è rivelato dal citato caso Facebook/Bundeskartellamt: il procedimento è iniziato il 1° marzo 2016; la decisione, sfavorevole a Facebook, è

ISSN 2036-7821

retrospettivo, mirato allo specifico caso. Con il DMA si è inteso introdurre una normativa integrativa del diritto della concorrenza, che mira a garantire la contendibilità e l'equità dei mercati nel settore digitale, indipendentemente dagli effetti reali, potenziali o presunti, sulla concorrenza e senza che occorra la previa identificazione del mercato rilevante e la prova dell'abuso[37]. Come posto in rilievo da attenta dottrina, "la sua dichiarata complementarità non toglie che il nuovo regolamento si avvalga dei precedenti del diritto della concorrenza, generalizzati come regole *ex ante*"[38].

Il *case study* analizzato si riferisce ad Amazon, azienda americana titolare del più importante *marketplace* nel settore dell'*e-commerce*[39] che regola le attività commerciali sulla sua piattaforma, con la capacità di conformare, e trasformare, lo *small business* (si parla di *platformization*)[40].

A questa veste di regolatore privato ne assomma altre[41], e una in particolare: l'attività commerciale di vendita al dettaglio, in concorrenza con quella dei venditori terzi che operano sul suo *marketplace*. In tal modo può avvantaggiarsi di grandi quantità di dati, non pubblici, di detti venditori terzi[42].

---

stata adottata il 6 febbraio 2019, poi sospesa dalla Corte d'appello di Düsseldorf con pronunzia cautelare 26/08/2019: da questo contenzioso è originata la questione pregiudiziale decisa da Corte giust. UE, sent. 4/07/2023, in causa C-252/21.

[37] Il DMA lascia impregiudicati gli artt. 101 e 102 TFUE, come pure le corrispondenti norme nazionali. Sono fatte salve anche le altre norme nazionali sulla valutazione caso per caso dei comportamenti unilaterali: v. *considerando* 7 e 11 reg. 2022/1925 e la relazione alla proposta della Commissione 15.12.2020, COM (2020) 842 final, p. 5: la nuova normativa «riduce al minimo gli effetti strutturali pregiudizievoli delle pratiche sleali *ex ante*, senza limitare la possibilità di intervenire ex post in virtù del diritto dell'UE e nazionale in materia di concorrenza».

[38] M. NIDRI, *I Signori del Tech e la sfida sulle regole: il caso Amazon*, in *federalimsi.it*, n. 28/2023, p. 104.

[39] Il *marketplace* è una piattaforma a due versanti su cui il gestore fornisce a consumatori e venditori servizi di intermediazione volti a favorire l'incontro tra la domanda di acquisto dei primi e l'offerta dei secondi, nonché la conclusione e l'esecuzione della transazione. Per la definizione dei servizi di intermediazione online v. l'art. 2, n. 2, reg. UE 2019/1150, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, cui rinvia il DMA nel porre le definizioni: art. 2, n. 5), reg. UE 2022/1925.

[40] Sulla capacità trasformatrice di Amazon, M. WEIGEL, *Amazon's Trickle-Down Monopoly: Third-Party Sellers and the Transformation of Small Business*, Data and Society Research Inst. Report, 4 Jan 2023, *ssrn.com/abstract=4317167*.

[41] Amazon è attiva in più mercati di prodotto: oltre l'e-commerce, in cui opera attraverso il proprio marketplace sia nella vendita diretta ai consumatori (Amazon Retail) sia nell'offerta di servizi di intermediazione a venditori terzi, sono da considerare: il servizio di logistica e distribuzione *Fulfillment by Amazon* (FBA), su cui torneremo; prodotti e servizi come musica in streaming, video on demand, dispositivi elettronici (Alexa, FireTV, Fire Tablet, Kindle); servizi di cloud computing, attraverso la piattaforma Amazon Web Services (AWS) che è leader dei servizi cloud, con una quota di mercato del 32%, davanti al 22% di Microsoft e all'11% di Google.

[4242] I dati non pubblici sono ricavati da Amazon grazie all'analisi delle attività sul *marketplace* dei venditori terzi. Secondo la Commissione UE, i sistemi automatizzati di Amazon e i dipendenti incaricati della vendita al dettaglio («Amazon Retail») utilizzano i dati di venditori terzi per individuare i prodotti da lanciare, iniziare e terminare la loro vendita, individuare i fornitori, negoziare i prezzi e le condizioni all'ingrosso, pianificare e gestire le scorte e stabilire i prezzi delle proprie offerte al dettaglio: v. Commissione Ue, Comunicazione C(2022) 5078, ai sensi dell'art. 27(4), reg. n. 1/2003, sui casi AT.40703 *Amazon–Buy Box* e AT.40462 *Amazon Marketplace*, in G.U.U.E. C 278/8 del 20.7.2022 (*ivi* la sintesi dei due casi in vista del *market test* su impegni). Sulle pratiche di *self preferencing* con part. riguardo al provvedimento di Agcm 30/11/2021 n. 29925, A528, in *agcm.it*, F. GHEZZI, M.

ISSN 2036-7821

In via ulteriore, Amazon concede vantaggi sul *marketplace* ai soli venditori terzi che utilizzano il suo servizio di logistica, il c.d. *Fulfillment by Amazon* (FBA), quali il *badge Prime* e una più alta probabilità di aggiudicazione della *Buy Box*. Le offerte che utilizzano i servizi FBA ottengono, rispetto a quelle gestite dai venditori in proprio o tramite operatori di logistica terzi, maggiore visibilità e un miglioramento delle vendite su Amazon.

Entrambe le condotte possono costituire, in violazione dell'art. 102 TFUE, uno sfruttamento abusivo della posizione dominante che Amazon detiene nel mercato dei servizi di intermediazione su *marketplace* e anche in quello dei servizi di logistica per e-commerce[43]. Da qui l'apertura delle indagini: una dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm), circoscritta alla questione della logistica; le altre due, della Commissione UE, su entrambi i profili (logistica e dati).

Nell'aprile 2019, l'Autorità italiana ha aperto l'istruttoria sui vantaggi riservati ai venditori terzi che utilizzano il servizio di logistica di Amazon. Nell'adunanza del 30 novembre 2021[44] ha concluso il procedimento, comminando l'ingente sanzione di un miliardo e 128 milioni di euro per violazione dell'art. 102 TFUE. Secondo l'Autorità, Amazon fa leva sulla posizione dominante nel mercato dei servizi d'intermediazione sui *marketplace* per favorire il proprio servizio logistico e di distribuzione a scapito di quelli offerti dagli operatori concorrenti: con risultati ragguardevoli, visto che oltre il 73 per cento dei venditori del *Marketplace* di Amazon si affida per l'evasione degli ordini a questo servizio, non a caso definito la "ferrovia dell'*e-commerce*"[45].

I venditori che non si servono dei servizi di Amazon – non rientranti nel servizio di logistica *Seller Fulfilled Prime*, distinto dal primo, ma pur sempre qualificato e monitorato da Amazon e dunque, secondo l'Agcm, da esso dominato – subiscono effetti negativi. Esclusi dall'accesso a *Prime*, vedono compromesse le possibilità di vendita ai membri del programma di fidelizzazione e l'accesso alla *Buy Box*, oltre che la partecipazione agli eventi speciali come il *Black Friday*.

Assieme alla sanzione pecuniaria, Agcm ha prescritto una modifica della condotta aziendale di Amazon, demandandone la verifica a un fiduciario designato da Amazon, con il placet dell'Autorità. È la parte più invasiva della decisione – incide infatti sul *business model* – ed anche la più innovativa, perché chiede ad Amazon di definire requisiti soggettivi e standard equi e non discriminatori per i venditori terzi e di riconfigurare il programma *Seller Fulfilled Prime* qualificando tutti i venditori

---

MAGGIOLINO, *Considerazioni intorno al provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza nel caso FBA Amazon: nulla di nuovo sotto il sole?* in *Riv. regolazione mercati*, n. 2/2022 e *infra* nel testo.

[43] Cfr. Agcm, provv. 30/11/2021, n. 29925, cit., § 507 ss.

[44] Agcm, provv. 30/11/2021, n. 29925.

[45] Cfr. US House of Representatives, Judiciary Committee, Sub-Committee on Antitrust, *Investigation of Competition in the Digital Marketplace: Report and Recommendations* (ottobre 2020), 207-276, www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT- *117HPRT47832/pdf*.

ISSN 2036-7821

terzi su Amazon.it che dimostrino di possedere i requisiti e di rispettare gli standard equi e non discriminatori di cui sopra. Da rilevare che l'Autorità non ha accolto l'*efficiency defence* avanzata dall'impresa, sulla base del beneficio che sarebbe assicurato ai consumatori dalla politica commerciale sotto esame[46].

La Commissione, sulla base della *broad discretion*, ha escluso l'Italia dal proprio raggio d'indagine, ritagliando il mercato di riferimento al fine di permettere la conclusione del procedimento dell'Agcm, iniziato tempo prima dall'autorità italiana.

Il giudice amministrativo italiano ha prima sospeso la sanzione inerente al *model business* delineato dall'AGCM quale obbligo di fare nei confronti di Amazon al fine di attendere il giudizio europeo sul gravame di Amazon relativo agli atti d'impulso dell'indagine della Commissione[47].

Nell'ambito del sistema elastico e discrezionale fondato sulla cooperazione tra autorità nazionali e polo centrale europeo è stato chiarito che l'atto con cui la Commissione ha escluso l'Italia dalla propria indagine non è immediatamente lesivo e quindi non impugnabile da Amazon.

Successivamente e in maniera del tutto irrituale, il Tar Lazio ha prorogato tale sospensione in attesa della risoluzione in via pregiudiziale della questione di compatibilità al diritto euro-unitario dell'art. 14 della legge 689 del 1981 (Caronte c. Agcm) la cui applicazione determinerebbe la tardività dell'avvio del procedimento presso l'Autorità italiana per violazione del termine di novanta giorni[48]. Detta questione pregiudiziale è essenziale anche ai fini della decisione del ricorso Amazon. Da ciò è intervenuta la nuova sospensione, che comporta una (problematica) ultrattività della pronuncia cautelare sospensiva emessa dal Tribunale relativamente alle prescrizioni comportamentali dettate da Agcm[49].

---

[46] Il punto è stato rilevato da S. CASSESE, *Occhi chiusi e botte da orbi*, in *fondazioneluigieinaudi.it*, 16/02/2022, che rimprovera Agcm per non aver considerato l'efficienza e la qualità del servizio offerto e, quindi, il *consumer welfare*; oltre tutto, Amazon sarebbe stata sanzionata «perché grande in un mercato (delle consegne) che l'antitrust ha voluto considerare piccolo». Sul benessere del consumatore come standard v. comunque il dibattito in corso negli USA richiamato *infra*.

[47] Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, nel concedere la misura cautelare sospensiva di dette misure, ha rilevato la «particolare pervasività degli obblighi imposti dall'Autorità» e il rischio di «una attuazione diversificata di misure differenti a livello europeo e italiano», così TAR Lazio, Roma, ord. cautelare 10/03/2022, n. 1530.

[48] TAR Lazio, Roma, ord. 28/10/2022, n. 13945, ha ritenuto rilevante ai fini della controversia al suo esame l'esito della causa d'appello innanzi alla Corte di Lussemburgo (e ha conseguentemente sospeso il giudizio) in ragione dell'identità delle censure formulate sul punto innanzi al g.a. e al giudice UE.

[49] Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, ord. 01/08/2023, n. 12962, Caronte; la questione pregiudiziale così posta pende innanzi alla Corte di giustizia UE come causa C-511/23. L'ulteriore sospensione del giudizio Amazon è stata disposta da T.A.R. Lazio, Roma, ord. 15/11/2023, n. 17065, senza sollevare distinta questione pregiudiziale: è una sospensione impropria, così detta per la pendenza della questione di legittimità di una norma, applicabile in giudizio, ma sollevata in una diversa causa. La sospensione impropria è pacificamente applicabile al processo amministrativo, nel rispetto dell'economia dei mezzi processuali e della ragionevole durata del processo: Cons. Stato, Ad. plen., ord. 15.10.2014, n. 28. T.A.R. Lazio, Roma, ord. 10/03/2022, n. 1530, aveva sospeso in via cautelare

ISSN 2036-7821

Rispetto al susseguirsi di detti incidenti di pregiudizialità che hanno inciso l'iter giudiziario italiano[50], si è avuto "il risultato, paradossale, che proprio i consumatori italiani, la cui Autorità per la concorrenza si era attivata per prima, non usufruiscono, allo stato, delle misure correttive vigenti negli altri Paesi UE"[51].

Uno dei profili di maggiore interesse della vicenda esaminata concerne il rapporto tra l'emanazione del DMA e la condotta di Amazon rispetto a tale inedito regolativo.

L'approvazione, nel luglio 2022, del DMA ha spinto Amazon a presentare impegni correttivi delle sue politiche commerciali già nella fase di *vacatio* del regolamento[52]: è molto meglio attuare misure offerte (e dunque previamente valutate quanto a fattibilità ed impatto) che subire in un prossimo futuro prescrizioni imposte.

---

le misure comportamentali disposte da Agcm, "in ragione della particolare pervasività degli obblighi imposti dall'Autorità nonché del rischio di una attuazione diversificata di misure differenti a livello europeo e italiano". Agcm aveva quindi chiesto la revoca ex art. 58 c.p.a. di detta ordinanza cautelare, perché l'accettazione di impegni di Amazon in ambito europeo pressoché coincidenti con le prescrizioni di Agcm escluderebbe il rischio di contrasto tra procedimenti nazionale ed europeo posto a base di detta ordinanza sospensiva; tuttavia il T.A.R. ha respinto detta istanza, ritenendo prevalenti le esigenze cautelari fino alla conclusione del giudizio (ord. cau. 29/01/2024, n. 399).

[50] Esso si è concluso con la recente sentenza TAR Lazio n. 15919/2025. Il Tribunale capitolino ha confermato l'individuazione di due mercati rilevanti operata dall'AGCM: mercato dei servizi di intermediazione su marketplace (dove Amazon detiene posizione dominante); mercato dei servizi di logistica per e-commerce (dove si producevano gli effetti escludenti). Un aspetto centrale della decisione riguarda la valutazione del servizio SFP, introdotto da Amazon come alternativa per ottenere l'etichetta Prime senza utilizzare FBA. Il TAR ha confermato la valutazione dell'AGCM secondo cui SFP non costituiva una vera alternativa, in quanto Amazon manteneva un controllo pervasivo sui rapporti tra venditori e vettori, negoziando prezzi e condizioni contrattuali. Il Tribunale ha confermato che le condotte avevano prodotto effetti significativi: a) aumento dell'utilizzo di FBA dal 30-40% al 50-60% dei venditori; b) crescita della quota di fatturato FBA fino al 60-70% del valore totale degli ordini; c) riduzione della presenza dei venditori su piattaforme concorrenti; d) ostacoli per gli operatori logistici indipendenti. La sanzione originaria di oltre 1,1 miliardi di euro è stata parzialmente ridotta. Il TAR ha accolto la censura relativa all'aumento del 50% applicato dall'AGCM, ritenendo insufficiente la motivazione per l'applicazione della misura massima prevista dalle Linee Guida. La sanzione è stata quindi rideterminata eliminando tale incremento. Il GA ha invece confermato la qualificazione come "molto grave" dell'infrazione; la durata di 5 anni e 11 mesi (2016-2021) e il criterio di calcolo basato sui fatturati di entrambi i mercati rilevanti. Inoltre, Sono state confermate le misure imposte dall'AGCM, volte a garantire la pubblicazione dei requisiti per l'accesso al programma Prime; la modifica del servizio SFP per eliminare l'intermediazione di Amazon, l'equiparazione delle offerte Prime gestite dai venditori a quelle FBA, il monitoraggio uniforme degli standard Prime e la supervisione tramite trustee indipendente. La sentenza in commento rappresenta un importante precedente per la regolamentazione delle piattaforme digitali dominanti, dacché essa ribadisce che il *self-preferencing* costituisce abuso quando un'impresa dominante favorisce i propri servizi attraverso meccanismi non basati sui meriti; l'effetto potenziale è sufficiente per configurare l'illecito, senza necessità di provare danni concreti; le alternative apparenti (come SFP) non escludono l'abuso se mantengono il controllo dell'impresa dominante; le misure correttive devono essere proporzionate e idonee a ripristinare la concorrenza.

[51] M. NIDRI, *Amazon perde a Lussemburgo ma a Bruxelles gioca con successo la carta degli impegni*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.3, 2024, p. 575.

[52] Il testo definitivo risulta dalla risoluzione del Parlamento europeo del 5/07/2022 e dalla decisione del Consiglio del 18/07/2022. Il *Digital Market Act* è stato pubblicato in GUUE in data 12/10/2022 e si applica dal 2/05/2023, salva diversa decorrenza per alcune sue disposizioni (art. 54, reg. UE 2022/1925); è divenuto operativo a seguito della designazione dei *gatekeeper* (Commissione UE, decisione 06/09/2023). Amazon ha presentato impegni in data 14/07/2022.

ISSN 2036-7821

È interessante sottolineare che l'accoglimento degli impegni è stato avversato da alcune organizzazioni della società civile, con l'argomento che le misure comportamentali offerte sono facilmente eludibili e, pertanto, occorrerebbero misure strutturali e, specificamente, la separazione del *marketplace* di Amazon dalla sfera *retail* e dai servizi di logistica[53].
La Commissione ha ricevuto queste osservazioni, ma ha ugualmente ritenuto di accogliere gli impegni (con qualche modifica migliorativa rispetto al testo iniziale) contenenti la rinuncia all'uso dei dati non pubblici dei venditori terzi, modifiche al meccanismo selettivo per la *Buy Box* e la rinuncia al *self-preferencing* per il servizio di logistica e distribuzione.
Misure "pesanti" come quelle strutturali, pur sollecitate nella fase della consultazione pubblica, non sarebbero state coerenti con le contestazioni mosse nei procedimenti avviati. D'altronde, neppure il regolamento 2022/1925 si spinge a tanto, se non nel caso estremo della sistematica non ottemperanza alle prescrizioni comportamentali. Su questo c'è stato un confronto importante in seno alla Commissione che ha portato alla disposizione dell'art. 18 DMA (indagine di mercato su un'inosservanza sistematica), introdotta con finalità prevalentemente dissuasiva.
Questa prudenza si spiega con plurime ragioni. Le grandi imprese del digitale hanno all'attivo la creazione di servizi efficienti, apprezzati dagli utenti. Il diritto della concorrenza – e le nuove norme sui mercati digitali contendibili – non dovrebbero dimenticare il nesso tra l'efficienza dell'impresa e il benessere del consumatore, per cui diminuendo la prima si danneggia il secondo[54].

3. La problematica regolazione delle piattaforme digitali.

L'interessante caso Amazon sopra illustrato offre lo spunto per riflessioni ed osservazioni ulteriori.
Emerge un inedito profilo del *Brussel effect*, diverso da quanto si è osservato in seno all'emanazione del GDPR, assunto come paradigma europeo di tutela della *privacy* rispetto alla bulimia dei dati che anima compulsivamente l'industria del *tech*[55].

---

[53] UNI Europa, anche in nome di altre ONG, *Feedback to European Commission's request for comment on Amazon's proposedcommitments concerning marketplace seller data and access to Buy Box and Prime*, 8/09/2022, in *uni-europa.org/news/europeancommission- must-reject-amazons-attempt-to-derail-competition-investigation*.

[54] Sulla ipotesi di misure strutturali come la *divestiture*, è tuttora prevalente la tesi negativa esposta in part. da H. HOVENKAMP, *Antitrust Remedies for Big Tech*, in *Regulatory Rev.*, 2021, *www.theregreview.org*: gli *antitrust breakup* fanno in genere più danno che altro, perché riducono l'efficienza delle imprese e i vantaggi per i consumatori. L'A, apre, però, al *break off* degli *asset* acquisiti con una fusione: «Requiring divestiture to undo mergers is nearly always less disruptive than trying to break up integrated firms». con riguardo al benessere del consumatore è peraltro in corso un dibattito che tocca sia aspetti tecnici dell'*enforcement* che profili istituzionali: negli USA è alimentato dalle nuove *Merger Guidelines* predisposte nel 2023 dalla Federal Trade Commission (il testo provvisorio, oggetto di commento, è in www.ftc.gov/system/files, 17/07/2023), nel dichiarato intento di dare primaria salvaguardia al processo competitivo, anziché limitarsi al benessere immediato dei consumatori.

[55] F. FAINI, *Data Society, Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Milano, 2019.

ISSN 2036-7821

L'ecosistema digitale, sulla scorta delle prescrizioni contenute nel DMA e nel DSA[56], potrebbe mostrarsi più disponibile – in via negoziale- ad apportare correttivi ai modelli di *business* sinora implementati.

Trattasi di un'ipotesi di co-regolazione, in cui l'iniziativa privata interseca il potere pubblico, confermandosi la bontà del *Middle Out Approach*[57]. Esso rifugge l'impostazione autoritativa di regolazione dall'alto e, al contempo, non abdica totalmente all'anelito regolativo, come avviene nel caso della *self regulation*[58].

La regolazione europea col DSA e il DMA non si risolve nell'imporre un indirizzo autoritativo da parte delle istituzioni europee alle piattaforme digitali, tenuto conto che nel rapporto con esse è inattuale la tradizionale dinamica asimmetrica autorità/libertà che pone la legge – e a cascata il potere esecutivo – in una posizione *autorevolmente* superiore rispetto al cittadino e alle imprese[59].

---

[56] In argomento, sia consentito il rimando al saggio di recente pubblicazione, S. PUGLIESE- V. VISONE, *Le garanzie procedurali del DSA e i limiti euro-unitari al potere privato delle piattaforme digitali*, in D*iritto Pubblico Europeo*, fasc. 2/2025, pp. 145-180.

[57] Si richiamano e si condividono le conclusioni del saggio di U. PAGALLO, *Etica e diritto dell'Intelligenza Artificiale nella governance del digitale: il Middle-out Approach*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 29-44. L'A. segnala i principi cardine, definiti alla stregua di imperativi etici, da rispettare e garantire in seno allo sviluppo dell'IA: 1) dignità umana; 2) beneficenza e non maleficenza; 3) autonomia, concepita come rispetto dell'autodeterminazione e scelta delle persone; 4) giustizia, intesa come essere equo, e solidarietà; 5) trasparenza; 6) responsabilità 7) partecipazione democratica. Tali principi sono ricavati dal contenuto dei vari testi di *soft law* aventi ad oggetto l'etica dell'IA: *Statement on Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomous Systems* (2018); *Ethics Guidelines for Trustworthy AI* (2019), redatte dal Gruppo di Esperti di Alto livello della Commissione Europea sull'intelligenza artificiale in merito ad una IA affidabile e attendibile; *Artificial Intelligence, Automation, and Economic* (2016), curato dai rappresentanti della *Sillicon Valley*, riuniti nell'Ufficio *For Science and Tecnology* della Casa Bianca; *Asilomar AI Principles* (2017), frutto della seconda conferenza internazionale svoltasi ad Asilomar; *Progetto di rapporto recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica* (2017) e Institute of Electrical and Electronic Engineers (IEEE), *Ethically Aligned Design* (2019) che sostiene l'integrazione tra tecnologie e valori fondamentali già al momento della progettazione.

[58] U. PAGALLO, *Etica e diritto dell'Intelligenza Artificiale nella governance del digitale: il Middle-out Approach*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale,* cit., pp. 40-41 specifica che "il *middle-out approach* non significa che i modelli di coregolazione giuridica alternativi al GDPR debbano escludere ogni forma d'intervento 'dall'alto' o ogni tipo di auto-regolazione 'dal basso' … Bisogna cogliere il rapporto tra nuovi principi morali di soft ethics e nuove norme giuridiche primarie nel più vasto quadro del governo digitale… i problemi proposti dalle tecnologie "emergenti" richiedono

un intervento più complesso della regolazione dall'alto, o dal basso. La soluzione sta nel mezzo, mediando tra gli estremi della regolazione e dell'autoregolazione".

[59] In altro lavoro, già si è evidenziato che sul punto, "chi scrive è fermamente convinto che un approccio di *soft ethics* in combinato con la mediazione tra regolazione dall'alto e iniziativa privata dal basso, il c.d. *"middle-out Approach"*, sia la soluzione che meglio si adatta all'elastica struttura dell'IA" (V. VISONE, *Contributo allo studio della dimensione algoritmica della funzione amministrativa*, cit., p. 91). Si suole distinguere tra *hard ethics* e *soft ethics*, oppure, tra etica forte e soffice. La differenza tra i due modelli concerne il rapporto con la meta-etica (avente ad oggetto giustizia e ingiustizia), le teorie morali (che si occupa di ciò che è permesso e ciò che è proibito) e l'etica applicata (concernente i dilemmi morali rispetto ad uno specifico settore dell'esperienza, come quello dell'IA): nel caso di etica forte, essa assume una sorta di autonomia anche dalla normativa giuridica esistente, mentre l'etica soffice tende a completare il quadro giuridico esistente. In argomento, cfr. L. FLORIDI, *Soft Ethics and the Governance of the Digital*, in *Philosophy and Technology*, 2018, 31,1-8.

ISSN 2036-7821

Le *Big Tech*, infatti, si pongono in un'incontrovertibile posizione di forza, apolide[60] e inidonea ad essere costretta nelle maglie della fisiologica e ordinaria relazione con lo Stato[61] e le autorità amministrative[62].

Tale circostanza non è causalmente spiegata in ragione della *forza pratica dell'algoritmo*[63] oppure sulla scorta della potenza delle reti neurali o della capacità di autoapprendimento del *machine learning*. Le piattaforme digitali e l'universo dell'Intelligenza Artificiale non sono ontologicamente "inafferrabili" per l'autorità statale, poiché in alcuni ordinamenti- come quello cinese- il controllo sull'ecosistema digitale è totalizzante.

Come spiega doviziosamente Kate Crawford nell'interessante saggio *Né artificiale né intelligente, il lato oscuro dell'IA*[64], la forza delle piattaforme digitali, di cui Amazon è un esempio-paradigmatico, esprime una specifica geografia del potere, una deliberata scelta di uso del territorio, di sfruttamento della manodopera, di annichilimento dell'economia capitalistica così come precedentemente conosciuta.

Il successo dell'Intelligenza Artificiale è evidentemente radicato nell'analogico, dal momento che l'avanzata del potere economico, finanziario e sociale delle *Big Tech* si dispiega attraverso l'estrazione del silicio, il consumo forsennato di materiali rari nonché mediante le vessazioni lavorative che si nascondono dietro il funzionamento dell'IA.

---

[60] V. M. FAIOLI, *Protezioni a-geografiche. Riflessi del regime giuslavoristico anti-delocalizzazioni sulla disciplina del licenziamento collettivo e del rapporto previdenziale. L'intricato caso dei lavoratori delle piattaforme digitali UberEats e Deliveroo*, in *federalismi.it*, 3/2024, pp. 194-216

[61] "Messo a dura prova dalle nuove tecnologie", come sottolineato da L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google, Frontiere e sfide globali*, Firenze, 2020.

[62] In particolare, sarebbe preferibile ascrivere la materia alla competenza di autorità amministrative indipendenti. Esse si pongono in un rapporto di specialità con l'amministrazione tradizionale, operando già, per loro natura, al confine fra amministrazione, giurisdizione e politica: esse non si limitano ad applicare la legge, ma fissano delle regole, vigilando al contempo sulla loro applicazione. Circa i tratti caratterizzanti tale forma di amministrazione, si rimanda a A. PATRONI GRIFFI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, nn.1-2, 2015.

[63] La locuzione è di A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, pp. 27. L'A., a proposito della c.d. forza pratica dell'algoritmo, ha osservato: "Formulerei così l'azione di questa forza: una volta introdotto un sistema automatico di decisione all'interno di un processo decisionale umano, il sistema automatico tende, nel tempo, a catturare la decisione stessa. Questo accade, di badi, non per ragioni di valore scientifico, di accuratezza predittiva o di affidabilità tecnica dell'automatismo, ma eminentemente per ragioni di convenienza pratica. Innanzitutto: per chi vede violato un suo diritto o una sua libertà, dimostrare che la decisione lesiva sia stata presa unicamente sulla base di un algoritmo è molto spesso una *probatio diabolica*; chi ha preso la decisione, infatti, avrà sempre la possibilità di sostenere che nella decisione si è solo avvalso dell'algoritmo, ma non è stato "sostituito" da esso, avendo autonomamente aderito alla valutazione effettuata dall'algoritmo … In secondo luogo, però, il principio di non esclusività sembra non riconoscere l'evidente forza "pratica" di qualsiasi automatismo valutativo che, da un lato, solleva il decisore dal *burden of motivation*, dal peso dell'esame e della motivazione; dall'altro, gli consente di "qualificare" la propria decisione con un crisma di "scientificità" ovvero "neutralità" che oggi circonda la valutazione algoritmica e le conferisce una peculiare – quanto infondata – "autorità"" (p.81).

[64] K. CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale. Il lato oscuro dell'IA*, Il Mulino, 2021.

ISSN 2036-7821

L'algoritmo e la logica computazionale non spiegano la forza dirompente economica e sociale di Facebook, Google o Amazon, rappresentando una mera cartina di tornasole (*recte*: la sovrastruttura immateriale) del capitalismo di sorveglianza.
Invero, l'elemento fondativo dell'attuale crescita inarrestabile delle piattaforme digitali è stato l'approccio americano ed europeo del *laissez faire*, che ha dato vita ad un vero e proprio "ordinamento giuridico privato", prodotto, per l'appunto, dalla «deficienza dei mezzi giuridici istituzionali»[65] nel tutelare gli interessi dei cittadini[66].
Se ne deduce, quindi, che la regolazione europea di cui al DMA - allargando l'orizzonte, seppur in base ad altre logiche, il discorso pertiene anche al DSA - rappresenta una leva fondamentale per una co-regolazione costruita in maniera maggiormente paritetica tra Stati membri ed Unione Europea da un lato e le *Big Tech* dall'altro.

4. La conservazione dinamica degli istituti: la nuova veste dell'accordo amministrativo.

Dalla vicenda Amazon scaturisce l'ulteriore effetto della commutazione della natura dell'accordo amministrativo[67], osservando ciò che in linea teorica l'AGCM e la Commissione potrebbero *sistematicamente* concordare con le piattaforme digitali, attraverso un'esecuzione co-gestita e negoziale delle prescrizioni del DMA e il DSA.
L'accordo amministrativo[68], sostitutivo del provvedimento[69], consente all'amministrazione il conseguimento in via negoziale[70] di risultati ulteriori (o con

[65] Così S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi* (1909), in ID., *Scritti minori*, I, a cura di G. Zanobini, I, Giuffrè, Milano 1950, pp. 311 ss.

[66] M. C. GIRARDI, *Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale*, in *Federalismi*, n. 17/24.

[67] L'art. 11 della legge n. 241 del 1990 ne individua di due tipi, l'accordo procedimentale (o integrativo o preliminare) che determina il contenuto discrezionale del provvedimento; l'accordo sostitutivo, che sostituisce il provvedimento. Il primo è un atto strumentale del procedimento, il secondo ne è l'atto conclusivo. La possibilità di sostituire il provvedimento con un accordo, con la riforma della legge generale sul procedimento amministrativo del 2005, è praticabile per qualsiasi procedimento (tranne quelli indicati dall'art.13): non solo procedimenti che rifletto un incontro tra volontà dell'amministrazione e quella del privato (come le concessioni), ma anche procedimenti (come quelli sanzionatori) che rifletto la prevalenza della prima sulla seconda. Cfr. S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, V ed., Milano, Giuffré, 2015, pp. 338-339.

[68] Sull'oggetto dell'accordo di programma, G. DI GASPARE, *Dal government alla governance delle politiche pubbliche e gli strumenti negoziali*, II ediz., in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2021, pp. 62-63.

[69] F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998.

[70] "Ciò che è interessante verificare, allora, è se il principio di consensualità, specificando e venendo in ausilio al principio di democraticità, possa davvero attenuare il principio di autorità sul quale da sempre si regge il potere amministrativo. Non si può nascondere, del resto, che proprio dalla trasformazione in senso democratico dell'amministrazione dipende la trasformazione dello stesso Stato in senso egualmente democratico. È stato rilevato, infatti, che il macroparadigma statuale corrente non è né originale né originario, ma il frutto di una combinazione di elementi, propri dello Stato di polizia e dello Stato di diritto. Certamente, l'introduzione del principio democratico ha cominciato la sua opera erosiva rispetto a questi ultimi, ma di esso si è fatta una

ISSN 2036-7821

maggiore efficacia) rispetto alla definizione classica del procedimento con il provvedimento[71].

Come noto, l'introduzione dell'art. 11 e l'inserimento dell'accordo amministrativo nella legge n. 241/90 non sono stati accompagnati da una corrispondente applicazione massiva dello stesso.

Infatti, come dedotto da autorevole dottrina, "le dure repliche della storia hanno mostrato una realtà differente: gli accordi non sono mai riusciti a divenire figura generale; detto meglio, la fattispecie dell'art. 11 cit. è stata utilizzata poco (o forse nulla) nella sua configurazione per così dire «pura», cioè come base di diritto positivo a sé stante per concludere accordi fra privati e p.A."[72].

Non è questa la sede per sviscerare la complessa fattispecie dell'accordo amministrativo[73], oggi declinabile anche nelle forme del partenariato pubblico-privato[74], della co-programmazione e della co-pianificazione sussumibili alla

---

applicazione sostanzialmente limitata alla rappresentanza politica, sì che esso ancora poco ha potuto controbattere al principio di autorità", in questi termini, M. DE DONNO, *Il principio di consensualità nel governo del territorio: le convenzioni urbanistiche*, in *Riv. giur. edilizia*, fasc.5, 2010, p. 280.

[71] "L'accordo amministrativo è un contratto, cui l'Amministrazione partecipa nell'esercizio di potestà e poteri amministrativi. La disciplina codicistica delle obbligazioni e contratti non si sostituisce a quella pubblicistica degli atti amministrativi, ma si aggiunge ad essa, con funzione complementare e integrativa. L'Amministrazione conserva, dunque, i parametri normativi ed il regime giuridico dell'esercizio del potere, sia in fase di formazione, sia in fase di esecuzione. Tuttavia con l'accordo l'Amministrazione esaurisce il suo potere discrezionale a circostanze immutate e il vincolo contrattuale, che ne deriva, non può essere superato se non per sopravvenute esigenze di interesse pubblico, nei limiti della legittimità e nel rispetto, comunque, dell'equilibrio economico originario", in questi termini, G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 259. Sempre in argomento, cfr. G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm*., fasc.2, 2005, p. 223 ss.

[72] In questi termini, P. L. PORTALURI, *Sugli accordi di diritto amministrativo*, in Rivista Giuridica dell'Edilizia, fasc.4, 2015, p. 148.

[73] 8 Cfr., sul punto, L. MONTEFERRANTE, *Il Diritto dei contratti conquista gli accordi*, nota a sentenza Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, pp. 955 e ss., ove si afferma che "l'istituto dell'accordo ex art.11 l. n. 241/90 non ha dimostrato alcuna significativa capacità di disciplinare fenomeni giuridici nuovi; mentre per converso esso ha incontrato straordinario favore nella giurisprudenza come categoria generale ritenuta idonea a ricomprendere istituti giuridici preesistenti (cessione volontaria, concessione – contratto, convenzioni urbanistiche) fornendo ad essi (almeno così si pretende) un miglior fondamento razionale e sistematico e (forse) una più chiara e compiuta disciplina" e F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro Amm*., 1997, II, pp. 1273 ss., ove si constata che "della rivoluzione non si hanno ancora i segni e neppure le avvisaglie: secondo quanto ci riferiscono i più esperti magistrati e funzionari, avvocati e consulenti di amministrazioni, gli accordi endoprocedimentali non si concludono, né si hanno trattative per la ricerca di soluzioni consensuali".

[74] Di recente la dottrina ha attenzionato molto l'argomento. Vedasi *ex multis* S. ANTONIAZZI, *Beni culturali e partenariato pubblico-privato atipico nel Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 8/2024, pp. 1-33; A. CONTARDI, *Innovazione e sostenibilità nel settore culturale: i partenariati come strumento di innovazione sociale*, in *Munus*, 1/2024, pp. 255-273; L. ZANGHI BUFFI, *Il partenariato pubblico-privato: le concessioni e la finanza di progetto*, in *Giornale di diritto amministrativo* 3/2023, pp. 364-37; G. SERRA, *Il Partenariato pubblico-privato nella filosofia del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2023, pp. 851-884; A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Diritto amministrativo*, 2/2022, pp. 441-469.

ISSN 2036-7821

fenomenologia dell'amministrazione condivisa[75].

Prendendo spunto dall'insegnamento di Berti, il quale in tempi non sospetti si interrogava sull'opportunità di rivisitare i moduli di agire dell'amministrazione dinanzi ad "un mondo dominato dallo scambio, dove anche la reciproca riconoscibilità dei soggetti politici e privati avviene in ragione di scambio o di contratto, (riteneva) assurdo pensare che l'amministrazione pubblica si d(ovesse), al contrario, ritirare in una sorta di esilio monacale, per custodire gelosamente le icone del potere imperativo, dell'atto unilaterale, e via dicendo"[76], l'accordo amministrativo potrebbe ritrovare nuovi spazi di applicazione[77] in ordine alla concertazione amministrativa con le piattaforme digitali e la declinazione esecutiva degli *input* procedurali del DSA e del DMA.

Ciò che prospetticamente potrebbe intervenire nell'accordo tra *Big Tech* e Commissione UE (o Autorità nazionali[78]) concerne la rivisitazione dell'architettura assiologica che regge il funzionamento delle piattaforme digitali, inferenza amministrativa di stampo co-regolatorio che inferisce il *model business* di tali soggetti.

Come già rilevato, l'assolutismo della libertà d'impresa è il principio cardine su cui si è fondato l'attuale impero oligopolista delle *Big Tech*[79].

Attraverso tali accordi, che evitano l'intervento autoritativo della Commissione (o dell'Autorità domestica dello Stato membro[80]), è auspicabile nel rapporto con le piattaforme digitali[81] e gli ordinamenti statali (o sovranazionali) una rivitalizzazione

---

[75] Cfr. N. VETTORI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo codice dei contratti pubblici: matrici teoriche, disallineamenti sistematici e profili innovativi*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2023, pp. 813-850; G. FIDONE, *Il coinvolgimento del settore privato nell'amministrazione condivisa dei beni comuni: un "patto" tra parte pubblica, comunità e privati, fondato sulla fiducia e collaborazione*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2023, pp. 373-395 A. BERRETTINI, *La co-progettazione "alla luce" del Codice del terzo settore e "nella penombra" del Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 27/2022, pp. 1-46;

[76] "Queste erano e sono figure simboliche proprie di un linguaggio che si era specializzato per dare finitezza o completezza, in tutte le sue propaggini, a un potere politico che voleva garantirsi attraverso una appropriata e speciale giuridicità", così G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'azione amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S.Giannini*, Vol. II., Editore, Milano 1988, 49 ss.

[77] In argomento, cfr. A. CONTIERI, Relazione alla Presentazione della ristampa del volume di Francesco Pugliese *Sull'amministrazione consensuale: Nuove regole, nuova responsabilità*, in *Diritto e processo amministrativo*, 3/2014, pp. 798-806.

[78] Anche attraverso strumenti di *soft law*. In tema, cfr. E. ALBANESI, *Le "Linee-guida" dell'Agcom sugli "influencer" nella prospettiva dell'attività di informazione e del costituzionalismo digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto* 1/2024, pp. 73-85.

[79] In tema, di recentissima pubblicazione, risulta di particolar interesse il saggio di P. Piluso, *Poteri privati, diritti fondamentali e interessi legittimi: costituzionalismo digitale e «amministrativizzazione» del potere privato*, in *Consultaonline*, 2, 2025.

[80] Circa la possibilità che le Autorità indipendenti assurgano a ruolo di contropotere rispetto alle piattaforme digitali, M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e giustizia digitale*, Mimesis Edizioni, 2023.

[81] «La formazione di un vasto potere di mercato riconducibile ad un numero ristretto di piattaforme digitali costituisce un dato economico considerato ormai per acquisito, sebbene risulti un fenomeno di recente e rapida affermazione», in questi termini G. Buttarelli, *La regolazione delle piattaforme digitali: il ruolo delle istituzioni pubbliche*, in *Giornale Dir. Amm.*, 1, 2023, 116. L'A. spiega doviziosamente il meccanismo dell'autoregolazione, che in merito

ISSN 2036-7821

della tutela della dignità umana, la sindacalizzazione delle piccole imprese oppure l'implementazione della strategia di lotta alla disinformazione divampante nel *web*[82].
Da ciò si ricava il superamento della natura eminentemente tecnocratica di tali autorità[83], poiché "gli ambiti di decisione delle autorità indipendenti reclamano valutazioni di carattere non solo tecnico, ma anche politico. Ad essere coinvolti negli ambiti di pertinenza delle *authorities*, infatti, ci sono interessi collettivi eterogenei, la cui regolazione impone un'attenta valutazione delle condizioni e delle effettive implicazioni di ogni decisione, ben al di là di considerazioni di natura esclusivamente tecnica"[84].
Quelli menzionati potrebbero essere obiettivi realizzabili nei meandri dell'auspicata co-regolazione pubblica-privata.
Su tali premesse, differenti dall'impostazione tradizionale che ha caratterizzato la genesi e l'evoluzione dell'art. 11 della legge 241 del 1990, in seno a tale negoziazione amministrativa si inseriscono anche aspetti di geopolitica, attesa la sensibilità americana rispetto alle sorti delle *Big Tech* americane.
Nell'accordo co-regolatorio potrebbe celarsi anche l'intento elusivo della piattaforma digitale rispetto all'approccio euro-unitario, come è stato detto di Amazon. Ciò sarà verificabile allorquando l'attuazione dell'accordo non sortirà gli effetti auspicati: se effettivamente tutto cambia perché nulla cambi, il tentativo europeo sarà

---

alla c.d. *platform regulation* discorre di strumenti essenziali: la definizione dell'infrastruttura della piattaforma e l'accettazione dei termini e delle condizioni di servizio. In specie, mediante il design e il concreto sviluppo delle funzionalità tecniche della piattaforma, «si delineano i confini materiali entro cui saranno possibili le interazioni degli utenti, circoscrivendo così in via preventiva le modalità e i termini di utilizzo della piattaforma. Il fenomeno, a cui è solito riferirsi utilizzando il termine *algorithmic governance*, solleva il tema dell'informatica quale strumento implicito di regolazione, e quello, ad esso conseguente, della possibile concorrenza tra regole tecniche e regole giuridiche nella definizione dei rapporti tra utenti e piattaforme (tra i primi studi, a cui si deve peraltro l'utilizzo della celebre espressione «*code is law*», Lessig, 1999). Il principale strumento normativo della *self-regulation* è costituito tuttavia dalle condizioni e dai termini del servizio, ovvero dal documento che stabilisce le modalità generali per l'erogazione del servizio e la disciplina del rapporto contrattuale tra piattaforma e utenti. La quasi totalità delle c.d. community standard contengono regolamenti marcatamente asimmetrici dei relativi rapporti contrattuali, i quali sono attuati attraverso l'imposizione in via prevalente di una serie di obblighi per l'utente, a cui fa da corrispettivo la previsione di un numero consistente di facoltà, poteri ed autorizzazioni per la piattaforma».

[82] Poiché l'informazione va dislocandosi in canali ulteriori, rendendo complessa una efficace Regolamentazione «lecito ed illecito si incontrano e si incrociano, si intrecciano e costituiscono gli ambiti non sempre ben definibili e riconoscibili di responsabilizzazione e di tolleranza in una dimensione universale […]. Dobbiamo allora immaginare regole nuove fondate e incentrate sulle tecnologie o estendere ancora quelle regole tradizionali, gli istituti tradizionali, le formalità tradizionali al mondo digitale?». In questi termini, G. CORASANITI, *Regolazione, autoregolazione, sovraregolazione della rete: dal "far" web al "fair" web*, *in Diritto di internet*, n. 12, 2021, p. 9.

[83] Cfr. F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n.11, 2006; A. PATRONI GRIFFI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, nn.1-2, 2015; F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001.

[84] G. PISANI, *Dalle autorità amministrative indipendenti alla democratizzazione del digitale. Notazioni a partire da un recente volume di Mauro Barberis*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2024, pp. 153-160.

ISSN 2036-7821

fallimentare, seppur commendevole nei propositi.
Sotto altro profilo, tale concertazione amministrativa potrebbe rivelarsi un'altra manifestazione dell'ormai consolidata contrapposizione tra i *signori della rete*[85] e gli ordinamenti statali e sovranazionali. Assumendo quale paradigma il principio di buona fede e il ripristino effettivo e sostanziale dell'autodeterminazione del cittadino/utente – attraverso la riduzione delle asimmetrie informative con le piattaforme gitali – si "apre all'immaginazione di un canale di co-regolazione in cui le autorità amministrative indipendenti, chiamate …. ad arginare il potere delle piattaforme, possano collaborare con gli utenti, organizzati all'interno di corpi intermedi, ad una nuova forma di governo democratico del web"[86].

5. Notazioni conclusive.

L'ordito regolatorio europeo costituisce uno sforzo di formale sistemazione del rapporto di mercato e di servizio che si configura con le piattaforme digitali[87].
Aderendo alla posizione già assunta da attenta dottrina[88], occorre primariamente accludere le piattaforme digitali alla categoria delle *public utilites*.
Prendendo le mosse da tale condizione-postulato, si giustificano l'applicazione e la pertinenza nei confronti delle piattaforme digitali dei principi di trasparenza, motivazione e imparzialità tipici dell'azione amministrativa[89].
Il potere autoregolativo (*recte*: autarchico) delle *Big Tech* ha dato la stura ad un difetto di cornice regolatoria di fenomeni che progressivamente si cerca di ricondurre a ragione normativa.
All'interno del mondo *algoritmizzato* è acclarata la crisi delle fonti produttive di diritto e, di rimando, è enfatizzata la vigoria della *lex mercatoria*[90] surrogante la

[85] B. ROMANO, *Algoritmi al potere, Calcolo Giudizio Pensiero*, Torino, 2018, p. 27 che così si esprime: "I signori degli algoritmi sono persone in carne ed ossa, non metalliche macchine intelligenti, computer in grado di eseguire un sempre più alto numero di operazioni, svolte in un tempo costantemente più accelerato".

[86] G. PISANI, *Dalle autorità amministrative indipendenti alla democratizzazione del digitale. Notazioni a partire da un recente volume di Mauro Barberis*, cit., p. 170.

[87] Il problema del potere dei privati, in gradi di inferire l'ordinamento ed elevarsi a fonti normativa di fatto, è risalente nel tempo. In argomento, rimane drammaticamente attuale la riflessione di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977. Secondo l'A. "i poteri autoritari di fatto possono esprimere l'esistenza di un centro di forza socio-economica che impone le sue decisioni avvalendosi proprio delle comuni posizioni giuridiche di libertà e di autonomia ugualmente spettanti ai privati" (p. 56). Discorrendo di gruppi organizzati, quali partiti e sindacati, il Maestro rileva che "riguardo a tali associazioni si avverte l'esigenza di una regola democratica effettiva che eviti il formarsi di ruoli fissi di governanti e governati. Mancano tuttavia appropriati rimedi giuridici" (pp.59-60).

[88] Condivisibili sono le riflessioni di E. CREMONA, *Le piattaforme digitali come public utilities: perché non applicare alcuni princìpi di servizio pubblico?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, p. 467 ss.

[89] Sul punto, si aderisce alla rappresentazione di E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2023, pp.234-252.

[90] "Il principale strumento della innovazione giuridica è il contratto… Il contratto prende il posto della legge anche per organizzare la società civile…Si spinge fino a sostituirsi ai pubblici poteri nella protezione di interessi

ISSN 2036-7821

fattispecie normativa[91].

Possono trarsi sinteticamente alcune notazioni sparse da quanto approfondito in questa sede.

E' confermata l'elasticità del sistema di cooperazione tra Commissione e Autorità nazionali; il sindacato del giudice amministrativo, per questioni pregiudiziali che si son susseguite nella fase cautelare[92], ha causato paradossalmente un *vulnus* per i consumatori italiani, palesandosi la necessità di riflettere sul rapporto tra fase cautelare e rinvio pregiudiziale; si registra una rivisitazione ontologica dell'accordo amministrativo, come testé delineato.

Se il compito degli amministrativisti si staglia sulla traduzione del diritto costituzionale nella pratica, in tale solco è mutuabile lo schema aristotelico di "atto" e "potenza"[93], che informa la relazione tra la *pars* costituzionale (o euro-unitaria) e amministrativa, col principio di legalità[94] che *inframmezza* il rapporto tra normazione ed esecuzione del precetto.

L'accordo tra Amazon e Commissione è il risultato di una dialettica tra le parti in cui la Commissione ha tratto forza negoziale – piuttosto che mera legittimazione- dall'ordito normativo in divenire (il DMA).

Si segnala una commutazione del principio di legalità[95], poiché la norma europea conferisce forza negoziale all'amministrazione nei confronti delle piattaforme digitali, cosicché il parametro legale non è più inteso esclusivamente come fonte

---

generali, propri dell'intera collettività, quale interesse dei consumatori…", in questi termini, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010, p. 243.

[91] Rispetto ad una sostituzione completa dell'ordine statale e dell'imperio normativo dello stesso a favore della *lex mercatoria*, autorevole dottrina ha osservato che "il capitalismo non può fare a meno dello Stato, o di ciò che resta del diritto formale, e, più in particolare, della tutela coercitiva che protegge i beni e assicura l'attuazione di accordi e sentenze", così N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 16.

[92] Sul tema generale del sistema cautelare, si segnala il contributo di G. POLI, *In principio sono i diritti. Considerazioni a margine della tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *federalimsi.it*, n. 12/2022, pp. 177-219; in via ulteriore, si cfr. M. LIPARI, *La "nuova" tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le "esigenze imperative di interesse generale"*, in *federalismi.it*, 2017, 5, pp. 65; A. ZITO, *La tutela atipica nel processo amministrativo tra principio di effettività, principio di equità e principio di proporzionalità: saggio di metagiurisprudenza*, in *Nuove autonomie*, 2017, 3, pp. 567-582. Rispetto alla ponderazione degli interessi eseguita dal giudice in tale fase interinale del processo, si rimanda alla brillante analisi di M. R. CALDERARO, *La comparazione degli interessi nel giudizio cautelare amministrativo*, in *federalismi.it*, n. 27/2020, pp. 223-266 il quale propone un interessante parallelo col sistema cautelare francese.

[93] Visione ripresa e attualizzata da E. STEIN, *Potenza e Atto. Studi per una filosofia dell'essere*, Roma, Città Nuova, 2006.

[94] Sul principio di legalità, tra gli altri M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato,* Torino, 2003; F.G. SCOCA, voce "*Attività amministrativa*" in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, 75; v. anche F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità: la decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007; ID., *La legalità amministrativa: altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012.

[95] Per un approfondimento del rapporto tra il principio di risultato e la Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. Pubb.*, 2019, Fascicolo 1, pp. 5-41; ID, *Il significato formale dell'ideale del "governo delle leggi" (Rule of Law)*, in *Dir. Amm.*, 2011, pp. 29-53.

ISSN 2036-7821

attributiva di un potere in favore dell'autorità amministrativa.

Altro interessante profilo da scandagliare riguarda il ruolo dell'Autorità indipendente (nel caso esaminato AGCM) nella regolazione dei mercati digitali.

Sul punto, si appalesa il definitivo tramonto della visione costituzionalistica che precludeva alle autorità indipendenti quote di discrezionalità politica amministrativa (quale contrappeso del potere regolatorio in regime di indipendenza dal potere legislativo ed esecutivo)[96].

In via speculare, sotto un profilo di ordine generale, si sacramenta l'opinione della dottrina amministrativistica[97] che, dal suo canto, è sempre stata a favore della concessione di spazi discrezionalità in capo a tali forme particolari di amministrazione.

Nel rapporto con le piattaforme digitali l'erompere delle autorità indipendenti[98] spiega con ancor più vigore la propria forza discrezionale, realizzando una forma di bilanciamento di interessi che assorbe plurimi profili di matrice politico-amministrativa.

Alla fine della presente riflessione condotta con metodo induttivo, si accoglie positivamente la reazione regolatoria europea, da cui avanzano gli spunti euristici dedotti attraverso l'esame del caso Amazon e gli effetti – seppur registrati in via embrionale- scaturiti dalla disciplina del DMA.

Se la disciplina antitrust non ha evitato il formarsi di posizioni di monopolio come quella detenuta di fatto da Amazon[99], il DMA può avere un impatto positivo perché palesa una *ratio legis* e un'architettura normativa più aderenti alla struttura del commercio elettronico governato da Amazon.

Urge un riequilibrio istituzionale nel rapporto con le *Big Tech*, come copiosa letteratura scientifica e autorevole dottrina hanno già denunziato[100].

A tal proposito, in nome della pregnanza assunta dalla proceduralizzazione

---

[96] Secondo tale dottrina di stampo costituzionale, alle Autorità indipendenti sarebbero riservate solo quote di valutazione esclusivamente tecnica. Cfr. M. MANETTI, *voce Autorità indipendenti (dir. Amm.)*, in *Enciclopedia giuridica*, 1997; S. SILEONI, *Tecniche di regolazione delle Autorità indipendenti: esperienze applicative*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2007*, Torino, 2007, pp. 140 ss.

[97] M. D'ALBERTI, *voce Autorità indipendenti (dir. Amm.)*, in *Enciclopedia giuridica*, 1997; G. MORBIDELLI, *I poteri impliciti: recensione a Cristiano Celone, La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità dei contratti pubblici,* in *Dir. e soc.*, 2015, pp. 223 ss.; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007, pp. 116 ss.

[98] Si riprende l'espressione di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità indipendenti*, Firenze, 1997, che si ritrova anche nel più recente contributo di E. CREMONA, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 2/2021, numero speciale su *Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche*, pp. 879-907.

[99] Cfr. L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, 2017, 710 ss.; S. MANNONI-G.STAZI, *Is Competition a Click Away? Sfida al monopolio nell'era digitale*, Napoli, 2018.

[100] Vedasi A. SIMONCINI, *Quali fonti per regolare i nuovi poteri tecnologici? Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di stato e forma di governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, fasc. 2, speciale, pp. 723 ss.; M AINIS, *Il regno dell'Uroboro: benvenuti nell'epoca della solitudine di massa*, Milano, 2018, pp. 11-12.

ISSN 2036-7821

nell'ambito dell'ecosistema digitale, l'approccio auspicato nei confronti della *governance* privata della tecnologia si sintetizza nell'implementazione di un sistema adattato ai crismi dell'azione amministrativa[101], di cui l'accordo co-regolante è un esempio paradigmatico.

Posto che «il diritto del più forte non è vero diritto dacché si regge su una discrezionale e mutevole volontà del dominatore, imprevedibile epperciò dis-ordinante»[102], nel crinale di codesta reazione ordinante dell'Ue potrebbe rivelarsi decisiva l'eventuale concertazione co-regolante amministrativa[103].

La fascinazione di tale prospettiva si focalizza sul ruolo della Commissione e dell'Autorità domestica[104] cui è assegnato, in sede negoziale, l'arduo e inedito compito di dimensionare "l'arroganza….soffocante di quei poteri economici che sono i protagonisti del fenomeno globalizzatorio"[105].

L'ampliamento del perimetro di applicazione delle regole amministrative presuppone, ovviamente, che le piattaforme digitali siano trattate – nell'ambito del prevaricante "diritto dei privati"[106] - come *public utilites*, in ragione del fatto che se la produzione di diritto è parzialmente trasmigrata in capo ai giganti del web[107], per altro verso la dicotomia pubblico-privato non può essere rigidamente interpretata.

Dinanzi alla sfida della regolazione dell'ecosistema digitale, il "problema amministrativo"[108] si arricchisce di inediti profili e di nuovi orizzonti

---

[101] Aderendo alla prospettiva di O. FISCHMAN-AFORI, *Taking Global Administrative Law One Step Ahead: Online Giants and the Digital Democratic Sphere*, disponibile su SSRN: https://ssrn.com/abstract=3874915.

[102] Così M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Giuffrè, Milano, 2023, secondo, il quale "le nuove tecnologie hanno causato una rivoluzione autenticamente antropologica, cambiando la testa delle persone e con essa le strategie disponibili per i partiti nella ricerca del consenso" (p.68).

[103] In merito, si cfr. A. CARDONE, *Brevi note di sintesi sulla distinzione tra misure individuali e decisioni politiche nella regolazione degli algoritmi e nella definizione dei poteri delle Autorità garanti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021, pp. 929-937.

[104] Circa il rischio di una violazione del princpio democratico correlato all'eccessivo peso istituzionale ed esecutivo concesso alle Autorità indipendenti, si rimanda a F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in *Dirittifondamentali.it*, n.1, 2020, 944 ss.

[105] In questi termini, P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, Lectio doctoralis, 24 ottobre 2005, Aula Magna dell'Università di Bologna, in *Rass. forense*, 2006, p. 5.

[106] "Quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo, in mancanza, o nell'insufficienza, della legge statuale", così W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, 1929.

[107] Costringendo il giurista ad una rivisitazione delle "categorie tradizionali, a partire dal concetto stesso di fonte del diritto e di produzione normativa, abbandonando pigrizie intellettuali che ripropongano stancamente schemi che necessitano ormai inevitabilmente di aggiornamenti, senza però cadere nella tentazione opposta di ritenere che le coordinate ordinamentali siano ormai definitivamente erose se non superate", G. TARLI BARBIERI, Considerazioni di sintesi sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti nella regolazione delle decisioni algoritmiche, in Osservatorio sulle fonti, fasc. 2/2021, pp. 7-8.

[108] Riprendendo la locuzione di F. LIGUORI (a cura di), *Il problema amministrativo, aspetti di una trasformazione tentata*, Napoli, 2021. In argomento è sempre attuale la rappresentazione di F.LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1993, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, pp. 339-340, secondo il quale "l'interessato può direttamente fissare i termini essenziali d'un problema, come tipicamente avviene quando il procedimento debba far seguito ad un'istanza già per se stessa indicativa di fatti, d'interessi, di dati normativi; in

ISSN 2036-7821

epistemologici[109].

In seno alla rivoluzione digitale[110], il rapporto amministrativo[111] e le relative guarentigie procedimentali e assiologiche si elevano a schermo protettivo dell'utente/cittadino al cospetto all'antisovrano[112] digitale.

Tirando le file del discorso, mediante il perseguimento della *"via amministrativa"* della co-regolazione negoziale, s'intende contribuire all'arduo compito di "catturare nuovamente quel potere che (i costituzionalisti) molti secoli addietro avevano saputo subordinare al diritto e funzionalizzare al diritto e funzionalizzare ai diritti", rifuggendo "i rischi di un costituzionalismo irenico che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni)" e tornando "ad un costituzionalismo polemico che si misuri col potere"[113], attraverso

---

questo caso incomberà all'amministrazione l'onere o dovere di problematizzare ulteriormente il tema attraverso l'inserimento di altri dati. Ma, soprattutto, l'interessato può modificare la situazione inizialmente delineata dall'amministrazione stessa rappresentando fatti ed elementi, che a quella situazione siano riferibili; e che quindi si introducono pur essi in un unico contesto problematico per essere vagliati nella loro effettività e significanza (…) Or ciò equivale a dire che anche l'istante o interventore può disporre o dispone del problema amministrativo, in quanto contribuisce con una propria attività a determinare la materia che dovrà essere sottoposta ad esame critico", cosicché "l'interventore è in grado di predeterminare almeno parzialmente l'andamento del processo decisionale attraverso assunzioni e allegazioni che possono essere utilizzate o disattese soltanto in seguito alle più appropriate operazioni di riscontro".

[109] "Questo processo di "amministrativizzazione" del potere privato in funzione della tutela dei diritti di libertà, che dunque si risolve in una pubblicizzazione (non sostanziale, ma) *funzionale"* si spiega su tre ordini di ragioni: "innanzitutto, perché il confine tra diritto pubblico e diritto privato- specie nell'ambiente digitale- non soccorre più, dovendosi semmai più correttamente distinguere tra il diritto promanante dai soggetti pubblici e il diritto dei privati… in secondo luogo, perché l'ordinamento italiano ed europeo è ormai pacificamente orientato verso una nozione "funzionale e cangiante" di pubblico… in terzo luogo, occorre osservare che l'ordinamento europeo e quello italiano sono disseminati di norme comunemente considerate di diritto pubblico che si applicano a soggetti privati", in questi termini, E. CREMONA *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, cit., pp. 231-232.

[110] Che "come ogni rivoluzione è assistita più o meno consapevolmente da aspirazioni e promesse, molte delle quali sembrano oggi trovare conferma", G. PESCE, *Digital First, Amministrazione digitale: genesi, sviluppi e prospettive*, Napoli, 2018.

[111] "Per rapporto amministrativo intendiamo la relazione che si instaura tra l'Amministrazione nell'esercizio di un potere amministrativo e il singolo cittadino, che vanti una situazione di interesse legittimo, in quanto destinatario o possibile destinatario di tale esercizio", G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in F. FRANCARIO - M.A. SANDULLI (a cura di) *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 28. In senso critico sul tale concetto si è espresso M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, p. 240: "mette conto osservare che non sembra si possa parlare di 'rapporto' in senso stretto e proprio per indicare la relazione fra l'amministrazione e il cittadino. Gli interrogativi al riguardo sono molti. Il 'rapporto' fra quali elementi si instaurerebbe? Fra il potere dell'amministrazione e l'"attesa" del cittadino? O fra il primo e i poteri strumentali del secondo? L'attuale diritto amministrativo sostanziale consente di stabile fra interesse legittimo e potere dell'amministrazione una relazione giuridica del tipo diritto soggettivo-obbligo? Lo escluderei...". In generale sul tema, si v. M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, in specie pp. 216 e ss.; F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013; G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012.

[112] M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n.1, 1996.

[113] M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, IV, 2006, p. 1668.

ISSN 2036-7821

un'amministrazione "funzionale e cangiante"[114] in grado di *polemizzare* e al contempo negoziare con le piattaforme digitali.

[114] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660. V. CERULLI IRELLI, *"Amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, pp. 108 ss.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Nuove tecnologie e pubblica amministrazione: Una rilettura alla luce del principio personalistico

di Clara Napolitano

(Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università del Salento)

Sommario

1. Premesse per uno studio. – 2. L'Amministrazione personalista: l'art. 2 Cost. quale bussola costituzionale. – 3. La tecnologia algoritmica nel procedimento amministrativo: il quadro normativo. – 3.1. Il quadro giurisprudenziale: nel segno di una più avanzata maturità rispetto al legislatore. – 4. La tecnologia quale oggetto del procedimento amministrativo: l'acquisto di software come ulteriore fonte di problematiche. – 5. Conclusioni: Amministrazione e nuove tecnologie nel segno del principio personalistico.

Abstract

This study examines the evolving relationship between the public Administration and emerging technologies, particularly algorithms and Artificial Intelligence, against the backdrop of the personalistic principle enshrined in Article 2 of the Italian Constitution. The massive adoption of automated procedures raises concerns about the potential depersonalization and delegation of crucial decision-making and investigative power to algorithms. The core argument is that the personalistic principle should serve as the axiological foundation for administrative action, ensuring the public Administration remains functional to human development and the guarantee of inviolable rights.

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

ISSN 2036-7821

1. Premesse per uno studio.

L'avvento della tecnologia, l'utilizzo sempre più massiccio dei sistemi informatici e della rete, l'automatizzazione delle procedure mediante elaborazione di algoritmi con capacità istruttoria e decisionale, nonché il massivo impiego di reti neuronali digitali in grado d'imparare e "pensare" in autonomia, costituiscono oggi ragione per interrogarsi circa il futuro della pubblica Amministrazione: ciò che pareva relegato al genere fantascientifico è ormai una realtà.

È invero oggetto di un diffuso interesse il tema del rapporto tra attività e organizzazione amministrativa[1], da un lato, e uso delle ICT[2], dall'altro: ciò perché l'ingresso della tecnologia nell'Amministrazione pubblica è in grado di modificarne i tratti caratterizzanti, suscitando nuovi interrogativi nella riflessione giuridica.

Ci si riferisce, in particolare, alla tecnologia emergente – quella algoritmica e d'intelligenza artificiale – intesa come qualcosa in più rispetto alla "mera" informatica: il *focus* della dottrina giuridica – specie negli ultimi vent'anni del secolo scorso[3] – era costituito dal provvedimento amministrativo in forma elettronica, o informatizzato, tale intendendosi quello frutto di meccanismi procedimentali tradizionali ma condensato in un «documento informatico»[4], così implicando soprattutto riflessioni circa la forma dell'esternazione dell'atto amministrativo[5] e le

[1] È indubbio che le nuove tecnologie abbiano avuto un impatto significativo sia sull'azione che sull'organizzazione amministrativa: cfr. F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e informazione tecnologica*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, n. 3/2021, pp. 84 ss.

[2] L'utilizzo delle ICT (*Information and Communication Technologies*) modifica il volto della p.A. e anche dei servizi che essa rende ai cittadini. In proposito, v. 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 ss.; della stessa A., sul tema, v. anche *Il procedimento amministrativo come strumento di organizzazione e le conseguenze legate all'uso delle ICT*, in *Ist. Fed.*, n. 2/2023, pp. 289 ss., nel quale l'A. riconosce le potenzialità delle ICT nel consentire al procedimento amministrativo di assolvere alla sua funzione di organizzazione degli interessi, facilitando la partecipazione dei cittadini alla decisione.

[3] La riflessione giuridica ha interessato anzitutto la filosofia del diritto, con il contributo di M.G. LOSANO, *Giuscibernetica. Macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino, Einaudi, 1969. Dopo di che, meritano d'esser segnalati G. DUNI, *L'informatica giuridica al servizio del Paese. L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto amministrativo emanato nella forma elettronica*, in *Riv. amm. Repubbl. It.*, 1978, pp. 407 ss.; e, ovviamente, A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993.

[4] La dicitura «documento informatico» è stata introdotta nella l. n. 241/1990 con la l. n. 15/2005 e in particolare, in un primo riconoscimento, nell'articolo 22, comma 1, lettera d), relativo alla definizione di «documento amministrativo» ai fini dell'accesso. Inoltre, la l. n. 15 ha introdotto l'articolo 3-*bis*, che incentivava l'uso della telematica (e quindi anche dei documenti informatici) nei rapporti delle amministrazioni. L'attuale formulazione della disposizione non costituisce più un mero incentivo, ma stabilisce un principio operativo molto più stringente che, combinato con il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), d.lgs. n. 82/2005, e il Decreto Semplificazioni, d.l. n. 76/2020, si traduce in un obbligo di agire tramite l'impiego del digitale: «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».

[5] Sottolinea R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, pp. 305 ss., che «L'atto amministrativo informatizzato ha avuto riconoscimento legislativo nella stagione delle grandi riforme della pubblica amministrazione degli anni '90, un enunciato legislativo che ha indicato l'atto

ISSN 2036-7821

sue ripercussioni giuridiche in termini di efficacia e validità giuridica.

La distinzione che si opera tra "mera" informatica e tecnologia algoritmica vuol segnalare, piuttosto, uno spostamento del baricentro procedimentale e organizzativo dell'Amministrazione: si ha cioè la sensazione che l'informatica fosse più che altro un ausilio agli operatori amministrativi, mentre – oggi – l'algoritmo e l'intelligenza artificiale *possono essere essi stessi* i nuovi operatori[6].

Ora, questa lettura della tecnologia nell'Amministrazione suscita interrogativi relativamente alla tenuta dei pilastri che hanno caratterizzato sin dai suoi albori la costruzione giuridica dell'apparato pubblico. Primo fra tutti, quello dell'antropocentrismo[7], che tiene a sé tutto il resto: la pubblica Amministrazione che usa la tecnologia algoritmica *quale* operatore – e quindi un'Amministrazione che, di fatto, delega il potere istruttorio, conoscitivo e decisionale a un algoritmo[8] – è ancora aderente ai principi costituzionali che ne costituiscono il fondamento e che sono costruiti attorno alla figura del pubblico funzionario[9]? Il principio di legalità che regola l'organizzazione e l'attività amministrativa è ancora quello tradizionalmente inteso o muta[10]? L'organizzazione – e, in essa, la teoria dell'organo e il principio

amministrativo informatico come modo ordinario d'esercizio della funzione amministrativa, chiarendo che il processo conoscitivo e decisionale sono dalla legge affidati – di norma – a sistemi informativi automatizzati».

[6] Sempre R. CAVALLO PERIN, *Ragionando*, cit., fa riferimento a questa distinzione d'approccio: «Le prime applicazioni d'informatica pubblica hanno sviluppato due differenti approcci tutt'ora presenti nel dibattito: l'uno che relega la tecnica a strumenti d'ausilio (così in sequenza storica: computer, internet, smartphone); l'altro invece che ritiene che l'innovazione investa la pubblica amministrazione e il procedimento decisionale pubblico, ridisegnandone la forma e la sostanza. Entrambi intendono favorire la transizione dalla dimensione analogica a quella digitale sia dell'attività, sia dell'organizzazione della pubblica amministrazione, ma la prima pensa che sia possibile un controllo dall'esterno dell'innovazione (ad opera del diritto e dell'etica), che è essenzialmente riconosciuta ad altri (informatici, neuroscienziati, ecc.); invece la seconda accoglie l'innovazione scientifica e intende esserne parte determinante».

[7] Come sottolinea G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Padova, Cedam, 2023, l'Amministrazione disegnata nella nostra Costituzione è innegabilmente umana, «fatta dagli uomini e destinata a servire gli stessi», cfr. p. 42.

[8] Rientra nella delega di potere la decisione amministrativa automatizzata, secondo il Presidente Carlo Polidori, come espresso in occasione del XXXV Convegno annuale dell'Associazione Veneta Avvocati Amministrativisti, nella sua relazione dal titolo *Procedimento amministrativo e algoritmi*, pubblicata su *www.giustizia-amministrativa.it*, 2025: «la possibilità di demandare al soggetto esterno che sviluppa il sistema di IA o allo stesso algoritmo – specie se si tratta di «un sistema di apprendimento automatico (*machine learning*)» o di «un algoritmo di analisi predittiva» (per utilizzare la terminologia delle linee guida AgID) – anche solo l'interpretazione del quadro normativo di riferimento in base al quale motivare un provvedimento amministrativo equivale a delegare una parte essenziale della decisione amministrativa, e quindi richiederebbe, in ossequio al principio di legalità come sopra interpretato, un'espressa previsione normativa».

[9] Sempre G. GALLONE, *Riserva*, cit., nota che il termine «funzionari» di cui all'art. 97, comma 3, Cost., «è chiaramente riferito non al complesso di risorse materiali e strumentali necessario allo svolgimento delle funzioni pubbliche (identificandosi questo con i "pubblici uffici organizzati secondo disposizioni di legge") ma alle persone fisiche che si ritrovano a rivestire tale qualità», cfr. p. 43.

[10] Non a caso il principio di legalità è oggi accompagnato dall'attributo «algoritmica»: E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, pp. 271

ISSN 2036-7821

dell'imputazione organica, nonché la responsabilità[11] – tiene nelle sue categorie[12]? E ancora, guardando all'attività, il procedimento amministrativo disegnato da Nigro e condensato nella l. n. 241/1990, assieme ai suoi istituti partecipativi con funzione garantistica[13], può mantenersi ancora così cristallizzato normativamente[14]? Il

---

ss.; v. anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *«Umano troppo umano». Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubb.*, n. 1/2019, pp. 5 ss.

[11] Specificamente sul tema della responsabilità nell'era della digitalizzazione v. R. CAVALLO PERIN, *La responsabilità della pubblica Amministrazione al tempo dell'intelligenza artificiale*, in *Dir. amm.*, n. 4/2024, pp. 1059 ss., per il quale l'utilizzo dell'AI impone la realizzazione di nuove tutele assicurative intese quali strumenti cruciali per la gestione del rischio e la predeterminazione dei danni, dato che il cuore dell'imputazione delle responsabilità non sarà più solo l'individuo, ma l'organizzazione stessa (l'ordinamento degli uffici). La responsabilità pubblica dipenderà dunque anzitutto da un'adeguata e ragionevole distribuzione delle funzioni, nonché dalla definizione di standard d'attività condivisi.

[12] Dell'impatto della tecnologia algoritmica e dell'AI sull'organizzazione amministrativa si parla in diversi contributi, tra i quali v. D.-U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, n. 3/2019, che evidenziano il possibile impatto sottolineando il passaggio dall'Amministrazione "cartacea" all'«Amministrazione algoritmica o 4.0», e rilevando la necessità di considerare i costi collegati all'eventuale processo di riorganizzazione e ristrutturazione degli uffici, nonché alla formazione del personale (p. 13); in proposito, v. anche 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*, n. 7/2022, pp. 103 ss., per la quale l'AI è inestricabilmente connessa all'esigenza di modernizzare la macchina amministrativa e di realizzare un'adeguata riorganizzazione, anche in prospettiva PNRR; cfr. inoltre P.G. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *Federalismi.it*, n. 7/2021, pp. 187 ss., per il quale «attraverso la decisione dell'Amministrazione di avvalersi di sistemi di AI, si finisce per affidare (spesso silenziosamente e quasi surrettiziamente) a sistemisti e progettisti di *software*, anche estranei all'ente, un ruolo rilevante nell'organizzazione amministrativa».

[13] Non si dubita che la l. n. 241/1990 disegni un procedimento amministrativo fondato sul «principio ineludibile dell'interlocuzione personale» (cfr. in questi termini TAR Lazio, III-*bis*, 10 settembre 2018, n. 9227, una delle note pronunce sul c.d. caso Buona Scuola, dall'orientamento piuttosto *tranchant* rispetto all'uso di tecnologie algoritmiche "impersonali" nei procedimenti amministrativi: secondo la pronuncia, la relazione del privato con i pubblici poteri non può essere mortificata e compressa «soppiantando l'attività umana con quella impersonale, che poi non è attività, ossia prodotto delle azioni dell'uomo, che può essere svolta in applicazione di regole o procedure informatiche o matematiche». Non vi è «complicatezza o ampiezza ... di una procedura amministrativa, [che possa] legittimare la sua devoluzione ad un 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»). Sul punto v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *«Umano troppo umano»*, cit., p. 30, per il quale la sentenza è espressione di «un ribaltamento completo di prospettiva che colpisce per la sua assolutezza. L'IA è bocciata su tutta la linea proprio in ordine a quegli elementi, oggetto della discussione in corso che si è analizzata in questo articolo, che ne possono rappresentare – con tutte le cautele del caso – una forma decisionale desiderabile. L'impersonalità del software ne farebbe un agente privo di "capacita valutazionali". Un'affermazione, questa, controversa sul piano scientifico, ma che probabilmente sta a indicare una forse istintiva adesione dei giudici a quell'insieme – ineffabile – di valori che fanno delle decisioni umane qualcosa di tutto sommato ancora in parte misterioso. Il solo modo per tenere a bada questo mistero è la "tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale"».

[14] Come rileva E. CARLONI, *I principi*, cit., «In termini di diritto positivo, va riempita d'altra parte la distanza che rende di problematica applicazione, nel nuovo scenario, il set di regole e garanzie procedimentali costruite dalla legge 241 su ben diverse coordinate e che non possono però derubricarsi nel loro complesso a regole

ISSN 2036-7821

provvedimento che ne consegue modifica i suoi profili d'eventuale invalidità[15]? E così via.

Ora, è evidente che il tema dell'ingresso dell'AI e degli algoritmi nell'organizzazione e nell'attività amministrativa ha un impatto sulle categorie del Diritto amministrativo in generale[16], e questo scritto non ha la pretesa di individuare una risposta alle domande già poste: v'è, piuttosto, un tentativo di sistematizzare il rapporto tra queste tecnologie e l'Amministrazione.

In particolare, si vorrebbe valutare quali sono gli aspetti interessati dal cambiamento quando la tecnologia è, per un verso, *parte essenziale* del procedimento amministrativo; e, per altro verso, quando essa è *oggetto* del procedimento medesimo. La ragione è presto spiegata.

La fitta intelaiatura che si crea tra *software*, algoritmi, automazione, intelligenza artificiale – tutto ciò al quale ci si rivolgerà, più in generale, utilizzando il termine "tecnologia" o suo plurale – e Amministrazione pubblica genera sfumature diverse a seconda che il procedimento amministrativo sia condotto tramite strumenti tecnologici ovvero che sia condotto in maniera tradizionale (si potrebbe dire "antropocentrica") ma avendo per oggetto, per esempio, l'acquisto di uno strumento tecnologico. Entrambe le ipotesi sono accomunate da un aspetto che suscita perplessità, e cioè la possibile inversione dei rapporti di forza tra potere amministrativo pubblico e tecnica costruttiva dei *software*.

Invero, nel procedimento digitalizzato è ormai noto che la sequenza degli atti non è dettata esclusivamente dalle disposizioni normative – prima fra tutti la l. n. 241/1990 – ma, in sostanza, dall'algoritmo che regola le piattaforme sulle quali si svolge l'attività; algoritmo che, rigidamente, conduce alla decisione finale, anch'essa, spesso, automatizzata. Pertanto, le problematiche che conseguono da questa inversione del

---

formali. Basti pensare alla problematica compatibilità del principio di partecipazione, e quindi del "metodo dialettico come forma inderogabile di esercizio della funzione amministrativa", che richiede di spostare probabilmente a monte una dinamica di tipo partecipativo che consenta di discutere e contestare le logiche algoritmiche».

[15] Sul punto v. le riflessioni di G. GALLONE, *Riserva*, cit., spec. pp. 179 ss., il quale espone le tesi della nullità radicale del provvedimento digitalizzato e quella della sua annullabilità, mettendole in rapporto con il valore che assume la c.d. riserva di umanità: laddove l'apporto umano alla decisione si ritenesse fermamente ineludibile, il provvedimento illegittimo digitalizzato dovrebbe esser nullo per carenza di elemento essenziale (la volontà dell'organo emanante) o per difetto assoluto di attribuzione (poiché il potere è stato esercitato da un algoritmo impersonale); laddove invece si ritenesse che l'apporto umano sia un elemento integrante una regola di azione della p.A., il provvedimento digitalizzato illegittimo dovrebbe essere annullabile per violazione di legge. L'A. propende per questa seconda lettura, non esente da perplessità ma comunque più in linea con il regime giuridico dell'annullabilità. V. anche R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, pp. 305 ss., che analizza gli aspetti della decisione amministrativa il fine di garantirne la validità, condizionata al rispetto di un principio di legalità rafforzato che impone trasparenza sulla logica algoritmica, l'integrazione con i principi di imparzialità e sistematicità, e la salvaguardia dei diritti di partecipazione e di difesa.

[16] I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Ist. Fed.*, n. 3/2019, pp. 643 ss.

ISSN 2036-7821

rapporto concernono specialmente i profili teorico-dogmatici degli istituti procedimentali e della loro garanzia nei confronti del privato.
Quando, invece, la tecnologia è oggetto del procedimento (si pensi, per esempio all'acquisto di dispositivi medici automatizzati e ingegnerizzati nell'ambito sanitario, ma non solo), si pongono altri problemi: ovvero la possibile mancanza di competenza dell'Amministrazione nella selezione, l'acquisto di prodotti tecnologici indissolubilmente legati al loro produttore e il conseguente *lock-in* tecnologico. Anche questi aspetti suggeriscono il pericolo della sudditanza tecnologica dell'Amministrazione pubblica nei confronti del software privato.
Alla sistematizzazione delle emergenze relative al rapporto tra pubblico (p.A.) e privato (creatore dei *software*) segue, di necessità, un tentativo di arginarle: lo strumento elettivo individuato è il principio personalistico di cui all'art. 2 Cost. La tesi che qui si propone è che – al di là di una prima cristallizzazione normativa dei principi che guideranno la relazione pubblico-privato nell'era dell'AI – non deve mai perdersi il fondamento assiologico del potere amministrativo: ovvero la funzionalizzazione dell'Amministrazione pubblica all'uomo per consentirne il pieno sviluppo come cittadino e come parte delle formazioni sociali.

2. *L'Amministrazione personalista: l'art. 2 Cost. quale bussola costituzionale*

Ora, per comprendere come l'art. 2 Cost. potrebbe fungere da argine assiologico al pericolo della delega incontrollata di potere amministrativo ai *software* e agli algoritmi, è opportuno richiamarne i cardini fondamentali che ne fanno un pilastro del nostro ordinamento giuridico.
La disposizione prevede che «La Repubblica riconosce e garantisce i 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»[17]. Questo dettato normativo introduce una triade di princìpi – quello personalistico[18], quello pluralistico[19] e quello solidaristico[20] – e stabilisce il

[17] M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana: articolo 2*, Roma, Carocci, 2017.
[18] V. in proposito tra gli altri A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, 17/2013, p. 1, ora in ID. (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, Giappichelli, 2016, 1, pp. 2083 ss.; in termini simili, A. VEDASCHI, *Il principio personalista*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 274 ss.; V. BALDINI, *Sussidiarietà e valore personalista nello Stato costituzionale di diritto*, in ID. (a cura di), Sussidiarietà e diritti, Napoli, Satura, 2007, pp. 57 ss.
[19] Il principio pluralistico trova applicazione in innumerevoli ambiti, v. per esempio A. AMORTH, *Il "principio personalistico" e il "principio pluralistico": fondamenti costituzionali della libertà dell' assistenza*, in *Iustitia*, n. 4/1978, pp. 416 ss.; G. PISANI, *Da Costantino Mortati al principio di sussidiarietà orizzontale. Il ruolo delle formazioni sociali nell'evoluzione in senso "pluralistico" dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. fil. dir.*, n. 2/2022, pp. 391 ss.; G. FONTANA, *La tutela costituzionale della società democratica tra pluralismo, principio di laicità e garanzia dei diritti fondamentali. (La Corte europea dei diritti dell'uomo e lo scioglimento del "Refah partisi")*, in *Giur. cost.*, n. 1/2002, pp. 379 ss.; G.E. VIGEVANI, *Il pluralismo dei mezzi di comunicazione di massa nella Carta dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, n. 5/2003, pp. 1247 ss.; P. RIDOLA, *La legittimazione dei partiti politici nel conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato:*

ISSN 2036-7821

riconoscimento dei diritti fondamentali come «patrimonio irretrattabile della persona umana»[21] e, al contempo, impone una serie di doveri inderogabili a tutti i soggetti operanti all'interno della Repubblica.

La disposizione – ormai è storia – è stata oggetto di interpretazioni che ne limitavano la portata, relegando il principio personalistico a una sfera di mera astrazione valoriale per quanto concerneva il rapporto tra Amministrazione e doveri inderogabili: ciò in quanto la p.A. era tradizionalmente vista come una sorta di entità impersonale, espressione di un potere unilaterale e autoritativo non dialogante col privato, e non come soggetto che, per sua natura, dovesse porsi al servizio della persona[22]. In altre parole, un'Amministrazione non intestataria dei *doveri inderogabili di solidarietà* ma di un *potere* autoritativo esercitato per mano dei suoi organi-uffici[23].

In anni più recenti, poi, è emersa una rilettura dell'art. 2 Cost., che ha spostato il *focus* dall'autorità al dovere, rifondando la relazione tra cittadino e pubblica Amministrazione sul principio personalistico[24]: così che la p.A. – come tutti gli altri

---

organamento dei soggetti del pluralismo o razionalizzazione dei principi costituzionali del processo politico, in *Giur. cost.*, n. 1/2006, pp. 668 ss.; R. TONIATTI, *Pluralismo sostenibile e interesse nazionale all'identità linguistica posti a fondamento di "un nuovo modello di riparto delle competenze" legislative tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, n. 5/2009, pp. 1121 ss.; G. VECCHIO, *Crisi dei partiti e crisi del pluralismo*, in *Nomos*, n. 3/2017, pp. 39 ss.; L. DEGRASSI, *Salvaguardia del pluralismo culturale e linguistico come parte dell'identità europea*, in *Federalismi.it*, n. 7/2018, pp. 8 ss.; M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 1/2019, pp. 6 ss.

[20] Tra gli altri, v. A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in *www.forumcostituzionale.it*, 20 aprile 2015; F. POLACCHINI, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, 2011, pp. 679 ss.; ID., *Il principio di solidarietà*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2013, pp. 227 ss.

[21] Nota l'espressione usata dalla Consulta nella sua pronuncia del 2 febbraio 1994, n. 13.

[22] Le dottrine classiche del diritto amministrativo, risalenti all'Ottocento e al primo Novecento, hanno prevalentemente analizzato gli apparati pubblici concentrandosi sulla loro natura di entità autoritative e sulla sovranità dello Stato: sul punto, v. l'ampia ricostruzione di M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'Amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, pp. 543 ss. Questa impostazione era coerente con il concetto di Stato amministrativo, un mondo chiuso nettamente separato dagli individui e dalla società: v. in proposito la lettura che ne dà G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubb.*, 1924, pt. I, pp. 382 ss. poi in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 203 ss., v. anche G. CIANFEROTTI, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 3/2011, pp. 725 ss., spec. p. 743. La distanza tra Amministrazione e privati diventa quasi incolmabile negli anni dell'autoritarismo gianniniano: v. in proposito M. MAZZAMUTO, *La matrice dottrinaria del filoprivatismo: Massimo Severo Giannini*, in *Annuario AIPDA, L'amministrazione pubblica in forma privatistica*, Napoli, 2014, pp. 23 ss.

[23] La centralità della teoria dell'organo rispetto all'autoritarismo è fondamentale, se si pensa che, con essa, il dipendente-funzionario s'immedesima nell'organo-ufficio, così leggendosi solo in filigrana la sua persona ed emergendo, invece, il rapporto di strumentalità tra organo ed ente. Di recente, la teoria dell'organo ha avuto anch'essa una diversa lettura alla luce dell'art. 2 Cost.: si v. in proposito F. FRACCHIA, *Il pubblico dipendente nella "formazione sociale" "organizzazione pubblica"*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, pp. 769 ss.

[24] Ci si riferisce, in particolare, a M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili*, cit.: «l'art. 2 Cost. fonda direttamente, nel *quia* e nell'*an*, l'esistenza e la precettività di "doveri inderogabili" in capo alle pubbliche amministrazioni […] Ciò anche *ante legem*, ossia senza che occorra necessariamente attendere […] la *interpositio legislatoris ex* art. 23 Cost.»; P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2017, pp. 63 ss., spec.

ISSN 2036-7821

soggetti, pubblici e privati, della Repubblica[25] – è anch'essa tenuta a prestare «appoggio, sostegno, aiuto»[26] e a rimuovere gli ostacoli che limitano l'uguaglianza tra i cittadini.

Questo mutamento di paradigma rispetto all'applicazione dell'art. 2 Cost. alla pubblica Amministrazione si nutre, ovviamente, di una rinnovata concezione del provvedimento amministrativo – da decisione imperativa e autoritativa ad atto giuridico unilaterale ma partecipato[27] – e dell'interesse pubblico – sempre più legato agli interessi personali degli individui che ne sono coinvolti[28]. Sicché, la decisione amministrativa non è più mera espressione di potere, ma un atto che rivela una

p. 70, p. 584: «la decisione autoritativa, pur non più imperativa, non è comune, ha pur sempre un che di superiore, merita un riguardo non riservato ad altre, e difendersene civilmente, oltre che concorrere a definirla al meglio, è indubbiamente meno ostico rispetto a quella imperativa, ma ne discende. È questo il sostrato incontrato da quello che definiamo il principio personalista, costruito intorno al nucleo della dignità personale recato, con linguaggio ispirato, dall'art. 2 della Carta costituzionale italiana del 1948 la quale, come tutte quelle innovative e proiettate al futuro, ha richiesto tempo per dispiegarsi efficacemente, soprattutto per far emergere le parti più lungimiranti e sovversive rispetto all'epoca dell'emanazione, in una dinamica che, come ripeteremo spesso, è tuttora in azione. A tacer d'altro (ed è tanto), per le decisioni amministrative il principio personalistico è in grado di mettere progressivamente in crisi proprio la qualificazione autoritativa, poiché, sempre in breve, la dignità della persona copre anche i suoi interessi, i quali non possono essere relegati al margine […]»; L.R. PERFETTI, *Diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubb.*, n. 1/2013, pp. 61 ss.

[25] M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili*, cit.

[26] Così CGARS, 25 luglio 2017, n. 343 in merito all'art. 2 Cost.: «l'affermato dovere di solidarietà è riferito a tutti i soggetti che operano all'interno della Repubblica, siano essi soggetti privati o soggetti pubblici, persone fisiche o giuridiche, i quali quindi sono chiamati a prestare appoggio, sostegno, aiuto, ovvero a condividere, nel senso di alleviare nei limiti del possibile, le situazioni di svantaggio, di disagio, di sofferenza, nella quale possano trovarsi altri soggetti. Peraltro, il compito di rimuovere ostacoli che limitando di fatto l'uguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana è ribadito dal comma 2 del successivo art. 3 della Costituzione. Bene inteso il Collegio non intende disconoscere che le modalità attraverso le quali deve concretizzarsi la solidarietà sono di norma stabilite dalla legge (quantunque l'art. 2 non vi faccia nessun rinvio, ma operi una chiamata diretta della Repubblica, ovvero di tutti i soggetti che operano nel suo ambito), ma ciò non toglie che il principio di solidarietà possa essere un principio guida per l'esercizio della discrezionalità e per l'organizzazione dei procedimenti amministrativi e soprattutto di quelli finalizzati ad "alleviare" gravi situazioni di svantaggio degli individui. Ciò in estrema sintesi significa che le amministrazioni, che rappresentano una parte significativa della Repubblica, non possono chiudersi nella difesa degli interessi affidati alla loro cura in un processo di assolutizzazione dei medesimi».

[27] Pur essendo un tema già fortemente noto e studiato negli anni '90 del secolo scorso – v. per esempio il volume di G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998 –, il nodo della partecipazione (si prendono a prestito le parole del Maestro Nigro, *Il nodo della partecipazione* , 1980, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 1412 ss.) diventa oggetto di riflessione dottrinale e giurisprudenziale dopo la sua sanzione legislativa con le ll. nn. 15 e 80 del 2005 di modifica della l. n. 241/1990: v. in proposito, tra le altre, le riflessioni di R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.

[28] P. FORTE, *Enzimi*, cit., p. 79: «[l']interesse pubblico […] è concepito inevitabilmente in termini collettivi e perciò a primo acchito impersonali, ma deve essere trattato, perché lo è, come destinato ad essere personale, proprio di individui al pari di ogni altro interesse, ed occuparsene e prendere decisioni in ordine ad esso significa assumersi responsabilità verso qualcosa, ma anche verso qualcuno».

ISSN 2036-7821

«ragionevolezza in senso personale»[29]: l'elemento individuale diventa, così, determinante per la validità della decisione, la quale deve saper bilanciare gli interessi nel loro assetto formale, ma anche i «bisogni» in gioco, compreso quello pubblico[30]. In una concezione ancora più avanzata della partecipazione dei singoli alla decisione amministrativa, peraltro, la dialettica procedimentale tra Amministrazione e cittadini diventa una vera e propria forma di legittimazione popolare dell'atto amministrativo e di esercizio della sovranità[31].

Ora, perché il principio personalistico funga da bussola costituzionale dell'Amministrazione pubblica, bisogna por mente alla sua intima connessione con l'art. 97 Cost., in particolare con i principi di imparzialità e buon andamento della p.A., i quali trovano la loro giustificazione e il loro scopo ultimo nella tutela della persona.

L'imparzialità, anzitutto. Che, declinata nelle sue diverse sfumature – dal dovere di astensione dell'amministratore pubblico in conflitto di interessi[32], al principio del pubblico concorso per il reclutamento del personale[33], all'obbligo di condurre una

[29] L'espressione è di P. FORTE, *Enzimi*, cit., pp. 102 s., ed è riferita al fatto che, a questo tipo di ragionevolezza, «vi partecipano, come s'è visto in termini psichici, con necessita` di *discernimento*, di *simpateticità*, più persone: il responsabile del procedimento, se diverso l'organo amministrativo decidente, gli interessati che abbiano qualcosa da dire e da dare all'operazione, e partecipano perciò al procedimento, o comunque concorrono alla decisione. E come in ogni fenomeno ermeneutico del genere, acquista rilievo ciò che viene definita precomprensione, divengono determinanti cioè non solo elementi, a dir così, oggettivi (canoni o argomenti interpretativi, figure dogmatiche consolidate o dominanti, precedenti giurisprudenziali, principi dell'ordinamento, ecc.), che tuttavia possono essere appresi diversamente da persona a persona, ma anche qualità e condizioni, e capacita` di apprezzamento, valutazione e previsione delle conseguenze decisionali, dovuti al percorso ed ai caratteri personali» (corsivi originali).

[30] Sempre P. FORTE, *Enzimi*, cit., p. 90, segnalando che diventa doverosa per la p.A. una relazione più «personale» con i cittadini, ovvero «un'attenzione ai singoli casi, che fa emergere meglio non solo il reale assetto di interessi su cui intervenire, ma soprattutto i bisogni in gioco, compreso quello pubblico che solo così emerge, e che confrontato con tutti gli altri, ancora una volta, viene immesso nella realtà in termini umani, personalisti, appunto».

[31] Così, P. FORTE, *Enzimi*, cit., pp. 108-109; v. anche in tal senso L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, n. 3/2013, pp. 309 ss.; ID., *Diritti sociali*, cit.

[32] *Ex multis*, Tar Campania, Napoli, III, 13 marzo 2024, n. 1696: «L'espressione conflitto di interessi, compendiata nell' art. 6-bis l. n. 241 del 1990 e poi ripresa dalla normativa in tema di contratti pubblici, evoca tutte le situazioni in grado di compromettere, anche solo potenzialmente, l'imparzialità richiesta nell'esercizio del potere decisionale»; o, ancora, Cass. civ., sez. un., 22 gennaio 2025, n. 1603: «L'inosservanza del dovere di astenersi in presenza di situazioni di conflitto di interesse, oltre che configurare un obbligo di legge, si traduce in una violazione del principio di imparzialità costituzionalmente riconosciuto (art. 97 Cost.), il quale incide conseguentemente sulla legittimità di tutti gli atti successivi della procedura»; ancora, Tar Calabria, I, 17 gennaio 2023, n. 73: «La prevenzione del conflitto di interessi è volta non soltanto a garantire l'imparzialità della singola decisione pubblica, ma, più in generale, a tutelare il profilo dell'immagine di imparzialità dell'amministrazione».

[33] Principio che sfocia anche nella regola dell'anonimato dei concorrenti. Cfr. Cons. Stato, V, 3 giugno 2024, n. 4926: «In sede di svolgimento delle prove preselettive di un pubblico concorso, è illegittima la richiesta rivolta ai candidati dalla commissione di apporre autonomamente il codice numerico sul compito, integrando tale modalità procedimentale una forma di svolgimento del concorso che consente l'abbinamento tra il candidato e l'elaborato della prova e pregiudica la tutela dell'anonimato e della imparzialità delle valutazioni».

ISSN 2036-7821

istruttoria procedimentale completa per non pretermettere alcun interesse in gioco[34] – è molto più che una mera regola tecnica o procedurale: diventa imperativo etico e funzionale, una condizione necessaria per riconoscere e garantire i diritti inviolabili di ogni persona. Sicché, l'Amministrazione è imparziale non solo perché la legge lo impone, ma perché la sua missione ontologica, fondata sul principio personalistico, le richiede di trattare ogni persona con pari dignità e attenzione, garantendo che l'esercizio del potere pubblico sia sempre orientato alla tutela dei diritti fondamentali.

Di poi, il buon andamento. Che, oltre a essere il cardine dei criteri di economicità, efficacia, efficienza dell'azione amministrativa, diventa strumento per concorrere al progresso materiale e spirituale della società e assicurare il pieno sviluppo della persona umana. Il buon andamento non si esaurisce, cioè, nella semplice ottimizzazione delle risorse, ma nella rimozione degli ostacoli che limitano, di fatto, l'uguaglianza tra i cittadini e impediscono il citato sviluppo dell'uomo come singolo e come parte di relazioni sociali.

Questa lettura è confermata dalla giurisprudenza costituzionale che ha connesso il buon andamento a valori quali il diritto al lavoro, la tutela occupazionale e la corretta gestione del reclutamento del personale: la Consulta ha configurato il buon andamento quale obiettivo cui la regola del concorso pubblico è strumentale, finalizzata a garantire che le Amministrazioni dispongano di «personale idoneo per preparazione e cultura»[35]. Questo approccio rivela che l'organizzazione dell'Amministrazione e la sua azione, per un verso, e i diritti fondamentali, dall'altro, sono aspetti speculari della stessa materia, reciprocamente condizionantisi, che vedono il loro fulcro proprio nel principio personalistico.

3. La tecnologia algoritmica nel procedimento amministrativo: il quadro normativo.

Ora, è chiaro che, con l'avvento dell'era digitale e della c.d. Amministrazione 4.0[36],

---

[34] Sul principio d'imparzialità si fonda, peraltro, il soccorso istruttorio. V. per esempio Cons. Stato, VII, 24 marzo 2025, n. 2437: «Quando l'Amministrazione ometta di attivare il soccorso istruttorio, viene leso il principio di imparzialità e buon andamento. In tali casi l'amministrazione deve attivarsi per accertare i fatti e richiedere integrazioni documentali, a tutela del legittimo affidamento e dei diritti del cittadino».

[35] L. IANNUCCILLI, A. DE TURA (a cura di), *Il principio di buon andamento dell'Amministrazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_212.pdf*.

[36] Cfr. D.-U. GALETTA, J.C. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale*, cit., i quali descrivono l'Amministrazione 4.0 come l'esito della quarta fase evolutiva della p.A. – collegata alla Quarta Rivoluzione Industriale – caratterizzata da un elevato grado di automazione e interconnessione. L'Amministrazione 4.0 segue i precedenti tre paradigmi: «la Pubblica Amministrazione 1.0, che corrisponde al classico modello di Pubblica Amministrazione del diciannovesimo secolo, caratterizzato dall'utilizzo di carta, stampa e macchina da scrivere. La Pubblica Amministrazione 2.0, che incorpora computer, processori di testo, stampante e fax. La Pubblica Amministrazione 3.0 verso cui, nel XXI secolo, il settore pubblico ha iniziato a migrare grazie all'uso di internet, dei portali digitali, delle applicazioni mobili e dei social network».

ISSN 2036-7821

l'applicazione del principio personalistico si trova di fronte a una sfida nuova e complessa, ovvero l'adozione di decisioni automatizzate a seguito di procedimenti amministrativi governati da algoritmi e intelligenza artificiale.

Il punto problematico, che assomma in sé gli interrogativi di dottrina e giurisprudenza, consiste nel fatto che l'automazione può spersonalizzare l'Amministrazione ancor più di quanto la teoria organicistica[37] avesse fatto nella primigenia visione dell'apparato pubblico: una p.A. che affida la decisione finale a un sistema automatizzato rischia insomma di diventare un'Amministrazione robot, un apparato privo di responsabilità etica e giuridica, che si sostituisce alla persona anziché servirla. L'anonimato che potrebbe derivare da questo affidamento totale a un apparato tecnologico si pone in diretto conflitto con il primato della persona umana e con la necessità di una responsabilità chiara e individuabile.

Né il corredo normativo che ne disciplina le dorsali principali d'attività potrebbe considerarsi maturo per un cambiamento: come detto, l'apparato costituzionale ma anche la l. n. 241/1990 sono essenzialmente basate su un modello antropocentrico di Amministrazione.

Le uniche disposizioni generali che fanno riferimento agli strumenti informatici e alle ICT sono di carattere puramente programmatico – si pensi al già citato art. 3-*bis*, l. n. 241/1990 o all'art. 41, co. 1, d.lgs. n. 82/2005, c.d. Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD)[38] – e quelle di settore non forniscono strette prescrizioni alle p.A.: ci si riferisce all'art. 30, d.lgs. n. 36/2023[39] o all'art. 9, d.lgs. n. 103/2024[40].

---

[37] Afferma I.M. DELGADO, *Automazione*, cit., p. 645, che «Le possibilità delle tecnologie, sebbene non siano illimitate, sono in pratica difficili da prevedere. Pertanto, affermare che in futuro la concezione dell'organo continuerà ad essere esattamente la stessa è rischioso. Si potrebbe pensare ad un sistema algoritmico come organo amministrativo, cioè, un'unità funzionale integrata nell'amministrazione, dotata di competenza per manifestare all'esterno la sua volontà in modo vincolante, senza alcun intervento né specifico né puntuale, né anteriore né posteriore, di alcuna persona? Non è difficile immaginare un sistema di registro elettronico completamente automatizzato nel quale l'ingresso, l'uscita, l'archiviazione e l'organizzazione delle comunicazioni elettroniche siano totalmente automatiche. E neanche è difficile pensare a un centro informatico specificamente incaricato della produzione di un particolare tipo di atti amministrativi (pensiamo alle certificazioni dell'archivio municipale, concessioni di licenze regolate o aggiudicazioni di aste elettroniche)».

[38] Secondo il quale «Le pubbliche amministrazioni gestiscono i procedimenti amministrativi utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione»; o anche l'art. 12, co. 1, dello stesso CAD, secondo il quale «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 '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…»; o ancora, sempre nell'ambito del CAD, l'art. 15, co. 1, secondo il quale «La riorganizzazione strutturale e gestionale delle pubbliche amministrazioni volta al perseguimento degli obiettivi di cui all'articolo 12, comma 1, avviene anche attraverso il migliore e più esteso utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nell'ambito di una coordinata strategia che garantisca il coerente sviluppo del processo di digitalizzazione».

[39] Art. 30, co. 1, d.lgs. n. 36/2023: «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

ISSN 2036-7821

Ad arricchire questo – pur scarno – quadro normativo contribuisce, ovviamente, la disciplina europea, ovvero il Regolamento UE 2024/1689[41] – noto come *AI Act* – che, pur nella sua diretta applicabilità nello Stato italiano, non è tuttavia di per sé sufficiente a fornire la base legale minima per l'adozione di decisioni algoritmiche o

---

l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia». La disposizione, dopo il primo comma, enuclea i principi fondamentali che devono essere rispettati per una decisione automatizzata legittima, ovvero:

- la trasparenza "rafforzata", per la quale le stazioni appaltanti devono assicurare la disponibilità del codice sorgente del software utilizzato, della relativa documentazione e di ogni elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento;
- la non esclusività della decisione algoritmica (c.d. *human in the loop*), per la quale deve sempre esserci nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare o smentire la decisione automatizzata;
- la non discriminazione algoritmica, per la quale il titolare dell'automazione deve mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate a impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici;
- assistenza e manutenzione, per cui negli atti di indizione delle gare devono essere introdotte clausole che assicurino le prestazioni di assistenza e manutenzione necessarie alla correzione di errori ed effetti indesiderati derivanti dall'automazione.

La disposizione è stata recentemente oggetto d'interpretazione pretoria da parte del Consiglio di Stato, sez. IV, 4 giugno 2025, n. 4857, il quale ha chiarito che i principi ivi sanciti – nella specie, il principio di trasparenza rafforzata che dà diritto all'accesso al codice sorgente del software – si applicano soltanto alla fattispecie di decisione amministrativa algoritmica; viceversa, non è invocabile un diritto d'accesso al codice sorgente nel caso in cui l'algoritmo utilizzato dall'Amministrazione sia di mero supporto a un'azione umana. V. in proposito G. TERRACCIANO, *I sistemi di intelligenza artificiale, l'attività amministrativa e il sindacato giurisdizionale, in considerazione della legge n. 132 del 2025*, in *Amministrativ@mente*, n. 3/2025, pp. 814 ss., spec. p. 827: «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, e si è anche provato a delimitare il confine tra decisione algoritmica e algoritmo di mero supporto all'attività decisionale amministrativa, ciò al fine di riconoscere o meno il diritto di accesso al c.d. 'sorgente'».

[40] Secondo il quale «Le amministrazioni cui sono attribuite funzioni di controllo, diverse da quelle in materia di controllo fiscale, in attuazione delle disposizioni del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, adottano misure volte ad automatizzare progressivamente le proprie attività, nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente, ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse quelle di intelligenza artificiale in coerenza con il principio di proporzionalità al rischio secondo le regole tecniche finalizzate alla realizzazione degli obiettivi dell'Agenda digitale italiana».

[41] Regolamento (UE) 2024/1689 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. Il regolamento è stato definitivamente approvato il 13 giugno 2024 ed è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 12 luglio 2024. Scopo del regolamento è migliorare il funzionamento del mercato unico, disciplinando i presupposti e le modalità di utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale (IA) sia per i soggetti privati che per la pubblica amministrazione. L'obiettivo è garantire che tali software siano utilizzati in maniera etica e nel rispetto dei principi e dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

V. in proposito G.F. LICATA, *Intelligenza artificiale e contratti pubblici: problemi e prospettive*, in *Ceridap*, n. 2/2024, pp. 30 ss., spec. p. 42 per cui il Regolamento «introduce elementi importanti nel contesto della regolazione dell'intelligenza artificiale, che riguardano, oltre alle caratteristiche sostanziali della stessa e dei suoi esiti, anche la dimensione procedurale entro cui se ne sviluppa sia l'acquisizione che l'uso». Cfr. anche V. DE SANTIS, *Identità e persona all'epoca dell'intelligenza artificiale: riflessioni a partire dall'AI Act*, in *Federalismi.it*, n. 19/2024, pp. 137 ss. per una ricostruzione sulla genesi del Regolamento.

ISSN 2036-7821

pienamente automatizzate, limitandosi ad armonizzare le regole che tutti i *deployer*[42], ivi comprese le pp.AA., devono rispettare nell'adozione di queste decisioni, in funzione del livello di rischio che le caratterizza[43], senza attribuir loro il potere di delegare la decisione a un'AI.

Da ultimo, lo scorso 10 ottobre è entrata in vigore la legge 23 settembre 2025, n. 132[44], che all'art. 24[45], delega il Governo all'emanazione entro 12 mesi di numerosi decreti in diversi ambiti, tra cui: disciplina sull'addestramento dei sistemi di AI; adeguamento e integrazione nell'ordinamento nazionale dell'*AI Act*; disciplina degli illeciti, responsabilità civile e penale. V'è una disposizione apposita, poi, l'art. 14[46], che concerne l'utilizzo dell'AI da parte delle pubbliche Amministrazioni e sancisce principi ormai noti: l'utilizzo dell'AI nell'Amministrazione dev'essere teso a migliorare l'efficienza e la produttività dell'azione amministrativa, ridurre i tempi di definizione dei procedimenti, garantire l'imparzialità e l'oggettività (riducendo i rischi di pregiudizi umani), migliorare la qualità e l'accessibilità dei servizi per cittadini e imprese; dev'essere altresì regolato da un principio di trasparenza rafforzata che garantisce la conoscibilità dell'algoritmo e l'adeguata informazione all'utente. Soprattutto, però, la disposizione sancisce quel principio della «riserva di umanità»[47] già statuito dalla giurisprudenza, per il quale l'AI non deve sostituire l'uomo né compromettere l'autonomia e il potere decisionale del funzionario o dell'organo amministrativo, né lo svolgimento democratico della vita istituzionale e

[42] Secondo l'art. 3, par. 1, n. 4), del Regolamento, per *deployer* si intende «una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che utilizza un sistema di IA».

[43] Come spiega G.F. LICATA, *Intelligenza artificiale*, cit., «un numero consistente di oneri, qualitativi ed operativi, che la nuova disciplina europea sull'intelligenza artificiale identifica riguardano solo, o meglio concernono direttamente, i sistemi di intelligenza artificiale definiti ad "alto rischio". Ne deriva che la rilevanza giuridica di molte delle regole europee sull'intelligenza artificiale risulta fondamentalmente subordinata alla sussistenza di due requisiti cumulativi, che sono: (a) l'identificazione di un sistema di automazione (decisionale) come di intelligenza artificiale e (b) la classificazione di questo sistema come ad "alto rischio"»; la classificazione – rileva l'A. – è discretamente complessa, perché si basa su un sistema di inclusioni ed esclusioni nel testo normativo che poi devono essere riempite di significato nell'ambito applicativo, cfr. pp. 43-44.

[44] Legge n. 132/2025, *Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale*.

[45] L'art. 24 è rubricato *Deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale* e le relative deleghe si concentrano nei commi 2 e 3 della disposizione.

[46] Art. 14, *Uso dell'intelligenza artificiale nella pubblica amministrazione*: «1. Le pubbliche amministrazioni utilizzano l'intelligenza artificiale allo scopo di incrementare l'efficienza della propria attività, di ridurre i tempi di definizione dei procedimenti e di aumentare la qualità e la quantità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese, assicurando agli interessati la conoscibilità del suo funzionamento e la tracciabilità del suo utilizzo.

2. L'utilizzo dell'intelligenza artificiale avviene in funzione 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.

3. 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.

4. Le pubbliche amministrazioni provvedono agli adempimenti previsti dal presente articolo con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente».

[47] G. GALLONE, *Riserva*, cit., *passim*.

ISSN 2036-7821

politica. Il funzionario-persona fisica resta l'unico responsabile della decisione amministrativa adottata anche con il supporto dell'AI: che, appunto, non si sostituisce a lui ma serve da mero ausilio.

3.1. Il quadro giurisprudenziale: nel segno di una più avanzata maturità rispetto al legislatore.

La disposizione ora citata è molto recente, ma segna già un punto fermo nell'avvaloramento del principio personalistico nell'Amministrazione che opera con algoritmi, *software* e intelligenza artificiale. Più matura è invece la giurisprudenza, la quale – in un lustro almeno di sostanziale vuoto disciplinare – ha supplito all'assenza di corredo normativo con alcuni principi ormai fermi.

Il Giudice amministrativo ha forse addirittura precorso i tempi quando – nel 2021[48] – ha compiuto uno sforzo definitorio per distinguere tra algoritmo – con o senza automazione[49] – e intelligenza artificiale. Così, mentre l'algoritmo è «semplicemente una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato»[50], l'intelligenza artificiale non è strettamente sequenziale e basata su istruzioni preordinate, ma da quelle istruzioni «elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico»[51] (c.d. *machine learning*).

---

[48] Ci si riferisce alla nota sentenza Cons. Stato, III, 25 novembre 2021, n. 7891: la controversia nasceva dall'impugnazione dell'esito di una procedura ad evidenza pubblica per l'acquisto di dispositivi medici (peacemaker) che richiedevano l'impiego di un «algoritmo di prevenzione e trattamento delle tachiaritmie atriali». Il Giudice ha dovuto interpretare se il termine «algoritmo» presente nel bando si riferisse solo a sistemi automatizzati, basati su algoritmi di calcolo, o anche a sistemi dotati della capacità di autoapprendimento. V. in proposito S. CEREDA, *Il concetto di algoritmo in una recente sentenza del Consiglio di Stato*, in *MediaLaws*, n. 3/2022, pp. 296 ss. Sulla differenza tra automazione e sistemi di IA, A. SIMONCINI, *Il linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *Rivista AIC*, n. 2/2023; v. anche A. PAPA, *Intelligenza Artificiale e decisioni pubbliche tra tecnica, politica e tutela dei diritti*, in *Federalismi.it*, n. 22/2022, pp. 101 ss.

[49] Nell'analisi della pronuncia, G. GALLONE, *Riserva*, cit., pp. 18-19, rileva che «l'aspetto della calcolabilità lega, peraltro, il concetto di algoritmo al diverso, benché connesso, concetto di "automazione" (nella sua accezione informatica). Tra gli stessi non v'è un rapporto di implicazione necessaria biunivoca sicché può aversi un algoritmo (ad esito della formalizzazione di una sequenza logica in grado di risolvere, nei termini visti, una classe di problemi) anche senza che a ciò si accompagni l'automazione; ma non può valere il contrario. È, infatti, automatizzabile (e, quindi, eseguibile da una macchina prescindendo, in tutto o in parte, dall'intervento umano) solo una funzione che sia calcolabile e che, quindi, come tale, sia risolvibile mediante un algoritmo».

[50] Prosegue il Collegio: «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. Il grado e la frequenza dell'intervento umano dipendono dalla complessità e dall'accuratezza dell'algoritmo che la macchina è chiamata a processare».

[51] Sempre G. GALLONE, *Riserva*, cit., p. 19: «L'"intelligenza artificiale" (AI in acronimo) rappresenta lo strumento a base di forme innovative di automazione informatica. Essa si fonda, al pari dell'automazione tradizionale, su algoritmi espressi in linguaggio informatico (dei software). Il suo tratto distintivo è, tuttavia, rappresentato dalla struttura aperta dell'algoritmo di base. Mentre, normalmente, la sequenza algoritmica è predefinita, componendosi di una pluralità di passaggi elementari individuabili ex ante, i software di intelligenza

ISSN 2036-7821

La ricaduta giuridica di questa distinzione è piuttosto intuibile. L'algoritmo semplice è un sistema "a scatola bianca", la cui logica interna è integralmente conoscibile e non variabile nel tempo: ciò lo rende applicabile a procedimenti amministrativi standardizzati e *tendenzialmente* vincolati[52], poiché, comunque, prevedibile e, soprattutto, conoscibile con le normali regole di trasparenza e accesso all'atto amministrativo. Viceversa, l'intelligenza artificiale – basandosi su un autoapprendimento e sulla conseguente automodifica – è un sistema imprevedibile, "a scatola nera", che solleva così maggiori criticità in termini di trasparenza, prevedibilità e imputabilità della decisione amministrativa. In altre parole, l'algoritmo semplice comporta un problema di legalità procedimentale, risolvibile con la trasparenza della formula. L'AI, invece, pone un problema di legalità sostanziale, in quanto il meccanismo decisionale non è immutabile e può celare *bias* o discriminazioni non volute dal programmatore.

Ne è derivata la costruzione di quella che è ormai nota per essere chiamata la *legalità algoritmica*[53] e la giurisprudenza, in questo, è stata determinante. La pronuncia del 2021 della quale si è appena detto costituisce, assieme ad altre due precedenti molto note del 2019[54], la base di questa nuova forma di legalità, secondo la quale, in sostanza, un algoritmo utilizzato dalla p.A. deve essere pienamente conoscibile[55] e sindacabile dal giudice[56]; non vi possono essere decisioni basate unicamente sul

artificiale non si limitano ad eseguire regole predeterminate ma sono in grado di eseguire taluni compiti con modalità che imitano, sotto taluni profili, percorsi logici propri dell'intelligenza umana».

[52] Sul carattere vincolato delle decisioni amministrative e sull'annullamento della discrezionalità anche nell'*an* della scelta, come noto, v'è perplessità. Fra tutti, F. FOLLIERI, *Decisione e potere nell'atto amministrativo vincolato*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2017, pp. 111 ss.

[53] E. CARLONI, *I principi*, cit.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *«Umano troppo umano»*, cit.

[54] Ci si riferisce a Cons. Stato, VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Id., 13 dicembre 2019, n. 8472.

[55] Queste le parole del Consiglio di Stato nella sentenza n. 2270: «il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) deve essere "conoscibile", secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico. Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori 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. Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato».

[56] Sempre il Consiglio di Stato, sent. n. 2270 del 2019: «In secondo luogo, la regola algoritmica deve essere non solo conoscibile in sé, ma anche soggetta alla piena cognizione, e al pieno sindacato, del giudice amministrativo. La suddetta esigenza risponde infatti all'irrinunciabile necessità di poter sindacare come il potere sia stato concretamente esercitato, ponendosi in ultima analisi come declinazione diretta del diritto di difesa del cittadino, al quale non può essere precluso di conoscere le modalità (anche se automatizzate) con le quali è stata in concreto assunta una decisione destinata a ripercuotersi sulla sua sfera giuridica. Solo in questo modo è possibile svolgere, anche in sede giurisdizionale, una valutazione piena della legittimità della decisione; valutazione che, anche se si è al cospetto di una scelta assunta attraverso una procedura informatica, non può che essere effettiva e di portata analoga a quella che il giudice esercita sull'esercizio del potere con modalità tradizionali. In questo senso, la decisione amministrativa automatizzata impone al giudice di valutare in primo luogo la correttezza del processo

ISSN 2036-7821

trattamento automatizzato[57]; i funzionari pubblici, poi, devono mantenere una piena responsabilità etica e giuridica[58] per le decisioni prese, garantendo che la tecnologia rimanga uno strumento ausiliario al servizio della persona; infine, l'algoritmo utilizzato dall'Amministrazione non deve assumere carattere discriminatorio, ovvero dev'essere costruito in modo tale da evitare effetti discriminatori nell'output decisionale, «operazione questa che richiede evidentemente la necessaria cooperazione di chi istruisce le macchine che producono tali decisioni»[59].

Sotto il profilo strettamente attinente agli istituti procedimentali, se la l. n. 241/1990 – come già detto – è strutturata su un modello antropocentrico apparentemente

---

informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione. Da qui, come si è detto, si conferma la necessità di assicurare che quel processo, a livello amministrativo, avvenga in maniera trasparente, attraverso la conoscibilità dei dati immessi e dell'algoritmo medesimo. In secondo luogo, conseguente al primo, il giudice deve poter sindacare la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata, ovvero della "regola" che governa l'algoritmo, di cui si è ampiamente detto».

[57] Cons. Stato, VI, 13 dicembre 2019, n. 8474: «l'altro principio del diritto europeo rilevante in materia (ma di rilievo anche globale in quanto, ad esempio, utilizzato nella nota decisione Loomis vs. Wisconsin), è definibile come il principio di non esclusività della decisione algoritmica. Nel caso in cui una decisione automatizzata "produca effetti giuridici che riguardano o che incidano significativamente su una persona", questa ha diritto a che tale decisione non sia basata unicamente su tale processo automatizzato (art. 22 Reg.). In proposito, deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In ambito matematico ed informativo 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». Sulla pronuncia v. il commento di F. NASSUATO, *Legalità algoritmica nell'azione amministrativa e regime dei vizi procedimentali*, in *Ceridap*, speciale n. 1/2022, pp. 151 ss.

Per G. GALLONE, *Riserva*, cit., p. 122, questo legame tra principio di non esclusività della decisione algoritmica e art. 22 GDPR rischia di fondarsi su una interpretazione troppo estesa del medesimo art. 22: «Pur se il G.D.P.R. è senza dubbio rivolto anche alle Pubbliche Amministrazioni non si deve, tuttavia, obliterare la circostanza che la sua disciplina nasce nell'ottica […] di assicurare tutela alla riservatezza individuale e che lo stesso intercetta il tema della gestione automatizzata dei dati unicamente in tale prospettiva e non in quella, assai differente, delle garanzie di una buona amministrazione. In questo senso è appena il caso di osservare che il "diritto" previsto dall'art. 22 par. 1 del G.D.P.R. è riconosciuto all'"interessato" (e non al cittadino *tout court* inteso) e quindi, ai sensi dell'art. 4 par. 1 n. 1) G.D.P.R., alla "persona fisica identificata o identificabile" a cui si riferisce il "dato personale" oggetto di "trattamento". Ne consegue che, per ipotesi, ove lo svolgimento di funzioni amministrative automatizzate non dovesse implicare il trattamento di dati personali non troverebbe applicazione l'art. 22, par.1 del G.D.P.R. e, più in generale, il Regolamento medesimo».

[58] Sempre da Cons. Stato, n. 8474/2019, cit.: «occorre sempre l'individuazione di un centro di imputazione e di responsabilità, che sia in grado di verificare la legittimità e logicità della decisione dettata dall'algoritmo». In proposito, v. R. CAVALLO PERIN, *La responsabilità*, cit.

[59] È il c.d. principio di non discriminazione algoritmica, sancito da Cons. Stato, n. 8474/2019, cit.: «è opportuno che 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».

ISSN 2036-7821

obsoleto, la giurisprudenza nondimeno ne fornisce interpretazioni che la adattano ancora all'utilizzo di piattaforme, *software*, algoritmi. Fino a che è possibile.

Il Giudice amministrativo è consapevole del fatto che «il tema dei pericoli connessi allo strumento non è ovviato dalla rigida e meccanica applicazione di tutte le minute regole procedimentali della legge n. 241 del 1990 (quali ad es. la comunicazione di avvio del procedimento sulla quale si appunta buona parte dell'atto di appello o il responsabile del procedimento che , con tutta evidenza, non può essere una macchina in assenza di disposizioni espresse), dovendosi invece ritenere che la fondamentale esigenza di tutela posta dall'utilizzazione dello strumento informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza nei termini prima evidenziati riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione»[60].

Nondimeno, quelle minute regole procedimentali possono essere applicate imprimendo loro una torsione: dalla figura del responsabile del procedimento[61] anche quale referente per l'utilizzo di strumenti digitali e *software*, al principio della motivazione rafforzata[62] che va oltre la spiegazione delle inferenze operate dall'algoritmo; dal principio del soccorso istruttorio[63], che si concretizza negli *alert* necessari circa l'utilizzo di piattaforme informatiche da parte degli utenti, alla nuova concezione del termine di presentazione della domanda di partecipazione a una procedura selettiva, che diventa "elastico" e non più perentorio[64]; ai vizi del

[60] Cons. Stato, n. 8474/2019, cit.

[61] V. in proposito D.-U. GALETTA, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 295: «È lui la vera figura chiave di un'amministrazione digitale che sia in linea con le più essenziali esigenze di civiltà giuridico-amministrativa: quelle codificate nel diritto ad una buona amministrazione. È infatti al responsabile del procedimento che dovrebbe competere la scelta di adottare soluzioni organizzative concrete che permettano di potenziare (anziché depotenziare) gli strumenti di partecipazione grazie alle ICT. Sicché, il suo compito in uno scenario digitale, assume senz'altro un'importanza che va bel al di là di quel che concerne il mero obbligo (statuito dall'art. 41 CAD) di predisporre il c.d. "fascicolo informatico"».

[62] L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2023, spec. p. 132: «La spiegazione delle inferenze operate dall'algoritmo non può infatti esaurire la motivazione della decisione presa e peraltro, nel caso degli algoritmi che operano secondo il c.d. *machine learning* non supervisionato è impossibile verificare *ex post* quali dati siano stati utilizzati per giungere a un determinato esito, con la conseguente "opacità" delle inferenze, che restano quindi prive di spiegazione».

[63] Cons. Stato, VI, 1° luglio 2021, n. 5008: «se è vero che l'istituto del soccorso istruttorio deve essere messo in campo solo dopo che il procedimento abbia avuto avvio e che dunque esso, *in thesi*, non troverebbe spazio nelle procedure selettive in favore di un candidato che non abbia tempestivamente ed adeguatamente presentato la domanda di partecipazione, non può non rilevarsi come tali considerazioni non possano valere nel caso in cui il sistema di ricezione della domanda, esclusivamente caratterizzato dall'utilizzo di meccanismi digitali ed automatizzati, anche solo per parziale inadeguatezza dello stesso, pur se accompagnata da una inabilità tecnica del candidato, senza che l'amministrazione procedente abbia adeguatamente messo in avviso l'utente dei rischi derivanti da possibili "debolezze" ovvero "fragilità" del sistema, abbia di fatto reso impossibile al candidato la presentazione della domanda di partecipazione alla selezione».

[64] Tar Lazio, III-*bis*, 15 gennaio 2019, n. 551: «nell'ambito di un procedimento tenuto con modalità telematiche la scadenza del termine di presentazione della domanda non può essere considerata alla stessa stregua della scadenza del termine di presentazione nell'ambito di un tradizionale procedimento cartaceo, in cui eventuali problematiche (ad esempio, scioperi aerei, incidenti etc.) rientrano nella comune sfera di diligenza

ISSN 2036-7821

provvedimento algoritmico finale, che potrebbe mutare nei suoi elementi essenziali – essendo piuttosto cedevole, in esso, quello volontaristico e della precisa estrinsecazione formale[65] – e poter ampliare lo spettro delle illegittimità includendovi la fragilità del sistema informatico che lo ha generato[66].

In questo contesto, emerge dalla giurisprudenza la costruzione di un diritto del cittadino a una decisione non unicamente automatizzata: il che limita quella "delega" al *software* che l'Amministrazione inevitabilmente compie quando vi si affida nel processo decisionale. Il procedimento amministrativo che si profila vede comunque ancora un sostanziale intervento umano, in applicazione del principio di leale collaborazione di cui all'art. 1, comma 2-*bis*, l. n. 241/1990, tra cittadino e p.A.: ne consegue che grava sull'Amministrazione – e sul funzionario responsabile, in essa – anzitutto un obbligo di diligenza nella sorveglianza dell'algoritmo e di soccorso laddove il cittadino sia in difficoltà per cause a lui non imputabili.

Si può pensare a questa costante sorveglianza come a una nuova e concreta manifestazione del principio personalistico nel procedimento amministrativo digitalizzato: la p.A. è chiamata all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, e questo adempimento implica una chiara responsabilità dell'agente pubblico. Poiché la responsabilità appartiene per sua natura alla persona fisica, essa non può essere interamente delegata a un sistema algoritmico, che resta quindi uno strumento al servizio del funzionario umano, il quale conserva la responsabilità finale della decisione, dovendone garantire trasparenza ed equità in applicazione del diritto a una buona amministrazione[67].

4. La tecnologia quale oggetto del procedimento amministrativo: l'acquisto di software come ulteriore fonte di problematiche.

dell'interessato. Nel caso di domande telematiche, infatti, il rispetto del termine di presentazione della domanda dipende da variabili assolutamente imprevedibili e non "quantificabili" in termine di tempo, e cioè dalle concrete modalità di configurazione del Sistema Informativo, anche qualora, come nel caso in esame, la compilazione sia affidata a soggetti più che competenti».

[65] Per esempio, nella fattispecie di cui alla sentenza del Consiglio di Stato citata, n. 5008/2021, l'atto impugnato consisteva materialmente nella schermata della piattaforma la quale segnalava che il tempo per la presentazione della domanda era scaduto. Veniva in questione la possibilità che quello fosse considerato un provvedimento – pur generando l'effetto giuridico della esclusione del potenziale concorrente dalla procedura – tanto che il Giudice amministrativo vi si riferisce con la dicitura «atto o comportamento informatico».

[66] Il corretto funzionamento del *software* generatore del provvedimento amministrativo potrebbe cioè diventarne elemento essenziale – laddove il provvedimento sia interamente digitalizzato – e pertanto far pensare a ipotesi di nullità laddove esso non funzionasse; oppure si potrebbero far ricadere nel collettore dell'eccesso di potere le ricadute dell'eventuale malfunzionamento, riconducendo i relativi vizi all'annullabilità.

[67] D.-U. GALETTA, *Il procedimento*, cit., pp. 294-295: «per il momento è soprattutto la nostra giurisprudenza amministrativa che ha tentato di fornire indicazioni all'amministrazione su come non perdere la retta via, quella disegnata dal "diritto ad una buona amministrazione", per inseguire il sogno della c.d. amministrazione di risultato. Un risultato che, potenzialmente, può conseguirsi assai più rapidamente grazie all'uso di "macchine" che facciano uso di algoritmi di Intelligenza Artificiale».

ISSN 2036-7821

Come si accennava nella premessa a questo studio, il rapporto tra Amministrazione e tecnologia suscita alcune riflessioni anche quando la digitalizzazione non investe il procedimento in sé, mutandone i connotati essenziali, bensì quando essa è il carattere determinante del bene o del servizio alla cui acquisizione l'Amministrazione medesima provvede. Bisogna infatti pensare che l'impulso alla digitalizzazione, amplificato dalle recenti agende politiche europee e nazionali, ha reso la p.A. italiana uno dei principali acquirenti nel settore delle ICT[68].

Tuttavia, il rischio principale[69] che accompagna questo secondo profilo del rapporto tra Amministrazione e tecnologia è il c.d. *lock-in* tecnologico, ovvero la situazione che si verifica «quando l'amministrazione non può cambiare facilmente fornitore alla scadenza del periodo contrattuale perché non sono disponibili le informazioni essenziali sul sistema che consentirebbero a un nuovo fornitore di subentrare al precedente in modo efficiente»[70].

Come spiegato da ANAC nelle sue linee guida, in linea generale questo meccanismo di dipendenza può esser generato sia dal consumatore, sia dal fornitore/produttore: «esempi nei quali il *lock-in* è l'effetto di un comportamento del consumatore/stazione appaltante sono quelli legati alla presenza di elevati costi di investimento (iniziale) non recuperabili (*sunk costs*), per effetto dei quali cambiare il fornitore determina la perdita degli stessi; alla presenza di lunghi e costosi processi di apprendimento (*learning*) per l'utilizzo ottimale di un determinato servizio o prodotto, che andrebbero persi in caso di cambio del fornitore; o alla presenza di esternalità e di economie di rete, per cui il valore del bene è legato al numero di altri utilizzatori del bene stesso (si pensi, ad esempio, ai *social networks*), in questo caso, se un cliente cambia singolarmente il fornitore, ne perde la sua utilità.

Per quanto concerne i comportamenti del fornitore che possono condurre ad esiti di tipo *lock-in*, gli esempi tipici sono riconducibili al possesso di informazioni riservate, all'esclusiva di diritto o di fatto sui pezzi di ricambio o sui materiali di consumo (ad esempio, toner delle stampanti), alla conoscenza approfondita dei bisogni del cliente e/o alla cattura di fatto dello stesso.

In tutti questi casi, il cliente incontra elevate difficolta a cambiare gestore/fornitore. Ciò è vero, indipendentemente dal numero di concorrenti presenti sul mercato; anzi

[68] È quanto si legge in *https://innovazione.gov.it/notizie/articoli/cresce-la-spesa-ict-della-pa-5-8-migliora-ancora-l-indice-complessivo-di-digitali/* («Cresce la spesa ICT della PA (+5,8%) Migliora ancora l'indice complessivo di digitalizzazione»).

[69] È anche il più diffuso, tanto che ANAC ha elaborato le note Linee guida n. 8 del 2017, «*Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili*», i cui principi – pur riferiti al Codice dei contratti pubblici all'epoca vigente (il d.lgs. n. 50/2016) – valgono ancor oggi alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36/2023.

[70] Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Contro il lock-in: costruire sistemi TIC aperti facendo un uso migliore degli standard negli appalti pubblici*, Com (2013) 455 final del 25 giugno 2013.

ISSN 2036-7821

si può ritenere che le singole imprese tenderanno ad adottare comportamenti tanto più aggressivi quanto maggiore è il numero dei concorrenti»[71].

Ovviamente, il punto principalmente problematico del *lock-in* è la sua capacità di ledere la concorrenza proprio perché esso vincola l'Amministrazione – negli acquisti successivi al primo – a rivolgersi sempre allo stesso fornitore, con procedure di affidamento diretto più o meno mascherate: per questo, sia ANAC[72] che la giurisprudenza – amministrativa[73] e contabile[74] – hanno da tempo elaborato tecniche rimediali per far sì che l'affidamento diretto sia sorretto solo ed esclusivamente da ragioni effettiva infungibilità del prodotto, trattandosi di eccezione alla regola della libera concorrenza tra operatori di mercato.

Tra queste, v'è l'accortezza a che le Amministrazioni acquistino *software* con licenza aperta, della quale possano quindi diventare proprietarie, e che affianchino all'acquisto anche la formazione specifica del personale per la gestione e la eventuale manutenzione del *software*. A questo si aggiunge che i sistemi acquisiti devono essere aperti e soprattutto interoperabili: ciò implica che i relativi dati non diventino di proprietà del fornitore e che ne debba esser consentito il trasferimento ad altro sistema nel caso di nuovo acquisto da nuovo fornitore, a contratto scaduto.

Nella nostra prospettiva, però, tutto questo non è sufficiente. V'è infatti una ragione sottesa che ha a che vedere proprio col principio personalistico, e lo si percepisce forse quando si guarda alle Amministrazioni che trattano interessi sensibili, come quelle sanitarie.

Molto spesso le Amministrazioni sanitarie acquistano strumentazione specialistica, dispositivi medici, strumenti di telemedicina, per erogare al meglio il servizio alla propria utenza di riferimento. Non è dunque eccezionale che questo tipo di acquisti possa diventare costoso in modo insostenibile per la collettività, finendo per rendere

---

[71] ANAC Linee guida n. 8/2017, pp. 3-4.

[72] Con le Linee guida già citate.

[73] Per esempio, Cons. Stato, V, 20 novembre 2020, n. 7239. La controversia concerneva l'acquisto da parte della p.A. di un velivolo andato perduto in un incendio; l'Amministrazione, non riuscendo a reperirne uno identico tramite indagini di mercato, aveva finito per procedere all'affidamento diretto tramite procedura negoziata senza bando al produttore del primo velivolo. L'affidamento era stato poi oggetto d'impugnazione da parte di un'azienda produttrice concorrente. Il Giudice di prime cure aveva poi accolto il ricorso, ritenendo che i motivi tecnici a supporto dell'affidamento diretto fossero soggettivi e che il mercato fosse, in effetti, concorrenziale. La sentenza è stata confermata in sede di appello, ritenendo il Consiglio di Stato che la Stazione appaltante si trovasse in una condizione di *lock-in* per una sorta di autovincolo generato dalle scelte precedenti, ma non per reale assenza di concorrenza.

[74] Corte dei Conti, sez. giurisdizionale Basilicata, sent. n. 34/2024. La controversia concerneva il possibile danno erariale derivante dalla proroga di contratti di manutenzione e gestione dei software di una p.A. comunale. Il Giudice contabile, pur ritenendo che il *lock-in* anche in quel caso era derivante dalle precedenti scelte dell'Amministrazione e non da una oggettiva situazione di assenza di concorrenza, cionondimeno ha assolto dall'accusa di danno erariale il responsabile del servizio e il Sindaco perché la p.A. ha comunque avvertito la potenziale gravità – economica e organizzativa – del cambio di operatore e non v'è stata prova, da parte della Procura, dell'eventuale diminuzione patrimoniale dell'ente generata dalla proroga.

ISSN 2036-7821

il servizio contrastante con i principi che regolano i servizi pubblici (accessibilità, universalità, non discriminazione, standard qualitativi elevati). Il *lock-in* non fa che rendere concreto l'aumento dei costi e, soprattutto – in un'era nella quale la tecnologia avanza rapidamente – rischia di "bloccare" lo standard qualitativo erogato nelle mani dello stesso fornitore che, in questo modo, si è assicurato l'esclusiva[75]. Anche in questo ambito, dunque, laddove la tecnologia sia l'oggetto del procedimento amministrativo, è essenziale che sia interrotto un legame di dipendenza tra l'Amministrazione e il fornitore del prodotto[76].

Ciò in quanto, nella nostra prospettiva d'affermazione del principio personalistico, una gestione inefficiente della spesa pubblica a causa del *lock-in* potrebbe potenzialmente sottrarre risorse a servizi essenziali che, in ultima analisi, incidono sui diritti sociali tutelati dal dovere di solidarietà.

5. Conclusioni: Amministrazione e nuove tecnologie nel segno del principio personalistico

[75] V. in proposito le osservazioni di D. MANTOVANI, *La fornitura di strumentazione specialistica e il rischio di lock-in nei confronti degli operatori economici*, in *Riv. trim. app.*, n. 3/2022, pp. 1047 ss.

[76] ANAC, delibera n. 526/2024, in materia di acquisto di dispositivi medicali: l'Autorità sottolinea la necessità di bilanciare la tutela della proprietà industriale con l'esigenza di massimizzare la concorrenza negli appalti pubblici, ribadendo che le Stazioni appaltanti devono adottare strategie d'acquisto che non limitino artificialmente la partecipazione, promuovendo soluzioni interoperabili e non proprietarie. «L'Autorità, in numerose occasioni, ha invitato le stazioni appaltanti (soprattutto quelle operanti nel settore sanitario) alla corretta impostazione delle procedure per l'acquisizione di apparecchiature medico-sanitarie e di materiali consumabili destinati all'uso delle apparecchiature già in essere. E' stata, in particolare, censurata la prassi di molte stazioni appaltanti di richiedere specifiche tecniche relative a marchi determinati, impedendo ad operatori diversi dal fornitore titolare di privativa industriale di partecipare alle selezioni, dimostrando l'equivalenza funzionale di prodotti alternativi (cfr. Delibere Anac n. 83 del 27 gennaio 2021 e n. 537 del 16 novembre 2022). Nelle Linee guida Anac n. 8 (che, sebbene non più vigenti, dettano principi generali tutt'ora validi) e' stata richiamata l'attenzione delle stazioni appaltanti nell'evitare fenomeni di lock-in, che generano difficolta' nel cambiamento del fornitore alla scadenza del contratto, anche a causa dell'esistenza di privative industriali sul prodotto, evidenziando che "e' necessario procedere caso per caso al fine di trovare soluzioni in grado di favorire la trasparenza, la non discriminazione e l'effettiva concorrenza nel mercato";

RITENUTO che, nel caso in esame, il diritto di privativa industriale dell'operatore - che in esclusiva commercializza i kit oggetto del lotto di gara n. 10 - e' prossimo alla scadenza (23.11.2024), pertanto la ASP, nell'esercizio della propria discrezionalità, potrebbe valutare soluzioni per ampliare la concorrenza, favorendo l'accesso alla gara anche ad operatori che commercializzano dispositivi equivalenti, compatibili con le apparecchiature in uso. Sotto questo profilo, anche al fine di perseguire il principio di risultato di cui all'art. 1 del codice (conseguendo la fornitura di kit al migliore costo di mercato) oltre che quello di maggiore accesso al mercato, di cui all'art. 3, la SA potrebbe valutare di prevedere la scadenza del termine per la presentazione delle offerte in data successiva a quella di scadenza del suddetto brevetto, consentendo in tal modo agli operatori interessati a presentare un'offerta, di poterlo fare, competendo ad armi pari ed offrendo anche materiali consumabili equivalenti o alternativi rispetto a quelli utilizzati sinora dalla SA, purché ovviamente idonee a soddisfare le esigenze funzionali della SA. Emblematico in tal senso e' quanto documentato dall'istante, relativamente alla condotta posta in essere da altre Amministrazioni che hanno posticipato i termini di scadenza delle offerte relative a procedure in corso, al fine di garantire la chance di ingresso nel mercato ad altri operatori economici, conseguendo contestualmente, anche nella logica del risultato, un maggiore vantaggio economico e qualitativo indotto dallo svolgimento di una procedura realmente aperta e concorrenziale».

ISSN 2036-7821

L'analisi finora condotta, necessariamente parziale[77], ha inteso mettere in luce che la nuova Amministrazione, che tende a delegare ad algoritmi automatizzati – aperti e non – l'elaborazione delle decisioni di rilievo pubblico, incontra un limite fondamentale nella persona umana come destinataria della sua attività, sia autoritativa che di servizio.

Si è visto che esiste ormai un robusto *corpus* dottrinale e giurisprudenziale che attesta l'applicazione del principio personalistico *ex* art. 2 Cost. alla pubblica Amministrazione, sicché essa, lungi dall'essere un'entità impersonale e statalista, è stata progressivamente reinterpretata come soggetto titolare di doveri di solidarietà, la cui missione è intrinsecamente legata alla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo.

Il principio personalistico funge, così, da "concetto-cerniera", che si irradia su ogni aspetto dell'azione e dell'organizzazione amministrativa, fornisce un fondamento etico e giuridico ai principi di imparzialità e buon andamento, elevandoli da mere regole di efficienza a imperativi teleologicamente orientati al servizio della persona: agire in modo imparziale e garantendo il buon andamento significa, in ultima analisi, agire in funzione dello sviluppo e della tutela dell'individuo, come singolo e come parte delle formazioni sociali nelle quali è incluso.

Questo orientamento assiologico trova una sua manifestazione più recente e dirompente nella regolamentazione dell'Amministrazione digitale: di fronte al rischio di una spersonalizzazione ancora più radicale, la giurisprudenza ha riaffermato il primato della decisione umana, creando un nuovo diritto del cittadino a una tutela non unicamente automatizzata. In tal modo, si è ribadito che la responsabilità della decisione non può essere delegata a un apparato inanimato.

Anche laddove lo fosse – e quindi la tecnologia algoritmica fosse una componente essenziale del procedimento amministrativo – nondimeno la p.A. dovrebbe garantire una presenza umana che riequilibri le rigidità e *bias* degli algoritmi, correggendone gli errori e fluidificando il procedimento stesso: in questo modo, rivivrebbero anche le categorie procedimentali della l. n. 241/1990, estese e reinterpretate fin quanto è possibile[78].

Anche quando la tecnologia è oggetto del procedimento, però, il richiamo al principio personalistico può funzionare come argine in via indiretta: il legame dipendente dal produttore fa perdere di vista l'obiettivo ultimo dell'azione amministrativa anche nel caso degli acquisti di beni tecnologicamente avanzati,

[77] Sono stati ritenuti un fuor d'opera i temi – pur centrali – dei cc.dd. *big data*, della gestione dei dati personali, della sicurezza informatica: v. in proposito, tra i tanti, M. FALCONE, *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e Big Data*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023; e, di recente, la recensione da parte di A. SIMONCINI per la Rivista *Dir. pubb.*, n. 2/2025, pp. 707 ss.

[78] V'è chi, da ultimo, ha sviluppato l'ipotesi della esistenza di una specifica area disciplinare denominata Intelligenza Amministrativa Artificiale (A-AI), cfr. P. FORTE, *Elementi di Intelligenza Amministrativa Artificiale (A-AI). Su taluni caratteri giuridici dell'automazione della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, n. 2/2025, pp. 415 ss.

ISSN 2036-7821

ovvero lo sviluppo della persona. Sicché, una p.A. che vuol erogare un servizio usufruendo delle migliori tecnologie, deve compiere lo sforzo di padroneggiarle per utilizzarle al meglio.

L'articolo 2 della Costituzione, pertanto, può rappresentare non solo un principio cardine del nostro ordinamento, ma anche un vero e proprio motore di trasformazione per la p.A.. In un contesto di democrazia matura, la legittimazione dell'Amministrazione dipende sempre più dalla sua capacità di porsi in un rapporto dialogico e responsabile con i cittadini, riconoscendo la centralità della persona come il fine ultimo di ogni suo agire.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il ruolo delle istituzioni informali nelle politiche di inclusione

di Renato Briganti

(Professore associato di Diritto costituzionale e pubblico presso l'Università Federico II di Napoli)

e Gianluca Gherardi

(Università Federico II di Napoli)

Sommario

1. Introduzione. - 2. Per un'economia (civile) dell'inclusione. - 3. Quali istituzioni per una giusta inclusione? - 4. Considerazioni conclusive su diversità, conflitto e mediazione.

Abstract

"Romito 1-2" is the name archaeologists use to refer to the double burial discovered in the Romito cave in Papasidero, northern Calabria: two individuals who lived approximately 10,000 years ago and were then buried together. The male, in particular, must have suffered from a serious genetic disorder (acromesomelic dysplasia), a type of dwarfism that would have rendered him, in life, both abnormal within his community and incapable of contributing to the high-altitude hunts essential for survival (Graeber and Wengrow 2023, 25). For scholars of this pathology, characterized by low living and nutritional standards, it must have been the community itself that supported this individual by offering him the same amount of meat as all the others and, ultimately, granting him a decent burial..

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

"*Romito 1-2*" è il nome con cui gli archeologi indicano la doppia sepoltura rinvenuta nella grotta del Romito a Papasidero, in Calabria settentrionale: si tratta di due individui, vissuti circa 10.000 anni fa e poi sepolti insieme. Il maschio, in particolare, doveva essere affetto da un grave disturbo genetico (displasia acromesomelica), un tipo di nanismo che l'avrà reso, in vita, sia anormale all'interno della sua comunità sia incapace di contribuire alle cacce ad alta quota indispensabili per la sopravvivenza (Graeber e Wengrow 2023, 25). Per gli studiosi di questa patologia, caratterizzata da bassi standard di vita e alimentazione, dev'essere stata la stessa comunità a sostenere questo soggetto offrendogli la medesima quantità di carne di tutti gli altri e, in definitiva, concedendogli una decente sepoltura.

La testimonianza del Romito ci informa che le società umane – e anche alcune specie di animali[1] – hanno da molto tempo dei meccanismi d'inclusione fondati sulla solidarietà e sulla cooperazione. Ciò era ben noto ai filosofi greci, che consideravano l'essere umano *zoon politikon*, animale sociale, che ha nella collettività la massima realizzazione del suo potenziale (Bruni, Santori e Zamagni 2021, 26-27). Ad esempio Aristotele nell'*Etica Nicomachea* afferma la natura sostanzialmente relazionale, sociale dell'*eudaimonia*, la fioritura umana: essa dipende soprattutto dalle relazioni sociali genuine e non strumentali, ossia mutualmente vantaggiose (Nussbaum 2004). Nella Grecia antica, il vincolo di solidarietà era sancito con l'estensione della cittadinanza, quindi attraverso la partecipazione alle assemblee decisionali. Alcuni archeologi ritengono che ovunque, nelle città greche, si riconoscano i segni di un'agorà, quella sia anche la prova di qualche prassi "democratica": riunioni della comunità e forme di rappresentanza locale con procedure assembleari. In seguito, dentro la più vasta cornice dell'Impero romano, verranno conservate alcune istituzioni tipiche della polis greca (Canfora 2023).

La questione di partenza è, dunque, chi ha la cittadinanza? Chi compone il popolo la cui libertà è garantita dalla democrazia? E quella, naturalmente successiva, quand'anche tutto il popolo abbia la cittadinanza, come la esercitano nel concreto i socialmente più deboli? La soluzione ultima non sta, come vedremo, nell'equo accesso alle risorse materiali (per quanto esse siano fondamentali), bensì nell'equa capacità di partecipare alle decisioni sulla nostra convivenza e sul nostro comune destino.

Sempre per Aristotele, chi è autonomo ed autosufficiente è più perfetto di chi dipende dagli altri (Bruni, Santori e Zamagni 2021, 28). Ad Atene, all'apice della sua

* I paragrafi 1 e 2 sono da attribuire al dott. Gherardi, mentre i paragrafi 3 e 4 al prof. Briganti.

[1] Alcuni animali sociali, come i lupi e gli scimpanzé, dimostrano una notevole capacità a cooperare mentre alcuni insetti sociali, come le formiche e le api, collaborano insieme in numero molto elevato (Harari 2024, 55).

ISSN 2036-7821

fama nel quinto secolo a.C., erano considerati cittadini i maschi adulti figli di padre e di madre ateniese, ossia liberi di nascita (Canfora 2023, 33). La versione della cittadinanza nella Grecia classica è, perciò, racchiusa nell'idea che fosse cittadino soltanto chi potesse esercitare la principale attività dei maschi liberi, la guerra. Al lavoro ci pensavano in massima parte gli schiavi e in minima le donne. Appare, così, chiara la ragione per cui una comunità, seppure autonoma, praticasse una forma di democrazia decurtata (ivi, 34). Non è un caso che, in inglese, le parole *politics*, *polite* e *police* si assomiglino: derivano tutte dal greco polis, il cui equivalente latino è *civitas*, da cui *civility*, *civic* e una tale moderna interpretazione di *civilization* (Graeber e Wengrow 2023, 13). Torneremo in seguito su questo punto. Per ora, ci basti riconoscere che al tempo della decadenza del mondo greco (all'inizio del secondo secolo d.C.), Tacito ha scritto:

"Cos'altro, infatti, fu causa di rovina sia per gli Spartani che per gli Ateniesi, nonostante la loro forza militare, se non il fatto che *escludessero* dopo la vittoria i vinti trattandoli come di altra razza?" (*Annali*, XI, 24, 4).

2. Per un'economia (civile) dell'inclusione

Zagrebelsky (2022) ha suggerito che l'etimologia è spesso un buon ingresso nel mondo delle parole "logorate e appiattite dall'uso" (ivi, 3). Chiediamoci, adesso, qual è quella di inclusione: *in-claudere* (chiudere dentro), una parola latina, che indica l'atto di racchiudere qualcosa dentro un insieme più vasto. Economia, invece, è di origine greca e deriva da *oikos* (casa) e *nomos* (norma), letteralmente, le regole per gestire la casa (Agamben 2009). A quell'epoca la "casa", come in Aristotele, significava innanzitutto un insieme di rapporti: tra marito e moglie, tra figli e genitori, tra servi e padroni e così via. Un buon economista, allora, è colui che sa bene amministrare le proprie risorse, assicurando la sopravvivenza di sé e dei suoi congiunti (Bruni, Santori e Zamagni 2021, 24)[2]. Aristotele distingueva l'economia dalla crematistica (da *krema*, denaro) o "arte della ricchezza": l'una, consisterebbe nello scambio di beni con altri beni al fine di procurarsi i mezzi necessari per il sostentamento; l'altra, nel commercio teso unicamente ad accrescere le proprie sostanze (*ibid.*); l'ambito nel quale l'economia contribuisce massimamente all'*eudaimonia* e al "ben vivere" è la politica, l'arte del bene della città. È qui che il bene personale si lega a quello della comunità, cioè il bene comune. Termina Aristotele:

[2] Un ruolo essenziale nell'amministrazione domestica lo aveva la donna, paragonata da Aristotele ad un'ape regina, che consente di funzionare all'alveare grazie al suo lavoro (Santori, Bruni e Zamagni 2021, 24). Un altro autore che ha usato la metafora delle api è Bernard de Mandeville (1670-1722) per cui, tuttavia, le virtù come l'operosità a favore degli altri sono benefiche solo nelle comunità più piccole mentre sono dannose in quelle più grandi e complesse (Zamagni 2003).

ISSN 2036-7821

"Certo, esso è desiderabile anche quando riguarda una sola persona, ma è più bello e più divino se riguarda un popolo e le città" (*Etica Nicomachea*, I, 2).

Il risultato di questo processo linguistico e simbolico si è manifestato in diverse stagioni della storia, dalla radice delle virtù civiche romane all'esperienza del monachesimo medievale, dall'Umanesimo civile del quindicesimo secolo alla Scuola illuminista del Settecento. È a quest'ultima che decidiamo di dedicare le considerazioni qui proposte in linea col paradigma elaborato dagli scienziati moderni.

Antonio Genovesi (1713-1769) fu chiamato a ricoprire la prima cattedra di economia della quale abbiamo notizia, quella di Commercio e meccanica, istituita presso la Regia Università di Napoli – la attuale Federico II – e finanziata da Bartolomeo Intieri (Bruni e Zamagni 2004). Tra il 1765 e il 1767, Genovesi pubblicò la sua opera più importante: le *Lezioni di commercio o sia d'economia civile*[3]. Da quest'opera, proveremo a ricostruire il pensiero dell'autore e la lezione che, con essa, ci ha lasciato.

Il mercato come luogo di mutua assistenza

La scuola napoletana dell'Economia Civile considera l'attività economica come un'espressione della civiltà; vede, cioè, il mercato come un vettore di civilizzazione (Bruni e Zamagni 2004, 73). Genovesi – come anche altri[4] – cerca di indicare quei meccanismi che trasformano i singoli comportamenti in risultati collettivi, passando per adeguate istituzioni civili. Non sempre e non naturalmente, infatti, i privati interessi si traducono in pubbliche virtù come, invece, sostengono Adam Smith e l'economia politica classica: per Elinor Ostrom, c'è bisogno di istituzioni che stimolino l'emergere delle seconde (Ostrom 2006). In buona parte, il bene comune deriva dalla capacità delle persone di discernere tra bene privato e bene pubblico e dalla struttura dei corrispettivi incentivi (Bruni e Zamagni 2004, 77).

Noi siamo abituati a pensare al mercato in termini dicotomici. Ad esso colleghiamo una forma di cooperazione che possiamo definire "debole" e non intenzionale, mediata dall'idea smithiana della "mano invisibile". Al contrario, alla sfera pubblica

[3] Antonio Genovesi nasce il 1° novembre 1713 a Castiglione – oggi Castiglione del Genovesi – vicino Salerno. Nel 1736 è ordinato sacerdote. L'anno seguente si sposta a Napoli, dove frequenta l'università e i circoli culturali. Dal 1741 al 1744, insegna Metafisica all'università; dal 1745, passa alla cattedra di Etica. Nel 1754 viene chiamato da Bartolomeo Intieri a insegnare "Economia Civile" in lingua italiana (Bruni, Santori e Zamagni 2021, 173). Tra il 1765 e il 1769, pubblica le sue opere più importanti: le *Lezioni* (1765-1767), la *Logica* (1766), la *Diceosina* (1766) e un commento alla versione italiana dello *Spirito delle leggi* di Montesquieu (pubblicato postumo nel 1777). Muore infine a Napoli il 22 settembre del 1769.

[4] Gaetano Filangieri (1753-1788) scriveva che: "uno Stato non si può dire ricco e felice che in un solo caso, allorché ogni cittadino, con un lavoro discreto di alcune ore, può comodamente supplire ai suoi bisogni ed a quelli della sua famiglia" (citato in Bruni e Zamagni 2004, 75).

ISSN 2036-7821

e della società civile associamo una cooperazione "forte" e intenzionale. Non è possibile ricomporre la frattura e mettere le due istituzioni (mercato e democrazia) in condizione di collaborare? Questo ere il progetto dell'Economia Civile, iniziato e mai portato a termine dalle tradizioni precedenti cui pure abbiamo accennato[5]. Per Genovesi, i rapporti tra agenti economici non sono meramente strumentali, mezzi per raggiungere altri fini – per Smith, invece, è innata negli esseri umani una tendenza a trafficare, barattare e scambiare. Piuttosto, sono i mercati a diventare luoghi in cui cercare (e trovare) reciproco aiuto e praticare la mutua assistenza (ivi, 81; Bruni e Zamagni 2015, 29). Ma non è ancora sufficiente: per Genovesi, la "semplice" indole socievole degli esseri umani non basta a caratterizzare il loro incontro attraverso il mercato. Ciò che li contraddistingue rispetto a tutti gli altri animali sociali è la loro peculiare vocazione alla *fraternità* (ivi, 28-29). Contrariamente a quanto aveva sostenuto Thomas Hobbes (1588-1679) e cioè che [se]:

"È vero che certe creature viventi come le api e le formiche vivono in società fra loro, […] pertanto qualcuno forse vorrà sapere perché l'uomo non possa far lo stesso" (*Leviatano*),

Genovesi ha ribattuto:

"L'uomo è un animale naturalmente socievole: è un dettato comune. Ma non ogni uomo crederà che non vi sia in terra niun animale che non sia socievole. In che dunque diremo l'uomo essere più socievole che non sono gli altri? [Il] reciproco diritto di esser soccorsi e conseguentemente una reciproca obbligazione di soccorrerci nei nostri bisogni" (*Lezioni*, I, 16-17).

In quest'ultimo passaggio c'è qualcosa che manca sia in Aristotele che in Smith: Genovesi rimette la reciprocità alla base della socialità umana (Bruni e Zamagni 2015, 29). La sua visione punta a ridare una lettura delle interazioni di mercato fondata unicamente sulle relazioni, non sulle caratteristiche degli individui (siano esse virtuose o meno). Se non avessimo iniziato a cooperare la vita in comune non si sarebbe mai sviluppata: saremmo rimasti evolutivamente parlando bloccati (Bruni 2012, 32).

Nonostante Hobbes e Rousseau

L'idea di mercato che la maggior parte delle persone possiede è ancora legata ad una concezione di agente economico autointeressato risalente alle prime formulazioni dell'economia politica classica. Nel corso dei secoli, le teorie si sono divise in due

[5] Coluccio Salutati (1331-1406) spiegava che: "fine delle leggi è la direzione delle azioni umane, l'oggetto loro è quindi il bene, e non un bene qualunque, ma quel divinissimo bene che è il bene comune" (citato in Garin 1994, 40).

ISSN 2036-7821

grandi famiglie: quelle che partono dall'ipotesi di esseri umani naturalmente capaci di cooperazione e quelle che, invece, assumono l'ipotesi opposta di insocievolezza congenita. Il principale esponente della prima tradizione è Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) che ha scritto il *Discorso sull'origine e i fondamenti della disuguaglianza tra gli uomini*. Una volta – narra la storia – eravamo cacciatori-raccoglitori che vivevano riuniti in minuscole bande *egualitarie* in un perenne stato di innocenza infantile. Fu solo dopo l'invenzione dell'agricoltura e la diffusione della proprietà privata che perdemmo questa situazione di idillio, inaugurando l'era della civiltà e, insieme, di tutte le terribili sventure che essa ci ha causato (Graeber e Wengrow 2023, 12).

Secondo Rousseau e i suoi sostenitori, in altre parole, sono state le istituzioni, ovvero lo Stato e i mercati, a corrompere la natura sostanzialmente socievole degli individui. Dall'altra parte, troviamo le teorie del "contratto sociale", massimamente rappresentate da Hobbes e dal *Leviatano* del 1651. Egli sostiene che individui egoisti ma razionali, a un certo punto della storia, abbiano compreso che era nel loro interesse dar vita a una società "artificiale", costruita mediante una specie di "accordo" collettivo. Le istituzioni che ne risultarono non sarebbero altro che un necessario contrappasso. Ciò che rende simili – e altrettanto sconfortanti – le due narrazioni è l'assenza di relazionalità genuina e il ricorso alla paura: dell'*homo homini lupus* nello stato di natura, e dello Stato-Leviatano altrimenti.

Questa visione del mondo ha esaurito, ormai da molto tempo, la capacità di spiegare i fenomeni più complessi. L'essere umano, come essere simbolico e spirituale, ha infatti bisogno di motivazioni molto più profonde e articolate per determinare il suo agire. Lo ha ben spiegato fra gli altri (sempre più numerosi) Amartya Sen, chiedendosi quanto fosse plausibile che sia solo l'interesse personale a guidare gli esseri umani nelle loro scelte e non piuttosto una pluralità di motivazioni (Sen 2002, 28).

Facendo un passo indietro, Hobbes considerava gli individui accomunati da nulla, fuorché la loro comune uccidibilità. Se proviamo a ripartire da premesse un po' più ottimistiche sulla nostra natura riusciamo forse a ribaltare quest'assunto e a concentrarci finalmente sulla reciprocità genovesiana?

La (ri)scoperta della mutua vulnerabilità

La concezione secondo cui l'interesse personale è alla base del patto sociale comporta che tutto ciò i "contraenti" possono ottenere sui mercati dipende dalla capacità di ciascuno di perseguire questo interesse (Bruni e Zamagni 2015, 106). Ciò significa giustificare in una certa misura le ingiustizie e le disuguaglianze generate dal sistema capitalistico. Pensiamo, per esempio, ai limiti dovuti a povertà, disoccupazione o disabilità, oppure alle discriminazioni tra sessi, religione o background migratorio

ISSN 2036-7821

(Sen 2020, 95). Quindi ciò che a prima vista può apparire un problema nella gestione della diversità degli esseri umani rivela una nuova chiave di lettura per la nostra interconnessione: la vulnerabilità.

È proprio dal *riconoscimento* della vulnerabilità quale cifra distintiva della condizione umana che ha origine l'accettazione della dipendenza reciproca e, dunque, della "simmetria dei bisogni" (Bruni e Zamagni 2015, 107). La parola chiosa *vulnus*, ferita, e sta a significare la fragilità *nella relazione*, di cui non possiamo controllare la risposta ma solo *sperare* nella reciprocità degli altri (Bruni 2020); la speranza (*spes*) si sostituisce, così, alla paura (*metus*) nell'organizzazione delle relazioni umane e ne diventano corollario la cura reciproca e la fede pubblica, considerata da Genovesi "corda che unisce e lega" (Bruni e Zamagni 2015, 31). Esamineremo nel dettaglio quest'ultima parola nel paragrafo 2; prima, occorre chiudere il cerchio tra cura, reciprocità e vulnerabilità. Avere cura dell'altro risponde al bisogno di dare cura ovvero di reciprocare l'aiuto ricevuto – o potenzialmente ricevibile (ivi, 107).

Vulnerabile è, in senso tecnico, chiunque abbia una buona probabilità di finire in una condizione di fragilità entro un lasso di tempo relativamente breve (*ibid.*). Ma, in senso più ampio, rappresenta anche il nostro essere indifesi come agenti economici (Galimberti 2019, 4). Mai come ora, abbiamo un'estrema necessità di istituzioni *giuste*, nell'accezione data a questo attributo da John Rawls nella sua *Teoria della giustizia* (1971). Istituzioni, cioè, progettate per accettare la differenza nella misura in cui vada *esclusivamente* a beneficio dei più svantaggiati (Bruni 2012, 157-158); siamo riapprodati alla lotta per la sopravvivenza dei cacciatori-raccoglitori del Paleolitico[6]. Con la differenza che, oggi, abbiamo maturato ingegno e sensibilità adatti a rispondere all'*impasse* con rinnovato spirito civico.

3. Quali istituzioni per una giusta inclusione?

La promessa della modernità, da Hobbes a Rousseau, è stata quindi di "immunizzare" la società dal contagio della relazione: poter godere dei benefici della vita associata, senza contrarre alcun *debito* nei confronti degli altri – soprattutto dei meno privilegiati (Pelligra 2022, 14); lo stesso mutamento, nella sfera economica, ha accompagnato la nascita del diritto commerciale, la *Lex mercatoria*, ossia l'insieme di istituti voluti, da una classe di pari, per regolare i loro rapporti di scambio, intimamente esposti al rischio di comportamenti scorretti (ivi, 15). Così, da una parte

[6] In realtà, studi recenti confermano che forme di democrazia arcaica esistevano già tra bande di cacciatori-raccoglitori: quelle più piccole ammettevano chiunque alle discussioni e alle decisioni della comunità; gli individui non possedevano molti beni e le loro risorse più preziose erano le capacità personali e le relazioni. Non è chiaro come la moderna società dei consumi abbia modificato le cose, ma certamente lo ha fatto in maniera radicale (Harari 2024, 197-198).

ISSN 2036-7821

il potere politico e dall'altra la prassi commerciale, hanno gettato i semi delle istituzioni immunizzanti che adesso ci circondano. Il problema politico consiste perciò nel mantenere il giusto compromesso tra comunità e immunità.

Secondo Roberto Esposito (2006, 2021, 2023), la comunità (*cummunus*) trova il suo fondamento nella natura prescrittiva del dono (*munus*) che costituisce, insieme, vincolo e legame (Pelligra 2022, 13). Un dono, cioè, che obbliga al contro-dono chi lo riceve, e precede così logicamente la dinamica dello scambio (Mauss 2016). Progressivamente, poi, tra dono e mercato, si è inserita una differenza di gradi (sulla misurazione del valore, sulle tempistiche del dare e dell'avere, sulle sanzioni imposte) ma non di natura, la quale era considerata pressoché la stessa (Bruni e Zamagni 2009, 204). Quindi, la categoria fondativa del dono non è, come si potrebbe pensare, la *gratuità*, bensì la reciprocità, la relazionalità *inter* e *intra* comunità (Polanyi 1983). Le antiche strutture di reciprocità, inoltre, hanno una particolarità: soggetto del dono e del contro-dono non è il singolo individuo, ma la comunità in forma collettiva (Bruni e Zamagni 2009, 205)[7]. Ciò ci consente di indovinare una forte connotazione di inclusività nelle istituzioni arcaiche, ma anche di presupporre la sostenibilità di un modello che si è conservato, in determinati contesti, immutato fino all'età moderna: si tratterebbe, in sintesi, della nostra capacità, come società, di costituirci in un gruppo organico. Detto con Esposito (2021, 9), ciò che ci istituisce in questa foggia e noi stessi continuamente istituiamo è una rete di relazioni con gli altri, nella quale ciò che facciamo acquisisce rilevanza non solo per noi stessi, ma anche per gli altri.

Quanto visto finora, tuttavia, non ci fornisce ancora un valido criterio per stabilire il *giusto* livello di inclusione di una società (né se si possa giustamente preferire un'inclusione indiscriminata a una regolata). Proveremo a rispondere a questi interrogativi nei successivi tre passaggi, non prima però di aver esaurito il discorso sull'ambiguità del dono; dice a tal proposito il poeta Kahlil Gibran (2008):

"E voi che ricevete – e siete tutti dei ricevitori – non addossatevi il peso della gratitudine, per non porre un giogo su di voi e su chi dona.

Piuttosto i doni siano le ali sulle quali voi e il donatore v'eleverete insieme" (*Il profeta*, 22).

Non c'è dubbio che siamo tutti dei ricevitori dal momento che, come già Smith aveva intuìto, è solo dall'incontro sui mercati che otteniamo ciò di cui abbiamo bisogno, non potendo, autonomamente, provvedere a tutti i nostri bisogni (Bruni e Zamagni 2004, 92); l'esistenza stessa del mercato si pone quale condizione necessaria per dei

[7] Il buon funzionamento dell'organismo, inteso come una manifestazione del bene comune, si è tradotto, a partire dalla scolastica medievale, nella rappresentazione del rapporto tra il corpo, *civitas*, e le sue membra, *cives* (Todeschini 2021).

ISSN 2036-7821

rapporti umani liberi e disinteressati e perché fiorisca l'amicizia (ivi, 94). Ecco in che cosa consiste l'essenza della reciprocità genovesiana: nella promessa di evitare non il "contagio della relazione", bensì l'isolamento; non lo scambio di mercato, spinto dalla ricerca dell'interesse personale (*inter-esse*), bensì il debito impossibile da pagare, come la "libbra di carne" nel *Mercante di Venezia*. Ma per rendere operativo questo principio, occorrono delle istituzioni che siano in grado di diffondere la fiducia tra i componenti del mercato – o come talvolta viene definito il "capitale sociale" (Coleman 1990). Nel contesto dell'Economia Civile, la fiducia, o fede pubblica, si distingue dalla fede privata, ossia la reputazione di ciascuno sul mercato, che pure è fondamentale. Soltanto la prima, tuttavia, possiede la duplice funzione di moneta di scambio e vettore di relazioni.

La forma: istituzioni formali e informali

Con "civiltà", Freud si riferiva all'insieme delle istituzioni che differenziano la vita degli esseri umani da quella dagli animali, servendo al doppio scopo di proteggerci dalla natura e di regolare i rapporti con gli altri (Esposito 2021, 23). A partire dallo Stato, la più forte e consolidata, le istituzioni sono al contempo il sistema di regole e il *potere* che costringe a rispettarle (ivi, 24); se norme e regole sono i "mattoni" che compongono le istituzioni, queste sono gli strumenti che utilizziamo per coordinare e organizzare i comportamenti collettivi in modo da perseguire efficacemente i nostri scopi (Pelligra 2022, 39). Storicamente, abbiamo sottovalutato il ruolo delle reti di legami fiduciari che riguardano la maggior parte degli individui; tali "istituzioni informali" regolano alla stessa maniera le scelte ed i comportamenti umani: fornendo incentivi, mediando informazioni, imponendo vincoli e sanzioni ai loro membri e, in generale, connettendo le persone (ivi, 23). Come le istituzioni dipendono dunque dall'ambito sociale in cui sono inserite, così questo è modellato dalle istituzioni (Esposito 2021, 41).

Le istituzioni e i comportamenti sociali si evolvono parallelamente e, quando da buone abitudini emergono istituzioni virtuose, le stesse istituzioni, operando con giustizia ed efficienza, stimolano il rafforzamento e la diffusione di tali comportamenti (Pelligra 2022, 40); allo stesso modo comunque inefficienze e ingiustizie possono essere il frutto, ma anche la causa, di comportamenti disdicevoli e opportunistici (*ibid.*). Sta in questo continuo ribilanciamento la sfida comune a tutti i policy-makers. Nella normativa giustinianea (ampiamente accolta nella tradizione civilistica italiana), per esempio, le norme istitutive della pratica contrattuale hanno contribuito moltissimo alla propagazione di una *sicura* e *giusta* solidarietà tra società

ISSN 2036-7821

e singole membra (Todeschini 2021, 102; Pelligra 2022, 70)[8]. È interessante notare che la relazione contrattuale, indipendentemente dal fatto che fosse regolata e scritta ("vestita") oppure spontanea e orale ("nuda"), garantiva parimenti l'equità degli scambi e, in definitiva, la "salute" della collettività e del mercato (Todeschini 2021, 101). Le istituzioni, pertanto, possono incarnarsi o meno in una forma giuridica, determinando due possibili tipologie: istituzioni-persona (come lo Stato) e istituzioni-cose, indipendenti dalla struttura pubblica (Esposito 2021, 48).

Non sempre, come anticipato, i comportamenti mutualmente vantaggiosi emergono dalle scelte e dalle inclinazioni delle persone, ma piuttosto dalla forma delle istituzioni che governano le nostre interazioni (Pelligra 2022, 83). Diversi studiosi hanno provato a dimostrare l'emergenza di situazioni cooperative in determinati modelli istituzionali. Acemoglu e Robinson (2013) ad esempio, separano le istituzioni estrattive da quelle inclusive: le prime vengono associate abitualmente all'economia, e sono quelle che concentrano il potere nelle mani di pochi e incentivano la competizione invece che la cooperazione; le seconde, invece, sono quelle che permettono quasi a chiunque di partecipare al processo decisionale e di trarne beneficio. Sono queste ultime a costituire la base della democrazia e, quand'anche l'economia riesce a dotarsene, dà vita a comunità, senza abdicare alla sua funzione.

Il diritto: un ancoraggio costituzionale

Si è visto come il precario equilibrio tra comunità e immunità, tra cooperazione e competizione, tra inclusione ed esclusione vada continuamente ricercato attraverso un delicato bilanciamento, atto a evitare la deriva in un senso o nell'altro. In questo contesto complicato, il diritto occupa un posto di primo piano, che va ben oltre la produzione legislativa e l'azione di governo; relegare l'ordinamento giuridico al volere del legislatore, infatti, significa perdere di vista l'intero processo di sviluppo dello Stato nazionale, insieme a tutte le leggi non scritte e le consuetudini che lo precedono – e, talvolta, lo eccedono (Esposito 2021, 47). Procediamo, però, con ordine a partire dal dettato costituzionale[9].

La Costituzione italiana afferma il dovere di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.) e lo associa simmetricamente (e simbolicamente) ai diritti inviolabili

[8] In questo contesto, stipulare un contratto o fare un accordo verbale non faceva grande differenza: si assumeva in tutti i casi un impegno, che si sarebbe dovuto mantenere per motivi inerenti alla personalità, oltre che giuridica, anche *civile* ed *etica* di chi vi partecipava; la nozione di "contratto" era quindi strettamente collegata a quella di "buona fede", a sua volta derivante dall'idea di appartenenza ad un unico corpo sociale, la *respublica* cristiana (Todeschini, 2021, 102).

[9] Non è questa la sede adatta per ricostruire la complicata congiuntura che ha portato i Costituenti all'approvazione del testo come oggi lo conosciamo; tuttavia, per un approfondimento, si rimanda a https://www.costituzionalismo.it/

ISSN 2036-7821

dell'uomo, tanto come singolo quanto nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. A dimostrazione dell'assunto per cui l'essere umano non è un'isola e certamente in consonanza con lo spirito dell'Economia Civile, come abbiamo già ampiamente argomentato; ciò che qui interessa è individuare quei tratti "comuni", più che privati e meno che pubblici nelle parole di Cesarini Sforza (2018), che pure alludono alla mutua cooperazione di soggetti riuniti in associazioni oppure organizzati in istituzioni (Esposito 2021, 105).

L'altro passaggio fondamentale è quello dall'uguaglianza formale all'uguaglianza sostanziale (art. 3 Cost.). Oggi la maggior parte delle persone ritiene di vivere in società libere ed egualitarie. Non si rendono conto che le libertà *veramente* egualitarie sono perlopiù libertà formali. Molti cittadini dei Paesi occidentali, ad esempio, hanno il diritto di viaggiare ovunque vogliano, purché abbiano i soldi e le capacità necessari per sostenere un viaggio (Graeber e Wengrow 2023, 145). Innumerevoli altri esempi possono essere fatti con riferimento alle differenze più disparate, ma il concetto è lo stesso: le libertà politiche e quelle economiche si rafforzano a vicenda, anziché ostacolarsi (Sen 2020, 6) ed è compito delle istituzioni concorrere a rafforzare ed aumentare le libertà *sostanziali* delle persone.

Domandiamoci quanto *effettivamente* incidano, in questo processo, le risorse materiali – come il denaro – su cui possiamo contare. La risposta, forse sorprendente, ma anticipata, è: non così tanto. Intendiamoci, l'utilità della ricchezza per tutte le cose che ci consente di fare è fuor da ogni dubbio, ma questa relazione tra ricchezza e utilità non è né esclusiva, perché molti altri fattori determinano la qualità della vita, né uniforme, poiché l'effetto della ricchezza cambia in base a tutti questi fattori (ivi, 20); dunque, chi pure possedesse l'intera ricchezza della terra, finirebbe con l'essere escluso da benefici e piaceri indispensabili per il suo benessere, ma ottenibili necessariamente dal concorso di altri soggetti. Per lo stesso motivo, a distinguere uno schiavo da un servo della gleba o un detenuto è la mancanza assoluta di legami sociali: uno schiavo non ha famiglia, né comunità, tantomeno può avere amici, perché il suo unico dovere è obbedire agli ordini del suo padrone (Graeber e Wengrow 2023, 203)[10]. È ignorando tale distinzione che si rischia di produrre degli effetti di esclusione contro qualcuno o qualcosa nell'ambito della norma. Ciò non solo non può essere tollerato in un regime di democrazia, ma sarebbe, in più, giuridicamente assurdo, poiché lo *ius* non è ascrivibile dalla *civitas*.

4. Considerazioni conclusive su diversità, conflitto e mediazione

[10] È per questo che la parola inglese *free* ha la stessa radice di *friend* (Graeber e Wengrow, 2023, 203).

ISSN 2036-7821

Interagiamo coi nostri simili all'interno di strutture di relazioni che hanno una certa configurazione. Queste strutture e le loro configurazioni non sono, tuttavia, stabili e imposte una volta per tutte ma piuttosto in continua evoluzione (Pelligra 2022, 100). Norme sociali, codici di comportamento, usi e tradizioni sono costantemente elaborati dalla cultura e ci aiutano a adattarci all'ambiente mutevole sopravvivendo e prosperando (ivi, 63). A congiungere istituzioni e società attraverso la politica c'è il *conflitto*. Per Esposito (2023), le istituzioni non escludono la dinamica conflittuale, ma ne diventano anzi il luogo e l'oggetto, poiché gli uomini entrano in conflitto *per* e *nelle* istituzioni, ponendosi esse stesse potenzialmente in conflitto fra loro. La politica svolge la funzione di innesco e di mediazione.

Il momento propriamente politico è quello in cui la società istituisce una divisione – ogni società è sempre divisa tra interessi e valori contrapposti, anche se non sa di esserlo, percependosi unita in un popolo compatto (Esposito 2021, 58). Da questa divisione (che può essere tra servi e signori, tra poveri e ricchi, tra proletari e borghesi, tra disabili e normodotati, tra uomini e donne, ecc.) emerge una precisa riconfigurazione dei rapporti, e di conseguenza delle risorse disponibili per la comunità.

Questo processo di rinnovamento sociale e, insieme, di costruzione di significato viene chiamato "elicitazione" (Morano e Barile 2024). Ciò che ha portato noi esseri umani a raggiungere uno stadio evolutivo superiore a quello animale è in effetti la capacità di reinterpretarci rispetto ai nostri simili, in modi imprevedibili e misteriosi. Si tratta di quella che Hegel definisce "seconda natura" (Esposito 2023, XVI). Senza la funzione qualificante della politica, ossia senza il soggetto politico abilitato, pro tempore, a prendere decisioni, tutte le società sarebbero uguali (Esposito 2021, 59). In altre parole, una società si riconosce solo mediante il conflitto che la caratterizza assegnandole una determinata configurazione (Esposito 2023, 40); l'istituzione, dunque, non è che l'esito temporaneo del conflitto che modella la società. La nostra storia è piena d'esempi di "tecnologie istituzionali" progettate per unire le persone e renderle consapevoli del valore della *diversità*. Esiste comunque un certo rischio strutturale, causato dalle divisioni alimentate ad arte. Quando l'identità viene costruita attraverso il diverso, enfatizzando differenze artificiose e innaturali invece di valorizzare i punti di contatto, tutto il sistema rischia di crollare (Pelligra 2022, 97-98). Noi esseri umani moderni tendiamo a ingigantire le differenze, spesso con esiti contraddittori, pur essendo irrilevanti (Graeber e Wengrow 2023, 92).

Queste strategie politiche dal respiro breve, tuttavia, non producono altro che conflitti evitabili e inefficienze. Non solo il senso di identità che ne risulta viene percepito come instabile, ma si risolve infine in uno spreco di risorse collettive e in un aumento del malessere generale (Pelligra 2022, 97). Insomma, l'affinità, la reciprocità e la solidarietà tra i membri delle nostre società sono – oggi come

ISSN 2036-7821

all'inizio della nostra vita – le virtù che ci conferiscono un vantaggio evolutivo di massimo prestigio: esse ci hanno consentito di ottenere risultati impossibili per il singolo e raggiungibili solo grazie alla coesione di gruppo. È questo senso di appartenenza, questa speciale inclinazione alla cooperazione che siamo chiamati ora a rinnovare, benché le sfide che ci aspettano appaiano nuove e spaventose, poiché tali virtù civili (note ai tempi di Genovesi) continuano a vivere nelle nostre vite ed istituzioni.

È scambiandovi i doni della terra che troverete l'abbondanza

e sarete soddisfatti ma se lo scambio non avverrà con amore

e amabile giustizia, esso condurrà alcuni all'ingordigia e altri alla fame.

Kahlil Gibran, *Il profeta*

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Brevi riflessioni sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale da parte del giurista

di **Giovanni Martini**

(Professore Associato in Diritto amministrativo presso l'Università della Campania L. Vanvitelli)

Sommario

1. Premessa: oggetto, ragioni e obiettivo dell'indagine. 2. Legalità algoritmica e addestramento dei sistemi di IA. 3. Decisione amministrativa automatizzata e controllo umano: il 'nodo' delle garanzie. 4. Conclusioni.

Abstract

The paper analyzes the implications of using AI systems in the exercise of administrative action, highlighting the problematic issues it raises and outlining possible interpretative solutions in the light of national and European regulatory frameworks. It examines the basis and the limits of employing AI systems within administrative procedures, both in cases of discretionary activity and of technical-discretionary activity (the so-called "algorithmic legality"), as well as the need to ensure, in order to protect the interests involved, an indispensable (final) review by a human official. The study aims, in particular, to show that the activity carried out by AI cannot be considered neutral and, consequently, to emphasize the importance of providing public oversight over the data-input process, as well as over the resulting general categorization activity that information systems (inevitably) perform in order to reach an automated decision.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa: oggetto, ragioni e obiettivo dell'indagine.

Non è noto a molti il mito del *Golem*. Si tratterebbe di una «Figura mitica di derivazione cabalistica, che rappresenta un "essere informe" evocato magicamente attraverso la recitazione di combinazioni di lettere alfabetiche»[1], creata, secondo la leggenda, dal rabbino Löw, il quale «avrebbe costruito una macchina di argilla di aspetto umano, capace di difendere il popolo ebreo dai suoi persecutori»[2].

Trattandosi di un atto di creazione, che nella comune tradizione ebraico-cristiana è, per definizione, riservato a Dio, il Golem era privo di anima, parola ed intelletto, potendo solamente eseguire, meccanicamente, gli ordini del suo creatore umano. Anima, intelletto e parola sono ritenute, infatti, prerogative dell'opera creatrice divina, cui il prodotto di un'attività umana giammai poteva essere eguagliato.

Se si esamina, anche superficialmente, quanto sta accadendo con riguardo a ciò che comunemente viene definito come intelligenza artificiale (d'ora innanzi IA), sia pur con la precisazione che si tratta di fenomeno composito, sotto la cui etichetta vengono spesso accomunate fattispecie che come unico denominatore comune hanno solo l'utilizzo (a volte anche la sostituzione all'uomo) della macchina, facilmente si comprende che i limiti imposti nel mito ebraico alla attività di creazione umana sono già stati tutti superati.

Le moderne e più complesse "apparecchiature" di *machine learning* sono in grado di interagire con l'uomo non solo mediante la parola, ma anche simulando caratteristiche antropomorfiche[3]. Nell'esecuzione degli imperativi umani, sono dotate della capacità di scelta, dunque di intelligenza razionale, ed infine, con riguardo all'anima – pur essendo essa «Come l'araba fenice: Che vi sia, ciascun lo dice; Dove sia, nessun lo sa»[4] –, si è di recente sostenuto che LaMDA (Language Model for Dialogue Applications), rete neurale di Google «According to Google engineer Blake

---

* Il saggio costituisce il frutto dello studio svolto per preparare l'intervento al convegno su «L'attività amministrativa al tempo delle transizioni. Funzione, potere e nuovi vincoli all'attività discrezionale», tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Studi Politici e Internazionali dell'Università di Parma, 15 novembre 2024. Il testo è la rielaborazione scritta dell'intervento, rivisto e corredato di note.

[1] Così la voce Golem del Lessico Universale Italiano, Istituto dell'Enciclopedia Italiana (Treccani), vol. IX.

[2] Così ancora la voce Golem cit.

[3] Si v. a tal proposito quanto affermato da S. Civitarese Matteucci, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2019, pp. 5 ss., 6, secondo il quale: «Si può, quindi, parlare di macchine cui viene insegnato a decidere in modo razionale, calcolando i benefici attesi e i costi associati a un determinato corso di azione. Non è, peraltro, nemmeno indispensabile che la razionalità sia predicata come un carattere dell'IA. Un programmatore, è stato osservato, potrebbe cercare di replicare atteggiamenti umani quali impulsività, parzialità, etc. per favorire una migliore interazione tra IA ed esseri umani». Sul punto si v. anche, citato dall'A., A. Renda, Artificial Intelligence. Ethics, *governance and policy challenges. Report of a CEPS Task Force*, Centre for European Policy Studies (CEPS) Brussels, February 2019, in *www.ceps.eu*, p. 13.

[4] P. Metastasio, *Opere*, vol. II.

ISSN 2036-7821

Lemoine, […] became sentient»[5].

Non essendo revocabile in dubbio che questa nuova tecnologia[6], la quale è tuttora in rapidissima evoluzione, possa impattare in maniera dirompente in pressoché tutti gli ambiti dell'esistenza umana, ci si limiterà a riflettere, in questa sede, sulle possibili e prevedibili ricadute che essa può avere nel rapporto fra individuo e potere amministrativo.

Si tratta di un fenomeno che, sebbene in fase forse ancora embrionale, era già stato lucidamente percepito in tempi oramai remoti. Al par. 3.7 del cd. "Rapporto Giannini" del 1979 si metteva in luce come «Gli elaboratori elettronici, che erano all'inizio apparecchi di semplice registrazione di dati complessi, sono divenuti poi apparecchi di accertamento e verificazione, di calcolo, di partecipazione a fasi procedimentali di istruttoria, e infine di decisione»[7].

Un'osservazione particolarmente lungimirante che anticipa il testo dell'art. 12, co. 1, del Codice dell'amministrazione digitale, secondo cui: «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

[5] N. Tiku, *The Google engineer who thinks the company's AI has come to life*, in *The Washington Post* (June 11, 2022), l'articolo è consultabile all'indirizzo: *https://www.washingtonpost.com/technology/2022/06/11/google-ai-lamda-blake-lemoine/*. Con riguardo ai pericoli che possono derivare dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale, in particolare da parte di soggetti più deboli (com'è, ad esempio, per i minori), si v. J. Harris, *There was all sorts of toxic behaviour': Timnit Gebru on her sacking by Google, AI's dangers and big tech's biases*, in *The Guardian* (May 22, 2023), il quale, intervistando Timnit Gebru, riferisce che «Gebru was one of the authors of an academic paper that warned about the kind of AI that is increasingly built into our lives, taking internet searches and user recommendations to apparently new levels of sophistication and threatening to master such human talents as writing, composing music and analysing images. The clear danger, the paper said, is that such supposed "intelligence" is based on huge data sets that "overrepresent hegemonic viewpoints and encode biases potentially damaging to marginalised populations". Put more bluntly, AI threatens to deepen the dominance of a way of thinking that is white, male, comparatively affluent and focused on the US and Europe. In response, senior managers at Google demanded that Gebru either withdraw the paper, or take her name and those of her colleagues off it. This triggered a run of events that led to her departure. Google says she resigned; Gebru insists that she was fired».

[6] Si intende qui accogliere la differenza, di natura (anche) epistemica, fra scienza e tecnica. La prima volta a ricercare i principi fondamentali e immutabili proprio di una data branca del sapere, la seconda, invece, a ricavare da essi applicazioni concrete (l'uso della scienza). Sul punto si v. A. Zichichi, *Tra fede e scienza. Da Giovanni Paolo II a Benedetto XVI*, Il Saggiatore, Milano, 2005, p. 259, secondo il quale: «Per la prima volta nella storia dell'èra cosiddetta moderna viene fatta una separazione netta tra Scienza e Tecnica. Questa separazione dà una grande dignità culturale alle scoperte scientifiche e permette di distinguerle dalle applicazioni tecnologiche, dalle violenze operate sull'ambiente, dall'industrializzazione selvaggia e dalle manipolazioni genetiche usate contro la vita e la dignità stessa di questa forma di materia vivente detta uomo».

[7] M.S. Giannini, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, 16/11/1979, par. 3.7. Sul punto si v. anche D.U. Galetta, J.G. Corvalán, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3/2019 (6 febbraio 2019), p. 1 ss.

ISSN 2036-7821

imprese di cui al presente Codice»[8]. Dal contenuto di questa disposizione ricavandosi l'idea che l'intelligenza artificiale (d'ora innanzi IA) «potrebbe favorire una migliore performance della pubblica amministrazione: quella efficienza ed efficacia che certamente sono riconducibili al concetto di "buon andamento". Ma potrebbe anche favorire una maggiore imparzialità delle decisioni delle amministrazioni pubbliche, soddisfacendo così ambo le esigenze chiaramente espresse nell'art. 97 della nostra Costituzione»[9].

Se ne può, dunque, ulteriormente ricavare che tutta l'attività posta in essere dalle amministrazioni pubbliche, a prescindere dalla sua natura (regolativa o provvedimentale, discrezionale o vincolata) possa essere supportata od anche sostituita ad opera di strumenti di IA? La risposta a questo interrogativo costituisce l'obiettivo della presente riflessione, per condurre la quale è necessaria qualche considerazione preliminare con riguardo al rapporto fra diritto e IA.

Il giurista, in quanto scienziato sociale, non dispone, al pari di chi si cimenta con le cd. "scienze dure" (matematica, fisica, chimica ecc.), di un laboratorio in cui sperimentare la validità di una propria idea prima di trasformarla in una nuova tecnica, della cui applicazione chiunque sia interessato possa giovarsi.

Un esempio sul punto può essere particolarmente fecondo. L'inventore di un nuovo modello di paracadute giammai lo metterà in produzione se prima non abbia accuratamente verificato la bontà della teoria scientifica che ne è alla base. Non è pensabile, infatti, che la necessità di rivedere un principio scientifico (o di correggere la sua applicazione) possa ricavarsi osservando se l'utilizzatore di questo nuovo sistema, precipitando da cinque, seimila metri, si schianti o meno al suolo.

La paradossale situazione appena descritta – anticipando un riferimento al metodo su cui più avanti si tornerà – è, di contro, quella tipica in cui è giocoforza costretto ad operare chi voglia occuparsi di scienze sociali. Ciò è di palmare evidenza con riguardo, in particolare, all'attività di regolazione (cui sembra doversi ricondurre anche l'attività di pianificazione che esita nella formazione di atti fonte del diritto obiettivo), che, per la sua ontologica complessità, rappresenta una valida cartina di tornasole per verificare la correttezza di quanto sostenuto.

---

[8] Il testo del Codice è consultabile in *www.normattiva.it*. Nella medesima linea si pone l'art. 3-bis della L. n. 241/1990, che fa espresso riferimento all'utilizzo di strumenti informatici, secondo cui «Per conseguire maggiore efficienza» nello svolgimento dell'azione amministrativa.

[9] D.U. Galetta, *La pubblica amministrazione oggi, fra intelligenza artificiale e intelligenza umana*, in J.-Bernard Auby, G. De Minico, G. Orsoni (a cura di), *L'amministrazione digitale. Quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte* (Atti del convegno tenutosi presso l'Università di Napoli Federico II il 91-10 maggio 2022), Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 121 ss., 123. Della stessa A. si v. anche, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 85 ss.

ISSN 2036-7821

Non esiste un laboratorio in cui testare previamente, verificandone le ricadute nel tessuto sociale, gli effetti pratici derivanti dalla adozione di una regola. E, tornando al metodo, se pure la creazione di un tale laboratorio fosse ipotizzabile, in esso non si potrebbe che accertare l'adempimento degli obblighi ed oneri (formali e sostanziali) che gravano sull'amministrazione procedente. Si potrebbe controllare il rispetto delle forme previste dalla legge (che pure sono garanzia di sostanza), la completezza dell'istruttoria, l'ossequio prestato alle garanzie partecipative (nei limiti e nei modi in cui sono previste), la logicità delle scelte e la loro proporzionalità. Più di tanto non potendosi fare, in quanto per il giurista è il rispetto dell'*iter* (metodologico) seguito che valida la correttezza della scelta, e non il risultato cui si perviene, com'è invece per altre scienze[10].

Tornando all'esempio di partenza: se il paracadute funziona garantendo una comoda discesa, e nessuno precipita al suolo, evidentemente il principio scientifico che lo informa ed il metodo costruttivo con cui è stato prodotto, senza possibilità di smentita, devono essere ritenuti corretti.

Tutto questo laborioso preambolo è sembrato indispensabile per evidenziare la sussistenza di una anomalia di fondo, che rende non agevole ricostruire giuridicamente i rapporti fra IA ed esercizio del potere amministrativo. Si tratta, infatti, di mettere insieme due "entità" – volutamente si è utilizzato un termine generico – frutto di un approccio metodologico del tutto differente: l'IA, riconducibile ad ambiti scientifici in cui è il risultato a validare il metodo seguito, e la scienza giuridica, nel caso specifico quella pubblicistica, in cui, all'opposto, è il metodo seguito a render giustizia della correttezza del risultato.

In altri termini, ci si trova di fronte ad una operazione di ibridazione. Nessuno ignora, com'è evidente, che la tecnica non è aliena al diritto, ma se fino a tempi non remoti si ragionava della tecnica come presupposto dell'azione (discrezionalità tecnica) o della scelta (discrezionalità amministrativa a contenuto tecnico), oggi occorre prendere atto del fatto che, almeno nelle ipotesi di *machine learning*, è la stessa tecnica a "suggerire" alla PA la scelta da adottare del caso concreto. Un decisore pubblico automatico.

Proprio per questa ragione, al fine di definire l'ambito ed i limiti nell'applicazione dei sistemi di IA all'esercizio del potere amministrativo, in ciò l'obiettivo dichiarato della presente analisi, le questioni problematiche da indagare sembrano essere queste: 1) il rapporto fra principio di legalità ed utilizzo degli strumenti di IA. Non sembrando aliena a questa tematica anche la modalità di "addestramento" delle tecnologie impiegate; 2) La necessità o meno del controllo umano, che involge il tema della

[10] Sul punto sia consentito rinviare a G. Martini, *Ordinamento del calcio e ordinamento giuridico generale. Il diritto amministrativo in un settore di rilevante interesse economico-sociale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 28 ss.

ISSN 2036-7821

ammissibilità della decisione pubblica completamente automatizzata; 3) il rispetto delle garanzie procedimentali, prima fra tutte quella della necessaria motivazione del provvedimento che manifesta la decisione pubblica.

2. Legalità algoritmica e addestramento dei sistemi di IA

È usuale in pressoché qualunque ragionamento che abbia ad oggetto l'IA confrontarsi con questi due assiomi/dogmi: 1) l'infallibilità della macchina e, in correlazione a questo, 2) la neutralità della decisione prodotta.

Con riferimento al primo (l'infallibilità della macchina), si avverte neppure troppo inconsciamente una sorta di "sacro timore" nel provare a mettere in discussione la "certezza algoritmica", quasi come si volesse negare che due più due dia come risultato sempre quattro, in qualsiasi parte dell'universo.

Traspare, insomma, la solida convinzione, che si fa difficoltà a contrastare, secondo cui la decisione automatizzata, in quanto affidata ad uno strumento prodigioso, in grado di fare calcoli e valutazioni a velocità inimmaginabili per la mente umana, deve considerarsi più intelligente ed obiettiva di quella che avrebbe potuto produrre l'essere umano creatore del sistema[11]. E già qui forse un primo interrogativo dovrebbe porsi: se la mente umana, per come viene dipinta nel confronto con la macchina, è così imperfetta, in base a quale arcano mistero è riuscita a creare un qualcosa di più perfetto di sé?[12]

Rinviando al prosieguo del ragionamento ogni ulteriore riflessione circa il fatto che non necessariamente una decisione intelligente ed obiettiva debba, per ciò solo, considerarsi anche giusta, a rafforzare il carattere quasi sacrale che circonda i modelli di IA è la constatazione «che gli approcci di *deep learning* siano spesso non interpretabili, persino per gli stessi ingegneri che li hanno creati, confer[endo] a questi sistemi un'aura di complessità che li rende immuni da ogni regolamentazione e una potenza che impedisce di opporre loro un rifiuto»[13].

Ne discende la convinzione che l'affermata oggettività della decisione algoritmica, più che un dato reale, possa essere il frutto della generale incapacità di percepirne il

[11] Si v. sul punto K. Crawford, *Né intelligente né artificiale. Il lato oscuro dell'IA*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 243, secondo la quale un tale assunto deve ritenersi destituito di ogni fondamento, in quanto «L'intelligenza artificiale non è una tecnica computazionale oggettiva, universale o neutrale che prende decisioni in assenza di istruzioni umane. I suoi sistemi sono incorporati nel mondo sociale, politico, culturale ed economico, plasmati da esseri umani, da istituzioni e da imperativi che determinano ciò che gli uomini fanno e come lo fanno».

[12] Sembra quasi che trovino fondamento le parole di Jerry Seinfeld, nel suo discorso ai laureati della Duke University, riportato dal quotidiano *Il Foglio* del 16/05/2024, secondo cui: «siamo abbastanza intelligenti da inventare l'intelligenza artificiale, abbastanza stupidi da averne bisogno e ancora così stupidi da non riuscire a capire se abbiamo fatto la cosa giusta».

[13] K. Crawford, *Né intelligente né artificiale* cit., p. 245.

ISSN 2036-7821

funzionamento.

Anche il secondo assioma di partenza, quello della sua neutralità, non sembra, a ben riflettere, del tutto immune da incertezze.

È affermazione comune che la macchina non è sensibile a condizionamenti da parte di interessi forti, né è soggetta a emotività, distrazioni ed errori cognitivi, essa rappresentando il trionfo della logica sulla politica – intesa, ovviamente, come valutazione delle modalità di realizzazione dell'interesse pubblico (*an*, *quando* e *quomodo*) da parte del decisore pubblico[14] –, una sorta di demiurgo che dall'iperuranio opera, in maniera infallibile, per il bene comune.

Come è stato efficacemente rilevato in dottrina: «La capacità di calcolo dell'algoritmo è, però, così superiore a quella umana e l'idea che l'algoritmo, non avendo sentimenti, sia oggettivo e neutrale è così diffusa, da rendere più difficile per i destinatari contestare l'esito del calcolo e per l'eventuale funzionario responsabile della decisione finale discostarsi dalla soluzione algoritmica»[15].

Invero, non sembra peregrino ricavare da queste, a quanto pare granitiche, certezze, un ulteriore dubbio, questa volta di natura metodologica. L'attenzione degli studiosi (il riferimento è, in modo particolare, a chi lavora professionalmente all'addestramento di queste macchine) si concentra sul prodotto che viene 'sfornato' – frutto di una impostazione riconducibile al metodo proprio delle cd. scienze dure –, laddove per il giurista non è di certo indifferente ragionare anche sui presupposti e sull'*iter* che hanno condotto ad una data scelta, non potendosi accettare che i "percorsi" formativi di decisioni automatizzate restino non bene intelligibili «persino per gli stessi ingegneri che li hanno creati»[16].

Di certo, potrebbe obiettarsi che neppure il percorso mentale, psicologico o

[14] Come osservato da G. Palma, *Itinerari di Diritto Amministrativo*, Cedam, Padova, 1996, p. 257, «la legge non vuole e soprattutto non può definitivamente cristallizzare l'entità dell'interesse pubblico perseguibile in concreto (ciò avviene, come si ricorderà, nelle più limiate ipotesi di attività vincolata), pertanto, per poter pervenire a definirne l'entità, esso va costantemente riproiettato, nell'ambito dell'intrapresa azione, nei confini delle realtà, delimitata da tutti gli interessi (pubblici e privati) coinvolti: donde l'insopprimibilità dell'attribuzione del potere discrezionale ed anzi la riscoperta riserva, costituzionalmente sancita, di un potere siffatto a favore dell'apparato pubblica Amministrazione».

[15] L. Torchia, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2023, p. 139. Per una definizione di algoritmo si v. G. Clemente di San Luca e M. Paladino, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Federalismi.it*, 4, 2025, pp. 106 ss., 123, i quali, mediante rinvio a G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 5-6, osservano che «Nella dottrina gius-amministrativistica, l'algoritmo viene definito "come un processo, una sequenza di operazioni che permettono di risolvere un problema in un numero finito di passi, nel rispetto di due requisiti: ad ogni passaggio della sequenza deve essere già predefinito il passaggio successivo e il risultato cui la sequenza tende deve essere concreto, reale, utile". In particolare, "Nel linguaggio informatico l'algoritmo è una sequenza di istruzioni computazionali che indicano ad una macchina la procedura da seguire per ottenere un determinato risultato"».

[16] K. Crawford, *op. ult. cit.*, p. 245.

ISSN 2036-7821

neurologico, seguito dall'operatore umano può essere precisamente ricostruito, ma questo si oggettivizza in atti e comportamenti che sono ben osservabili e, soprattutto, sindacabili[17].

Dunque, comprendere che il primo e più impellente problema da risolvere è quello della "legalità algoritmica" è fondamentale, vieppiù in una fase in cui si iniziano a tracciare le vie della IA ed è, pertanto, necessario imboccare la direzione giusta. A meno che, naturalmente, non si voglia correre il rischio – pure paventato in dottrina – di spalancare le porte ad «uno stato di cose in cui i pubblici ministeri e la polizia diranno "l'algoritmo mi ha detto di farlo, quindi l'ho fatto, ma non avevo idea di cosa stessi facendo". E questo accadrà in maniera diffusa e con pochissimo controllo»[18].

Problema che si pone con particolare evidenza ove si consideri che l'utilizzo di strumenti di *machine learning* e reti neurali artificiali (RNA) in grado di apprendere[19], è suscettibile di utilizzo da parte delle amministrazioni pubbliche al fine di «porre le basi per una vera e propria motivazione della decisione algoritmica, corredata dai pesi assegnati ai precedenti giurisprudenziali posti nel *data lake*, dunque per la definizione della *ratio decidendi*, con possibilità di procedere a contestarne l'assimilazione-differenziazione rispetto ai precedenti»[20].

È agevolmente percepibile che nella multiformità dell'agire pubblica, a fronte di attività in cui l'acquisizione e, soprattutto, la comparazione dei "dati" prodromici alla decisione è particolarmente agevole (ad es. l'età anagrafica o l'anzianità di

[17] Come osservato da L. Torchia, *op. ult. cit.*, p. 140, «peraltro, […] anche la decisione umana mantiene caratteri di opacità, oltre un certo limite. L'ordinamento richiede che i provvedimenti siano motivati, ma non che sia scrutinato il processo intellettuale e neurologico attraverso il quale un funzionario è giunto ad una determinata decisione».

[18] A. Ferguson, *Conversazione con l'autrice*, 21/6/2019, il cui testo è riportato da K. Crawford, *op. ult. cit.*, p. 222.

[19] Sul punto si v. C. Tasso, *Attori, processi, meriti e responsabilità nell'utilizzo di algoritmi di Intelligenza Artificiale: il caso del Machine Learning*, in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, *Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino*, Università degli Studi di Torino, 2021, pp. 19 ss., spec. pp. 32-33, il quale osserva che l'apprendimento si basa su un processo di *training* «realizzato in modo incrementale mediante molti cicli iterativi (chiamati epoche) che ripetono i seguenti tre passi sui casi inclusi nel Training Set: 1. Calcolo 'in avanti' (*feed-forward step*). Gli input, costituiti dai dati di un singolo caso del Training Set, sono forniti in ingresso ai neuroni di input che operano secondo la procedura precedentemente indicata […]. 2. Calcolo dell'errore Δ. Viene calcolata la differenza Δ tra il risultato ottenuto e la soluzione che si sarebbe dovuto ottenere, nota poiché inclusa nella descrizione di ciascun caso del Training Set. 3. Ritorno 'all'indietro' (*back-propagation step*). Si procede all'indietro, progressivamente, uno strato alla volta, modificando opportunamente i valori dei pesi appena utilizzati, al fine di ridurre (minimizzare, se possibile azzerare) l'errore Δ».

[20] R. Cavallo Perin, *Il principio d legalità nell'amministrare pubblico per algoritmi*, in J.-Bernard Auby, G. De Minico, G. Orsoni (a cura di), *L'amministrazione digitale* cit., pp. 99 ss., 102. L'A. così prosegue: «Ciò che è interesse notare è che il miglioramento nella precisione delle decisioni si deve piuttosto all'aumento del numero degli strati nascosti e dei neuroni, cioè alla creazione di reti più complesse, dette Reti Profonde (o *deep learning*) perché capaci di un'utilizzazione esponenziale dei *big data*, sicché milioni di casi possono essere rappresentati grazie alla definizione di gerarchie in cui ogni concetto è definito in relazione ad altri».

ISSN 2036-7821

servizio ai fini dell'assegnazione della sede di lavoro), si possono dare altre fattispecie in cui l'azione (di acquisizione e comparazione) dell'amministrazione si presenta particolarmente complessa, postulando la necessità di «una corretta *governance dei dati*: facendo in modo che sia possibile dedurre come i dati si riferiscono a quei documenti che riflettono le decisioni umane»[21].

Una conferma dell'impossibilità per le amministrazioni di sostituire la macchina all'uomo nello svolgimento di compiti pubblici, a prescindere dal loro contenuto vincolato o discrezionale, si rinviene nell'esperienza di altri ordinamenti. Pur potendosi notare un generalizzato ricorso a strumenti di IA, all'interno del procedimento amministrativo, il suo utilizzo è stato per lo più limitato allo svolgimento di attività vincolata[22].

E pure in questo caso, i risultati conseguiti non sono stati all'altezza delle aspettative. L'utilizzo del cd. algoritmo della "buona scuola" ne è un evidentissimo esempio.

La vicenda è agevole da riassumere: il Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca aveva fatto ricorso all'uso di un algoritmo per l'assegnazione delle sedi ai docenti (vincitori di concorso), nonché per decidere sulle loro domande di mobilità; tuttavia, i risultati prodotti, ritenuti inadeguati da parte dei destinatari, hanno dato vita ad un complesso contenzioso avente ad oggetto la possibilità di contestare la decisione algoritmica.

Il Consiglio di Stato, nel decidere in appello la vicenda[23], pur confermando (con diversa motivazione) la pronuncia di prime cure, afferma il principio secondo cui, in ipotesi di procedure seriali, «La piena ammissibilità di tali strumenti risponde ai

[21] D.U. Galetta, *La pubblica amministrazione oggi, fra intelligenza artificiale e intelligenza umana* cit., p. 127.

[22] Un significativo esempio si rinviene nella disciplina tedesca, introdotta ad opera del *Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens* del 18 luglio 2016 (entrata in vigore il 1° gennaio 2017), il cui § 35.a stabilisce che «un atto amministrativo può essere emanato interamente con mezzi automatici, *purché ciò sia consentito dalla legge e non vi sia discrezionalità o margine di valutazione*» (corsivo di chi scrive). Per un approfondimento sul punto si v. M. De Donno, *La regolazione delle decisioni amministrative automatizzate negli Stati membri dell'UE*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1, 2024, pp. 57 ss. Sul punto si v. anche D.U. Galetta, *La pubblica amministrazione oggi, fra intelligenza artificiale e intelligenza umana* cit., pp. 123-124, secondo la quale «Per quanto concerne l'Italia, gli esempi potrebbero essere molti: dalla erogazione di contributi sulla base di parametri prefissati, al calcolo di contributi dovuti sulla base di indici reddituali/patrimoniali (ad esempio per il pagamento di tasse universitarie, contributi a mense scolastiche etc.); dall'applicazione delle sanzioni amministrative elaborate in via automatizzata, alla verifica di infrazioni di altra natura attraverso sistemi di rilevazione automatica e relativo calcolo automatico dell'importo dovuto».

[23] Si tratta di Cons. Stato, Sez. VI, 13/12/2019, n. 8472, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Il giudice di prime cure (Tar Lazio, Roma, Sez. III, sent. n. 9230/2018), aveva accolto il ricorso, come riferisce il giudice d'appello, «per il fatto che il delineato piano straordinario non è stato corredato da alcuna attività amministrativa ma è stato demandato ad un algoritmo, tuttora sconosciuto, per effetto del quale sono stati operati i trasferimenti e le assegnazioni in evidente contrasto con il fondamentale principio della strumentalità del ricorso all'informatica nelle procedure amministrative». Nello stesso senso si v. anche Cons. Stato, Sez. VI, 8/4/2019, n. 2270, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale», aggiungendo, altresì, che «l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata»[24].

Il tutto con l'ulteriore – e fondamentale – precisazione che «il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta 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»[25].

Questo approccio è stato confermato anche dal giudice ordinario, il quale, in una recente pronuncia riguardante l'uso di un «sistema robotizzato»[26] per l'assegnazione delle supplenze annuali e temporanee (sino al termine delle attività didattiche) ai docenti inseriti nelle GPS (in subordine allo scorrimento delle GAE)[27], nel ritenere la decisione prodotta dall'algoritmo violativa delle norme regolanti la fattispecie, ha affermato che «Il Ministero appellato, mediante la procedura informatizzata *ha, quindi, automaticamente - e illegittimamente - pretermesso, senza alcuna valida motivazione, la posizione dell'appellante* il quale, alla luce dell'interpretazione, sopra richiamata, dei commi 3 e 10 dell'articolo 12 dell'O.M. n. 112 del 2020, aveva invece diritto a ricevere la proposta degli incarichi resisi disponibili»[28].

---

[24] Punti nn. 9.1-9.2 dei motivi di diritto.

[25] Punto n. 10 dei motivi di diritto.

[26] È questa l'espressione utilizzata da Appello, Milano, Sez. lav., 19/02/2025, n. 88, in *https://onelegale.wolterskluwer.it/*.

[27] Si tratta dell'Ordinanza del Ministro dell'Istruzione, 6/5/2002, n. 112, in *www.mim.gov.it/-/ordinanza-ministeriale-n-112-del-6-05-2022*. L'art. 12, co. 5, dell'ordinanza in parola stabilisce che «Gli uffici scolastici territorialmente competenti, a seguito delle istanze presentate con le previste modalità informatiche, assegnano gli aspiranti alle singole istituzioni scolastiche attraverso una procedura automatizzata nell'ordine delle classi di concorso o tipologia di posto indicato e delle preferenze espresse sulla base della posizione occupata in graduatoria. L'assegnazione dell'incarico sulla base delle preferenze espresse nella domanda comporta l'accettazione della stessa. Degli esiti dell'individuazione viene data pubblicazione da parte degli uffici all'albo on line».

[28] Così Appello, Milano, Sez. lav., sent. n. 88/2025.

ISSN 2036-7821

Si mostra dunque evidente la necessità di respingere l'idea, quasi fideistica, della infallibilità della macchina e dunque della necessaria preferenza per il procedimento automatizzato, in quanto caratterizzato dalla diminuzione (o dall'assenza) di errori e dalla mancanza di "sentimenti". Prendendo atto del fatto che occorre soffermarsi sulle modalità di addestramento della macchina, in quanto solo sottoponendo ad essa un numero non esiguo di «casi che vanno a correlare molti fatti giuridicamente rilevanti con le relative decisioni (input), in una sequenza che identifica i parametri che definiscono il Modello Predittivo (output)», il software di IA potrà (almeno potenzialmente) essere in grado di ricondurre ad una data fattispecie fatti nuovi «che si ritiene siano ricompresi nei dati somministrati come rappresentativi del settore d'azione amministrativa presa in considerazione»[29].

Si tratta di una modalità di predisposizione dell'algoritmo che dovrebbe interessare anche il legislatore, laddove intenda autorizzarne specificamente l'uso da parte delle amministrazioni pubbliche, da essa dipendendo l'affidabilità del risultato prodotto. Non potendosi dubitare del fatto che – come è emerso dalla giurisprudenza in precedenza richiamata – ad una verifica siffatta provvederà comunque il giudice in sede di (eventuale) impugnazione dell'atto prodotto mediante l'ausilio tecnologico.

D'altronde, trattandosi di disciplinare una modalità di esercizio del potere, appare indubbio che l'utilizzo dell'IA debba trovare il proprio fondamento in un atto di natura legislativa di diritto interno oppure dell'Unione europea[30]. Ne discende un triplice ordine di questioni da risolvere: a) se possa rivenirsi, all'interno del sistema, una previsione in grado di dare fondamento all'utilizzo dell'IA; b) se sia sufficiente un'unica disposizione, valevole per tutte le amministrazioni, oppure occorra porre in essere singole discipline che tengano conto della specificità di ciascuna amministrazione pubblica, ed infine c) come la/le norma/e «di conferimento del potere algoritmico»[31] dovrebbero strutturarsi.

Con riguardo alla prima questione, pur senza voler a tutti i costi giustificare una determinata realtà giuridica, sì da arrendersi all'effettività: principi e valori (specie se di rango costituzionale) non possono piegarsi a logiche contingenti che ispirano determinate modalità di esercizio del potere, dovendo valere per verificarne la correttezza. Non sembra dubitabile che le amministrazioni pubbliche abbiano già

[29] R. Cavallo Perin, *Il principio di legalità nell'amministrare pubblico per algoritmi* cit. p. 100.

[30] Invero, non sembra potersi escludere che un fondamento all'utilizzo di strumenti di IA, a supporto dell'attività amministrativa, si possa rinvenire anche nell'ambito della legislazione regionale, trattandosi pur sempre di una modalità organizzativa delle funzioni loro conferite (art. 118, co. 1, Cost.). Sul punto si v. E. Carloni, *La differenziazione attesa, la differenziazione praticata: spunti su autonomie regionali e digitalizzazione pubblica*, in *Ist. del Federalismo*, 2, 2023, pp. 299 ss.; nonché Id., *I principi della legalità algoritmica: Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, pp. 273, ss.

[31] L'espressione è di S. Civitarese Matteucci, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2019, pp. 5 ss., 34.

ISSN 2036-7821

iniziato a servirsi dell'IA, ciò rendendo indispensabile per il giurista andare alla ricerca di un solido fondamento per tale utilizzo.

Superata l'idea che l'utilizzo di strumenti di IA possa rappresentare una manifestazione del potere discrezionale della PA, quale «modalità di esercizio degli stessi poteri ma con nuovi strumenti»[32], come pure la ricostruzione che riteneva necessaria l'espressa previsione legislativa unicamente per l'utilizzo di algoritmi di *machine learning* (o non deterministici)[33], sembra oramai acclarato che a consentire l'utilizzo di strumenti informaci nella conduzione del procedimento amministrativo sia sempre necessaria una previa copertura legislativa[34].

In via generale, nell'ambito del diritto nazionale il fondamento in parola viene rinvenuto nell'art. 3-bis della legge 241/1990, a tenore del quale «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». Quello che interessa capire, in ciò la seconda delle questioni in precedenza individuate, è se questa disposizione sia da sola sufficiente a legittimare l'utilizzo di qualunque dispositivo di IA, sia in supporto che in sostituzione del funzionario umano[35].

Sul punto si mostra convincente la tesi che ritiene la norma in parola sufficiente a garantire unicamente l'utilizzo di sistemi di IA nel solo rispetto del principio di legalità in senso formale, intesa come «legittimazione della pubblica amministrazione (*interpositio legis*) ad assolvere al proprio processo conoscitivo e decisionale mediante sistemi automatizzati»[36]. Sotto il versante della legalità sostanziale, occorre invece

---

[32] Così B. Marchetti, voce *Amministrazione digitale*, in *Enc. Dir. I tematici: Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 75 ss., 98. Nello stesso senso si v. anche A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, Napoli, 1993, *passim*.

[33] Escludendone la necessità per gli algoritmi cd. deterministici, in cui la macchina si limita soltanto ad una automatica applicazione delle istruzioni ricevute. Si v. a tal proposito P. Otranto, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 7, pp. 187 ss., 198. Osserva sul punto M.B. Armiento, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale. Strumenti, principi e garanzie*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, p. 34, come questa argomentazione porterebbe a ritenere che, in difetto di legge, alla P.A. sarebbe precluso l'utilizzo dei sistemi di IA maggiormente evoluti, laddove «Ammettere l'utilizzo dei soli algoritmi deterministici/condizionali […] finirebbe dunque con il frustrare quelle esigenze di buon andamento, efficacia, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa che sembrano invece essere perseguite anche attraverso questi sistemi (si pensi ad applicazioni sperimentali come il *Suptech* basato sul *machine learning*)».

[34] Osserva S. Civitarese Matteucci, *Umano troppo umano* cit., p. 34, «Il punto è che quando si disegna un ambiente decisionale si dovrebbe oggi anche contemplare l'ipotesi di conferire a un apparato amministrativo il compito di ricorrere a un software per prendere decisioni che già altre norme hanno demandato a allo stesso apparato amministrativo».

[35] Il tema è quanto mai controverso in dottrina. Sul punto si v. R. Cavallo Perin, *op. ult. cit.*, p. 108.

[36] Così ancora R. Cavallo Perin, *Il principio d legalità nell'amministrare pubblico per algoritmi* cit., p. 105, il quale chiarisce, altresì, che l'art. 3-bis, della L. n. 241/1990, è in grado di legittimare «l'avvio di una sperimentazione nel senso sopra precisato che non esclude, come si è avuto modo di chiarire, l'intermediazione umana (art. 10 *bis*, l. n. 241/1990)». In senso contrario si v. S. Civitarese Matteucci, *Umano troppo umano* cit., p. 37, il quale, per spiegare la

ISSN 2036-7821

notare che l'utilizzo dell'IA incide, profondamente, sulle norme d'azione che regolano le modalità di emanazione dell'atto «poiché l'algoritmo definisce una modalità di produzione dell'atto che è diversa da quella tradizionale e che per ciò solo richiede nuove norme che lo disciplinano in ragione di un periodo di sperimentazione, monitoraggio e correzione dell'uso dell'algoritmo in un determinato procedimento»[37].

Se ne consegue, dunque, al fine di rispettare il principio di legalità declinato in maniera sostanziale, la necessità di prevedere più norme abilitanti all'uso dell'IA in parallelo alle singole norme di azione che disciplinano specifiche modalità di esercizio del potere.

Tutto ciò, com'evidente, impone di affrontare l'ultima delle questioni poste, ragionando sulla struttura che verosimilmente dovrebbero avere le disposizioni che legittimano le pubbliche amministrazioni all'utilizzo degli strumenti tecnologici in parola. Si tratta di una problematica ben avvertita in dottrina, ove ci si è chiesto «che tipo di regolazione interna si addica effettivamente all'attività amministrativa algoritmica»[38].

L'idea di una regolamentazione «*by design*»[39] sembra a tal proposito pienamente convincente, con ciò volendosi intendere il rinvio, da parte del legislatore, alla regolamentazione da adottarsi da parte della stessa amministrazione deputata all'utilizzo della strumentazione informatica. Una regolamentazione che possa rappresentare l'esito non soltanto di una previa fase di sperimentazione caratterizzata dall'"incremento" delle garanzie procedimentali nei confronti dell'atto prodotto grazie all'ausilio dell'IA, magari «estendendo la portata normativa della comunicazione del possibile esito negativo del procedimento (art. 10 bis, l. n.

---

necessità di un intervento legislativo puntuale, che disciplini il singolo esercizio del potere in modalità algoritmica, opera un parallelismo con la disciplina di cui all'art. 21-*ter* della L. n. 241/1990, precisando che «Questo articolo contiene una norma generale permissiva che rinvia però a norme legislative di conferimento a ciascuna amministrazione in riferimento a specifiche fattispecie di poteri 'primari' tanto del potere di imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi da questi scaturenti quanto del potere di provvedere all'esecuzione coattiva di tali obblighi. Il risultato è che il potere di esecuzione, pur previsto in generale, esiste soltanto se è specificamente attribuito da una norma di legge in relazione a un determinato provvedimento tipico che richieda alcuna forma di esecuzione».

[37] Così sempre R. Cavallo Perin, *op. ult. cit.*, p. 107, il quale rinvia a Id., *L'amministrazione pubblica italiana tra rivoluzione liberale, repubblicana e l'avvento dell'intelligenza artificiale*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Tomo I, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 12 ss.

[38] Così M. De Donno, *La regolazione delle decisioni amministrative automatizzate negli Stati membri dell'UE* cit., p. 91. L'A. così prosegue: «E condivisibili sono, invero, le argomentazioni di quanti già suggeriscono una disciplina cogente ma sufficientemente dinamica e flessibile, tale da consentire allo stesso legislatore di procedere per approssimazioni successive dinanzi alle evoluzioni della tecnica».

[39] L'espressione è di M. De Donno, *op. ult. cit.*, loco cit., la quale rinvia per un ulteriore approfondimento a S. Civitarese Matteucci, *Umano troppo umano* cit., *passim*, ed a E. D'Orlando, *Innovazione tecnologica e fonti del diritto*, in J.-Bernard Auby, G. De Minico, G. Orsoni (a cura di), *L'amministrazione digitale* cit., p. 71 ss.

ISSN 2036-7821

241/1990) a qualsiasi conclusione del procedimento, realizzando così una delle possibili soluzioni normative (intermediazione umana) richiesta dall'Unione europea (art. 22, Regolamento 2016/679/UE)»[40]. Ma anche della concertazione con i soggetti coinvolti nell'esercizio del potere.

L'obiettivo è quello di dar vita ad una regolamentazione, di fonte amministrativa, che possa adattarsi non soltanto alla tipologia del procedimento condotto per il tramite di queste nuove tecnologie, ma, almeno tendenzialmente, che possa tener conto dello specifico oggetto del procedimento[41]. Volendo esemplificare, a fronte dell'esercizio del potere espropriativo, coadiuvato dall'utilizzo di strumenti informatici, occorrerà disciplinare – da parte dell'amministrazione titolare del relativo potere – non solo le modalità di svolgimento del procedimento ma, almeno tendenzialmente, provare ad adattare l'utilizzo dell'IA allo specifico bene coinvolto nell'attività espropriativa. Differente quanto ai presupposti è, infatti, l'espropriazione di un bene culturale rispetto a quella di un qualunque bene immobile, e, nell'ambito di questi ultimi, ulteriori differenze possono rivenirsi a seconda che si tratti di un fondo, di un manufatto oppure di un bene di rilevanza paesaggistica.

Naturalmente, un approccio siffatto è in grado anche di cogliere e valorizzare le differenze, strutturali e funzionali, che caratterizzano il panorama delle amministrazioni pubbliche nazionali. Non può non tenersi conto, infatti, che «le tecnologie digitali sono utilizzate oggi da amministrazioni che, sotto un profilo ontologico, sono molto diverse tra di loro»[42].

Si tratta di un aspetto relativo all'utilizzo dell'IA da parte delle amministrazioni pubbliche poco (o quasi per nulla) colto dalla giurisprudenza, più preoccupata di rinvenire un solido fondamento all'utilizzo della tecnologia digitale nell'esercizio del potere, e di verificare che dall'utilizzo in parola non discenda un decremento delle garanzie procedimentali (ridotte a mero simulacro).

Tuttavia, qualche indizio in tal senso può rinvenirsi nelle parole del giudice – il riferimento è alla decisione sull'utilizzo dell'algoritmo della 'buona scuola' –, nella parte in cui afferma che i «criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, sistematizzati, ordinati e messi insieme, la loro interpretazione e la conseguente formulazione di giudizi *sono tutte operazioni frutto di precise scelte e di valori*,

[40] Così R. Cavallo Perin, *op. ult. cit.*, p. 100.

[41] A questo proposito, S. Civitarese Matteucci, "Umano troppo umano" cit., p. 35, discutendo dell'art. 41 della legge spagnola n. 40/2015, sul *Régimen Jurídico del Sector Público*, precisa che «Si ritiene, vale a dire, che sia sempre possibile ricorrere alla decisione automatizzata a condizione che venga stabilito in anticipo dalla stessa amministrazione titolare del potere di provvedere in via ordinaria quali sono gli organi delegati a definire le specifiche tecniche, la programmazione, la manutenzione, il controllo di qualità e se necessario la revisione del sistema di informazione e del suo codice sorgente».

[42] Così M.B. Armiento, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale* cit., p. 170.

ISSN 2036-7821

consapevoli o inconsapevoli; da ciò ne consegue che tali strumenti sono chiamati ad operano una serie di scelte, le quali dipendono in gran parte dai criteri utilizzati e dai dati di riferimento utilizzati»[43]. Il riferimento a scelte "precise", ed ai valori, non sembra, infatti, poter prescindere dal riferimento allo specifico oggetto del provvedere.

3. Decisione amministrativa automatizzata e controllo umano: il "nodo" delle garanzie

Provando a ragionare in maniera astratta, si possono immaginare tre tipi di utilizzo dell'IA (o comunque di strumenti di automazione) da parte delle amministrazioni pubbliche.

Il primo caso è quello della completa automazione della decisione amministrativa. Si tratterebbe dell'utilizzo di un sistema in grado di collegare i dati immessi con la fattispecie concreta oggetto dell'azione, al fine di produrre la decisione finale nell'adozione della quale l'intervento umano risulterebbe messo completamente da parte. Com'è stato, condivisibilmente, sostenuto, «Questo è ovviamente il caso più controverso e problematico»[44].

Il secondo caso è quello in cui l'intervento della macchina ha una funzione meramente preparatoria del provvedimento conclusivo, che verrebbe formato a seguito dell'intervento umano.

Infine, l'ultima ipotesi è quella della commistione fra automazione e attività predittiva. In una tale evenienza «L'automazione combinata con l'attività predittiva possono infatti venire utilizzate come mero (ma efficientissimo) strumento di supporto nella fase istruttoria del procedimento»[45].

Per comprendere quale di questi tre modelli possa essere utilmente impiegato nell'esercizio dell'azione amministrativa, occorre procedere ad una duplice riflessione, che tenga conto non soltanto dei "vincoli" giuridici all'utilizzo ma anche delle difficoltà di ordine fattuale.

Partendo proprio da queste ultime, che della disciplina giuridica rappresentano pur sempre il presupposto, non sembra potersi dubitare della capacità dei moderni sistemi di IA di svolgere a velocità inimmaginabili (per la mente umana) una smisurata mole di calcoli, simulando tutti i possibili scenari, suggerendo, in tempi rapidissimi, la soluzione (almeno in astratto) logicamente più idonea a raggiungere l'obiettivo prefissato. È questa la ragione per cui la macchina più evoluta riesce a

[43] Cons. Stato, sent. n. 8472/2019 cit. (corsivo di chi scrive).
[44] Così D.U. Galetta, *La pubblica amministrazione oggi, fra intelligenza artificiale e intelligenza umana* cit., p. 125.
[45] Così ancora D.U. Galetta, *op. ult. cit.*, p. 126.

ISSN 2036-7821

battere a scacchi anche il giocatore (umano) più astuto ed accorsato, potendo simulare milioni di partite e, conseguentemente, di mosse praticabili sulla scacchiera, sì da anticipare e neutralizzare quelle dell'avversario umano.

Ma la medesima logica – occorre interrogarsi – è estendibile *sic et simpliciter* alle scienze umane? In altri termini, ed è questa la questione che maggiormente interessa, siccome può ipotizzare tutte le possibili mosse vincenti in una partita a scacchi, occorre ritenere che la macchina sia anche in grado di prevedere la migliore soluzione allorquando si tratti di scegliere l'assetto degli interessi pubblici? E se è così, si può con convinzione ritenere che la dialettica autorità-libertà sia stata, se non risolta, quanto meno semplificata dall'utilizzo dell'IA?

A ben vedere, è proprio su questo punto che, come suol dirsi, "i conti non tornano". Un approccio siffatto, in precedenza definito come fideistico, omette di considerare: chi in concreto crea queste macchine "terribili" e «Quali forme di politica propaga? Quali interessi promuove e chi rischia il maggiore danno? E dove dovremmo limitare l'uso dell'IA?»[46].

Tutti interrogativi interessantissimi che di certo non possono essere sciolti in questa sede e, comunque, non tutti unicamente dal giurista, ma che nondimeno riescono ad ispirare una considerazione. Come si è avuto modo di accennare in precedenza, lo strumento di IA ben funziona quando le soluzioni praticabili sono, nel numero, finite. Viceversa, quando ciò non accade, come (sebbene non per definizione) nel caso dell'azione amministrativa discrezionale, l'impossibilità di ricomprendere tutta l'infinitezza del reale induce la macchina, e prima ancora chi ha il compito di istruirla, ad una oggettivizzazione della realtà, ad una sua sintesi in categorie finite, un'operazione che per definizione è tutt'altro che certa, siccome volta a catalogare ed etichettare ciò che non è né finito, né lineare.

Quest'ultima osservazione sembra avere, d'altronde, un fondamento filosofico (e forse anche sociologico) non trascurabile.

Si è osservato, infatti, che «L'intelligenza artificiale cerca di sistematizzare ciò che non è sistematizzabile, di formalizzare il sociale e di convertire un universo infinitamente complesso e mutevole in un ordine linneano di tabelle leggibili da macchine», e che «l'apprendimento automatico sfrutta ciò che sa per ciò che non sa: un gioco di approssimazioni ripetute»[47].

D'altronde, già in tempi più remoti, quando i moderni strumenti di IA erano appannaggio esclusivamente della fantasia più fervida, emergeva chiaro lo scetticismo nei confronti di meccanismi epistemologici caratterizzati dalla

[46] Così K. Crawford, *Né intelligente né artificiale* cit., p. 27.

[47] Cosi ancora K. Crawford, *op. ult. cit.*, p. 253, la quale riprende quanto sostenuto da B.E. Babich, *Nietzsche e la scienza. Arte, vita, conoscenza*, Raffaello Cortina, Milano, 1996.

ISSN 2036-7821

«falsificazione con cui ciò che è eterogeneo e incalcolabile viene reso uguale, simile e calcolabile»[48].

Il dubbio che si pone, all'esito di queste rapidissime riflessioni, è il seguente: chi, ed in che modo (o meglio ancora a qual fine), decide quali debbano essere le categorie da utilizzare per addestrare la macchina? Potendosi sempre dubitare, infatti, che un determinato "oggetto" debba giocoforza essere attratto in una certa categoria (generale) piuttosto che in un'altra.

Volendo fare un esempio: un uccello va catalogato fra i vertebrati a sangue caldo (al pari dei leoni, ma anche dei delfini), oppure fra gli oggetti in grado di volare (al pari di aerei ed astronavi e a quanto pare pure di oggetti volanti non identificati)? E se poi si trattasse di un uccello acquatico, in grado anche di nuotare sott'acqua per poi, da lì, direttamente spiccare il volo? Per descrivere in modo forse eccessivamente serioso questo dubbio, si potrebbe ragionare del "paradosso del martin pescatore".

Si tratta, com'è evidente, di una diretta conseguenza del fatto che la classificazione di un oggetto o di un soggetto dipende da una percezione valoriale, connessa alla singola fattispecie, non definibile (e dunque incasellabile) a priori, che la macchina non è (ancora) in grado di compiere[49].

Riemerge in questo modo, sebbene sotto mentite spoglie, la critica mossa da Hume a Cartesio sulla impossibilità di accettare l'esistenza di idee innate precostituite, basta sostituire a queste ultime le *opache categorie deterministiche della realtà*[50].

Viene allora da chiedersi come opera in concreto uno strumento avanzato di IA.

Pur con la necessaria approssimazione, dovuta al fatto che si tratta di un oggetto che esula dalla formazione del giurista, verosimilmente, il processo che porta alla elaborazione di un prodotto (di un output), all'esito di una elaborazione algoritmica, si articola in tre fasi: la prima di classificazione, la seconda di estrazione o inferenza e la terza di comunicazione del risultato.

Nella prima fase (di classificazione o apprendimento) vengono inseriti nella macchina un largo numero di dati, composti da casi o fattispecie, che vengono utilizzati come campione di addestramento, di modo che l'algoritmo possa poi, nella seconda fase, correttamente catalogare, e classificare, fatti nuovi non inseriti nel

[48] Così F. Nietzsche, *Frammenti postumi (1884-1885)*, vol. 7, tomo 3, Adelphi, Milano, 1975, p. 182.

[49] Come riferisce S. Civitarese Matteucci, *op. ult. cit.*, p. 6, «uno dei tipi di operazioni mentali che più spesso utilizziamo, come l'abduzione, che si fonda su meccanismi di cui sono intrisi i linguaggi naturali da cui apprendiamo, insieme all'apprendimento della lingua sin dalla più tenera età, il 'senso comune', sembra ancora sfuggire alla capacità dell'IA, che è in grado di operare solo mediante deduzioni e induzioni». Sul punto si vv. anche: D. Hofstadter, *Metamagical Themas. Questing for the Essence of Mind and Pattern*, Basic Books, New York, 1996, *passim*; V. Knapp, *L'applicabilità della cibernetica al diritto*, Torino, Einaudi, 1978, pp. 116 ss.

[50] Cfr. D. Hume, *Trattato sulla natura umana*, a cura di P. Guglielmoni, Bompiani (Il pensiero occidentale), Milano, 2001, Libro I, *passim*.

ISSN 2036-7821

campione in parola, per poi, nell'ultima fase, comunicare la decisione che costituisce l'output del procedimento algoritmico[51].

Proprio la fase di output è quella che viene maggiormente "attenzionata", al fine di verificare la coerenza del risultato prodotto rispetto all'attività svolta dallo strumento di IA nelle due precedenti fasi. E la ragione di ciò è semplice, l'attività di addestramento viene normalmente considerata come un'attività neutra che, pertanto, resta non indagata ("opaca"); la seconda fase, quella in cui l'algoritmo elabora la decisione sulla base del software di funzionamento, è normalmente coperta da segreto industriale. Ne viene di conseguenza che l'attenzione, sia del tecnico che del giurista, si concentri sulla sola verifica della coerenza del risultato[52].

È quanto accaduto nel 2015, allorquando l'ultimo aggiornamento di Google Photos, utilizzando un algoritmo di riconoscimento facciale, ha identificato come quella di gorilla l'immagine di due individui afroamericani. O, più di recente, quando, digitando come destinazione "cesso d'Italia" nell'interfaccia di ricerca del programma Google Maps, il sistema fissava il punto di arrivo nel cerchio di centrocampo dello Juventus Stadium, evidentemente influenzato dai commenti pseudo-satirici sorti in ragione di arbitraggi discutibili avvenuti in quella sede.

Ed ancora, all'interno della piattaforma Image Net, presentata nel 2009 in Florida, nell'ambito della *Conference on Computer Vision and Pattern Recognition*, da un gruppo di ricercatori informatici dell'Università di Princeton, sono rappresentati in maniera somaticamente differente (in ragione di una differente classificazione) i ricercatori rispetto ai professori associati, quasi che l'aspetto fisico mutasse con i progressi di carriera[53].

In tutte queste ipotesi, esemplificativamente riportate, si è ragionato in termini di errore di calcolo. Se poi a questo "errore" vuole darsi un nome altisonante, sminuendolo alla stregua di un marginale errore informatico, lo si può qualificare come un *bias di apprendimento*, che maschera, invece, un ben più grave errore di categorizzazione. D'altronde, com'è ben noto, "sta il nome per la rosa"!

Ciò consente di ignorare le domande più complesse (o forse solo più ingombranti) per gli "addetti ai lavori", relative alle ragioni che hanno consentito il generarsi di

---

[51] Si v. sul punto T.G. Dietterich - E.B. Kong, *Machine Learning Bias Statistical Bias and Statistical Variance of Decision Tree Algorithms*, Oregon State University, 1995, in *https://citeseerx.ist.psu.edu/document?repid=rep1&type=pdf&doi=893b204890394d1bf4f3332b4b902bfdb30a9a13*.

[52] Come affermato sul punto da L. Torchia, *op. ult. cit.*, p. 135, «Queste domande sono particolarmente rilevanti quando il provvedimento è il frutto dell'esercizio di un potere discrezionale: si possono conciliare, e come, l'automazione e la discrezionalità amministrativa?».

[53] Come riferisce K. Crawford, *op. ult. cit.*, p. 159, «Nella metafisica di ImageNet esistono categorie distinte di immagini per "ricercatore" e "professore associato", come se, una volta ottenuta una promozione, il profilo biometrico di una persona potesse riflettere il cambiamento di grado».

ISSN 2036-7821

queste risposte assurde, domande che «vengono solitamente ignorate nella fretta di pervenire a soluzioni squisitamente tecniche del *bias* statistico, come se queste fossero rimedi sufficienti per problemi strutturali più profondi»[54]. Ed è quanto mai raro pervenire ad un dibattito aperto volto a comprendere se a spiegare queste macroscopiche falle dei sistemi di IA «intervengano questioni più importanti della mera inadeguatezza di un insieme di dati o della progettazione carente di un algoritmo»[55].

In effetti occorre prendere contezza, in particolare da parte del giurista, che l'attività di categorizzazione/oggettivizzazione, ove applicata ad una attività umana, non può mai essere scevra, sia pure incolpevolmente, dai condizionamenti subiti da chi la svolge. Appare allora doveroso chiedersi a chi competa il compito di decidere, in maniera del tutto arbitraria – di qui il riferimento fatto in precedenza alla legalità algoritmica –, in che modo la realtà umana debba essere incasellata nell'ambito di categorie frutto anch'esse della volontà di un qualche soggetto. Che, nella normalità dei casi, non è una pubblica amministrazione, dando per scontato che la quasi totalità di esse non abbia i mezzi e le competenze per creare da sé un sistema di IA.

Se, come pare non potersi revocare in dubbio, «La prevalenza di mistificazioni *inconsce*, d'altro canto, suggerisce una conclusione generale sul contesto sociale della scienza Perché, se gli scienziati possono essere onestamente autoingannati […], allora il pregiudizio sottostante può essere trovato ovunque»[56], il giurista appare costretto a concludere che «I progettisti possono decidere quali sono le variabili e come le persone vengono assegnate alle categorie. […] la pratica della classificazione opera una centralizzazione del potere: il potere cioè di decidere quali diversità fanno la differenza»[57].

Sembra allora evidente che l'attività di classificazione (e con essa la macchina che ne fa uso), allo stato attuale neppure in astratto potrebbe definirsi neutrale: «I suoi sistemi sono incorporati nel mondo sociale, politico, culturale ed economico, plasmati da esseri umani, istituzioni e da imperativi che determinano ciò che gli uomini fanno e come lo fanno». E quando a produrre questi sistemi sono imprese private, l'imperativo principale che seguono i progettisti è quello di «aumentare i profitti e centralizzare il controllo nelle mani di coloro che lo detengono»[58].

Di ciò il giurista sembra avveduto, essendo stato ben percepito che «Il rischio della oggettività apparente è aggravato dal rischio della opacità dell'algoritmo, specie

[54] Così K. Crawford, *op. ult. cit.*, p. 152.
[55] Così ancora K. Crawford, *op. ult. cit.*, p. 146.
[56] Così S.J. Gould, *Intelligenza e pregiudizio. Le pretese scientifiche del razzismo*, Editori Riuniti, Roma, 1985, pp. 40-41.
[57] Così K. Crawford, *op. ult. cit.*, p. 150.
[58] Così K. Crawford, *op. ult. cit.*, p. 243.

ISSN 2036-7821

quando si tratti di strumenti di *machine learning*»[59].

È dunque ingannevole la prospettiva comune, volta ad individuare nei meccanismi (più o meno evoluti) di IA uno strumento organizzativo che la PA può acquistare all'esito di una procedura di appalto ed utilizzare per semplificare i propri processi decisionali. Si tratta, invece, di uno strumento di esercizio del potere che, in quanto non creato (ma solo utilizzato) dalle amministrazioni pubbliche, giustifica la ricostruzione dei caratteri del principio di legalità assunta in precedenza cui, in funzione garantistica, deve aggiungersi la necessità per il privato, ma anche per la stessa amministrazione, di poter verificare modello e modalità di funzionamento dell'algoritmo che ne è alla base.

Nel campo dell'intelligenza artificiale sembra potersi ritenere che la dialettica autorità-libertà debba dispiegarsi ad un duplice livello: non solo nel rapporto con il privato destinatario dell'esercizio del potere (di cui vanno difese le libertà ed i diritti fondamentali che ne sono il presidio), ma, ancora prima, in quello fra le imprese che realizzano questi modelli e le amministrazioni che devono farne un uso, necessariamente, rispettoso dei principi che disciplinano l'azione pubblica.

A questo proposito il giudice è stato sino ad oggi irremovibile[60]. Non è certo casuale che, in audizione al Congresso, Mark Zuckerberg abbia affermato che «In a lot a ways, Facebook is more like a government than a traditional company»[61].

Alla luce delle riflessioni condotte, diventa più agevole l'esame dei vincoli di natura giuridica all'utilizzo dell'IA da parte delle pubbliche amministrazioni, atteso che «The viability of technology, like democracy, depends in the end on the practice of justice and on the enforcement of limits to power»[62].

Sino ad oggi l'IA è stata utilizzata (dalle amministrazioni) sempre nel contesto procedimentale e, normalmente, nella fase istruttoria, non potendosi rinvenire disposizioni che ne autorizzino l'uso in sostituzione dell'elemento umano[63].

---

[59] L. Torchia, *Lo Stato digitale* cit., p. 140.

[60] Si v. Cons. Stato, sent. n. 8472/2019 cit., ove si afferma, in maniera inequivoca, che «l'utilizzo di procedure informatizzate non può essere motivo di elusione dei princìpi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa».

[61] Si v., *Mark Zuckerberg on Facebook's hardest year, and what comes next*, testo disponibile al sito: *www.vox.com/2018/4/2/17185052/mark-zuckerberg-facebook-interview-fake-news-bots-cambridge*. Nonché L. Casini, *Googling Democracy? New Technologies and the Law of Global Governance: Afterword to Eyal Benvenisti's Foreword*, in *European Journal of International Law*, Vol. 29, Issue 4, 2018, pp. 1071 ss. Il testo dell'articolo è anche consultabile in *https://academic.oup.com/ejil/article/29/4/1071/5320159*.

[62] Così U.M. Franklin, *The Real World of Technology*, House of Anansi Press, Toronto, 2004, p. 5.

[63] Si v. sul punto D.U. Galetta, *op. ult. cit.*, p. 125, la quale afferma: «personalmente non mi entusiasma affatto l'idea che l'obiettivo possa (o debba) essere quello di una "automazione totale dell'attività amministrativa": non mi pare che quest'ultimo sia un traguardo auspicabile, né giuridicamente possibile». Nello stesso senso si v. anche G. Clemente di San Luca G. e M. Paladino, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale* cit., p. 134, secondo i quali «Resta fermo comunque – allo stato – che, almeno alla luce di quanto sin qui statuito dai giudici,

L'assenza di una norma autorizzativa espressa, d'altronde, provocherebbe l'invalidità dell'atto emanato in assenza di intervento umano[64]. Si tratta di una conclusione, come si avrà modo di chiarire a breve, che riceve conferme anche da parte del diritto europeo.

Naturalmente, l'utilizzo dell'IA in ausilio all'intervento umano nell'esercizio del potere conduce, comunque, a riprendere il tema, in precedenza solo accennato, delle (differenti) modalità di conformazione del procedimento amministrativo e delle connesse garanzie.

Innanzitutto ne risente la stessa fase di iniziativa che, pur rimanendo ufficiosa, può venire a dipendere da valutazioni compiute da un algoritmo. Un caso paradigmatico può essere quello dell'amministrazione tributaria, la quale potrebbe avviare un procedimento sanzionatorio laddove il software utilizzato, esaminando le dichiarazioni dei contribuenti, riscontri anomalie suscettibili di disvelare fenomeni di evasione e/o elusione fiscale.

Trattandosi tuttavia di mere segnalazioni al funzionario competente, al quale spetterà il compito di verificarle e, se del caso, di avviare il procedimento sanzionatorio, questo "meccanismo" non desta particolari problemi.

Maggiormente rilevante è il ruolo che l'IA può rivestire nel corso dell'istruttoria. La macchina può, infatti, elaborare una ingentissima mole di dati in tempi inimmaginabili per la mente umana, sì da sottoporre all'agente una soluzione presumibilmente più completa (in ragione dei dati esaminati) rispetto a quella raggiungibile escludendone l'uso.

L'aspetto nevralgico di questo peculiare utilizzo è nel fatto che, quasi sempre, il funzionamento dell'algoritmo utilizzato per condurre l'istruttoria è ignoto al funzionario, al quale, pertanto, potrebbero sfuggire valutazioni – come l'analisi in precedenza condotta ha disvelato – basate su considerazioni di natura discriminatoria.

È allora di particolare evidenza il ruolo, di primaria importanza, che in quest'ottica assume la motivazione del provvedimento. Se ne consegue che sebbene, com'è facile prevedere, sarà arduo «per il funzionario persona fisica elaborare una motivazione convincente che giustifichi lo scostamento computazionale con il conseguente rischio

non può aversi un provvedimento integralmente automatizzato, essendo sempre imprescindibile la verifica umana».

[64] Secondo M.B. Armiento, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale* cit., p. 278, «il ricorso a una decisione amministrativa totalmente automatizzata potrebbe rappresentare una decisione viziata da eccesso di potere, per difetto di istruttoria (dal momento che la decisione amministrativa verrebbe presa senza una adeguata valutazione di elementi/requisiti da parte di un "funzionario persona fisica")». Ancora, intrecciandosi con profili di trasparenza, una decisione totalmente automatizzata sarebbe altresì priva di motivazione, con la conseguenza che sarebbe viziata sotto il profilo della violazione di legge».

ISSN 2036-7821

di esporre il provvedimento finale ad una illegittimità per carenza, insufficienza o contraddittorietà della motivazione»[65], nondimeno il decisore pubblico dovrà sempre rendere edotti i destinatari dell'atto circa le ragioni che lo hanno indotto a seguire o rifiutare l'output dell'algoritmo[66].

Conseguentemente – com'è stato efficacemente osservato – «l'uso di sistemi di Intelligenza Artificiale nel contesto della Pubblica Amministrazione non può che essere accettabile se inteso come strumento per "moltiplicare" l'intelligenza della decisione: e quindi per potenziare l'intelligenza (naturale) del funzionario pubblico». Dovendosi, di contro, ritenere non utilizzabili tutti i sistemi caratterizzati dal fatto che «gli esseri umani non possono capire il processo che la programmazione ha seguito per arrivare a una data soluzione»[67], in quanto, in una tale evenienza, alle amministrazioni sarebbe impedito di rendere manifeste le considerazioni poste alla base della decisione[68].

Dunque, entro i limiti in parola, l'IA, oltre alle ipotesi, già verificate in precedenza, di attività vincolata (in cui i presupposti di base sono certi e inopinabili), potrebbe essere impiegata a fronte di fattispecie connotate da discrezionalità tecnica o da discrezionalità amministrativa.

Laddove, infatti, l'attività si presenti di natura discrezionale (pura), è ben possibile ipotizzare l'impiego dell'IA, al fine di individuare e comparare gli interessi in gioco, che come output abbia la produzione di una soluzione idonea a storicizzare

---

[65] Così G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra provvedimento e processo*, Cedam, Padova, 2023, p. 171. Sul punto si v. anche M.B. Armiento, *op. ult. cit.*, pp. 289-290, secondo la quale: «i funzionari potrebbero essere affetti da un *confirmation bias*, che li porterebbe "a tener conto dei dati elaborati dall'intelligenza artificiale, quando a supporto dell'intuizione o convinzione formatasi dal funzionario ed a rifiutarli in caso di difformità». Si v., infine, citata dall'A., N. Rangone, *Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare i numerosi rischi per trarne tutti i vantaggi*, in *BioLaw Journal*, 2, 2022, pp. 473 ss.

[66] Affinché ciò accada, come osservato da M. Falcone, *Ripensare il potere conoscitivo tra algoritmi e big data*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 286, è necessario che «la figura del responsabile del procedimento per perseguire correttamente questi compiti di governo della decisione che utilizza le tecnologie algoritmiche deve avere delle conoscenze e competenza in grado di permettergli di governare consapevolmente l'istruttoria algoritmica […] o di comprendere i risultati di IA che razionalizzano le opzioni di scelta o prendono direttamente la decisione». Sul punto si v. anche, richiamato dall'A., A. Di Martino, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 240 ss.

[67] Così D.U. Galetta, *op. ult. cit.*, p. 128.

[68] Si v. a tal proposito Tar Lazio, Roma, Sez. III bis, 30/6/2021, n. 7769, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove, rinviando alla decisione della medesima sezione n. 3769/2017, si osserva: «la circostanza che, poi, l'algoritmo sia stato realizzato […] a opera a opera della società […] cui la creazione dello stesso è stata commissionatala da parte dell'amministrazione a seguito di aggiudicazione di procedura di appalto e che costituisca, quindi, l'oggetto di una contrattazione di tipo privatistico, non è di per se ostativa proprio in quanto, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della disciplina sostanziale, l'algoritmo è diretta espressione dell'attività svolta dalla pubblica amministrazione che è indubbiamente attività di pubblico interesse in quanto interessante l'organizzazione del servizio pubblico rappresentato dalla pubblica istruzione e, infatti, il predetto algoritmo è entrato nella procedura quale elemento decisivo e lo stesso è, comunque, stabilmente detenuto dalla stessa amministrazione ministeriale che lo ha commissionato e, quindi, utilizzato per le proprie finalità».

ISSN 2036-7821

l'interesse pubblico, che possa valere come contenuto del provvedimento. Naturalmente, «il prodotto della macchina non può costituire altro che una sorta di proposta di provvedimento, che il decisore umano dovrà considerare con estrema attenzione, indicando con accuratezza, in caso di accoglimento, le ragioni dell'assunzione»[69].

L'ambito di scelta rimesso alla macchina si riduce significativamente nell'ipotesi di discrezionalità tecnica, essa ricorrendo quando «al verificarsi della sussistenza di un dato presupposto, che si caratterizza per i suoi connotati tecnico-scientifici, e che in punto di fatto è di controversa accertabilità, l'autorità deve emanare il provvedimento nel modo in cui ha stabilito la legge»[70].

L'IA sarebbe chiamata: a) a verificare i criteri tecnico-scientifici, che per definizione sono numericamente limitati, rilevanti nell'ambito della fattispecie concreta; b) a comparare i criteri rinvenuti al fine di individuare quello maggiormente idoneo per accertare la sussistenza dei presupposti (legali) dell'azione.

In questa ipotesi, com'è stato osservato, «il ricorso alla IA riduce in maniera più significativa l'ambito della discrezionalità, imponendo una motivazione del provvedimento ancor più accurata nel caso che l'autorità amministrativa voglia discostarsi dalla proposta»[71].

Questa ricostruzione trova ulteriore conferma nel testo del regolamento UE 2024/1689 (d'ora in avanti IA Act)[72]. Ed in particolare all'art. 1, che, definendo l'oggetto della disciplina, tanto precisa: «Lo scopo del presente regolamento è migliorare il funzionamento del mercato interno e *promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile*, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»[73].

Si tratta di una disciplina applicabile anche alle pubbliche amministrazioni, come si ricava agevolmente dal fatto che il successivo art. 2, nel definire l'ambito di applicazione del Regolamento, non opera alcuna distinzione fra soggetti pubblici e privati. Non sono, tuttavia, soggetti alla sua applicazione i sistemi di IA utilizzati: «esclusivamente per scopi militari, di difesa o di sicurezza nazionale,

[69] Così G. Clemente di San Luca e M. Paladino, *op. ult. cit.*, loco cit.

[70] Così G. Clemente di San Luca, *Lezioni di diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 418.

[71] Così ancora G. Clemente di San Luca e M. Paladino, *op. ult. cit.*, 135. Gli AA. osservano, altresì, che «benché la verifica della sussistenza dei presupposti riduca significativamente i margini di scelta della P.A. (questa consistendo, non nella opportunità della decisione, bensì nel risolvere in un modo o nell'altro la opinabilità scientifica fra i criteri tecnici adoperabili per l'accertamento della condizione fattuale dell'azione), comunque l'algoritmo adoperabile è quello non deterministico».

[72] Si tratta del Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento e del Consiglio, testo disponibile al sito: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689*.

[73] Corsivo di chi scrive.

ISSN 2036-7821

indipendentemente dal tipo di entità che svolge tali attività» (co. 3); «al solo scopo di ricerca e sviluppo scientifici» (co. 6); «agli obblighi dei deployer che sono persone fisiche che utilizzano sistemi di IA nel corso di un'attività non professionale puramente personale» (co. 10), od, infine, se «rilasciati con licenza libera e open source, a meno che non siano immessi sul mercato o messi in servizio come sistemi di IA ad alto rischio o come sistema di IA rientrante nell'ambito di applicazione dell'articolo 5 [Pratiche di IA vietate] o 50 [Obblighi di trasparenza per i fornitori e i deployers di determinati sistemi di IA]» (co. 12).

Il Regolamento europeo classifica i sistemi di IA in base al rischio che può derivare dal loro impiego, distinguendo fra: a) rischio inaccettabile che, ai sensi dell'art. 5, ne preclude l'utilizzo[74]; b) rischio alto, che comporta la sottoposizione a stringenti requisiti di trasparenza, controllo umano, robustezza e *cyber security*, sanciti alla Sezione 2 del Regolamento[75]; c) rischio limitato, rispetto ai quali vi è solo l'obbliogo di trasparenza e di informazione degli utenti[76]; d) rischio minimo, per i quali il Regolamento UE non impone particolari obblighi. Ed infatti, «The vast majority of AI systems currently used in the EU fall into this category. This includes applications such as AI-enabled video games or spam filters»[77].

Dall'allegato III si ricava che l'utilizzo dell'IA per lo svolgimento dei compiti pubblici ritenuti di maggiore (potenziale) impatto sui diritti dei cittadini rientra fra i sistemi classificati ad alto rischio. Sono, infatti, individuati come tali «i sistemi di IA [impiegati] in uno dei settori indicati di seguito»: «Biometria, nella misura in cui il pertinente diritto dell'Unione o nazionale ne permette l'uso»; «Infrastrutture critiche: i sistemi di IA destinati a essere utilizzati come componenti di sicurezza nella gestione e nel funzionamento delle infrastrutture digitali critiche, del traffico stradale o nella fornitura di acqua, gas, riscaldamento o elettricità»; «Istruzione e formazione

[74] Si tratta, a grandi linee, di strumenti volti a sfruttare, anche mediante «tecniche subliminali», «le vulnerabilità di una persona fisica», oppure a «distorcere materialmente il comportamento di una persona o di un gruppo di persone». E, comunque, di utilizzi che possano condurre a risultati discriminatori nei confronti di «determinate persone fisiche o gruppi di persone». L'uso «di un sistema di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto è subordinato a un'autorizzazione preventiva rilasciata da un'autorità giudiziaria o da un'autorità amministrativa indipendente, la cui decisione è vincolante», autorizzazione subordinata alla verifica «sulla base di prove oggettive o indicazioni chiare […], che l'uso del sistema di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in questione è necessario e proporzionato al conseguimento di uno degli obiettivi di cui al paragrafo 1, primo comma, lettera h), come indicato nella richiesta e, in particolare, rimane limitato a quanto strettamente necessario per quanto riguarda il periodo di tempo e l'ambito geografico e personale».

[75] Il loro utilizzo è regolato dall'art. 6 del Regolamento sull'intelligenza artificiale.

[76] L'art. 50 dell'IA Act impone di garantire «che i sistemi di IA destinati a interagire direttamente con le persone fisiche sono progettati e sviluppati in modo tale che le persone fisiche interessate siano informate del fatto di stare interagendo con un sistema di IA, a meno che ciò non risulti evidente dal punto di vista di una persona fisica ragionevolmente informata, attenta e avveduta, tenendo conto delle circostanze e del contesto di utilizzo».

[77] Testo disponibile al sito: *https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/regulatory-framework-ai*.

ISSN 2036-7821

professionale»; «Occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo»; «Accesso a servizi privati essenziali e a prestazioni e servizi pubblici essenziali e fruizione degli stessi»; «Attività di contrasto, nella misura in cui il pertinente diritto dell'Unione o nazionale ne permette l'uso»; «Migrazione, asilo e gestione del controllo delle frontiere, nella misura in cui il pertinente diritto dell'Unione o nazionale ne permette l'uso»; «Amministrazione della giustizia e processi democratici»[78].

Limitatamente al descritto ambito, in ragione degli elevati rischi derivanti dall'utilizzo degli strumenti di IA, trova applicazione l'art. 13 del Regolamento in parola, secondo cui «I sistemi di IA ad alto rischio sono progettati e sviluppati in modo tale da garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente da consentire ai deployer di interpretare l'output del sistema e utilizzarlo adeguatamente. Sono garantiti un tipo e un livello di trasparenza adeguati, che consentano di conseguire il rispetto dei pertinenti obblighi del fornitore e del deployer»[79].

Da questa disciplina, sommariamente descritta, si evince innanzitutto la volontà, anche del normatore europeo, di escludere forme di totale automazione dell'azione amministrativa, nonché la necessità di garantire all'utilizzatore (la PA) piena contezza circa il funzionamento dei "processi volitivi" della macchina, in maniera tale da poter verificare, con piena cognizione, gli output del sistema e da giustificare (*recte* motivare) le decisioni adottate.

In tal modo il Regolamento europeo, per un verso, chiarisce i dubbi, lasciati irrisolti dal legislatore nazionale, riguardanti il dovere di conoscenza da parte delle amministrazioni circa il funzionamento dei processi algoritmici e, per altro verso, conferma (sia pure indirettamente) la necessità di una motivazione congrua alla base della decisione pubblica assunta mediante l'uso dell'IA.

I dubbi restano, tuttavia, per la restante attività posta in essere dalle amministrazioni che, almeno quantitativamente (più che qualitativamente), non è inferiore a quella indicata come ad alto rischio (ove coadiuvata dall'IA) all'interno del Regolamento. Si tratta di utilizzi dell'IA suscettibili di essere considerati a rischio minimo; conseguentemente, «un'applicazione rigida del Regolamento all'uso da parte dei pubblici poteri di tecnologie digitali, compresa l'intelligenza artificiale, potrebbe comportare una inevitabile contrazione delle garanzie a favore dei privati»[80].

---

[78] Così l'allegato III al Regolamento UE sull'intelligenza artificiale, testo disponibile al sito: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202401689#anx_III*.

[79] Ai sensi dell'art. 3, co. 1, n. 4), per deployer deve intendersi «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».

[80] Così M.B. Armiento, *op. ult. cit.*, p. 179.

ISSN 2036-7821

Di sicuro, a ben riflettere, l'inapplicabilità del Regolamento europeo crea problemi con riguardo alla conoscenza del funzionamento dell'algoritmo alla base del meccanismo di IA, ed alla intensità del controllo umano[81]. Tutti aspetti relativi all'uso della tecnologia digitale già in precedenza segnalati come problematici alla luce del diritto nazionale.

Se però con diminuzione delle garanzie si volesse intendere la possibilità di eliminare ogni forma di controllo umano sulla macchina, od anche il rarefarsi della garanzia motivazionale, difficilmente, in una siffatta evenienza, si potrebbe arrivare fondatamente a sostenere la legittimità del provvedimento così emanato.

4. Conclusioni

Un vecchio adagio cinese, ma sembra si tratti più propriamente di una maledizione, così recita: «Che tu possa vivere tempi interessanti».

A quanto è dato comprendere, nella lingua cinese l'aggettivo "interessante" viene utilizzato come sinonimo di complesso, di difficoltoso. Insomma, se volessimo trasporre questo cattivo auspicio nella lingua italiana avrebbe più o meno il seguente tenore: «che tu possa vivere in tempi difficili».

Riflettendo sull'argomento oggetto di queste brevi riflessioni, è davvero arduo non sentirsi colpiti in pieno da questo terribile anatema. Ciò nondimeno, alla luce delle riflessioni sin qui svolte, è possibile provare a rassegnare qualche rapida conclusione.

L'IA, i cui difetti strutturali e metodologici (nell'approccio ad essa) si è provato ad evidenziare, non è un "demone incontrollabile" da esorcizzare il prima possibile. Così opinando si commetterebbe un errore di prospettiva gravissimo. Nessuna tecnologia è, a priori, buona o cattiva, ciò venendo a dipendere non (o quanto meno non soltanto) dall'uso che se ne fa, bensì dal modo in cui viene "educata" a ragionare; è questo il momento più delicato, attesa la difficile intellegibilità dell'algoritmo, che si risolve in incertezza sulla bontà del risultato di output. Ragion per cui, neppure si può fingere che il pericolo non vi sia.

A tal fine non si può trascurare un fatto di non poco rilievo, su cui poco (o nulla) si dibatte in letteratura, e cioè che l'IA nasce per scopi militari e/o di polizia.

Ancora una volta un esempio può essere illuminante. La società Palantir – dal nome delle pietre veggenti de *Il Signore degli Anelli* –, che vede tra i suoi fondatori Peter Thiel (cofondatore di PayPal, consigliere e finanziatore del presidente Donald Trump durante il suo primo mandato), nasce come una *start up* della Silicon Valley (con sede

[81] Sancita espressamente dall'art. 14 del Regolamento UE, a tenore del quale «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».

ISSN 2036-7821

a Palo Alto) che ha avuto come suoi primi clienti le agenzie di *intelligence* federali: la CIA, la NSA, l'FBI ed il Dipartimento della difesa. E pur avendo fra i suoi clienti banche e società (come Walmart), ha mantenuto una vocazione – si potrebbe ritenere – di carattere difensivistico (un *imprinting* del tipo "buoni contro cattivi"), al punto tale che in una indagine di Bloomberg del 2018 Palantir è stata definita «una piattaforma di intelligence progettata per la guerra globale al terrorismo […] armata contro i comuni cittadini americani sul territorio nazionale».

Appare allora evidente che quando l'IA serve a supportare l'esercizio del potere, specie se si tratta di potere discrezionale, occorre che tutte le garanzie tipiche del procedimento vengano non solo rafforzate, ma anche adattate ai mutamenti strutturali indotti, all'esercizio del potere, dalle nuove tecnologie. Così, ad esempio, il "valore" della partecipazione può essere recuperato anche anteriormente all'apertura del singolo procedimento, potendo efficacemente servire a raccogliere tutti gli interessi coinvolti che, tramutati in dati, ed immessi nel software, possono servire ad informare correttamente la macchina; sì da indicare la direzione della (successiva) azione amministrativa evitando che sia la irrazionalità o la lesività del risultato a «produrre, paradossalmente, un effetto di disvelamento dei pregiudizi umani che hanno inciso sulla scelta dei dati o sulle regole del calcolo»[82].

D'altronde, se l'acquisizione degli interessi – che altro non sono se non le esigenze di una collettività – viene rimessa a categorie oggettivizzate di fattispecie formate da tecnici di altre scienze, con il rischio di una loro (mal-)celata soggettivizzazione, in ossequio ad una astratta logica ispirata alla efficienza ed alla (apparente) razionalità, diventa davvero difficile non ritenere che occorra «respingere l'idea che gli stessi strumenti che servono il capitale, le forze armate e la polizia siano adatti anche a trasformare scuole ospedali, città ed ecologie, come se fossero calcolatori volontariamente neutri applicabili ovunque»[83].

Com'è stato efficacemente osservato, l'IA «In fact, it is a gold rush. And a lot of the people who are making money are not the people actually in the midst of it. But it's humans who decide whether all this should be done or not. We should remember that we have the agency to do that»[84].

[82] Così L. Torchia, *op. ult. cit.*, p. 141.
[83] Così K. Crawford, *op. ult. cit.*, loco cit.
[84] Così, J. HARRIS, *There was all sorts of toxic behaviour': Timnit Gebru on her sacking by Google, AI's dangers and big tech's biases*, in The Guardian (May 22, 2023), il quale riferisce le parole di Timnit Gebru.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La tutela dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione. Il caso della ripetizione dell'indebito retributivo da parte della p.a.

di **Sonia Caldarelli**

(Professoressa Associata di diritto amministrativo dell'Università degli Studi di Bergamo)

Sommario

1. Oggetto dell'indagine e premessa di metodo; - 2. La tutela del legittimo affidamento nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati tra diritto pubblico e diritto comune; - 2.1. Sulla concezione "privatistica" dell'affidamento e sulla clausola generale della buona fede; - 3. La cartina di tornasole del legittimo affidamento come limite alla ripetizione dell'indebito retributivo; - 3.1. Segue: la ripetizione dell'indebito come atto iure privatorum e le implicazioni sulla tutela dell'affidamento; 3.2. La giurisprudenza della Corte EDU sulla legitimate expectation quale limite alla ripetizione dell'indebito; - 3.2.1. La natura della legitimate expectation di matrice convenzionale; - 3.3. I rimedi a sua tutela: un tema di diritto nazionale. La rimessione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2033 c.c. per violazione del legittimo affidamento; - 3.4. La soluzione fornita dalla Corte costituzionale: buona fede oggettiva, inesigibilità della prestazione e risarcimento del danno; - 4. Note conclusive.

Abstract

This essay analyzes the role of legitimate expectations in cases where public authorities seek to recover undue payments. It draws on domestic and supranational sources, as well as on doctrinal and case-law developments, and assesses the coherence of the framework in light of the Constitutional Court's 'Convention-oriented' interpretation (Judgment No. 8/2023). The article proposes a conceptual framework for the protection of legitimate expectations in relations between public authorities and private parties, both iure imperii and iure privatorum.

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

ISSN 2036-7821

1. Oggetto dell'indagine e premessa di metodo.

La rilevanza del legittimo affidamento nei rapporti tra amministrazione e soggetti privati e le relative tecniche di tutela, sono temi oggetto, da molti anni, di ampio e vivace dibattito in dottrina e giurisprudenza[1]., se la dottrina amministrativistica tradizionale ha ricondotto il legittimo affidamento nei rapporti tra PA e privati alla clausola generale di buona fede, riconoscendogli una chiara matrice privatistica sebbene con implicazioni peculiari quanto ai rapporti di autorità[2], la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea[3] (e anche quella della Corte Costituzionale[4]) ha posto l'accento sulla derivazione del legittimo affidamento dal

[1] Il legittimo affidamento nei rapporti tra p.a. e privati è stato oggetto di puntuali e approfondite trattazioni in dottrina: senza pretesa di esaustività e ferme le ulteriori citazioni nel corpo del testo, cfr. 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; L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005; S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione,* Torino, 2005; ; R. Musone, *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Ed. Aracne, Roma, 2012; A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche,* in Riv. Della Reg. dei Mercati, 2016, 2, 6 ss.; Id., *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in Dir. Pubbl, 2018, 1, 122 ss.; D. U. Galetta, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in Dir. amm., 2008, 757 ss..

[2] Il riferimento è alla fondamentale opera di F. Merusi, *L'affidamento del cittadino,* op. cit., e ristampa, con *Introduzione* dell'a., B*uona fede e affidamento nel diritto pubblico – Dagli anni "trenta" all'alternanza*, Milano, 2001, ma anche a F. Manganaro, *op. cit.*.

[3] Tra le prime sentenze, si v. Cgue, 3 maggio 1978, causa C-12/77, *Topfer*. Per gli ulteriori riferimenti, cfr. infra par. 2.

[4] Nella prospettiva costituzionalistica la questione degli spazi di tutela del legittimo affidamento nel rapporto tra governanti e governati, è stata prospettata in relazione alle modifiche normative e alla pretesa di equilibrio e di stabilità delle situazioni soggettive ex lege riconosciute, ossia sotto il profilo della legittimità costituzionale delle leggi retroattive che incidono su posizioni di vantaggio consolidate. L'insussistenza di un esplicito referente costituzionale a tutela del legittimo affidamento ha comportato una certa difficoltà della giurisprudenza costituzionale nella individuazione del parametro sulla base del quale poter valutare la legittimità costituzionale di legge sospettate di contrastare con il legittimo affidamento: la Corte, sulla scorta della dottrina tedesca che rinviene nel principio della certezza giuridica il fondamento del legittimo affidamento, ha affermato che esso sia una espressione della sicurezza giuridica "*quale elemento fondamentale dello Stato di diritto*" (Corte Cost. n.349/1985; Id. n.822/1988; Id. n.39/1993, nonché più di recente Id. n.216/2015, n. 203/2017). Tuttavia, sovente il parametro costituzionale è stato ricostruito mediante il ricorso all'art. 3 co. 1 cost. quale espressione del principio di ragionevolezza e alle altre norme costituzionali relative ai diritti fondamentali costituzionalmente tutelati incisi dall'intervento legislativo, emergendo pertanto un fondamento "soggettivo" (e non meramente oggettivo, quale dovrebbe desumersi dal riferimento alla "sicurezza" o "certezza" giuridica) del legittimo affidamento: per una ampia ricostruzione degli approdi della giurisprudenza costituzionale e della incerta identificazione del legittimo affidamento, si v. F. F. Pagano, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale,* in Dir. Pubbl., 2014, 2, 604 ss.. Per una critica agli approdi della giurisprudenza, di veda Ibidem, 605 ss. secondo cui essa non appare sempre lineare negli esiti ricostruttivi e negli approdi interpretativi; per altro verso, la dottrina ha rilevato che la Corte costituzionale non sarebbe riuscita ad individuare un chiaro referente costituzionale (così P. Carnevale, *La tutela del legittimo affidamento….cerca casa*, in Giur. Cost., 2011, 1, 16 ss.) e, per altro verso ancora, avrebbe individuato un "*baluardo efficace, ma certo non insormontabile*" (M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (parte seconda),* in Giur. it., 2007, 8, 2090 ss.): ci si riferisce alla circostanza che, al di là delle affermazioni di principio, la rilevanza del legittimo affidamento non precluderebbe il sacrificio delle situazioni di vantaggio,

ISSN 2036-7821

principio di certezza giuridica; più di recente, parte della dottrina[5] e della giurisprudenza (in particolare delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, complice il condizionamento derivante dalla risoluzione della relativa questione di giurisdizione) ha sostenuto una diversa consistenza del legittimo affidamento di matrice pubblicistica, rispetto a quello di matrice civilistica, prospettando quindi due distinti regimi giuridici: uno, quello del "legittimo affidamento" pubblicistico regolato dalle norme di diritto pubblico ed in particolare dall'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 ss. mm. ii., l'altro quello, di matrice privatistica, dell'"affidamento incolpevole", regolato dalle norme di diritto comune quale espressione della clausola generale di buona fede e correttezza, con implicazioni sul piano delle tecniche di tutela (che oscillano dalla rilevanza dell'affidamento come limite che indice sulla legittimità dell'azione amministrazione, alla sua lesione come elemento costitutivo dell'azione di responsabilità)[6].

---

imponendo solo il rispetto di specifiche modalità: si v. in tal senso anche, A. Travi, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, *op. cit*., 121.

[5] Cfr. F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione,* in Dir. Proc. amm., 2018, 823 ss.

[6] Nei limiti del presente contributo non è possibile soffermarsi sulla declinazione "affidamento incolpevole" e "affidamento legittimo" elaborata dalla più recente giurisprudenza delle sezioni Unite della Corte di Cassazione, complice il condizionamento derivante dalla risoluzione delle sottese questioni di giurisdizione. Si impone, comunque, qualche cenno. La giurisprudenza sia amministrativa che di legittimità riconosce che, pur a fronte di un legittimo provvedimento di autotutela, possa darsi una lesione dell'affidamento del privato sulla conservazione/spettanza del vantaggio conseguito. Si riconosce altresì che pur in mancanza di un provvedimento attributivo del bene, la condotta procedimentale (ivi compresa l'inerzia della pubblica amministrazione) potrebbe in astratto essere posta a fondamento di un'azione di risarcimento del danno per lesione dell'affidamento. Nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un, 25 settembre 2025, n. 26080; Id. 28 aprile 2020, n. 8236; Id. 15 gennaio 2021, n.615; Id. 11 maggio 2021, n.12428) i predetti esiti interpretativi sono frutto della ritenuta differente consistenza dell'affidamento che viene in rilievo: si afferma in altri termini che l'affidamento del privato alla correttezza della condotta della pubblica amministrazione, risarcibile in caso di lesione, sarebbe l'"affidamento incolpevole" (basato sulla clausola di buona fede e correttezza) e non già il legittimo affidamento retto dalle norme di diritto pubblico e tutelato attraverso le regole di validità dell'azione amministrativa. L'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione fatto proprio nella sua più recente giurisprudenza costituisce uno sviluppo degli argomenti delle note ordinanze gemelle nn. 6594, 6595 e 6596 delle 2011, con cui, rispettivamente, la Corte ha ritenuto rientrante nella giurisdizione ordinaria: (i) la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole (nella specie una concessione edilizia) poi legittimamente annullato in via di autotutela; (ii) la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento riposto nell'attendibilità della attestazione rilasciata dalla pubblica amministrazione (rivelatasi erronea) circa la edificabilità di un'area (chiesta dal privato per valutare la convenienza economica di acquistare un terreno) e nella legittimità della conseguente concessione edilizia, successivamente annullata; (iii) la controversia avente ad oggetto la domanda autonoma di risarcimento danni proposta da colui che, avendo ottenuto l'aggiudicazione in una gara per l'appalto di un pubblico servizio, successivamente annullata dal giudice amministrativo, deduca la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento di aggiudicazione apparentemente legittimo. Ciò in quanto "*il provvedimento che aveva concesso il diritto a edificare e che, perché illegittimo, è stato legittimamente posto nel nulla, rileva per il titolare dello ius aedificandi esclusivamente quale mero comportamento degli organi che hanno provveduto al suo rilascio, integrando così, ex art. 2043 c.c., gli estremi di un atto illecito per violazione del principio del neminem laedere, [..] per avere tale atto, con la sua apparente legittimità, ingenerato nel destinatario l'incolpevole convincimento (fondato sull'affidamento in ordine alla*

ISSN 2036-7821

Nell'ambito di questo dibattito il presente contributo indaga sul tema specifico e puntuale del legittimo affidamento come limite alla ripetizione dell'indebito da parte della pubblica amministrazione[7], che ha recentemente interessato, nella dialettica

legittimità dell'atto amministrativo e, quindi, sulla correttezza dell'azione amministrativa) di potere legittimamente procedere all'edificazione". Come osservato dalle Sez. Un. della Corte di Cass. nella citata ord. n. 8236/2020, i principi espressi nelle tre ordinanze gemelle del 2011 non sono stati pacificamente applicati essendo intervenute pronunce delle Sezioni Unite che, discostandosi da tale orientamento, hanno invece affermato la giurisdizione amministrativa sull'azione risarcitoria per lesione dell'affidamento riposto nella legittimità del provvedimento amministrativo, annullato in autotutela o ope iudicis (si veda la ricostruzione dei diversi orientamenti riportata nel par. 19). Il più recente orientamento delle Sezioni Unite ha ribadito che in caso di affidamento riposto dal privato nella legittimità del provvedimento amministrativo, la giurisdizione spetta al GO in quanto la lesione "*discende non dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo che si estrinseca nel provvedimento, bensì dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede di diritto privato cui si deve uniformare il comportamento dell'amministrazione*", ed ha esteso tali principi anche all'ipotesi in cui manchi il provvedimento finale attributivo della posizione di vantaggio derivando l'affidamento dalla condotta "procedimentale" della PA e dalla sua inerzia e mancata chiusura del procedimento con un atto finale favorevole. Secondo tale prospettazione la nozione di affidamento quale espressione della buona fede, che si sostanzia nella "*fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta*", è "*una situazione autonoma tutelata in sé e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica*", diverso dall'"*affidamento legittimo" la cui forma tipizzata di tutela si rinviene nella disciplina dell'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo illegittimo dettata dall'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990*". Situazione giuridica espressamente definita come "diritto soggettivo", senza tuttavia meglio specificare a quale norma tale diritto soggettivo si riferirebbe per la sua attribuzione e comunque negando la tesi giurisprudenziale secondo cui si tratterebbe del "*diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del patrimonio*". Il tema ha suscitato grande attenzione in dottrina: tra i più autorevoli contributi, in relazione alle ordinanze gemelle del 2011, si v. M. A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzioni di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. St., ad. Pl. 23 marzo 2011 n.3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6596 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli),* in Federalismi, 2011, 7, 1 ss.; A. Travi, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in Foro it., I, 2011, 2387 ss.; in senso favorevole alla tesi della Cassazione, si v, R. Caponigro, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione,* in Federalismi, 2011, 10, 1 ss.. Con tre sentenze del 29 novembre 2021, le nn. 19, 20 e 21, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha, invece, ritenuto che legittimo affidamento derivante da un provvedimento amministrativo ampliativo sarebbe espressione clausola generale di buona fede e correttezza che, sebbene di matrice civilistica, opera anche nei rapporti di autorità tra PA e privato imponendo in primis all'amministrazione doveri a salvaguardia delle situazioni soggettive coinvolte che "*in quanto afferenti a quel rapporto, non mutano la loro natura e consistenza*"; secondo tale interpretazione, il legittimo affidamento sarebbe quindi una "*situazione soggettiva del privato che afferisce pur sempre all'esercizio del potere pubblico*". Il giudice amministrativo ha altresì riconosciuto "ambivalenza" al legittimo affidamento sia come regola di validità dell'esercizio del potere, sia come regola di condotta: in questo senso, tra la giurisprudenza più risalente, in materia di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione in caso di revoca legittima degli atti di gara, si v. Cons. St. Ad. Pl., 5 settembre 2006, n.6. Più di recente, Id. 4 maggio 2018, n.5 e Id. n.21/2021 cit. Per una critica all'operativa della distinzione tra regole di condotta e regole di validità nel diritto amministrativo, si v. l'approfondita e lucida ricostruzione di L. Lorenzoni, *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a,* in Dir. Amm., 2020, 1, 235 ss. Si v. anche G. Tulumello, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, Liber Amicorum per Salvatore Raimondi, Ed. Sc., Napoli, 2022; G. Mannucci, *La decisione della Plenaria sull'affidamento: una svolta a metà*, in Giorn. Dir. Amm., 2022, 3, 7 ss..

[7] La ripetizione dell'indebito da parte della pubblica amministrazione costituisce, secondo l'interpretazione maggioritaria della giurisprudenza, un atto dovuto e (sostanzialmente) vincolato (sia se qualificato come atto di ripetizione dell'indebito ex art. 2033 c.c., sia se qualificato come atto di autotutela); la prassi applicativa ha

ISSN 2036-7821

ordinamento nazionale e europeo, la Corte Costituzionale, la Corte Europea dei diritti dell'uomo, il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione, alla ricerca di un punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze (pubbliche) di reintegrazione del patrimonio dell'amministrazione e (private) di garanzia delle aspettative del privato: si tratta di una vicenda che offre l'occasione per una ulteriore riflessione sulle tecniche di tutela del legittimo affidamento nei rapporti tra PA e soggetti privati[8].

In estrema sintesi:

a) La Corte di Strasburgo, nella sentenza 11 febbraio 2021 *causa Casarin c. Italia*,[9] ha ritenuto che il "legittimo affidamento" del privato alla percezione delle retribuzioni corrisposte in modo continuativo e senza riserve dalla pubblica

---

dimostrato che la doverosità dell'azione di recupero si deve, comunque, confrontare con l'esigenza di tutela del legittimo affidamento del soggetto privato che abbia percepito in buona fede, in modo continuativo e senza riserve, le somme corrisposte per errore dalla pubblica amministrazione. Gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa e di legittimità sulla qualificazione della ripetizione dell'indebito da parte della pubblica amministrazione sono riportati *infra* ai parr. 3 e ss., ai quali si rinvia per le relative citazioni. Occorre anche rammentare che, a differenza dell'indebito retributivo oggetto della presente trattazione, nel diritto interno l'indebito previdenziale e pensionistico costituisce oggetto di una regolamentazione speciale che tutela espressamente il legittimo affidamento: difatti l'art. 52 l. 9 marzo 1989, n. 88 dispone che "[*l*]*e pensioni […] possono essere rettificate in ogni momento dagli enti o fondi erogatori in caso di errore di qualsiasi natura commesso in sede di attribuzione, erogazione o riliquidazione della stessa*"; tuttavia *"[n]el caso in cui […] siano state corrisposte rate di pensione risultanti non dovute, non si fa luogo al recupero delle somme corrisposte, salvo che l'indebita percezione sia dovuta a dolo dell'interessato"*. Si v. anche Corte costituzionale n. 1 del 2006, secondo cui spetta al legislatore che si sia allontanato dal principio civilistico della totale ripetibilità dell'indebito oggettivo (art. 2033 c.c.), la scelta nella individuazione degli strumenti più idonei a garantire ai pensionati a basso reddito un congruo livello di tutela.

[8] La questione del legittimo affidamento come limite alla ripetizione dell'indebito da parte della pubblica amministrazione ha suscitato molta attenzione nella dottrina civilistica, con particolare riferimento alla questione della valorizzazione della clausola generale di buona fede e dell'istituto della inesigibilità della prestazione (v. E. Bufano, A. Dinisi, *op. cit.*; C. De Menech, *op. cit.*; C. Scognamiglio, *op. cit.*; G. Vettori, *op. cit.*), mentre non è stata oggetto di particolare analisi da parte della dottrina amministrativista (nel recente lavoro monografico di G. Mannucci, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Ed. Sc., Napoli, 2023, alla sentenza della Corte Costituzionale viene riservata una nota, solo finalizzata a descrivere il contenuto della decisione, senza che da essa si siano tratte particolari implicazioni quanto al tema generale trattato nell'opera): la ragione sembra derivare dalla circostanza che il tema specifico di cui si tratta, coinvolga istituti tipici del diritto privato, quali la ripetizione dell'indebito, la clausola generale della buona fede, le possibili sue estensioni e l'istituto della inesigibilità, fornendo spunti interpretativi "innovativi" sull''affidamento e sui rimedi a sua tua tutela. In realtà, non può essere trascurato il contesto in cui si colloca la decisione della Corte Costituzionale, che è quello dei rapporti tra pubblica amministrazione e privato e della rilevanza, in essi, del legittimo affidamento del privato; in tale prospettiva, la decisione è di interesse là dove fornisce spunti ricostruttivi utili sulla natura del legittimo affidamento, collocandosi all'interno dell'attuale dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla natura di esso e sulle tecniche di tutela con riferimento ai rapporti amministrative.

[9] Corte Edu, 11 febbraio 2021, causa *Casarin c. Italia*, ric. n. 4893/13, reperibile online su https://hudoc.echr.coe.int. In senso conforme, si vedano Id., 12 dicembre 2019, *Romeva contro Macedonia del Nord*; Id., 26 aprile 2018, *Cakarevi contro Croazia* e 15 settembre 2009, *Moskal contro Polonia*, tutte consultabili online su https://hudoc.echr.coe.int. In dottrina, per un commento alla decisione della Corte Edu *Casarin c. Italia*, si v. E. Bufano, A. Dinisi, *Ripetizione dell'indebito e affidamento dell'accipiens. CEDU e diritto interno a confronto*, in Pactum, 2022, 71 ss. e C. De Menech, *La protezione dell'affidamento qualificato nel diritto privato europeo sullo sfondo del dialogo tra Corte EDU e giudici nazionali in materia di ripetizione degli emolumenti non dovuti dalla PA,* in Jus Civile, 6, 2022, 1443 ss.

ISSN 2036-7821

amministrazione, rientri nel campo di applicazione 1 Prot. addiz. CEDU sulla "Protezione della proprietà"[10], con conseguente necessità per l'amministrazione di rispettare i limiti della legalità dell'ingerenza, della sussistenza di un interesse pubblico, nonché della sua proporzionalità[11].

b) La Corte Suprema di Cassazione ha sottoposto alla Corte costituzionale[12] la questione, con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 1 Prot. 1 Add. CEDU come interpretato dalla Corte EDU), di legittimità costituzionale dell'art. 2033 cod. civ.[13], "*nella parte in cui, in caso di indebito retributivo erogato da un ente pubblico e di legittimo affidamento del dipendente pubblico percipiente nella definitività dell'attribuzione, consente un'ingerenza non proporzionata nel diritto dell'individuo al rispetto dei suoi beni*".

c) Diversamente dalla Suprema Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato[14] ha ritenuto di poter dare ingresso al legittimo affidamento quale limite alla ripetizione dell'indebito da parte della pubblica amministrazione, o qualificando l'atto di ripetizione come "autotutela" (soggetta quindi ai principi e regole del potere di annullamento d'ufficio ex art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990 ss. mm. ii.) ovvero attraverso una lettura "meno rigorosa" (rispetto a quella fatta propria dalla giurisprudenza ordinaria che escludeva ogni rilevanza dell'affidamento come limite alla ripetizione dell'indebito) dell'art. 2033 c.c. (sul presupposto della sua natura di atto *iure privatorum*), intesa come norma che lascerebbe spazio, in sede applicativa, alle valutazioni ponderative in ordine alla rilevanza del legittimo affidamento del privato.

d) La Corte Costituzionale con la sentenza n.8 del 2023[15], nel dichiarare non

[10] Si riporta di seguito il testo dell'art. 1 Prot. 1 CEDU sulla Protezione della proprietà: "*1. Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. 2. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.*"

[11] Su cui vedi *infra* parr. 3.2. e 3.2.1.

[12] Corte di Cassazione Sezione Lavoro, ordinanza del 14 dicembre 2021, n. 4004, iscritta al n. 21 del reg. ord. 2022. Per un commento all'ordinanza si v. L. Cinotti, *L'indebito oggettivo e l'indebito contrattuale: un'irrisolta questione storica*, in Diritto & Conti. Bilancio – Comunità – Persona, 14 Maggio 2022. Su questo tema vedi *infra* par. 3.3.

[13] Ai sensi dell'art. 2033 c.c. "*Chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato. Ha inoltre diritto ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda*".

[14] Cons. St., Sez. II, 1° luglio 2021, n.5014. Per approfondimenti, vedi *infra* par. 3.3.

[15] Corte costituzionale, 27 maggio 2023, n.8: tra i primi commentatori, si v. C. Scognamiglio, *Affidamento, responsabilità contrattuale, inesigibilità: una nuova prospettiva di sviluppo della clausola generale di buona fede*, in Accademia, Rivista dell'Associazione Civilisti italiani, 1, 2023, 297 ss.; L. Taschini, *L'indebito oggettivo per prestazioni pubbliche ricevute, previdenziali e retributive: ripetizione e affidamento legittimo, tra Costituzione e diritto europeo convenzionale*, in Labor, 5, 2023, 515 ss. La decisione della Corte costituzionale è stata valorizzata altresì

ISSN 2036-7821

fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2033 c.c. ha ritenuto percorribile una interpretazione "*convenzionalmente orientata*" del quadro normativo interno: secondo il Giudice delle leggi i principi affermati dalla giurisprudenza della Corte EDU possono trovare ingresso nel nostro ordinamento, sotto il profilo sostanziale, mediante il riferimento alla clausola generale della buona fede oggettiva (artt. 1337, 1175 e 1375 c.c.) che impone alla pubblica amministrazione di tenere in considerazione l'interesse del privato (richiamando la valutazione ponderativa degli interessi) e, sotto il profilo rimediale (delle tecniche di tutela), mediante l'istituto della "inesigibilità" della prestazione e del risarcimento del danno.

Muovendo da un'analisi delle fonti interne e sovranazionali l'indagine che si intende condurre si articola secondo un metodo deduttivo: dapprima sinteticamente dando conto dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale dell'istituto; poi sottoponendo a verifica, in relazione al caso della ripetizione dell'indebito retributivo da parte della pubblica amministrazione, la coerenza del sistema, attraverso l'interpretazione "convenzionalmente orientata" offerta dalla Corte costituzionale (sent. n. 8/2023); infine, proponendo una sintesi teorica delle tecniche di tutela dell'affidamento nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati, tanto *iure imperii* quanto *iure privatorum*.

2. La tutela del legittimo affidamento nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati, tra diritto pubblico e diritto comune

All'affermazione della necessaria tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione ha largamente contribuito l'opera di Fabio Merusi[16]. Egli ha argomentato in ordine all'operatività della clausola generale di buona fede anche nei rapporti di diritto amministrativo (sia di diritto pubblico che di diritto privato) e alla tutela del legittimo affidamento[17].

---

nello scritto di G. Vettori, *La buona fede nella "nuova" legalità plurale*, in PA Persona e Amministrazione, 2022, 2, 1 ss., come esempio delle potenzialità del rimedio della inesigibilità della prestazione (si v. in particolare, pagg. 25-26).

[16] In questo senso, A. Travi, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, op. cit., 122.

[17] Prima della ricostruzione sistematica fornita da F. Merusi, *L'affidamento del cittadino, op.cit., passim*, la dottrina riteneva sostanzialmente incompatibile la tutela dell'affidamento con la posizione di supremazia speciale della pubblica amministrazione, astretta solo alla necessaria tutela del pubblico interesse, senza che potesse emergere un'aspettativa giuridicamente tutelabile del privato a godere di un certo trattamento. Sulla rilevanza della buona fede e dell'affidamento nei rapporti tra p.a. e privato, si v. M. S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 373 ss. (nel quale scritto si dubitava della possibilità di estendere i canoni civilistici al diritto amministrativo) e Id., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 35 (nel quale, invece, il Maestro riconosceva la rilevanza dell'affidamento nei rapporti tra p.a. e privati). Sempre successivamente all'opera di Merusi, in senso favorevole all'operatività della buona fede e dell'affidamento nei rapporti tra p.a. e cittadini, si v. anche A. Mantero, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979; P. Stella Richter, *L'aspettativa di provvedimento*, in Riv. Trim. dir. pubbl., 1981, 22 ss.. Per la ricostruzione puntuale

ISSN 2036-7821

Muovendo dal postulato della inesauribilità del potere e dell'ampia possibilità per l'amministrazione di riesaminare i propri provvedimenti[18], la dottrina ha argomentato in ordine alla necessità per l'amministrazione, del rispetto di obblighi di protezione del privato (non espressamente ipostatizzati in norme puntuali). In altri termini, dall'operatività della buona fede e correttezza come clausola generale dell'ordinamento giuridico operante in ogni rapporto (pubblico o privato), deriverebbe anche la necessità che la pubblica amministrazione tenga conto, in sede di esercizio del potere, del legittimo affidamento del privato. Nei rapporti autoritativi, il particolare (ma non esclusivo[19]) terreno di emersione del legittimo affidamento (che presuppone l'esistenza – o l'apparenza - di una posizione di vantaggio acquisita in buona fede e la conseguente aspettativa in ordine alla sua conservazione, giusta un comportamento coerente e non contraddittorio dell'amministrazione, alla quale si aggiunge il necessario elemento temporale e l'inerzia dell'amministrazione [20]) si rinviene nell'autotutela amministrativa. In questo ambito, l'esigenza di tutela del legittimo affidamento si risolverebbe in un limite a detto potere riconducibile alla necessaria ponderazione dell'interesse del privato con quello pubblico e alla ragionevolezza e non sproporzione del sacrificio[21], secondo i paradigmi di invalidità propri del diritto amministrativo.

Il concetto di "legittimo affidamento" si sviluppa quindi come limite nei confronti dei poteri pubblici a tutela della stabilità delle situazioni giuridiche soggettive dei privati[22], costituendo, in stretta correlazione con il principio di proporzionalità, la "misura" del legittimo esercizio del potere della pubblica amministrazione. In tale accezione, il legittimo affidamento è potenzialmente recessivo, in ragione del meccanismo della ponderazione degli interessi e della tecnica del bilanciamento, a

della letteratura precedente all'opera del Maestro, si v. G. Mannucci, *op. cit.*, 20-21, e gli ampli richiami bibliografici ivi contenuti. Per una analisi delle ragioni a fondamento delle oscillazioni dottrinali in ordine alla rilevanza della clausola di buona fede nel diritto amministrativo, si v. L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza e buona fede*, *op. cit.*, 51 ss.; quanto alla diversità concettuale e di fondamento tra la buona fede e il legittimo affidamento, anche in relazione al contributo di Fabio Merusi, *Ibidem*, 119 ss.

[18] In questo senso, M. Clarich, *Sanzioni amministrative e legittimo affidamento*, in E. Bruti Liberati, M. Clarich, *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto. L'opera scientifica di Aldo Travi*, Pisa, ETS, 2022, 74.

[19] Si pensi, per fare solo qualche esempio, alla materia degli illeciti edilizi e dei poteri sanzionatori della pubblica amministrazione, su cui si v. il recente contributo di M. C. Spena, *La repressione degli abusi edilizi: il proteiforme sistema sanzionatorio come paradigma dell'operazione di bilanciamento di interessi confliggenti*, in Le note a sentenza di GIUSTIZIA INSIEME Annuario della giurisprudenza amministrativa annotata 2023 (1° semestre), Ed. Sc., Napoli, 2023, 347 ss., oppure alla materia dei contratti pubblici, con particolare riferimento alla responsabilità precontrattuale da lesione dell'affidamento (anche prima dell'aggiudicazione e della sua revoca/annullamento).

[20] Cfr. L. Giani, *Affidamento del privato tra certezza della decisione ed (in)esauriblità del potere. Spunti sulla (ir)rilevanza dell'errore*, in Scritti in onore di Bruno Cavallo, Torino, 2021, 123 ss.

[21] Si v. in questo senso, M. C. Spena, *op. cit*.

[22] D. Corletto, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, Cedam, 2007, 1 ss.

ISSN 2036-7821

fronte della preminenza del pubblico interesse[23]. In altri termini, la tutela dell'affidamento non si risolve nella "*garanzia di un risultato favorevole al cittadino*", ma "*nell'introduzione di una variabile specifica nell'esercizio di un potere discrezionale*"[24]; soluzione che, secondo parte della dottrina, sarebbe largamente insoddisfacente se non controbilanciata da misure riparatorie o indennitarie, avendo l'affidamento del cittadino nei rapporti con la PA un contenuto essenziale costituito dalla tutela di un bene[25] il cui sacrificio, postulerebbe una qualche forma di riparazione.

È noto che con la legge generale sul procedimento amministrativo[26] e, in particolare, per effetto dele modifiche normative[27] che hanno espressamente disciplinato i poteri

[23] Questa prospettiva è stata accolta anche dalla Corte di giustizia dell'Unione europea: si v. Id., 22 marzo 1961, in C-42/59 e c-49/59, S.N.U.P.A.T. e 12 luglio 1962, in C. 14/61, Hoogovens.

[24] A. Travi, *op. loc. ult. cit.*, 131.

[25] I*bidem*, 134.

[26] Legge 7 agosto 1990, n. 241 *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, il cui articolo 1, già nella versione originaria, conteneva il riferimento ai "principi generali dell'ordinamento comunitario", tra i quali si annovera anche il legittimo affidamento. Sui principi generali richiamati all'art. 1, si v. A. Massera, *I principi generali*, in G. Greco, M. P. Chiti (a cura di), Trattato di diritto amministrativo europeo, Milano, 2007, nonché i contributi di G. Corso, *Il principio di legalità*, G. della Cananea, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, D. U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, A. Massera, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, M. R. Spasiano, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, E. Zampetti, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in Codice dell'azione amministrativa, *op. cit*. Più di recente, si v. i contributi di M.A. Sandulli, *Introduzione. La complessità delle fonti, le tendenze del sistema e il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, G. Corso, *Il principio di legalità*, M. R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, L. Antonini, *Il principio di imparzialità*, D. U. Galetta, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, A. Corrado, *Il principio di trasparenza e i suoi strumenti di attuazione*, in Principi e regole dell'azione amministrativa, a cura di M. A. Sandulli, quarta edizione, Milano, 2023.

[27] Legge 11 febbraio 2005, n. 15 *Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa,* in particolare art. 14 che ha introdotto gli artt. 21 quinquies (revoca) e 21 nonies (annullamento d'ufficio) e da ultimo, art. 63 comma 1 della legge n. 108 del 2021, che ha convertito il d.l. n.77/2021, riducendo a 12 mesi il termine originariamente fissato in 18 mesi dall'art. 6 comma 1) lett. d) della l. n. 124/2015, per l'annullamento d'ufficio di atto di autorizzazione o attributivi di vantaggi economici. Per un'ampia trattazione di questi temi, cfr. M. Sinisi, *Il potere di autotutela caducatoria (artt. 21-quinquies e 21-nonies L. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in Principi e regole dell'azione amministrativa, a cura di M. A. Sandulli, Giuffré, Prima, quarta edizione, 2023, 543 ss. La dottrina sul potere di autotutela della p.a. è vastissima; ci si limiterà in questa sede a richiamare alcuni scritti più recenti ed essenziali: M. A. Sandulli, *Gli effetti del d.l. Sblocca-Italia convertito nella legge 164/2014 sulla legge 24171990 e sul testo unico edilizia,* in Rivista giuridica dell'edilizia, Suppl. 6, 2015; Id. *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in Federalismi.it, 2016; Id. (a cura di), Le nuove regole della semplificazione amministrativa, Milano, 2016; Id. *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela,* in Federalismi.it, 2015; Id., *Autotutela e stabilità del provvedimento nel prisma del diritto europeo*, in P.L. Portaluri (a cura di), L'amministrazione pubblica nel prisma del cambiamento: il Codice dei contratti e la riforma Madia, Napoli, 2017; M. A Sandulli – G. Strazza, *L'autotutela tra vecchie e nuove incertezze: l'Adunanza Plenaria rilegge il testo originario dell'art. 21 nonies, l. n. 241/1990*, in S. Toschei (a cura di), L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato, Roma, 2018; M. Sinisi, *La nuova azione amministrativa: il tempo dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto e falsi miti. Riflessioni a margine della legge 7 agosto 2015, n.124*, in Federalismi.it, 24, 2015; M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo,* Napoli, 2018; R. Villata, *I provvedimenti di secondo grado*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca (a cura di), Diritto amministrativo, Bologna, 2005; R. Caponigro, *Il potere amministrativo di autotutela*, in Federalismi, 23, 2017; G. Deodato, *L'annullamento d'ufficio*, in Codice dell'azione amministrativa, a cura di M. A. Sandulli, 2017; F. Francario, *Autotutela e tecniche di buona amministrazione*, in AA:

ISSN 2036-7821

di autotutela della p.a. attraverso l'individuazione di limiti ai poteri di ripensamento ispirati alla garanzia della stabilità dei rapporti economici sorti in base ad un provvedimento amministrativo ampliativo, la questione della rilevanza del legittimo affidamento come limite ai poteri di ripensamento della pubblica amministrazione si pone oggi in termini peculiari. Da un lato, difatti, il legittimo affidamento, pur non essendo espressamente menzionato nella legge n.241/1990 ss. mm. ii. è, in realtà, implicitamente oggetto di tutela nelle disposizioni normative attributive del potere di annullamento d'ufficio e revoca. Nel primo caso, attraverso il riferimento al limite temporale dell'annullamento d'ufficio, alla necessaria ponderazione degli interessi, al necessario richiamo ad un interesse pubblico diverso dal mero ripristino della legalità violata, e al conseguente stringente obbligo di motivazione; dall'altro, mediante la codificazione dei presupposti per la revoca del provvedimento, la previsione di un obbligo di indennizzo e anche in tale caso la necessità di una stringente motivazione che dia conto delle condizioni di esercizio del potere e della prevalenza dell'interesse pubblico rispetto a quello del privato. Se si eccettua la particolare forma di decadenza dal potere di annullamento d'ufficio determinata dal decorso del termine di 12 mesi dall'adozione del provvedimento autorizzatorio o attributivo di vantaggi economici (salva la ricorrenza dell'eccezione di cui al comma 2 bis), il legittimo affidamento, nella codificazione del potere di ripensamento, rileva sempre (coerentemente alle acquisizioni della dottrina) come elemento che incide sulla valutazione comparativa degli interessi in gioco (postulando un esame della posizione del privato da parte della p.a. e un obbligo di motivazione in ordine alla eventuale prevalenza, ciononostante, del pubblico interesse), senza tuttavia assurgere ad elemento in sé ostativo al valido esercizio del potere.

Ancora prima della codificazione dei poteri di autotutela decisoria della p.a., il fondamento dell'operatività nella legge 241/1990 del legittimo affidamento del privato, poteva rinvenirsi nel rinvio esterno ai principi dell'ordinamento eurounitario contenuto all'art. 1 comma 1. Difatti, il legittimo affidamento è stato riconosciuto dal diritto europeo, attraverso il suo formante giurisprudenziale, come potenziale limite ai poteri di ripensamento della pubblica amministrazione. L'elaborazione europea del legittimo affidamento e la dottrina della *legitimate expectation* si è sviluppata con riferimento, da un lato, all'esercizio della funzione legislativa[28] (ossia nella materia dei limiti al potere legislativo, in particolare dei limiti

VV., L'interesse pubblico tra politica e amministrazione, Napoli, 2010; Id., *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in Federalismi.it, 20, 2015.

[28] Cfr. P. Carnevale, *Più ombre che luci su di un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo del legittimo affidamento*, in Giur. cost., 2002, 3671; Id. *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano, Piccolo divertissement su alcune questioni di natura definitoria*. In Scritti in onore di Alessandro Pace, Ed. Sc., Napoli, 2012.; F. Pagano, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in Gruppo di Pisa, 2014, 3, 1 ss. In giurisprudenza, tra le più recenti, si v. CGUE 15 aprile 2021, cause riunite C-798/18 e C-799/18, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e a.. Athesia*

ISSN 2036-7821

che incontra il legislatore nella modifica della normativa vigente) e dall'altro lato all'esercizio dei poteri di ripensamento (con particolare riferimento alle condizioni legittimanti l'esercizio di poteri di autotutela), al fine di limitare la possibilità per i soggetti pubblici di incidere negativamente sulle posizioni di vantaggio acquisite dai privati per effetto della legge ovvero di provvedimenti amministrativi precedenti. Dalla giurisprudenza sovranazionale sembra, tuttavia, potersi ricavare una matrice diversa (rispetto alla clausola generale della buona fede) del legittimo affidamento. La CGUE ha, difatti, elevato il legittimo affidamento a principio generale dell'ordinamento sovranazionale quale corollario del principio della certezza giuridica intesa sia come prevedibilità e chiarezza delle norme, che come prevedibilità e stabilità dell'azione delle autorità amministrative[29]; il legittimo affidamento[30] così inteso, appare, quindi, il portato della peculiare relazione che si instaura tra il soggetto pubblico e quello privato, in cui il primo, per la sua preposizione istituzionale alla tutela di interessi pubblici e per la sua ascrizione all'apparato statale (parte integrante dello "Stato di diritto")[31], riveste una posizione qualificata all'interno dell'ordinamento e deve adeguatamente tutelare e considerare, nella comparazione degli interessi, quello del privato che non può subire frustrazioni eccessive e non proporzionate.

Le distinzioni basate sulla diversa matrice del legittimo affidamento (ossia, quella dell'affidamento basato sulla buona fede e quella dell'affidamento basato sulla certezza), non appaiono radicalmente contrapposte, ma anzi si integrano

---

Energy Srl e a. contro Ministero dello Sviluppo economico, Gestore dei servizi energetici (GSE) SpA, parr. 41 che ribadisce alcuni principi ormai consolidati: (par. 41) "*Secondo costante giurisprudenza della Corte, il principio di certezza del diritto, che ha come corollario quello della tutela del legittimo affidamento, impone, da un lato, che le norme di diritto siano chiare e precise e, dall'altro, che la loro applicazione sia prevedibile per i soggetti dell'ordinamento, in particolare quando possono avere conseguenze sfavorevoli sugli individui e sulle imprese. In particolare, detto principio impone che una normativa consenta agli interessati di conoscere con esattezza la portata degli obblighi che essa impone loro e che questi ultimi possano conoscere senza ambiguità i loro diritti e i loro obblighi e regolarsi di conseguenz*a"; sentenza dell'11 luglio 2019, *Agrenergy e Fusignano Due,* C-180/18, C-286/18 e C-287/18, EU:C:2019:605, punti 29 e 30 nonché giurisprudenza ivi citata.

[29] Ex multis, tra le più risalenti pronunce, CGUE, *Topfer, cit.*; *Id*, 13 giugno 1965, causa C-111/63, *Lemmerz-Werke GmbH,* in Racc. 1965; Id. 21 settembre 1983, in cause riun. C- 205/82-215/82, *Deutsche Milchkontor*,; Id., 19 maggio 1983, causa C- 289/81, *Mavrides c. Parlamento* , in Racc. 1983; Id., 17 aprile 1997, in causa C- 90/95, *De Compte c. Parlamento,* in Racc. 1997; Id. febbraio 1987, in causa C-15/85, *Consorzio Cooperative D'Abruzzo*, in Racc. 1987.

[30] Nella nozione sovranazionale di legittimo affidamento, l'aspettativa tutelabile deriva dal concorso tra buona fede soggettiva, attribuzione di una posizione di vantaggio in base ad una determinazione (o comportamento) amministrativa(o) e il trascorrere di un certo lasso temporale, cui si aggiungono altri elementi quali la riconoscibilità della illegittimità del beneficio e la diligenza del privato.

[31] Nell'ordinamento tedesco, al quale si deve la elaborazione del concetto di legittimo affidamento, esso è stato riconosciuto quale corollario del principio della certezza del diritto e articolazione dello Stato di diritto: cfr. Fraenkel – Haberle, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento*. *Il caso tedesco*, Università degli Studi di Tre, Quaderni Dip. scienze giuridiche, 2008, 8 ss. Su questi temi, si v. anche A. Profeta, *Osservazioni sui principi generali del diritto dell'Unione Europea: la tutela del legittimo affidamento*, in amministrazioneincammino.it, 2022, 9 settembre 2022, 1 ss.; M. L. Tufano, *La certezza del diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europe*a, in Dir. Un. Eu., 2019, 4, 767 ss

ISSN 2036-7821

reciprocamente tra loro[32]. Se la clausola generale della buona fede richiama i doveri di correttezza e coerenza, la certezza del diritto, richiama la peculiare posizione istituzionale delle autorità pubblica le quali, per la loro preposizione funzionale sono astrette dall'obbligo di massima coerenza, oltre che da quello di agire tempestivamente, così potendo ingenerare un qualificato e tutelabile affidamento del privato[33]. Tanto la buona fede quanto la certezza del diritto costituiscono, in altri termini, criteri interpretativi[34] sulla cui base valutare la "validità" o "correttezza" dell'azione o condotta amministrativa, contribuendo a delineare un apparato di tutela dell'affidamento del privato nei confronti della p.a., pur non coincidendo con esso. Il legittimo affidamento del privato come interesse meritevole di tutela deriva, difatti, da una serie di elementi e circostanze di fatto (attribuzione di una posizione di vantaggio da parte della p.a.; decorso del tempo; inerzia amministrativa; buona fede del privato[35]). La natura indefinita del concetto, unitamente all'assenza di norme giuridiche che espressamente ne delineano i contenuti, è alla base delle difficoltà teoriche e pratiche quanto alla sua garanzia. I contorni definitori del legittimo affidamento sono, difatti, incerti: di qui il problema cruciale del suo accertamento in concreto e il rischio di decisioni "caso per caso" ispirate ad una esigenza di tutela e giustizia sostanziale.

2.1. Sulla concezione "privatistica" dell'affidamento e sulla clausola generale della buona fede

Secondo la dottrina civilistica la protezione dell'affidamento nel diritto privato[36]

---

[32] La giurisprudenza della Cgue esclude la tutelabilità dell'affidamento quando un operatore accorto si sarebbe dovuto avvedere della natura indebita, non dovuta, illegittima dell'attribuzione conseguita, così implicitamente dando rilievo alla dimensione soggettiva e concreta della condotta e della qualità delle parti. Si veda ancora CGUE 15 aprile 2021, cause riunite C-798/18 e C-799/18, cit., (par. 42) in cui si legge che "*Secondo giurisprudenza parimenti costante della Corte, la possibilità di avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento è prevista per ogni operatore economico nei cui confronti un'autorità nazionale abbia fatto sorgere fondate aspettative. Tuttavia, qualora un operatore economico prudente e avveduto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, esso non può invocare detto principio nel caso in cui il provvedimento venga adottato. Inoltre, gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sul mantenimento di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali*" (in questo senso anche, Id. sentenza dell'11 luglio 2019, Agrenergy e Fusignano Due, C-180/18, C-286/18 e C-287/18,EU:C:2019:605, punto 31 nonché giurisprudenza ivi citata).

[33] Cfr. L. Giani, *op.loc. ult. cit.*, 65 -66.

[34] G. Alpa, Trattato di diritto civile, I, Milano, 2000, 951 ss., definisce la clausola generale di buona fede, come "*norma in bianco*" che si riferisce "*a fatti metagiuridici*"; la sua applicazione "*si avvicina alla costruzione del diritto nel suo farsi, attraverso la creazione della regola del caso. La clausola generale è una massima di applicazione giusta che invita l'interprete a seguire una linea di tendenza*".

[35] Sulla natura "complessa" e "articolata" delle valutazioni implicate dall'accertamento dell'affidamento, v. L. Giani, *op. loc. ult. cit.*, 207 ss.

[36] In tal senso, G. Vettori, *op. cit.*, 3, il quale osserva che "*da oltre 150 anni si è scoperto che la legge sul contratto protegge l'affidamento*", richiamando R. Sacco, G. De Nova, *Il Contratto,* Torino, Utet, 2016, 1190 ss. La natura risalente delle ricostruzioni in tema di affidamento nel diritto privato, spiega perché il fondamento del legittimo

ISSN 2036-7821

risponde all'esigenza di riconoscere tutela ad una fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una data situazione da altri creata. Dal punto di vista teorico, all'affidamento si riconducono "modelli giuridici diversi"[37], quali, a titolo esemplificativo, le figure relative all'apparenza giuridica e alla conseguente tutela del terzo che in buona fede abbia confidato in tale situazione[38]; il criterio decisorio derivante dal brocardo "*nemo potest venire contra factum proprium*" che valorizza i comportamenti coerenti e non contraddittori; l'istituto della *Verwikung*[39] (di matrice tedesca) che riconduce all'inerzia protrattasi per un certo lasso di tempo e al legittimo affidamento in ordine alla stabilità della situazione (come consolidatasi per effetto dell'inerzia) un effetto estintivo del diritto; l'*exceptio doli* che tutela l'affidamento a fronte di comportamenti ingannevoli o fraudolenti.

Non tutti i predetti istituti sono disciplinati o previsti nel nostro Codice civile e, anzi, taluni di essi, appaiono potenzialmente in contrasto con altre regole stabilite espressamente : così ad esempio, l'istituto della *Verwikung* di matrice tedesca, considerato espressione della tutela dell'affidamento, collima con le regole codicistiche in materia di prescrizione in forza delle quali soltanto il decorso di un certo periodo di tempo, prestabilito dal legislatore, comporta l'estinzione del diritto senza alcuna considerazione dell'affidamento[40]. Il brocardo "*nemo potest venire contra factum proprium*", altresì potrebbe porsi in contraddizione con le modalità tipizzate

affidamento come limite al potere dell'amministrazione sia stato rinvenuto, anche nella dottrina amministrativista, nella clausola civilistica di buona fede e correttezza: la medesimezza del fenomeno tutelato, ossia quello dell'affidamento di un soggetto attorno ad una data situazione giuridica, ha naturalmente condotto all'analisi dei principi civilistici che già avevano riconosciuto e delineato l'istituto.

[37] In questo senso, C. De Menech, *op. cit.*, 1445. L'autrice richiama la tassonomia dei modelli giuridici che si riconducono alla tutela dell'affidamento elaborata da R. Sacco, *La parte generale del diritto civile. Vol. 1. Il fatto, l'atto, il negozio*, UTET, 2005, 227 ss., il quale ha elaborato la seguente tripartizione: (i) figure espressione della buona fede basate sul "dovere di coerenza"; (ii) figure basate sull'apparenza; (iii) figure basate sulla logica dell'autonomia negoziale che costringono a tenere una condotta lineare.

[38] M. D'Amelio, *Apparenza del diritto*, in Nuovo dig. It., Utet, 1937, I, par. 8; A. Falzea, *Apparenza*, in Enc, Dir., II, Giuffré, 1958, 682 ss. Nel senso che l'apparenza convergerebbe su di un fenomeno oggettivo prescindendo sia dalla colpa di colui che l'ha realizzata che dalla buona fede di colui che ha fatto affidamento su tale situazione, si v. C. De Menech, passim.

[39] L'istituto è stato oggetto di analisi da parte della letteratura domestica, cui si rinvia anche per i riferimenti dottrinali relativi alla letteratura tedesca: si v., a mero titolo esemplificativo, tra i contributi più recenti, F C. Scognamiglio, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione [Il discutibile approdo della Verwirkung nella giurisprudenza di legittimità - Discussione su Cass., n. 16743/2021]*, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 2021, 5, 1186 ss.; F. Macario, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito [Il discutibile approdo della Verwirkung nella giurisprudenza di legittimità - Discussione su Cass., n. 16743/2021]*, ivi, 1171 ss.; M. Orlandi, *Ermeneutica del silenzio [Il discutibile approdo della Verwirkung nella giurisprudenza di legittimità - Discussione su Cass., n. 16743/2021]*, ivi, 1179 ss.; G. D'Amico, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito [Il discutibile approdo della Verwirkung nella giurisprudenza di legittimità - Discussione su Cass., n. 16743/2021]*, ivi, 1164 ss., tutti commenti alla controversa sentenza della Cass. 14 giugno 2021, n.16743 che ha ammesso l'estinzione del diritto per effetto dell'inerzia del creditore e del legittimo affidamento del debitore.

[40] Nel senso che la prescrizione non solo prescinde, ma misconosce qualsiasi indagine sull'idoneità dell'inerzia a creare un affidamento tutelabile in capo alla controparte, v. E. Bufano, A. Dinisi, *op. cit.*, 77.

ISSN 2036-7821

dal Codice di estinzione del diritto o con la tipicità delle cause di annullamento o invalidità del contratto (se la fonte dell'obbligazione derivi da esso)[41]. La tutela dell'apparenza giuridica è espressamente prevista da alcune norme del Codice civile[42], ma non come modello generale[43]. Anche il dolo o il raggiro sono cause tipiche di annullabilità del contratto, mentre non è prevista una eccezione di dolo generale a tutela dell'affidamento riposto nella correttezza del comportamento altrui.

L'affidamento è, invece, oggetto di espressa tutela nell'art. 1337 del c.c. sulla "responsabilità precontrattuale" che, nel richiamare la condotta secondo buona fede delle parti, nello svolgimento delle trattative, protegge colui che abbia ragionevolmente fatto affidamento sulla conclusione del contratto[44]. Il rimedio previsto a tutela dell'affidamento è quello della responsabilità, ossia il risarcimento del danno patito: l'affidamento, in altri termini, non garantisce l'ottenimento del risultato, ma merita di essere riparato sotto il profilo del c.d. interesse negativo.

A loro volta gli artt. 1175 e 1375 del c.c. sanciscono il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede, rispettivamente nell'attuazione del rapporto obbligatorio e nell'esecuzione del contratto, postulando il dovere di preservare l'interesse dell'altro. La buona fede, operando come criterio di reciprocità, conforma il comportamento dei soggetti che si inseriscono nel rapporto al fine di assicurare il giusto equilibrio tra gli interessi contrapposti[45]: inoltre essa, come clausola generale avente carattere prettamente relazionale, richiamando l'interesse altrui nella propria condotta, si presta a tutelare chi senza colpa abbia fatto affidamento su una data situazione giuridica confidando nel comportamento corretto dell'altro, sia là dove si ritenga che dalla buona fede sorga un preciso obbligo di protezione (in tal senso l'affidamento farebbe emergere l'interesse da preservare e le condotte a tale fine necessarie[46]), sia

[41] Il principio della tassatività delle cause di estinzione del rapporto obbligatorio è richiamato da C. De Menech, *op. cit.*, 1451; D'Amico, *op. cit.*, 1170.

[42] Si pensi alla regola del possesso vale titolo ex art. 1153 c.c., dell'acquisto dell'erede apparente ex art. 1189 c.c. e l'acquisto dal titolare apparente ex artt. 1415 e 1426 c.c.

[43] Per la tesi secondo cui l'*apparentia iuris* non costituisce un principio generale, si v. A. Verga, *Osservazioni in tema di apparenza*, in Riv. Diri. Priv., 1940, 195 ss.; F. Galgano, *Sul principio generale dell'apparenza del diritto*, in Contr. Impr., 2009, 1137 ss.; E. Contino, *Apparenza: principio generale o eccezionale?*, in Giust. Civ., 2002, 1638 ss.;

[44] Ex multis, Cass. Sez. Un., 21 novembre 2011, n. 24438; Id. 12 luglio 2016, n.14188. Su questi temi, v. Chinè, Zoppini, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2009, 1425; di recente, A. Albanese, *Buona fede contratto legge*, in Eur. E Dir. Priv., 2021, 1, 31 ss.; Id., *L'obbligo di informazione nelle trattative: proposte di riforma e sistema del codice civile*, in Jus, 2020, 141 ss.; F. Piraino, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in I contratti, 2017, 35 ss..

[45] Si riporta la definizione di C. M. Bianca, Diritto civile, Il contratto, 3, Milano, 1987, 473, secondo cui la buona fede "*quale principio di solidarietà contrattuale si specifica in due fondamentali canoni di condotta. Il primo canone di buona fede, valevole principalmente nella formazione e nella interpretazione del contratto, impone la lealtà del comportamento. Nell'esecuzione del contratto e del rapporto obbligatorio la buona fede si specifica anche come obbligo di salvaguardia. Qui la buona fede impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del neminem laedere*". In giurisprudenza, si v. Cass., 4.3.2003, n. 3185; Id., 16.10.2002, n. 14726; Id, 23.5.2002, n. 7543.

[46] A. Albanese, *Buona fede contratto legge*, *op. cit.*, 38.

ISSN 2036-7821

nella valutazione dei comportamenti da adottare in fase attuativa del rapporto, là dove l'affidamento postula un non eccessivo sacrificio dell'interesse di una parte nei confronti dell'altra. La lesione dell'affidamento è, tuttavia, tutelata solo (e purché, attraverso un'analisi da condurre in concreto, ne ricorrano i presupposti) attraverso il risarcimento del danno ingiusto [47] derivante nell'aver confidato nella coerenza e correttezza del comportamento altrui e nelle scelte conseguenziali a tale fiducia mal riposta. Nel diritto privato, pertanto, l'esigenza di tutela dell'affidamento, in mancanza di una disposizione puntuale che assicuri la conservazione della posizione di vantaggio o la stabilizzazione della situazione apparente, non si risolve nella garanzia del risultato (e quindi nella individuazione di una eccezione allo schema legale tipico che tale "tutela in forma specifica" non preveda), bensì assume rilevanza come interesse protetto la cui lesione, secondo il modello generale di responsabilità di cui all'art. 1337 c.c., consente una tutela riparatoria, di tipo risarcitorio[48].

3. La "cartina di tornasole" del legittimo affidamento come limite alla ripetizione dell'indebito retributivo

La questione della ripetibilità dell'indebito retributivo da parte della pubblica amministrazione datrice di lavoro là dove possa dirsi maturato un legittimo affidamento in capo al dipendente ha interessato entrambi i plessi giurisdizionali, amministrativo e ordinario, in ragione del peculiare sistema di riparto della giurisdizione in materia di pubblico impiego[49]. Il tema ha dato luogo a diversi orientamenti, potendosi riscontrare accanto al tradizionale (e maggioritario) approccio (sia di legittimità che della giurisprudenza amministrativa) che escludeva ogni rilevanza al legittimo affidamento del dipendente pubblico quale fattore impeditivo del diritto ex art. 2033 c.c. al recupero delle somme indebitamente pagate dalla pubblica amministrazione, soluzioni diverse (non sempre rigorose sotto il profilo dell'uso delle categorie e della conformità al dato normativo) mosse da una esigenza di "giustizia sostanziale" [50] e del caso concreto[51].

---

[47] È risalente l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui la violazione della buona fede, in quanto "dovere giuridico", costituisce una possibile fonte di responsabilità (cfr. fra le tante, Cass. civ., sez. II, 18 febbraio 1986, n. 960; nello stesso senso, Id., 21 maggio 1973, n. 1460).

[48] Si può sin da ora anticipare che tale impostazione teorica e pratica è, in realtà, stata attenuata e ripensata, con riferimento ai rapporti tra p.a. e privati, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n.8/2023; il Giudice delle leggi, nella prospettiva della valorizzazione della tutela dell'affidamento anche nella fase anteriore al realizzarsi della sua lesione, ha riconosciuto nella clausola generale della buona fede anche la cornice per temperare, in sede attuativa del rapporto negoziale, la rigidità degli schemi legali del rapporto debito-credito, attraverso il ricorso a strumenti idonei a richiamare il "bilanciamento" di interessi, come tecnica di tutela dell'affidamento. Tecnica di bilanciamento che, come si è visto, ha costituito sin dalle origini, la modalità attraverso la quale consentire l'emersione della tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo.

[49] Art. 63 comma 1 del d.lgs. n.165/2001 ss. mm. ii..

[50] Si v. Cons. St., 13 aprile 2012, n.2118 secondo cui "*l'erronea corresponsione non può essere posta in contestazione da chi l'ha sempre avallata per un decennio, se non incorrendo in una grave ingiustizia*".

ISSN 2036-7821

Nella giurisprudenza ordinaria, il principio costantemente affermato dalla Corte di Cassazione nell'impiego pubblico privatizzato, era quello secondo cui nel caso di domanda di ripetizione dell'indebito proposta da un'amministrazione nei confronti di un proprio dipendente, in relazione alle somme corrisposte a titolo di retribuzione, accertato che l'erogazione sia avvenuta "*sine titulo*", la ripetibilità delle somme non può essere esclusa ex art. 2033 cod. civ. per la buona fede dell'accipiens che, ai sensi della norma medesima, vale soltanto ad escludere la restituzione dei frutti e degli interessi maturati prima della domanda giudiziale[52]. In altri termini, si negava ogni forma di rilevanza dei profili afferenti allo stato soggettivo del privato (in questo senso il riferimento alla buona fede è da intendersi alla buona fede c.d. soggettiva), in ragione della chiara formulazione letterale dell'art. 2033 c.c. a mente del quale "*Chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato*"[53].

Nella giurisprudenza amministrativa la soluzione in ordine alla possibilità ed ai limiti per l'Amministrazione di recuperare dal dipendente le somme corrisposte in eccedenza rispetto a quelle dovute è stata condizionata, anzitutto, dal tema preliminare della natura giuridica dell'atto di recupero, potendosi, al riguardo, distinguere due diverse opzioni interpretative (dalle quali scaturiscono conseguenze altrettanto diverse quanto al regime giuridico applicabile e alla rilevanza del "legittimo affidamento" del dipendente pubblico).

Secondo un primo orientamento, l'atto di recupero delle somme indebitamente corrisposte dalla pubblica amministrazione datrice di lavoro, avrebbe consistenza di atto di autotutela (esercizio quindi di un potere amministrativo di secondo grado) come tale astretto dal limite del rispetto del legittimo affidamento del soggetto privato, quale portato dell'obbligo per l'amministrazione del giusto e proporzionato contemperamento degli interessi in gioco ossia, da un lato, quello pubblico "economico" alla reintegrazione del patrimonio, e dall'altro quello del privato alla conservazione di quanto percepito (seppur "illegittimamente") secondo la schema ben noto al diritto amministrativo dei limiti ai poteri di ripensamento della PA[54]. Si è

---

[51] Cons. St., Sez. III, 9 giugno 2014, n. 2903.

[52] Cass. civ., sez. lav., 22 febbraio 2017, n.4323.

[53] Sulla non sovrapponibilità concettuale della buona fede in senso soggettivo con il legittimo affidamento, si vedano le considerazioni sviluppate dalla Corte di Cassazione, Sez. Lav., nella citata ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale n. 40004/2021, punto 50, secondo cui *"(…) occorre considerare che, secondo l'articolo 1 del protocollo 1 alla CEDU, come interpretato dalla Corte EDU, non è la semplice buona fede del ricevente ad impedire alla pubblica amministrazione di ripetere l'indebito retributivo, ma il "legittimo affidamento" del dipendente alla definitività della attribuzione, fondato sul concorso di plurime circostanze di fatto (…)".*

[54] Cfr. Cons. St. Sez. VI, 5 ottobre 2001, secondo cui l'amministrazione, al momento dell'annullamento dell'atto che ha illegittimamente determinato la retribuzione in misura maggiore rispetto a quanto dovuto, "*è tenuta a valutare gli effetti già prodotti dall'atto originario e delle situazioni sulle quali ha inciso, in quanto il dipendente rimane estraneo al procedimento di qualificazione dello stipendio, degli assegni, delle indennità e, salvo il caso eccezionale di produzione di documenti riconosciuti o dichiarati falsi (art. 204 d.p.r. n. 1092 del 1973) o di condotta dolosa, o di altre prove oggettive e precise di preventiva conoscenza, incamera in buona fede quanto l'amministrazione illegittimamente gli*

ISSN 2036-7821

quindi affermato che "*il recupero delle somme erroneamente corrisposte dall'Amministrazione non costituisca un atto assolutamente vincolato. Trattandosi, in sostanza, di un atto di autotutela, occorre, quindi, valutare l'incidenza del recupero sulla situazione concreta e l'affidamento ingenerato nel lavoratore, dovuto al rilevante tempo trascorso dall'originaria liquidazione. (…) Sotto il profilo procedimentale, poi, è doverosa la comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo diretto al recupero, ai sensi dell'articolo 7 della legge n. 241 del 1990, anche al fine di consentire all'impiegato di documentare la propria situazione*[55]. Dalla qualificazione dell'atto di recupero delle somme indebitamente erogate al dipendente come provvedimento di autotutela la giurisprudenza ha fatto derivare l'applicazione delle regole e garanzie procedimentali e sostanziali proprie del diritto amministrativo (dall'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, a quello di prendere in considerazione le memorie ed osservazioni prodotte dal privato, sino all'obbligo di motivazione del provvedimento e di debita considerazione e giusto contemperamento dell'interesse del privato): di qui il rilievo del legittimo affidamento come limite all'esercizio del potere di ripensamento della Pubblica amministrazione, per effetto del modello tipizzato dell'annullamento d'ufficio (ex art. 21 nonies della l. n. 241/1990 ss. mm. ii.) che, anche senza ricorrere espressamente alla locuzione legittimo affidamento, dà ad esso una precisa consistenza sia nella parte in cui impone alla PA di agire entro un termine ragionevole, non superiore a 12 mesi nel caso di provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici, sia nella parte in cui obbliga l'amministrazione alla valutazione puntuale dell'interesse del privato e alla motivazione in ordine al suo eventuale sacrificio.

Il secondo (e prevalente) orientamento giurisprudenziale nega, invece, la natura di provvedimento amministrativo di secondo grado all'atto di recupero, che viene qualificato come diritto soggettivo a contenuto patrimoniale, il cui esercizio, là dove si tratti di recupero di somme erogate a titolo retributivo, rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 2033 c.c.: secondo questa giurisprudenza, poiché l'art. 2033 c.c. non contempla alcuna eccezione al diritto di ripetizione dell'indebito, il legittimo affidamento dell'accipiens non potrebbe neanche costituire un limite all'esercizio del diritto di ripetizione: si è quindi ritenuto che "*il recupero di somme indebitamente erogate dalla p.a. ha carattere di doverosità e costituisce esercizio, ai sensi dell'art. 2033 cod. civ., di un vero e proprio diritto soggettivo a contenuto patrimoniale, non rinunziabile, in quanto correlato al conseguimento di quelle finalità di pubblico interesse, cui sono istituzionalmente*

---

attribuisce; pertanto, tale comportamento del percipiente integra di norma affidamento sul punto che egli abbia ragionevolmente ritenuto che la erogazione decisa dalla p.a. sia regolare ed esatta con conseguente irrecuperabilità delle somme precedentemente erogate".

[55] cfr. Cons. St., Ad. Plen., 12 dicembre 1993, n. 20; Cons. St., sez. VI, 29 marzo 1995, n. 317; più di recente, Id. sez. V, 13 luglio 2006, n. 4413, nonché TAR l'Aquila, 16 novembre 2018, n.420, confermata da Cons. St., sez. VII, 17 aprile 2023, n. 3868.

ISSN 2036-7821

destinate le somme indebitamente erogate. Si tratta cioè di atti vincolati, di carattere non autoritativo, di doveroso recupero di somme erroneamente corrisposte dall'amministrazione, rispetto ai quali - nell'ambito del rapporto obbligatorio di reciproco dare avere (paritetico) - resta ferma la possibilità per l'interessato di contestare eventuali errori di conteggio e la sussistenza dell'indebito"[56]. Tale approccio ermeneutico riconduce l'attività di recupero delle somme indebitamente corrisposte nell'ambito di una relazione tra amministrazione e privato di tipo paritetico e negoziale (e non autoritativo), come tale regolata dalle norme di diritto comune: ne discende ulteriormente "*che l'amministrazione non era tenuta a fornire una specifica motivazione né sulle ragioni del recupero, né sulla sussistenza delle condizioni previste dall'art. 21 nonies (interesse pubblico, interesse dei destinatari e dei controinteressati, termine ragionevole) per l'esercizio del potere di autotutela amministrativa*"[57].

3.1. Segue: la ripetizione dell'indebito come atto iure privatorum e le implicazioni sulla tutela dell'affidamento

L'orientamento della giurisprudenza amministrativa che qualifica l'atto di ripetizione dell'indebito retributivo come atto di natura paritetica, esercizio di un diritto soggettivo a contenuto patrimoniale, appare coerente alla natura del rapporto tra pubblica amministrazione datrice di lavoro e dipendente pubblico: l'erogazione della prestazione retributiva in favore del privato (sia laddove si tratti di pubblico impiego non privatizzato, sia laddove si tratti di rapporto di pubblico impiego privatizzato) non costituisce esercizio di un potere amministrativo, ma inerisce ad un rapporto dare-avere che ha natura paritetica e negoziale, così come il recupero delle somme indebitamente erogate costituisce un atto di natura privatistica che, in assenza di un regime speciale derogatorio, rientra nell'ambito di applicazione delle norme di diritto comune[58].

In realtà, occorre subire osservare che rispetto allo schema tipico dell'art. 2033 c.c., l'atto di ripetizione dell'indebito da parte della p.a. non ha mera consistenza di diritto soggettivo, ma di dovere, tenuto conto dell'interesse pubblico alla reintegrazione del patrimonio e dei correlativi profili di responsabilità amministrativa. La doverosità dell'azione di recupero, unitamente alla riconduzione della fattispecie nell'ambito dell'art. 2033 c.c., solleva il problema della possibilità di dare rilevanza al legittimo affidamento del dipendente pubblico ingenerato dalla PA.

---

[56] Cfr., ex plurimis, Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2019, n. 1852; T.A.R. Lombardia sez. IV, 2 dicembre 2022, n. 2680. Nella giurisprudenza più risalente, cfr. Cons. St., Sez. IV, 22 ottobre 2001, n. 5540; Sez. V, 27 marzo 2000, n. 1767; 8 settembre 2003, n. 5025; Sez. VI, 5 agosto 2004, n. 5445; TAR Sardegna, Sez. I, 16 marzo 2004, n. 388

[57] Cfr., ex multis, Cons. St., sez. II, 18 giugno 2021, n. 4737.

[58] In tal senso dispone l'art. 1 comma 1 bis della l. n. 241/1990 ss. mm. ii., secondo cui "*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.*"

ISSN 2036-7821

Se difatti nel diritto amministrativo, il legittimo affidamento del privato trova ingresso quale "limite" o "misura" del potere amministrativo discrezionale nel momento di ponderazione degli interessi ovvero nello schema tipizzato dell'annullamento d'ufficio (postulandosi quindi, nell'esercizio della discrezionalità propria del potere di annullamento d'ufficio, la corretta valutazione della posizione del privato, nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza), viceversa l'art. 2033 c.c. non contempla alcuna eccezione espressa al diritto (dovere, nel caso della p.a.) di ripetizione dell'indebito basata sulla rilevanza del legittimo affidamento: in altri termini, il legittimo affidamento del privato a fronte della condotta della PA non è preso in considerazione dall'art. 2033 c.c. né nella fase genetica del diritto alla ripetizione dell'indebito oggettivo, né quale causa estintiva del diritto predetto; né la norma del Codice civile contempla un diverso regime giuridiche basato sulla diversa qualificazione soggettiva (pubblica o privata) del soggetto che agisce per ripetere quanto indebitamente pagato.

La giurisprudenza del giudice amministrativo ha comunque rinvenuto spazi per l'ingresso del legittimo affidamento del privato nella fattispecie privatistica del recupero dell'indebito da parte della PA, dovendosi segnalare immediatamente che la casistica appare variegata, così come le soluzioni di volta in volta enunciate appaiono mosse da esigenze del caso concreto piuttosto che dall'adesione ad un chiaro indirizzo omogeneo.

Alcune pronunce del giudice amministrativo hanno mitigato il rigido automatismo del recupero dell'indebito retributivo derivante dall'applicazione dell'art. 2033 c.c., ritenendo che il legittimo affidamento del privato, a fronte della pretesta restitutoria avanzata dalla PA datrice di lavoro, possa incidere sul *quomodo* della pretesa di restituzione dell'indebito al ricorrere di determinate condizioni.

In particolare, fermo il principio secondo cui la restituzione dell'indebito retributivo è doverosa ed è espressione di un diritto soggettivo a contenuto patrimoniale, come tale regolato dall'art. 2033 c.c., le situazioni di affidamento e di buona fede dei percipienti, in base alle circostanze del caso concreto, rileverebbero ai fini delle modalità con cui il recupero deve essere effettuato, che dovrebbero essere tali da non incidere in maniera eccessivamente onerosa sulle esigenze di vita del dipendente[59]. Se ne ricava che l'eventuale affidamento ingenerato nel percipiente circa la regolarità dei pagamenti di somme successivamente ritenute indebitamente corrisposte, non impedirebbe il recupero delle stesse, ma importerebbe soltanto per l'Amministrazione l'onere di operare con modalità che non devono essere eccessivamente onerose per il dipendente.

Nella valutazione in ordine alle modalità di recupero delle somme, altre pronunce del giudice amministrativo hanno dato rilievo precipuo all'esigenza di bilanciamento

[59] Cons. St., Sez. III, 9 giugno 2014, n. 2903.

ISSN 2036-7821

con i diritti costituzionalmente garantiti, la cui rilevanza e pregnanza nel caso di specie, dovrebbe condurre ad una più stringente valutazione delle condizioni del recupero. Quanto alle modalità attraverso le quali la considerazione del legittimo affidamento, ovvero il bilanciamento con l'esigenza di tutelare diritti costituzionalmente tutelati, potrebbero trovare emersione nella fase prodromica all'atto di recupero dell'indebito, un diverso orientamento della giurisprudenza ha adombrato il recupero di garanzie partecipative per l'ingresso dell'interesse privato nelle valutazioni dell'amministrazione (sebbene relative alla fase esecutiva del recupero)[60].

Altre pronunce del giudice amministrativo, hanno invece escluso la fondatezza in punto di *an debeatur* della pretesa ripetizione dell'indebito a fronte della maturazione in capo al dipendente pubblico di un legittimo affidamento: in altri termini, hanno fatto assurgere il legittimo affidamento a causa ostativa o di estinzione del diritto di credito, pur senza esplicitare un simile esito. Si è al riguardo ritenuto che i tradizionali principi giurisprudenziali in ordine alla doverosità dell'azione di recupero, pur apparendo condivisibili in linea astratta, non potrebbero essere applicati in via automatica, generalizzata e indifferenziata, a qualsiasi caso concreto di indebita erogazione da parte della pubblica amministrazione di somme ai propri dipendenti, dovendosi aver riguardo alle connotazioni, giuridiche e fattuali, delle singole fattispecie dedotte in giudizio, tenendo conto della natura degli importi di volta in volta richiesti in restituzione, delle cause dell'errore che aveva portato alla corresponsione delle somme in contestazione, del lasso di tempo trascorso tra la data di corresponsione e quella di emanazione del provvedimento di recupero, dell'entità delle somme corrisposte in riferimento alle correlative finalità[61]. Un simile approccio ermeneutico appare insoddisfacente in quanto non argomenta, in assenza di una previsione normativa puntuale che elevi il legittimo affidamento del privato a causa ostativa del diritto alla ripetizione dell'indebito ovvero estintiva dello stesso, in ordine al fondamento giuridico del riconoscimento del legittimo affidamento del privato come fatto impeditivo all'esercizio del diritto di recupero[62].

3.2. La giurisprudenza della Corte EDU sulla legitimate expectation quale limite alla ripetizione dell'indebito

La Corte EDU con la sentenza 11 febbraio 2021, n. 4893/2013, Casarin contro Italia ha

[60] Id., Sez. II 10 dicembre 2020 n. 7889: in tal senso è stato affermato che "*se è vero che la buona fede del percipiente appare recessiva a fronte del superiore interesse all'integrità dell'erario pubblico, lo è altrettanto che il sacrificio imposto all'affidamento che lo stesso comprensibilmente ripone sulle proprie certezze retributive non può non essere garantito utilizzando tutti i possibili strumenti partecipativi, al fine di addivenire, quanto meno nel quomodo, a soluzioni che non ne pregiudichino il diritto, egualmente costituzionalmente garantito, ad una retribuzione dignitosa*"

[61] Id., Sez. IV, 5 aprile 2108, n.2115; Id., sez. VI, 27 ottobre 2014, n. 5314.

[62] La tesi non appare riconducibile, sotto il profilo teorico, ad alcuna delle teorie elaborate in ordine alla tutela del legittimo affidamento, su cui vedi *supra* parr. 2 e 2.1.

ISSN 2036-7821

ritenuto che la ripetizione dell'emolumento (benché dovuta secondo le norme nazionali) avente carattere retributivo non occasionale, corrisposto da una pubblica amministrazione in modo costante e senza riserve ad un lavoratore in buona fede in capo al quale possa dirsi integrato un legittimo affidamento sulla perdurante spettanza delle somme, può integrare una violazione dell'art. 1 Prot. 1 addizionale alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo sotto il profilo della sproporzione dell'ingerenza là dove il privato abbia sopportato un sacrificio eccessivo[63].

Secondo la Corte di Strasburgo la percezione continuativa della prestazione retributiva integrerebbe un interesse economico sufficientemente riconosciuto da costituire "proprietà" ai sensi della norma convenzionale, con conseguente applicazione del regime giuridico di cui all'art. 1 Prot. 1 add. alla CEDU[64].

Quanto all'emersione del legittimo affidamento tutelabile ai sensi dell'art. 1 prot. a add. alla CEDU, la Corte ha richiamato due principi: il primo, è quello secondo cui se una decisione amministrativa può essere revocata per il futuro (ex nunc), l'aspettativa che essa non opererà retroattivamente (ex tunc) deve essere generalmente riconosciuta come legittima, a meno che non vi siano motivi gravi contrari basati sull'interesse generale o di terzi; il secondo è il principio di "buon governo" che richiede, quando è in gioco una questione di interesse generale, che le autorità pubbliche agiscano in tempo utile, in modo appropriato, e con la massima coerenza. [65] Quanto alla sproporzione dell'ingerenza, secondo la Corte assumono

[63] La fattispecie sottesa alla rimessione della questione alla Corte EDU concerneva una docente, già dipendente dal Ministero dell'Istruzione, trasferitasi per mobilità volontaria all'INPS, cui era stata richiesta la restituzione di un assegno ad personam, di importo pari alla differenza tra lo stipendio già percepito dall'Amministrazione di provenienza e quello previsto nelle sue nuove mansioni, che l'Istituto stesso aveva continuato ad erogarle. Sulla base della giurisprudenza formatasi in materia, infatti, esso era stato ritenuto riassorbibile per effetto degli avanzamenti stipendiali successivi al passaggio di servizio, e come tale non dovuto.

[64] Occorre rammentare che il concetto di proprietà di cui al primo paragrafo dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla CEDU, ha un significato autonomo rispetto a quello accolto nei singoli ordinamenti nazionali. Secondo la Corte EDU rientra nell'ambito di applicazione dell'art.1, Prot.1, non soltanto la proprietà di beni mobili ed immobili ed i diritti reali, ma anche, il legittimo affidamento in ordine alla conservazione o realizzazione di vantaggi patrimoniali attribuiti dal sistema legislativo o da decisioni delle autorità pubbliche. L'ingerenza nel diritto di proprietà, per essere compatibile con la regola generale enunciata all'art. 1 predetto, deve soddisfare tre condizioni: deve essere stata eseguita "alle condizioni previste dalla legge", "per scopi di pubblica utilità" e deve assicurare un giusto equilibrio tra i diritti della ricorrente e gli interessi della collettività (c.d. proporzionalità dell'ingerenza). Cfr. Corte EDU, *Matos e Silva, Lda, e altri c. Portogallo*, ric. n. 15777/89, 16 settembre 1996, § 75; Id., *Gasus Dossier – und Fördertechnik GmbH c. Paesi Bassi*, ric. 42052/98, 23 febbraio 1995, § 53.

[65] La Corte ha poi elencato diversi i criteri quali: a) il pagamento di un'indennità deve essere effettuato a seguito di una richiesta del beneficiario che agisce in buona fede o, in assenza di tale richiesta, dalle autorità che procedono spontaneamente; b) il pagamento in questione deve essere effettuato da un soggetto pubblico, dall'amministrazione centrale dello Stato o da altro ente pubblico, sulla base di una decisione presa al termine di un processo amministrativo e presumibilmente corretta; c) deve essere basato su una disposizione legale, regolamentare o contrattuale, la cui applicazione deve essere percepita dal beneficiario come la "fonte" del pagamento, e anche identificabile nel suo importo; d) è escluso il pagamento manifestamente privo di titolo o basato su semplici errori di calcolo; tali errori possono essere rilevati dal beneficiario, eventualmente ricorrendo ad un esperto; e) deve essere eseguito per un periodo sufficientemente lungo da far sorgere una ragionevole

ISSN 2036-7821

rilievo una serie di circostanze quali l'omessa attivazione, da parte della pubblica amministrazione, dei rimedi per recuperare le somme indebitamente corrisposte che si sia protratta per un periodo molto lungo; l'imputabilità dell'errore esclusivamente alla pubblica amministrazione; la situazione economica e le condizioni di salute del privato.

L'interpretazione fornita dalla Corte EDU nella citata sentenza dell'11 febbraio 2021 si inserisce in un preciso filone della giurisprudenza sovranazionale, costituendo applicazione di principi già enunciati in pregresse decisioni[66]. La "legitimate expectation" è categoria che è stata elaborata in sede europea anzitutto con riferimento alle ipotesi di modifiche legislative non prevedibili ovvero ripensamenti delle autorità amministrativa diretti a privare il soggetto di un vantaggio patrimoniale già attribuito in base ad una precisa disposizione di legge, atto giudiziario o decisione amministrativa[67]: in una prima fase, la Corte EDU ha ritenuto che il legittimo affidamento dovesse fondarsi su una base legale certa così da raggiungere un certo tasso di concretezza, diverso dalla mera aspettativa di fatto; successivamente, la tutela della "legitimate expectation" è stata estesa anche ai casi di attribuzione di un vantaggio patrimoniale ab origine senza titolo (trattasi quindi di posizioni di vantaggio conseguite in assenza di una valida e certa base legale), ma conseguito in base ad errori esclusivamente imputabili alle autorità pubbliche, le

convinzione che sia definitivo e stabile; l'indennità erogata non deve essere riconducibile ad un'attività professionale una tantum e "isolata" ma deve essere collegata all'attività ordinaria; f) infine, il pagamento in questione non deve essere stato effettuato con menzione di una riserva di ripetizione.

[66] Cfr. sentenza 26 aprile 2018, *Cakarevic c. Croazia*, ricorso n. 48921/2013,in cui la Corte EDU ha ritenuto rientrare nel campo della tutela garantita dall'articolo 1 protocollo 1 alla CEDU la legittima aspettativa della lavoratrice a trattenere le somme indebitamente percepite per indennità di disoccupazione (per un periodo più lungo del dovuto) ed ha ritenuto che la condanna alla restituzione violasse l'articolo 1 Prot. 1 alla Convenzione per mancanza del giusto equilibrio tra interesse generale e diritto del singolo individuo, in quanto la ricorrente non era stata informata circa il limite alla durata temporale della prestazione ed aveva continuato a percepire l'indennità sulla base di una decisione delle autorità amministrative. Si veda anche sentenza 15 settembre 2009, sul ricorso nr. 10373/2005, *Moskal c. Polonia*, in cui la Corte EDU ha qualificato come aspettativa economicamente tutelata ai sensi dell'art. 1, Prot. 1 alla CEDU, la posizione della ricorrente, cui era stato concesso nell'agosto 2001 il pensionamento anticipato, revocato dopo dieci mesi (nel giugno 2002) per carenza dei requisiti (grave situazione di salute del figlio), ritenendo che la revoca della pensione aveva violato la norma convenzionale per mancanza di proporzionalità. La Corte ha ritenuto decisivo il fatto che si trattasse di un provvedimento adottato per errore commesso dalla stessa p.a., senza corresponsabilità della ricorrente, che si era dimessa dal lavoro e si era vista privata da un giorno all'altro della sua unica fonte di sostentamento per sé e la famiglia, con il rischio di non trovare un nuovo impiego. Nella sentenza 12 dicembre 2019, sul ricorso nr. 32141/10, *Romeva c. Macedonia del Nord*, la Corte di Strasburgo ha ritenuto integrata la violazione del diritto dell'individuo al pacifico godimento dei propri beni, sempre per l'esito negativo del test di proporzionalità, in un caso di revoca, nell'ottobre 2007, della prestazione pensionistica indebita (pensione di anzianità liquidata sulla base di dati errati riguardo al periodo di occupazione lavorativa) di cui la ricorrente godeva dall'anno 2000. La Corte ha ritenuto che la revoca della pensione non fosse proporzionata, in mancanza di prova della responsabilità della ricorrente per l'errore di liquidazione, trattandosi dell'unica fonte di reddito e di una richiesta di restituzione tale da aggravare un onere già eccessivo.

[67] Corte EDU, *Pine Valley Developments Ltd e altri c. Irlanda*, ric. n. 12742/87, 29 novembre 1991

ISSN 2036-7821

quali hanno tollerato (mediante la propria inerzia nel reagire alla situazione indebita) la situazione di fatto[68]. In tale ultimo indirizzo si colloca la giurisprudenza della Corte EDU (ivi compresa la citata sentenza Casarin c. Italia) che, con riferimento a controversie in materia di pensioni, assistenza sociale e pubblico impiego, ha ritenuto tutelabile, ai sensi della norma convenzionale, la legittima aspettativa al pacifico godimento dei propri beni con riferimento a prestazioni indebitamente concesse dalle autorità pubbliche (si tratta pertanto di una legittima aspettativa sorta in relazione a fattispecie di attribuzione di vantaggi patrimoniali *contra legem*[69]). Occorre rilevare che, sotto tale profilo, non viene messa in discussione la possibilità per l'autorità pubblica di correggere i propri errori, stante il sotteso interesse pubblico alla corretta ed adeguata allocazione delle risorse pubbliche; tuttavia, per un verso, all'amministrazione è richiesta una condotta che sia coerente al principio di "buon governo" che impone sia l'obbligo di agire tempestivamente per correggere l'errore, sia il divieto di imporre un sacrificio eccessivo al privato; per altro verso, il potere di ripensamento (o correzione) della PA se può riguardare il futuro, non dovrebbe, invece, incidere sugli effetti già prodotti.

3.2.1. Segue: la natura della legitimate expectation di matrice convenzionale

Dall'analisi svolta, si può anzitutto ricavare che il legittimo affidamento del privato come limite al potere di ripetizione della pubblica amministrazione, sia legato (in una logica tipicamente relazionale) alla particolare posizione istituzionale delle autorità pubbliche (sia sotto il profilo formale, poiché la Corte EDU dà rilevanza alla posizione qualificata della parte pubblica, per definizione affidabile), sia sotto il profilo funzionale (essendo le autorità preposte al soddisfacimento di interessi generali/pubblici che devono essere raggiunti mediante una condotta conformata dal principio del buon governo); sotto il profilo morfologico i presupposti che consentono di identificare un affidamento legittimo in capo all'accipiens sono il pagamento effettuato dall'amministrazione spontaneamente ovvero su domanda del dipendente; l'apparenza del titolo del pagamento; la durata nel tempo dei versamenti, la buona fede del soggetto privato, l'inerzia prolungata dell'amministrazione. Nella logica della giurisprudenza della Corte edu, il legittimo affidamento come situazione tutelata dall'art. 1 Prot. 1 Add. all CEDU, non costituisce in sé un limite alla ripetizione da parte della PA delle somme

[68] Id, Grande camera, 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*, Ricorso n° 33202/96, con nota di M. L. Padelletti, *Il caso Beyeler di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Riv. dir. inter., 2000, 781 ss.

[69] Corte EDU, *Cakarevic c. Croazia*, cit. par. 57: "*The Court has held that, as a rule, a legitimate expectation of being ablo to conitnue haing peaceful enjoyment of a possession must have a sufficient basis in national law. It has, however, also held that the fact that the domestic laws of State do not recognise a particular interest as a right is not always decisive, in particular circumstances where the lapse of time justifices conluding that the individual's interest in teh status quo had become vested in a sufficiently established manner for being recognised as capable of engaging the applciation of Article 1 or Protocol n. 1*" .

ISSN 2036-7821

indebitamente erogate, bensì il presupposto per valutare la proporzionalità dell'ingerenza, dovendosi a tale fine prendere in considerazione ulteriori indici, quali l'esclusiva imputabilità all'amministrazione dell'errore del pagamento, la natura del versamento indebito quale corrispettivo dell'attività lavorativa ordinaria e la situazione economica del ricevente al momento della domanda di rimborso.
Sulla scorta di tali premesse, si può tentare di individuare alcuni postulati:
(i) il legittimo affidamento di matrice convenzionale costituisce un interesse meritevole di tutela rientrante nel "diritto di proprietà"; ogni ingerenza dell'autorità pubblica nella integrità del patrimonio del privato (in cui rientra anche il legittimo affidamento) deve essere basata su una norma di legge e proporzionata;
(ii) la nozione di legitimate expectation di matrice convenzionale, presenta caratteri in comune con quella di legittimo affidamento di matrice pubblicistica sia là dove la Corte EDU la ritiene espressione dei principi di "buon governo" e di certezza giuridica di cui le autorità pubbliche sono depositarie e garanti, sia là dove richiama, nella citata giurisprudenza sui limiti alla ripetizione dell'indebito da parte della PA, i principi e i limiti relativi ai poteri di "revoca" delle autorità pubbliche; tuttavia, essa presenta altresì carattere in comune con quella di matrice privatistica (vengono difatti in rilievo il dovere di coerenza e di correttezza, l'apparenza giuridica, la tolleranza);
(iii) la giurisprudenza della Corte EDU, che è indifferente rispetto alle qualificazioni giuridiche interne della fattispecie in termini di esercizio di potere autoritativo ovvero di atto di autonomia privata, richiama - nella valutazione della "legittimità" della condotta dell'amministrazione che abbia agito per il recupero di quanto indebitamente erogato -, il c.d. test di proporzionalità che involge il sindacato sulla corretta o meno ponderazione degli interessi in gioco: valutazione che, nella logica dei rapporti di autorità, troverebbe la sua naturale emersione, nel nostro ordinamento, in sede di esercizio del potere discrezionale di autotutela e che non è invece contemplato (quanto meno in modo espresso), nelle norme civilistiche (né nell'art. 2033 c.c.; né negli artt. 1175 e 1375 c.c.; né nell'art. 1337 c.c.).

3.3. I rimedi a sua tutela: un tema di diritto nazionale. La rimessione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2033 c.c. per violazione del legittimo affidamento.

Quanto all'individuazione delle conseguenze (i.e. dei rimedi) derivanti dalla violazione del legittimo affidamento del privato, non è chiaro dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, se essa precluda la ripetizione dell'indebito (e cioè se il legittimo affidamento del privato impedisca la ripetizione) ovvero se la sua lesione sia fonte di responsabilità solo risarcitoria.
In dottrina si è osservato che una simile difficoltà dipenderebbe sia dalle

ISSN 2036-7821

caratteristiche del giudizio dinanzi alla Corte EDU che, se riscontra la violazione di un diritto fondamentale, procede ai sensi dell'art. 42 della Convenzione mediante condanna al risarcimento del danno, sia dall'approccio equitativo nella quantificazione del danno, seguito dalla Corte di Strasburgo, che non consentirebbe di inferire se al riconoscimento dell'interesse consegua *"un effetto latu sensu sanante della situazione indebita ovvero, viceversa, la Corte abbia apprestato una tutela effettivamente solo risarcitoria, ossia volta a riparare nei limiti delle conseguenze pregiudizievoli derivanti da un esercizio scorretto del diritto alla ripetizione"*[70].

Il problema della individuazione dei rimedi per evitare ulteriori violazioni del diritto convenzionale si sposta quindi sul piano interno all'ordinamento nazionale e richiede innesti e adattamenti delle interpretazioni sovranazionali, nel sistema giuridico domestico, affatto scontati come dimostra proprio il caso dei limiti alla ripetizione dell'indebito da parte della PA.

La Corte di cassazione (in base ad una rigorosa interpretazione letterale della norma) ha ritenuto che l'automatismo previsto dall'art. 2033 c.c. tra natura indebita della prestazione e diritto di ripetizione, non consentirebbe l'ingresso di alcuna valutazione quanto alla proporzionalità della ingerenza e prima ancora al legittimo affidamento del privato a fronte della condotta della PA. Di qui la rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2033 c.c., nella parte in cui non consente di dare ingresso al legittimo affidamento del privato quale limite al diritto della PA alla ripetizione dell'indebito. Viceversa, nella giurisprudenza amministrativa il confronto con la recente sentenza della Corte EDU Casarin c. Italia ha avuto come esito quello della immediata applicazione, in via interpretativa, dei principi da essa derivanti. In particolare, secondo il Consiglio di Stato[71] i principi espressi dalla Corte EDU possono trovare ingresso attraverso la valorizzazione di quell'orientamento già emerso in seno alla giurisprudenza amministrativa (su cui vedi *supra* par. 3) secondo cui la doverosità della ripetizione e l'irrilevanza del legittimo affidamento del privato, sono criteri che non possono essere applicati in modo meccanicistico a qualsivoglia fattispecie, prescindendo dalle specificità delle singole situazioni dedotte in giudizio. In particolare, osserva il Consiglio di Stato *"non può non darsi alcun rilievo alla causa dell'errore, ovvero alla sua imputabilità in via esclusiva alla Amministrazione procedente, pur avendo il lavoratore*

[70] E. Bufano, A. Dinisi, *op. cit.*, p.74. Si osserva, invero, che talvolta la Corte EDU ha condannato, come nel caso Casarin c. Italia, lo Stato a restituire tutte le somme ripetute, in altri casi invece la condanna è stata di ammontare inferiore.

[71] Cons. St., Sez. II, 1° luglio 2021, n.5014; Id. 1373, 28 febbraio 2022. *Contra*, Id. 7 dicembre 2022, n.10737 secondo cui *"né l'affidamento del pubblico dipendente, così come la sua buona fede, integrano la presenza di un elemento ostativo all'esercizio del potere-dovere di recupero, non essendo l'amministrazione tenuta a fornire un'ulteriore motivazione sull'elemento soggettivo riconducibile all'interessato. È dunque recessivo il richiamo ai principi in materia di autotutela amministrativa sotto il profilo della considerazione del tempo trascorso e dell'affidamento maturato in capo agli interessati* (cfr. anche Consiglio di Stato, sezione III, sentenze 4 settembre 2013, n. 4429, e 31 maggio 2013, n. 2986).

ISSN 2036-7821

beneficiato dello stesso, inconsapevolmente basando le proprie aspettative di stile di vita sulla acquisita consistenza stipendiale. Ciò a maggior ragione ove l'errore sia da correlare alla complessità della macchina burocratica dalla quale esso è scaturito, o della cornice normativa, che ne ha favorito l'insorgere per mancanza di chiarezza. Rileva infatti il Collegio che se la medesima Amministrazione erogante è incorsa in un errore interpretativo, si paleserebbe paradossale pretendere una sorta di consapevolezza intrinseca da parte del dipendente, privandolo comunque, spesso a distanza di anni, di somme che nella loro originaria consistenza mensile erano esigue, ma una volta capitalizzate nella richiesta restitutoria rischiano spesso di generare un effetto distorsivo sull'assetto salariale tutt'affatto trascurabile".

3.4. La soluzione fornita dalla Corte costituzionale: buona fede oggettiva, inesigibilità della prestazione e risarcimento del danno

La Corte costituzionale con la sentenza n. 8 del 2023 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2033 c.c. sulla base di una interpretazione "*convenzionalmente orientata*" del quadro normativo interno.

Secondo il Giudice delle leggi i principi affermati dalla Corte EDU nella sentenza 11 febbraio 2021, n. 4893/2013, Casarin contro Italia, nonché nella giurisprudenza precedente sull'art. 1 Prot. 1 alla CEDU, troverebbero difatti ingresso nel nostro ordinamento mediante il riferimento alla clausola generale della buona fede oggettiva (artt. 1375 e 1175 c.c.) in quanto "*cornice giuridica capace di valorizzare, a livello nazionale, e condizionare l'obbligazione restitutoria prevista dall'art. 2033 del codice civile, in base a presupposti che corrispondono a quelli individuati dalla Corte EDU per fondare il riconoscimento di un affidamento legittimo*"[72]. Tramite l'art. 1337 c.c. (secondo cui "*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*") la clausola di buona fede oggettiva consentirebbe, in primo luogo, la possibilità di identificare un affidamento legittimo come situazione giuridica suscettibile di tutela; in secondo luogo, attraverso la previsione dell'art. 1175 c.c. (secondo cui "*Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*"), la stessa clausola consentirebbe di attenuare la rigidità del rapporto obbligatorio o meglio di plasmare l'esecuzione del rapporto obbligatorio che trova la propria fonte nell'art. 2033 c.c. consentendo, in sede di sua attuazione, l'ingresso degli interessi in gioco e delle circostanze del caso concreto e, in definitiva, degli elementi valorizzati dalla Corte EDU ai fini della valutazione della "proporzionalità" dell'ingerenza[73].

---

[72] G. Vettori, *La buona fede nella "nuova" legalità plurale*, in PA Persona e Amministrazione, 2, 2022, 8.

[73] Cfr. par. 12 ult. per.: "*si deve ritenere che la consonanza fra gli elementi evidenziati dalla giurisprudenza della Corte EDU e la tipologia di criteri cui può dare rilevanza la buona fede oggettiva a fondamento di un affidamento legittimo, ove riferito al contesto della spettanza di una prestazione indebita, confermi che l'interesse protetto dalla CEDU, come ricostruito dalla Corte EDU, può trovare riconoscimento, nel nostro ordinamento, dentro la cornice generale della buona fede oggettiva*"

ISSN 2036-7821

Quanto all'apparato rimediale approntato dall'ordinamento nazionale a tutela del legittimo affidamento, "*Un primo fondamentale ruolo spetta alla categoria della inesigibilità (…) che non colpisce la fonte dell'obbligazione, ma funge da causa esimente del debitore, quando l'esercizio della pretesa creditoria, entrando in conflitto con un interesse di valore preminente, si traduce in un abuso del diritto*": in altri termini, secondo la Corte Costituzionale il legittimo affidamento del debitore, non opererebbe come causa estintiva dell'obbligazione, bensì inciderebbe sulle concrete modalità di attuazione del rapporto obbligatorio in termini di inesigibilità temporanea o "parziale"[74] (che non costituisce un limite dell'obbligazione "bensì da autonoma causa esimente del debitore"[75]: si tratta in altri termini di una prestazione astrattamente possibile, ma il cui adempimento in concreto (nel bilanciamento dei contrapposti interessi) non può essere preteso dal creditore. Per altro verso, una volta inquadrato il legittimo affidamento del dipendente pubblico come interesse tutelabile, la sua lesione aprirebbe la strada anche alla possibilità di ottenere una tutela risarcitoria entro la cornice della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.

Dalla sentenza n.8/2023 della Corte costituzionale è possibile trarre alcuni postulati e implicazioni quanto alla nozione di legittimo affidamento e rimedi a sua tutela.

a) In primo luogo, occorre soffermarsi sul dato, formale, della nomenclatura utilizzata dalla Corte: l'oggetto della sentenza della Corte costituzionale è costituito dal "legittimo affidamento" come declinato nella giurisprudenza della Corte Edu: la locuzione utilizzata nella sentenza è (quasi sempre) quella di "affidamento legittimo" e i relativi "*presupposti che consentono di indentificare un affidamento legittimo*" sono quelli ricavati dalla giurisprudenza sovranazionale[76].

b) In secondo luogo, assume rilievo il fondamento giuridico del legittimo affidamento quale interesse meritevole di protezione. La "clausola generale di buona fede oggettiva e correttezza", è ritenuta dalla Corte "*suscettibile di valorizzare le specificità degli elementi posti in risalto dalla giurisprudenza della Corte EDU a fondamento dell'affidamento legittimo*"[77]. L'affidamento legittimo basato sulla buona fede è tutelato, in via anticipatoria, mediante l'art. 1175 c.c. che conforma l'esecuzione del rapporto obbligatorio al rispetto della buona fede imponendo il bilanciamento tra i contrapposti interessi e, in via successiva, quale situazione soggettiva potenzialmente

[74] Si legge nella sentenza della Corte costituzionale che "*Talora poi le condizioni personali del debitore, ove correlate a diritti inviolabili, potrebbero far ritenere al giudice definitivamente giustificato un adempimento parziale, che solo in casi limite potrebbe approssimarsi alla totalità dell'importo dovuto*". In tale ottica, la sentenza in commento ha richiamato quell'orientamento del Consiglio di Stato secondo cui occorre «*evitare […] che le modalità di ripetizione siano tali da compromettere le esigenze primarie dell'esistenza*» (*Consiglio di Stato, sezione terza, sentenza 30 1990, n. 57; danno applicazione a quanto sopra richiamato sezione sesta, sentenze 27 ottobre 2014, n. 5315; 12 dicembre 2002, n. 6787 e 28 maggio 2001, n. 2899).*

[75] F. Gambino, *Le obbligazioni*, in R. Sacco (diretto da), Trattato di diritto civile, Utet Giuridica, 2015, 1193.

[76] Si veda in particolare punto 8 della sentenza della Corte Cost. n.8/2023.

[77] Cfr. punto 11 della sentenza della Corte Cost. n.8/2023

ISSN 2036-7821

meritevole di tutela mediante, attraverso la valorizzazione del modello generale della responsabilità (di natura risarcitoria) precontrattuale di cui all'art. 1337[78].
c) In terzo luogo (osservazione che costituisce in realtà, il necessario portato di quella precedente), secondo la Corte il legittimo affidamento, quale espressione della clausola generale di buona fede, non costituisce in sé un limite alla ripetizione dell'indebito (salve deroghe stabilite dal legislatore che, nell'esercizio della sua discrezionalità politica può ritenere preminenti le esigenze di tutela dell'affidamento)[79], ma postula una valutazione in ordine alla proporzionalità dell'interferenza quale sede di bilanciamento tra le opposte esigenze.

4. Note conclusive

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto che la percezione delle retribuzioni corrisposte in modo continuativo e senza riserve dalla pubblica amministrazione datrice di lavoro, è astrattamente idonea a far sorgere un legittimo affidamento del privato quanto alla spettanza e conservazione delle somme, quale interesse rientrante nel campo di applicazione dell'art. 1 Prot. 1 Add. CEDU. Ai fini dell'emersione del legittimo affidamento (tutelabile ai sensi della norma convenzionale) sovviene un principio di matrice pubblicistica, ossia quello del buon governo, per effetto del quale, quanto sia in gioco un interesse pubblico o generale, le amministrazioni agiscano in tempo utile e con la massima coerenza. L'attrazione della fattispecie nell'ambito di applicazione della norma convenzionale, reca con sé la necessità di valutare (anche) la proporzionalità dell'ingerenza, assumendo rilievo elementi di fatto, concreti e mutevoli, quali l'inerzia dell'amministrazione che si sia protratta per un lungo periodo di tempo, l'imputabilità dell'errore in via esclusiva alla p.a., la situazione economica e di salute del privato. Si impone, detto in altri termini, una ponderazione degli interessi (quello pubblico alla reintegrazione del patrimonio) e quello del privato (alla conservazione delle somme percepite, sulle quali abbia legittimamente confidato), da effettuarsi "caso per caso".
La giurisprudenza della Corte EDU evoca, quindi, principi (quello del buon governo) e paradigmi (quello del bilanciamento e della ponderazione degli interessi, tipica dell'esercizio della "discrezionalità amministrativa") propri dell'esercizio dei poteri pubblici. Da ciò, può derivare la tentazione di una riconduzione della fattispecie della ripetizione dell'indebito retributivo da parte della p.a. come esercizio di un potere amministrativo di secondo grado. Soluzione che, come si è visto, è stata adombrata da parte della giurisprudenza amministrativa formatasi sulle controversie

[78] Cfr. punto 12.2.2. (*"una volta individuati i tratti di tale affidamento, è dato riconoscere, nell'ipotesi di sua lesione, una possibile tutela risarcitoria proprio dentro le coordinate della responsabilità precontrattuale (…)*)".
[79] Cfr. punto 10 della sentenza della Corte Cost. n.8/2023.

ISSN 2036-7821

in materia di ripetizione dell'indebito retributivo nel pubblico impiego non privatizzato. Tale opzione interpretativa, sebbene consentirebbe di risolvere il problema della penetrazione della giurisprudenza della Corte EDU sulla rilevanza del legittimo affidamento nell'azione di ripetizione dell'indebito retributivo della PA[80], non sarebbe appagante sotto il profilo della qualificazione giuridica del rapporto. Per un verso e preliminarmente, si deve osservare che la Corte Edu si riferisce indistintamente tanto all'affidamento che trova fondamento in un provvedimento/determinazione amministrativa, tanto all'affidamento che derivi da un rapporto non mediato dal potere, essendo indifferente rispetto alla qualificazione giuridica domestica del rapporto da cui sia sorto l'affidamento; di ciò si trae conferma nell'iter argomentativo secondo cui un soggetto pubblico, per il solo dato formale di essere pubblica autorità, è astretto dal principio di buon governo ed è tenuto, quando sia in gioco un interesse pubblico o generale (nella specie quello alla reintegrazione delle finanza pubbliche), ad agire in tempo utile e con la massima coerenza[81]. Per altro verso, la ripetizione dell'indebito retributivo inerisce ad un rapporto contrattuale, paritetico, regolato dal diritto comune così come regolata dalle ordinarie norme di diritto civile ed in particolare dall'art. 2033 c.c., è la fattispecie della ripetizione di quanto la PA abbia pagato senza titolo o in eccedenza rispetto a quanto dovuto al proprio dipendente.

Una volta esclusa la natura pubblica della ripetizione dell'indebito, la ponderazione degli interessi richiesta dalla Corte EDU deve trovare emersione, non già ricorrendo al modello pubblicistico dell'autotutela, bensì in modo diverso[82]. Sotto tale profilo, la Corte Costituzionale, facendo propria la nozione di legittimo affidamento di matrice sovranazionale (che, come visto, dà precipua rilevanza alla natura pubblica di una delle parti e al principio di "buon governo"), in assenza di specifiche e derogatorie norme (rispetto al modello generale dell'art. 2033 c.c.), ha ritenuto di poter apprestare tutela al legittimo affidamento del dipendente pubblico nei confronti della p.a.

[80] Con riferimento ai rapporti autoritativi sarebbe pacifica la rilevanza del legittimo affidamento all'interno del modello tipizzato dell'autotutela (ex art. 21 nonies della l. n. 241/1990) che richiama sempre, in via anticipatoria, il corretto bilanciamento degli interessi in gioco e il minor sacrificio possibile dell'interesse privato; la sua lesione, nonostante la legittimità del provvedimento di autotutela, esporrebbe comunque al risarcimento del danno ingiusto patito secondo le più recenti acquisizioni della giurisprudenza (su cui vedi *supra* nota n.6).

[81] Anche la Corte costituzionale, nella sentenza n. 8/2023, ha evidenziato che nella dimensione relazionale assume rilievo la peculiare posizione della PA idonea, per la sua preposizione alla tutela di interessi pubblici (funzionalizzazione che riguarda tanto l'attività autoritativa tanto quella di diritto comune) ad ingenerare un qualificato affidamento del privato in ordine alla spettanza del beneficio.

[82] La ponderazione degli interessi postulata dalla Corte EDU non può agevolmente trovare una cornice giuridica di riferimento nelle ordinarie norme di diritto comune le quali, proprio in quanto destinate a regolare rapporti paritetici, con disposizioni e clausole generali valevoli indistintamente per tutti i soggetti pubblici e privati, sono neutrali e indifferenti rispetto alla posizione qualificata pubblica di una delle parti del rapporto (che invece costituisce il presupposto della speciale rilevanza giuridica, nell'accezione europea e convenzionale, del legittimo affidamento del privato).

ISSN 2036-7821

mediante la valorizzazione della clausola generale di buona fede, dalla quale deriverebbe il temperamento della modalità di recupero delle somme indebitamente corrisposte, ovvero il risarcimento del danno ingiusto subito. Si tratta di una soluzione innovativa, se si guarda ai rapporti di diritto privato; ma perfettamente coerente con le acquisizioni teoriche e giurisprudenziali in materia di legittimo affidamento nei rapporti di autorità, risultando, ad oggi, un apparato rimediale (bifasico, anticipatorio e successivo) dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione essenzialmente analogo sia nei rapporti amministrativi autoritativi che in quelli di diritto comune, basato sul bilanciamento preventivo degli interessi e sul risarcimento del danno ex post.

Il "temperamento" o "allontanamento" dal modello tipizzato dall'art. 2033 c.c. mediante l'introduzione della necessaria ponderazione e valutazione degli interessi del privato, ai fini del test di proporzionalità, ha rilevanti implicazioni quanto all'azione di recupero della pubblica amministrazione, impingendo sulla doverosità della ripetizione e postulando un non facile bilanciamento (tenuto conto della premessa, cioè il dovere di reintegrare il patrimonio pubblico e del necessario approccio caso per caso, essendo l'emersione del legittimo affidamento legata ad elementi e dati concreti, mutevoli e non predeterminati)[83].

In primo luogo, a differenza del creditore privato che, in ipotesi, potrebbe non esercitare il diritto ex art. 2033 c.c., la pubblica amministrazione non vanta un mero "diritto" (rinunciabile) alla ripetizione di quanto indebitamente pagato, essendo invece gravata dal dovere di agire per il recupero, nel rispetto della tutela dell'integrità del patrimonio pubblico, anche al fine di non incorrere nella responsabilità per danno erariale[84]. È quindi la doverosità dell'azione di recupero ad

[83] In altri termini, ci si discosta dal modello teorizzato anche dalla giurisprudenza amministrativa della natura meramente vincolata e doverosa del recupero delle erogazioni pubbliche effettuate sine titulo (su cui vedi, tra le più recenti, TAR Lazio ,Sez. IV, 13 ottobre 2025, n. 17528, secondo cui "*A sostegno di tale conclusione depone l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, dal quale il Collegio non intende discostarsi, secondo cui «il recupero di erogazioni in generale (e maxime se si tratta di agevolazioni di diritto UE), erroneamente erogate o in assenza del presupposto, non costituisce d'una funzione d'autotutela ex artt. 21-quinquies o 21-nonies della l. 241/1990. Si tratta piuttosto del doveroso esercizio di un potere vincolato, senza che ciò determini la violazione dei principi di tipicità e nominatività della funzione amministrativa (e del provvedimento che ne è la forma giuridica), di revoca sanzionatoria o, il che è lo stesso, di decadenza sanzionatoria, correlato unicamente alla ricorrenza dei presupposti normativi richiesti per elidere ex tunc il beneficio assentito sine titulo. In tal caso, la "revoca" (recte, l'obbligo tutt'altro che discrezionale di ripetizione dell'indebito) si fonda sul dato oggettivo della violazione della normativa di regolazione del settore senza che ne rilevi lo stato soggettivo del beneficiario. Emerge quindi preminente l'esigenza per la P.A. di ripetere erogazioni indebite di pubblico denaro senza che vi occorra una motivazione specifica sulle eventuali ragioni d'interesse pubblico concreto e attuale o di comparazione con quello del debitore, anche quando questi sia in buona fede, dato, questo, che assume rilievo al più nel quomodo del recupero, non certo nell'an» (Consiglio di Stato, sez. VI, 20/10/2023, n. 9115; così anche Cons. Stato, Sez. VI, 17/8/2921, n. 5908; in termini, fra le tante, Cons. Stato. Sez. VI, 30/5/2017, n. 2614; 23/11/2018, n. 6659; Sez. III, 25/3/2019, n. 1932)"*), a sua volta fondato sulla tendenziale "recessività" dell'affidamento in caso di ripetizione da parte della p.a. di somme pubbliche illegittimamente erogate (Cons. St, II, 5 settembre 2022, n. 7690).

[84] Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, n. 1852/2019 cit.

ISSN 2036-7821

essere temperata (occorre verificare come e secondo quali modalità) dall'esigenza, imposta dalla giurisprudenza della Corte EDU e da quella costituzionale, del bilanciamento degli interessi in gioco, ossia della necessaria considerazione del legittimo affidamento del privato[85].

In secondo luogo, la garanzia di imparzialità dell'amministrazione (che impone di acquisire tutti gli elementi necessari ai fini della ripetizione dell'indebito, non più meramente vincolata per effetto della giurisprudenza della Corte EDU e della Corte costituzionale) non consente una totale abdicazione da parte della p.a., in favore del giudice in sede contenziosa, del bilanciamento, valutazione, ponderazione dell'interesse pubblico alla reintegrazione del patrimonio con gli interessi del privato, e della valutazione, caso per caso, delle circostanze di fatto, prima fra tutte il tempo, il livello di consolidamento dell'aspettativa, le condizioni economiche e sociali del debitore[86].

In terzo luogo, una volta che si sia affermata, la necessaria tutela da parte della p.a. del legittimo affidamento in caso di ripetizione dell'indebito retributivo, si deve anche ritenere che la fase antecedente alla ripetizione dell'indebito debba essere preceduta da un procedimento amministrativo prodromico funzionale all'acquisizione ed emersione degli elementi di fatto rilevanti ai fini della ponderazione degli interessi in gioco. In altri termini, se è vero che

---

[85] La giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato, proprio alla luce della giurisprudenza della Corte EDU e della Corte costituzionale, ha riconosciuto la necessità di temperare il dovere di ripetizione dell'indebito con le valutazioni implicate dalla tutela del legittimo affidamento (cfr., tra le più recenti, Cons. St., Sez. VI, 10 dicembre 2025, 9715), escludendo la legittimità del recupero laddove esso sia avvenuto decorso un tempo eccessivo e tale da rendere "sproporzionata" l'ingerenza (cfr. Cons. St., Sez. II, 14 novembre 2025, n.8939, secondo cui "*In generale peraltro la possibilità di ripetere le somme indebitamente erogate solo entro un certo lasso di tempo, risponde ai principi affermati in generale sulla tematica delle erogazioni non dovute dalla pubblica amministrazione dalla giurisprudenza eurounitaria. Seppure con riferimento al caso in cui l' erogazione sia da attribuire a errore imputabile alla stessa amministrazione erogante, la Corte EDU (v. sez. I , 11 febbraio 2021, n. 4893/2013, Casarin contro Italia) ha evidenziato proprio, tra le altre cose, la rilevanza del lasso di tempo intercorso prima della richiesta restitutoria, rilevante ai fini del c.d. proportionality test richiesto dall'art. 1 del Protocollo 1, che ammette le ingerenze statuali nel godimento di beni privati solo se le stesse siano previste dalla legge per uno scopo legittimo e siano «necessarie in una società democratica». La Corte, cioè, dopo avere riconosciuto la legalità dell'ingerenza, essendo la ripetizione, appunto, «prevista dalla legge», come nel caso di specie, nonché la legittimità dello scopo, ne ha tuttavia censurato l'applicazione sotto il profilo della non proporzionalità, ritenendo che la scelta fatta abbia turbato l'equilibrio che deve sussistere tra le esigenze dell'interesse pubblico generale, da un lato, e quelle della protezione del diritto dell'individuo al rispetto della sua proprietà, dall'altro. In sintesi, una volta ammesso che anche l'inidoneità assoluta dà diritto al collocamento in aspettativa "speciale", per potere applicare la disposizione sul recupero degli assegni erogati, espressamente dettata solo per i casi di inidoneità parziale, occorre quanto meno rispettare la tempistica imposta al riguardo dal legislatore, a tutela del legittimo affidamento del lavoratore sulla possibilità di disporre delle somme percepite. Il che non è accaduto nel caso di specie, come peraltro incontestato tra le parti*".

[86] In linea di principio, spetterebbe al giudice accertare l'inesigibilità (categoria utilizzata dalla Corte costituzionale a tutela dell'affidamento del privato) parziale o totale della prestazione; la circostanza, tuttavia, che il recupero sia effettuato da una pubblica amministrazione appare assumere un particolare rilievo, determinando la necessità che, prima ancora del giudice, sia l'amministrazione, depositaria della tutela dell'interesse pubblico e astretta dal rispetto del principio di imparzialità ad effettuare la valutazione ponderativa degli interessi, sindacabile, ovviamente, dal giudice.

ISSN 2036-7821

l'amministrazione, in sede di recupero delle somme indebitamente corrisponde al dipendente, deve bilanciare l'interesse alla reintegrazione del patrimonio con quello del privato, non solo garantendo modalità "proporzionate" (quali la rateizzazione), ma anche valutando l'incidenza del recupero sui diritti costituzionalmente tutelati (e in caso di preminenza di questi, con conseguente inesigibilità del credito), allora ciò sembra comportare necessariamente il recupero delle garanzie formali del procedimento amministrativo (dalla comunicazione di avvio del procedimento, all'esercizio dei diritti partecipativi, sino alla motivazione della decisione finale). Non si vuole affermare, in una prospettiva pan pubblicistica, una sorta di trasformazione dell'atto di ripetizione dell'indebito in atto di diritto pubblico (si è già detto che una simile qualificazione si scontrerebbe con la natura paritetica del rapporto e con la riconduzione dell'atto all'art. 2033 c.c.); piuttosto, si vuole dire che, per effetto della introduzione, nel diritto/dovere di ripetere quanto indebitamente pagato, di margini di valutazione ponderativa degli interessi basata sugli elementi del caso concreto, l'amministrazione dovrebbe agire, nel rispetto del principio di imparzialità, mediante la forma del procedimento amministrativo (e nel rispetto delle sue garanzie). L'atto di ripetizione dell'indebito dovrebbe, quindi, essere adottato all'esito di un previo procedimento amministrativo quale sede deputata ad esternare l'iter seguito dall'amministrazione, ossia le ragioni di interesse pubblico (che pur essendo in re ipsa, trattandosi di interesse alla reintegrazione del patrimonio pubblico, potrebbe essere recessivo rispetto all'affidamento del privato) e la sua ponderazione con quello privato (che potrebbe essere particolarmente qualificato, se il sacrificio dovesse incidere su diritti costituzionalmente tutelati, dotati di una particolare resistenza), alla luce degli elementi acquisiti e valutati, anche al fine di consentire il sindacato alla luce dei criteri (proporzionalità e tutela del legittimo affidamento) individuati dalla giurisprudenza costituzionale e convenzionale ai fini della "legittimità" dell'azione di recupero. La struttura bifasica proposta (procedimento amministrativo prodromico all'adozione di un atto di diritto privato) è peraltro coerente con quella, ben nota, della stipulazione da parte della p.a. di contratti di appalto e concessione, appunto connotati da una fase pubblicistica che precede la stipulazione del contratto. Anche in questo caso, il contratto di diritto privato è necessariamente preceduto da una fase pubblicistica (senza che ciò determini una diversa qualificazione giuridica del contratto, che resta regolato dalle norme di diritto comune, salve puntuali deroghe o eccezioni) ai fini dell'emersione dell'interesse pubblico e della verifica della conformità alla legge della scelta amministrativa[87], quale postulato, del principio di imparzialità dell'amministrazione.

[87] M. S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, II ed., Giuffré, Milano, 1988, 797.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Dal mito della rotazione alla rotazione mite

di Francesco Armenante

(Professore aggregato di Scienza dell'Amministrazione presso l'Università degli studi di Salerno)

Sommario

1. Premesse – 2. L'ambito soggettivo e oggettivo della rotazione nelle prime codificazioni sulla contrattualistica pubblica e negli indirizzi della *soft law* – 3. Il principio di rotazione nel codice di ultima generazione - 4. Orientamenti giurisprudenziali alla luce del nuovo codice: *ratio* e portata applicativa del principio di rotazione - 5. Il nuovo volto della rotazione: principio implicito, ancillare o falso principio? - 6. L'antinomia tra fiducia e rotazione - 7. L'accesso al mercato e la naturale vocazione della rotazione - 8. I possibili risvolti processuali - 9. Una riflessione di sintesi: la doppia anima della rotazione e l'ambiguità della rotazione "mite".

Abstract

Variously defined and valued, considered the natural counterweight to discretion and, at the same time, debased to a mere operational criterion, rotation is a highly debated aspect of low-threshold procurement, with inevitable procedural implications and controversial application implications.

On a regulatory level, a figurative oxymoron has emerged.

The new codification of public contracts, in fact, prioritizes the application of the principle in question (set out in Article 49) over the rules governing sub-threshold procurement (detailed in the subsequent Article 50), with a marked formal emphasis but contemplating a complex range of possible exceptions, against which a rather confusing ratio legis serves as a backdrop..

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

ISSN 2036-7821

1. Premesse.

Variamente definita e valorizzata, ritenuta il naturale contrappeso alla discrezionalità e, contestualmente, svilita a mero criterio operativo, la rotazione costituisce un aspetto oltremodo dibattuto in tema di affidamenti di ultima soglia, con inevitabili risvolti processuali e controverse ricadute applicative.

Sul piano normativo si è assistito ad un ossimoro figurativo.

La nuova codificazione sui contratti pubblici[1], infatti, antepone l'applicazione del principio in esame (declinato all'art. 49) alla disciplina sugli affidamenti sotto-soglia (dettagliata nel successivo art. 50), con una marcata enfatizzazione formale ma contemplando un articolato ventaglio di possibili deroghe, cui fa da sfondo una *ratio legis* alquanto confusa.

Nel prosieguo, dopo una ricostruzione diacronica del principio in argomento, saranno analizzati anche i più recenti contributi interpretativi, allo scopo di ridefinirne l'effettiva portata, previa valutazione della sua compatibilità con i super-principi (o principi valori) che permeano la terza codificazione in materia di contrattualistica pubblica.

Indubbiamente, il terreno di elezione del principio in argomento è il micro-sistema degli affidamenti sotto-soglia (artt. 48 e 55 del cdc)[2] considerata l'obbligatorietà, per gli affidamenti diretti e per le procedure negoziate con inviti, di rispettare il principio in esame[3], risultando inibiti, almeno in via generale, ripetuti e continui affidamenti a favore del medesimo operatore[4].

Con l'avvertenza che la rotazione non evoca un giudizio di merito tra più opzioni, una scelta tra più aspiranti ad un certo risultato, bensì rappresenta un criterio di distribuzione che consente di far beneficiare del risultato sperato, in tempi diversi, più soggetti aventi i relativi requisiti[5].

Le preminenti esigenze sottese all'applicazione del principio in argomento si apprezzano maggiormente in caso di affidamenti diretti, in ragione della

---

[1] Di cui al D. Lgs. n. 36 del 31 marzo 2023, d'ora in avanti anche cdc.

[2] Il principio di rotazione per i contratti sottosoglia non costituisce un'assoluta novità, visto che i commi 8 e 11 dell'art. 125 del d.lgs. n. 163/2006 lo enunciavano tra i principi da rispettare in caso di affidamenti di importo ricompreso tra 40.000 euro e le soglie comunitarie. Con i codici del 2016 e 2023 se ne è estesa la portata anche agli affidamenti di ultima soglia (ovvero di minore importo) e ne viene rimarcata la priorità rispetto a quelli generali (sulla portata del principio per gli affidamenti degli appalti in economia, di cui all'art. 125 del d. lgs. n. 163 del 2006, cfr., AA.VV., *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2012, pagg. 990).

[3] Richiamato dall'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 e, ora, dall'art. 49 del d. lgs. n. 36 del 2023.

[4] Invero, ai fini della prevenzione dei fenomeni illeciti, concorrono plurime previsioni di altre normative di settore (si pensi alla l. n. 190/2012, il cui art. 1, commi 4, 5 e 10, prescrive la rotazione degli incarichi dirigenziali o apicali, soprattutto nei settori di attività più esposti a fenomeni corruttivi) e della contrattazione collettiva (in special modo del comparto dirigenziale).

[5] Sulla diversità di *ratio* del principio in argomento, si veda il contributo di L. PRESUTTI, *Decorrenza del termine di impugnazione e principio di rotazione nelle gare per l'affidamento dei contratti pubblici*, in *Urb. e appalti*, n. 1/2019, pagg. 85 ss., con ampi richiami giurisprudenziali.

ISSN 2036-7821

discrezionalità[6], piuttosto ampia, che connota l'operato della P.A., anche qualora gli stessi siano preceduti da indagini di mercato[7]. In siffatta ipotesi, la convenienza dell'offerta formulata dall'uscente spesso consegue alla "non apprezzabile" prassi di "attingere" gli interpellati dal medesimo bacino di utenza (ovvero dallo stesso contesto socio-economico), laddove accordi anticoncorrenziali tra gli operatori risultano più probabili (e più diffusi), alterando gli esiti delle ordinarie selezioni competitive.

Meno netta, ma non sterilizzata, è la necessità di applicare detto principio alle procedure negoziate semplificate, caratterizzate da una vera e propria competizione formale, con richieste di offerte (come per le r.d.o.[8]) il cui esito non è rimesso a scelte discrezionali della Stazione appaltante ma consegue all'applicazione di uno dei

[6] Al cospetto di un affidamento diretto *ex* art. 50, comma 1, lett. b) del D. Lgs. n. 36/2023, e non di una procedura competitiva, sia essa negoziata o aperta, la Stazione appaltante non è tenuta a rispettare il corredo di regole procedimentali e adempimenti, anche formali, tra cui rendere esplicite le ragioni della mancata positiva valutazione del preventivo di spesa formulata dall'operatore non selezionato. Ciò in quanto, l'affidamento diretto, per espressa previsione legislativa, non è una gara, ma una procedura "*priva ex se di carattere propriamente comparativo e non soggetta ad una rigida procedimentalizzazione, nella quale prevalgono, in ragione del limitato valore della spesa, esigenze di semplificazione per una maggiore accelerazione delle procedure*" di acquisizione del servizio. In caso di affidamento diretto, poi, l'offerta, in sostanza, è una mera "proposta contrattuale" articolata dall'impresa in modo da rispondere alle richieste specifiche dell'amministrazione acquirente, sulla base dei parametri dalla stessa indicati, che non impegna a un confronto comparativo strutturato, né tantomeno a una "pesatura" dei contenuti delle proposte dei diversi operatori (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 11 giugno 2024, n. 1778). Ne deriva che l'individuazione dell'operatore, connotata dall'esercizio di una discrezionalità tecnica e amministrativa ancora più accentuata di quella ordinariamente riscontrabile nelle procedure ad evidenza pubblica, stante appunto la natura non comparativa delle valutazioni operate dalla S.A. nella fattispecie di cui è causa, si sottrae al sindacato di legittimità del Giudice Amministrativo, al quale è consentito esclusivamente un vaglio di ragionevolezza e logicità, volto a verificare se le censure mosse dalla parte ricorrente disvelino un'abnormità o arbitrarietà della valutazione operata dalla S.A. o un manifesto travisamento dei fatti (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2024 n. 503; Cons. Stato, sez. IV, 22 novembre 2024 n. 9404; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 13 gennaio 2025, n. 279; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 15 maggio 2025, n. 873). L'affidamento diretto non prevede l'obbligo di indagini di mercato o l'acquisizione di più preventivi, atteso che non integra gli estremi di una gara, trattandosi piuttosto di un mero confronto di preventivi, con conseguente dovere della Stazione appaltante di motivare la scelta dell'aggiudicatario non in ottica comparativa, ma solo in termini di economicità e di rispondenza dell'offerta alle proprie esigenze.

[7] Come affermato dalla giurisprudenza in fattispecie analoghe, "*la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori, non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze*" (Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2024, n. 503 e sez. IV, 23 aprile 2021 n. 3287; T.A.R. Basilicata, sez. I, 11 febbraio 2022 n. 108; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 4 febbraio 2025, n. 909). Non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara neppure la richiesta del possesso, in capo agli operatori, di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale che è, anzi, conforme a quanto previsto all'art. 17, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023, in forza del quale, in caso di affidamento diretto, la decisione di contrarre "*individua l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale*" (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *bis*, 11 novembre 2024, n. 19840; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 11 giugno 2024, n. 1778).

[8] La r.d.o. (richiesta di offerta) è uno dei canali d'acquisto disponibili sul mercato elettronico della Pubblica Amministrazione, messi a disposizione da Consip.

ISSN 2036-7821

criteri di aggiudicazione normativamente previsti (*ea est*: il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa).

In altri termini, in caso di affidamenti diretti (ordinariamente preceduti da mere indagini di mercato e senza l'espletamento di alcuna procedura comparativa, come, ad esempio, per gli ordini di acquisto "diretto"), il rispetto del principio di rotazione impedisce, di regola, che la scelta ricada su un precedente beneficiario; per le procedure negoziate semplificate, invece, la rotazione vale sin dalla fase degli inviti, con la conseguenza che all'uscente (meglio: al precedente affidatario) non può essere inoltrata la "lettera di invito" a formulare l'offerta.

In tale ipotesi, esso costituisce necessario contrappeso alla discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nell'individuare gli operatori da invitare ed ha l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione perseguendo un'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio[9].

Ragion per cui risulterebbe opportuno precisare (nell'avviso di indagine di mercato) che l'invito non verrà rivolto ai precedenti beneficiari; analogamente, qualora si attinga da un elenco "ufficiale" o da un Albo, si impone la preventiva "esclusione" dei precedenti beneficiari[10].

Tutto ciò, salvo che non emergano ragioni oggettive (su cui meglio *infra*) che abilitino (motivatamente) a invitare il beneficiario del precedente affidamento o invito.

Va ancora premesso che, in un'ottica soggettiva, la rotazione va applicata avuto riguardo all'Amministrazione procedente nel suo complesso, non rilevando articolazioni interne tantomeno la natura strumentale dell'Ente[11].

Ma procediamo per gradi.

2. L'ambito soggettivo e oggettivo della rotazione nelle prime codificazioni sulla contrattualistica pubblica e negli indirizzi della soft law

Il codice del 2016 menzionava il principio in argomento al comma 1 dell'art. 36[12].

---

[9] Vero è che, come osservato, in alcuni casi il consolidamento di tali rapporti è determinato dal particolare affidamento garantito dal precedente esecutore del medesimo servizio, il quale, in virtù delle competenze acquisite e delle risorse già a disposizione, garantisce prestazioni particolarmente efficienti e prezzi particolarmente competitivi [è l'opinione di P. CLARIZIA, *Rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia, in Codice dei contratti Pubblici-Commentario di dottrina e giurisprudenza* (a cura di G.M. ESPOSITO), Torino, 2017, pagg. 400 ss.].

[10] Si è osservato che, se la Stazione appaltante decide di derogare al principio di rotazione nella fase degli inviti e, perciò, decide di invitare il gestore uscente, allora la posizione giuridica di quest'ultimo, diventa qualificata, differenziata e tutelata (è l'opinione di S. DEIANA, Il principio di rotazione e la tutela del gestore uscente, in Urb. e appalti, 2018, 5, pag. 687).

[11] La precisazione è del T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 8 maggio 2025, n. 3671, per il quale una società strumentale, soggetta al controllo analogo, è sostanzialmente identica all'Ente controllante; pertanto, nell'applicare il principio di rotazione, occorre considerare gli affidamenti dell'una e dell'altro.

[12] L'applicazione del principio passa attraverso una complessa attività dell'interprete, chiamato non alla esegesi di una previsione astratta, ma a dar concreto corpo al principio, stabilendo le specifiche disposizioni disciplinari

ISSN 2036-7821

Nella formulazione originaria, detta disposizione stabiliva semplicemente il "rispetto del principio di rotazione", senza alcuna ulteriore indicazione circa l'ambito o la fase procedimentale cui lo stesso principio dovesse applicarsi[13].
Con il decreto correttivo (D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56) si è, poi, prescritto il "rispetto del principio di rotazione degli inviti", chiarendo che la rotazione doveva applicarsi già in sede di individuazione degli operatori che potevano partecipare alla selezione e che aveva, quindi, ad oggetto gli inviti, nel senso che l'impresa invitata ad una pregressa selezione, ancorché non ne fosse risultata aggiudicataria, doveva essere esclusa dalla successiva procedura competitiva, saltando almeno un invito[14].
Anche le normative emergenziali (in special modo i decreti semplificazione n. 76 del 2020 e n. 77 del 2021, art. 51) lo richiamavano espressamente quale contrappeso alla discrezionalità nelle procedure *de quibus*.
L'applicazione del principio di rotazione risultava obbligatoria e volta a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quale quello degli appalti sotto-soglia, nel quale era maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale. Pertanto, anche al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comportava, in linea generale, che l'invito all'affidatario uscente rivestisse carattere eccezionale[15].

---

nelle quali il principio stesso si invera. Al soggetto chiamato a dare applicazione al principio compete, in buona sostanza, una sorta di attività di elaborazione di regole, come frutto della traduzione in concreto della forza evocatrice del principio stesso (si parla, infatti, di funzione "nomogenetica"). La sentenza dell'Adunanza plenaria del Cons. Stato n. 13/2013 afferma che «*i principi generali di un settore esprimono valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una memoria del tutto che le singole e specifiche disposizioni non possono avere e ai quali esse sono riconducibili; sono inoltre caratterizzati da una eccedenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica ("nomogenetica") rispetto alle singole norme*». Con l'aggiunta che i principi stessi «*abbisognano anche di declinazioni in disposizioni specifiche legislative, che trovano la propria ratio immediata nei medesimi principi, sia pure calati rispetto ad esigenze più particolari e che a loro volta si caratterizzano per essere tradizionalmente considerati principi generali della specifica materia*».

[13] Per ampi approfondimenti, anche sull'evoluzione dell'impianto normativo, cfr. R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Codice dei contratti pubblici*, Roma-Molfetta, 2017, pagg. 725 ss.; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, pagg. 648 ss.; L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, pagg. 366 ss.

[14] Sulla novità introdotta dal correttivo, cfr. A. MASSERA, *Le procedure sotto soglia*, in Giornale di diritto amministrativo, n. 6/2019, pagg. 736 e ss.

[15] Oggetto di scrutinio (seppur solo in sede di "filtro" operato dal giudice *a quo*) è stata la possibile incostituzionalità della previsione in argomento (*recte*: art. 36), soprattutto con riguardo ai principi di uguaglianza e di parità di trattamento oltre che in relazione alle previsioni costituzionali in tema di libertà di iniziativa economica. La questione non ha trovato accoglimento ritenendosi che: a) con riguardo all'art. 3 Cost., il carattere "asimmetrico" del dispositivo che impone la rotazione degli inviti e degli affidamenti ha proprio il fine di riequilibrare e implementare le dinamiche competitive del mercato, in cui il gestore uscente è in una posizione di vantaggio rispetto alle altre concorrenti; b) quanto alla violazione dell'art. 41, è dirimente rilevare che l'art. 36 del cdc (*ndr*: d. lgs. n. 50 del 2016) contiene una norma pro-competitiva che favorisce l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti e che comprime, entro i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va

ISSN 2036-7821

Al contempo, il fondamento è stato rinvenuto nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (il cui vantaggio derivava e deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), in special modo nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato[16].

Secondo tale indirizzo ermeneutico, il gestore uscente andava escluso dalla procedura negoziata a prescindere dai modi in cui avesse ottenuto il precedente affidamento, quindi anche se esso fosse scaturito da una procedura aperta o dall'adesione della Stazione appaltante ad una convenzione Consip.

In sintesi: rilevava (e rileva) il fatto oggettivo del precedente affidamento, non anche la circostanza che questo fosse scaturito da una procedura di tipo aperto o di altra natura.

Quale corollario si assumeva che l'opzione di escludere il precedente affidatario del servizio dal novero degli operatori invitati alla procedura negoziata non necessitasse di specifica motivazione, non trattandosi di una scelta di carattere sanzionatorio, quanto piuttosto dell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione.

Sin dall'entrata in vigore di tale codice la giurisprudenza ha avuto modo, più volte, di occuparsi della relativa portata applicativa, con pronunciati che, in alcune ipotesi, sono risultati più restrittivi dello stesso dettato normativo[17].

Inter alia, sono stati sanzionati sia la determinazione con la quale era stato conferito un incarico professionale (non trovando obiettiva giustificazione l'affidamento diretto, per la terza volta nell'arco di soli tre anni, di un ulteriore incarico allo stesso professionista)[18], sia una procedura negoziata alla quale aveva partecipato il gestore uscente senza che fossero state indicate le ragioni giustificative[19].

Seguendo il medesimo prisma interpretativo, non è risultato immune da censure l'invito rivolto all'operatore uscente, quand'anche a valle di una manifestazione di interesse e senza alcun filtro da parte della stazione appaltante (che aveva invitato tutti i candidati)[20] ed anche nell'ipotesi in cui avessero partecipato solo due operatori

---

garantita anche al gestore uscente, al quale - salvo motivate eccezioni - si impone soltanto di "saltare" il primo affidamento, di modo che alla successiva gara esso si ritrovi in posizione paritaria con gli altri concorrenti; c) in relazione all'art. 97, l'aumento delle *chances* di partecipazione dei *competitors* "esterni" (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi.

[16] Cfr. L. PRESUTTI, *op. cit.*, pag. 92, in cui si riportano anche le varie teorie in ordine alla portata precettiva o meno del principio in esame, in ragione della prospettata necessità, secondo alcuni, di preventive Linee Guida ANAC per la sua attuazione.

[17] Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, cfr. R. GAROFOLI – G. FERRARI, *cit.*, pagg. 727 ss.

[18] Il T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 14 maggio 2018, n. 1007, ha considerato insufficienti i generici riferimenti alla *"adeguata competenza tecnico-professionale maturata con riferimento alla [...] prestazione richiesta per l'incarico"*.

[19] Cons. Stato, sez. V, 03 aprile 2018, n. 2079. Per analoghe fattispecie: T.A.R. Veneto, sez. I, 21 marzo 2018, n. 320; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 6 febbraio 2018, n. 184.

[20] Cons. Stato, sez. V, 05 novembre 2019, n. 7539, secondo cui la corretta interpretazione delle Linee guide impone che il principio di rotazione non si applichi solo nel caso in cui la stazione appaltante decida di

ISSN 2036-7821

(tra cui l'uscente, risultato aggiudicatario)[21].
Non sono, tuttavia, mancate decisioni più "permissive".
Si è sostenuto che ove il procedimento per l'individuazione del contraente si fosse svolto in maniera "realisticamente" concorrenziale, con invito rivolto a più imprese, ivi compresa l'affidataria uscente, e fossero stati rispettati sia il principio di trasparenza che quello di imparzialità nella valutazione delle offerte, poteva dirsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione[22].
La motivazione per la deroga poteva ancorarsi, altresì, alla riscontrata assenza di alternative ovvero al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione[23].
Secondo altro indirizzo giurisprudenziale il principio non trovava applicazione ove la stazione appaltante non avesse effettuato né un affidamento (diretto) né un invito (selettivo) degli operatori economici, ma la possibilità di contrarre fosse stata aperta a tutti gli operatori economici appartenenti ad una determinata categoria merceologica[24].
Si è ritenuto[25] derogabile il principio di rotazione in caso di affidamento temporaneo e urgente, considerata una fattispecie non assimilabile a quella conseguente all'aggiudicazione di una gara d'appalto.
Controversa è risultata l'applicazione del principio in esame alle **concessioni**, posto che nel corpo normativo dettato per tale modello di affidamento non vi era un espresso richiamo del principio in commento.
Secondo alcuni, doveva prescindersi dal dato letterale, con la conseguenza che anche in assenza di un suo riferimento espresso nell'ambito dell'art. 30[26] del D. Lgs. n. 163 del 2006, la rotazione trovava applicazione anche al settore delle concessioni[27], attraverso il riferimento più generale al principio di libera concorrenza di cui il

selezionare l'operatore mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti. Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2019, n. 435 ha ritenuto irrilevante la circostanza che l'invito fosse stato rivolto a tutti i candidati.

[21] Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2020, n. 2182.

[22] T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 09 febbraio 2018, n. 380.

[23] *Ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 18 gennaio 2018, n. 413; T.A.R. Valle d'Aosta, 23 giugno 2017, n. 36; Cons. giust. Amm. Reg. sic., 12 aprile 2017, n. 188; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 26 marzo 2018, n. 354; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 01 luglio 2020, n. 7418.

[24] T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 20 novembre 2019, n. 993; T.A.R. Liguria, sez. II, 22 ottobre 2019, n. 805; T.A.R. Sardegna, sez. II, 2 gennaio 2020, n. 8; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 17 aprile 2020, n. 132.

[25] T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 10 gennaio 2019, n. 60.

[26] Rubricato "*principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*".

[27] Cons Stato, sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 06 maggio 2022 n. 618.

ISSN 2036-7821

criterio in esame costituisce espressione[28].

Per altri, era da ritenersi dirimente il dato letterale, con la conseguenza che l'applicazione della rotazione alle concessioni era da escludersi in assenza di un richiamo nel relativo paradigma normativo[29].

Divergenti posizioni si sono registrate anche in caso di utilizzo di procedure "aperte" svolte avvalendosi del portale del Mepa.

Secondo un primo orientamento[30], il principio di rotazione non trovava applicazione nelle procedure aperte, anche ove si fosse trattato di affidamenti sotto-soglia[31], quali quelle caratterizzate dall'invito rivolto a tutti gli operatori presenti sul citato portale.

Su altro crinale si poneva la decisione secondo cui la rotazione si imponeva comunque, in quanto i non iscritti a detto portale non potevano partecipare alla procedura, non risultando perciò realizzati i presupposti per la configurabilità della concorrenzialità [32].

La portata applicativa del principio in esame nonché le possibili deroghe hanno costituito il fulcro delle **Linee guida ANAC n. 4/2016**[33].

Per esse il principio di rotazione andava applicato con riferimento all'affidamento immediatamente precedente, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, avessero avuto ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, nella stessa categoria di opere, nello stesso settore di servizi.

Si ribadiva il divieto, di norma, di invitare il contraente uscente e l'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento.

Si confermava l'assunto per il quale la rotazione non si imponeva laddove il nuovo affidamento fosse avvenuto tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non avesse operato alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione[34].

---

[28] In termini, Cons. Stato, sez. VI, 32 agosto 2017, n. 4125; nello stesso senso, *id*., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079.

[29] T.A.R. Sardegna, sez. II, 17 febbraio 2020, n. 101.

[30] T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 23 luglio 2018, n. 4883.

[31] Cfr., anche, Cons. Stato, sez. III, 25 aprile 2020, n. 2654.

[32] T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 2 ottobre 2018, n. 1412, e 4 settembre 2018, n. 1322 [in tale ultima fattispecie, secondo il Collegio non doveva trarre in inganno l'elevato numero degli inviti, rivolti acriticamente a tutti gli iscritti all'elenco (oltre 4.000 società), a prescindere dall'oggetto sociale di ciascuno di essi (erano pervenute solamente 11 offerte)].

[33] Aggiornate con la delibera n. 206 del 2018, pubblicate in G.U. del 23 marzo 2018, n. 69, recanti: "*Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*". Per una sintetica analisi delle previsioni ivi recate, cfr. P. CLARIZIA, *op. cit*., pag. 400.

[34] Sull'interpretazione di tali Linee guida, cfr. C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 28 aprile 2016, pagg. 11 ss., dove l'Autorità illustra le differenti tipologie di linee guida e la loro collocazione nel sistema delle fonti; M. LIPARI, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee*

ISSN 2036-7821

Si prevedeva, in modo innovativo, che la stazione appaltante, in apposito regolamento, potesse suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia (previo rispetto dei limiti e delle condizioni ivi precisati).
In esse, con argomentazioni che riproducevano - quasi fedelmente - i suesposti indirizzi giurisprudenziali, si ribadiva che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente avesse carattere eccezionale e richiedesse un onere motivazionale più stringente.
Nell'intento di fornire indirizzi applicativi (e di favorire le *best pratices*) l'ANAC specificava che la stazione appaltante poteva motivare tale scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento[35].

3. Il principio di rotazione nel codice di ultima generazione

Il nuovo codice dei contratti pubblici attribuisce al principio in esame un ruolo (invero, solo apparentemente) prioritario[36].
Si rinviene una disciplina specifica e puntuale (art. 49) dalla cui esegesi, tuttavia, emergono plurime ipotesi derogatorie che ne limitano fortemente l'ambito

---

guida dell'ANAC nei settori speciali, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 11 aprile 2018; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, n. 4/2016, pagg. 499 ss.; V. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione, in Riv. della regolazione dei mercati*, n. 1/2016, pagg. 9 ss.

[35] Le questioni applicative del principio di rotazione sono state oggetto anche di apposite *faq* riscontrate dall'ANAC. Con la **faq n. 2**, si è osservato che l'applicazione del principio di rotazione nelle stazioni appaltanti dotate di una pluralità di articolazioni organizzative dovesse tendenzialmente essere applicata in modo unitario, avendo cioè a riguardo gli affidamenti complessivamente attivati e da attivare nell'ambito della stazione appaltante; ciò in quanto tale impostazione risultava, oltre che rispettosa del dettato normativo (che non distingueva in relazione alla presenza di articolazioni interne), un efficace presidio nei confronti del divieto di artificioso frazionamento delle commesse. Si è ritenuto ragionevole derogare a tale regola nel caso in cui la Stazione appaltante (es. Ministero) presentasse, in ragione della complessità organizzativa, articolazioni territoriali (ad esempio, Direzione regionale/centrale) ovvero per la gestione di una peculiare attività, strategica per l'ente, dotate di autonomia in base all'ordinamento interno nella gestione degli affidamenti sotto-soglia. In tali casi, salvo diversa previsione dell'ordinamento interno, la rotazione poteva essere applicata considerando gli affidamenti gestiti dalla singola articolazione organizzativa. Con la **faq n. 5**, si è sostenuto che il meccanismo dell'estrazione casuale degli operatori da invitare alle procedure negoziate, sia pure a seguito di avviso, non assicurasse il rispetto del principio di rotazione, con la conseguenza che l'uscente non avrebbe potuto far parte della platea dei soggetti tra cui sorteggiare i destinatari degli emanandi inviti.

[36] Per più approfondite riflessioni sulla portata del principio nell'attuale codificazione, cfr. AA.VV., *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici* (a cura di G. TROPEA), Napoli, 2025, pagg. 198 ss. Ivi si enfatizza il dato letterale: in luogo del precedente codice che usava il sintagma "di norma", il nuovo usa il termine (*ndr*: apparentemente più incisivo) di "vieta".

ISSN 2036-7821

applicativo.
La rotazione viene anteposta alla disciplina delle procedure di affidamento con una specifica disposizione ad essa dedicata, tuttavia, le plurime ed elastiche ipotesi derogatorie rischiano di giustificare un'applicazione eccessivamente marginale, favorendo comportamenti elusivi, suffragati dalla sussistenza di condizioni solo formalmente inscrivibili nel quadro normativo.
Va ricordato che il rapporto tra "regola" e "deroga" comporta che, se non vi è necessità di specifica motivazione circa l'applicazione della prima, viceversa si impone la esplicitazione delle ragioni che giustificano la non applicazione della regola e, quindi, la deroga alla prescrizione ordinaria; proprio nella necessità di motivazione della "deroga" e nella conseguente sindacabilità circa la sussistenza e pertinenza della motivazione, finisce per sostanziarsi la vincolatività giuridica della "regola", altrimenti ricondotta all'ambito delle buone pratiche prive di prescrittività giuridica.
La "regola", cioè il rispetto della "rotazione", con la non aggiudicazione al precedente aggiudicatario o il non invito dello stesso, costituendo ordinaria applicazione del disposto normativo, non avrà bisogno di una "motivazione" in senso proprio, essendo sufficiente che la stazione appaltante, nel farne applicazione, richiami il dato fattuale che sia già partecipante o sia risultato aggiudicatario di una precedente selezione.
La motivazione è, invece, necessaria in caso di deroga alla rotazione, dovendo la stazione appaltante dar conto della scelta di non seguire la regola ordinaria alla luce della specifica situazione fattuale nella quale si trova ad operare. Le diverse evenienze in cui ciò può avvenire devono essere separatamente esaminate, discostandosi le stesse in modo più o meno intenso dal rispetto del principio concorrenziale, così da richiedere un apparato motivazionale di diversa consistenza.
In via generale, la rotazione impedisce l'affidamento all'operatore uscente qualora la prestazione sia analoga; risultano vietati, pertanto, due consecutivi affidamenti mentre è possibile rivolgersi alla ditta che abbia beneficiato del penultimo affidamento.
Il sintagma "due consecutivi affidamenti" (comma 2) ha alimentato qualche incertezza interpretativa, prospettandosi l'operatività del divieto a partire dal terzo affidamento.
Tale indirizzo, indubbiamente poco attento al dettato normativo e ben distante dalla relativa *ratio* ispiratrice, risulta smentito anche dalla giuspubblicistica.
Si è rimarcato, infatti, che la disposizione vieta il secondo consecutivo affidamento (avente ad oggetto la stessa categorie di opere) e non il "terzo" affidamento, non rivenendosi, per una simile interpretazione, né elementi testuali, né elementi sistematici tenuto anche conto che la disposizione si pone in linea di continuità con la

ISSN 2036-7821

precedente regolamentazione di cui alle citate linee guida ANAC, che al punto 3.6 facevano espresso riferimento all'affidamento "precedente" e a quello "attuale"[37].

Tuttavia, detta limitazione opera solo qualora le commesse siano equivalenti, con la conseguenza che sembra sufficiente una mera diversificazione dei servizi o delle forniture, così come la diversità delle categorie di lavorazioni per giustificare ripetuti e consecutivi affidamenti al medesimo operatore economico.

Fattispecie che, in linea teorica, potrebbero ripetersi più volte non essendo contemplato alcun limite massimo, salvo, come detto, la diversa tipologia della prestazione.

Presuppone l'adozione di una apposita disciplina regolamentare, l'ulteriore fattispecie derogatoria (di cui al comma 3, dell'art. 49); in continuità con le suindicate Linee guida ANAC, qualora l'amministrazione abbia ripartito gli affidamenti in fasce di importo, in base al valore economico, il principio di rotazione trova applicazione solo nell'ambito della medesima fascia.

La *ratio* sembra evidente: evitare che un operatore, beneficiario di una commessa di modesto importo, resti pretermesso da future e più significative prestazioni, con conseguenziale rischio, per gli affidamenti minori, di non trovare operatori disponibili.

Per siffatta ipotesi, un'applicazione distorsiva potrebbe annidarsi in previsioni regolamentari articolate in micro-fasce, con lievi scostamenti tra i loro valori e, quindi, con la possibilità di favorire il medesimo operatore (l'uscente), per la stessa commessa, laddove l'importo della nuova prestazione dovesse differenziarsi, anche se non di molto, da quello precedente.

Non sembrano rischi marginali, stante la discrezionalità (peraltro, non sindacabile in sede giudiziaria) che connota sia la generale attività regolamentare della stazione appaltante sia l'attività di rimodulazione del quadro economico, variando voci, anche marginali, delle prestazioni o ridefinendo i parametri temporali (di durata) del contratto in appalto.

Indubbiamente più comprensibile (e, per certi versi, obbligata) è l'altra deroga contemplata dal legislatore, ovvero l'assenza di alternative (comma 4).

In tale circostanza, è necessario che l'operatore uscente abbia correttamente reso la prestazione, a comprova, quindi, della sua affidabilità.

Tenuto conto della struttura del mercato e della accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere affidatario diretto[38].

Con il recente (e primo) decreto correttivo[39] nel tessuto normativo è stata inserita l'espressione "*nonché della qualità della prestazione resa*", che va ad aggiungersi alle

[37] T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 19 marzo 2024, n. 1099.
[38] Cons. Stato, sez. III, 31 maggio 2024, n. 4875.
[39] Precisamente il D. Lgs. n. 209 del 31 dicembre 2024.

ISSN 2036-7821

ulteriori condizioni già previste.
Sinceramente, la precisazione di cui al decreto "correttivo", oltre ad essere di incerta perimetrazione e di arbitrario apprezzamento, non può affatto favorire una corretta applicazione del principio anche perché, qualora sia accertata e documentata l'assenza di alternative (come, ad esempio, per affidamenti fatti da comuni isolani o montani o per strutture di mercato prive di reti capillari), soffermarsi eccessivamente sulla qualità della prestazione resa dall'uscente potrebbe condurre al paradossale risultato di non avere alcun competitore e di non garantire la prestazione in appalto.
Continuando nell'esegesi della norma, la rotazione è derogabile qualora l'indagine di mercato, svolta propedeuticamente ad una procedura aperta, non abbia contemplato filtri relativamente al numero di operatori da invitare (comma 5).
La giurisprudenza è costante nell'escludere l'applicabilità del principio di rotazione laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori tra i quali effettuare la selezione, proprio perché tale condizione esclude, sul piano sostanziale, la configurabilità di una procedura negoziata[40].
Va avvertito che la indiscriminata (e per certi versi, immotivata) applicazione di tale fattispecie derogatoria se, da un lato, consentirebbe alla stazione appaltante di non escludere dalla partecipazione l'operatore uscente, dall'altro, potrebbe comportare il rischio di una procedura massiva, con un numero di operatori eccessivo, in tal modo esponendo la stazione appaltante alla necessità di gestire una procedura oltremodo complessa e farraginosa, infirmando il principio cardine del risultato.
In ordine a siffatta ipotesi si è esclusa la violazione del principio di rotazione nel caso in cui la stazione appaltante abbia pubblicato un avviso rivolto indistintamente a tutti gli operatori del settore ed abbia, altresì, invitato tutti gli operatori iscritti all'albo, così realizzando un meccanismo sostanzialmente equivalente all'indizione di una procedura aperta[41].
Su altro crinale si è precisato che la deroga al principio di rotazione, per l'ipotesi in cui la scelta del contraente sia stata preceduta da un'indagine di mercato svolta senza porre limiti al numero di operatori economici da invitare a presentare un'offerta, riguarda unicamente le procedure negoziate senza bando[42], di cui alle lettere c), d),

[40] Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2024, n. 2946.
[41] T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 18 giugno 2025, n. 1926.
[42] Cons Stato, sez. V, 17 gennaio 2025, n. 366, nel richiamare la giurisprudenza prevalente, afferma che il principio di rotazione delle imprese partecipanti ad una gara non è applicabile laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure nelle quali la Stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione non essendo rinvenibile (in tal caso) il fondamento stesso del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, che, in attuazione del principio di concorrenza, ha la finalità di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle asimmetrie informative, che potrebbero consentirgli di formulare un'offerta migliore rispetto ai concorrenti, specie nel contesto di mercati con un non elevato numero di operatori.

ISSN 2036-7821

ed e), dell'art. 50 e non gli affidamenti diretti[43].

Da ultimo, alla stregua cioè dell'art. 49, comma *ad finem*, il principio in argomento non trova applicazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore alla soglia di cinquemila euro (limite corrispondente a quello stabilito per il ricorso obbligatorio al mercato elettronico della pubblica amministrazione).

Anche tale ipotesi presenta una duplice lettura critica.

Da un lato, non può dubitarsi dell'opportunità di semplificare l'azione amministrativa per le prestazioni di minore importo, rispetto alle quali non si profilano alterazioni della concorrenza o apprezzabili rendite di posizione. Dall'altro, l'assenza di un limite numerico agli affidamenti diretti rientranti in tale ultima soglia potrebbe favorire ripetute prestazioni da parte del medesimo operatore economico, con l'unico limite del rispetto del predetto parametro quantitativo.

La norma in esame non delinea un intervallo temporale oltre il quale risulta possibile affidare nuovamente un incarico al medesimo operatore economico già beneficiario di un precedente affidamento. L'elemento chiave non è il tempo trascorso, ma la categoria merceologica o il settore di attività in cui rientra il servizio o l'opera[44].

Resta da osservare che, alla luce del nuovo paradigma normativo, non potrebbe ipotizzarsi il ricorso ad una procedura aperta per importi di ultima soglia, così superando ogni possibile ostacolo alla partecipazione dell'uscente.

Un condivisibile orientamento giurisprudenziale[45] ha sottolineato come, a fronte di un'interpretazione, letterale e sistematica, della nuova disciplina codicistica, il ricorso alle procedure semplificate (ora contemplate dall'art. 50 del codice) rappresenti la regola, derogabile solo nel caso ivi contemplato (affidamenti di lavori di importo superiore ad 1 milione di euro) o, come sottolinea l'ANAC, in presenza di una

---

[43] Nel dettaglio, il comma 5 dell'art. 49 in esame è applicabile esclusivamente "per i contratti affidati con le procedure di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e)" dello stesso D.Lgs. n. 36/2023, ossia per le procedure negoziate senza bando, relative, rispettivamente, ad appalti di lavori di importo pari o superiore a € 150.000,00 ed inferiore a € 1.000.000,00 (lett. c), ad appalti di lavori di importo pari o superiore a € 1.000.000,00 ed inferiore alla soglia di rilevanza europea (lett. d) e, infine, ad appalti di servizi e/o forniture di importo pari o superiore a € 140.000,00 ed inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria (lett. e): in termini, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, sentenza 29 gennaio 2025, n. 138; in senso conforme T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 8 maggio 2025, n. 3671.

[44] Parere 3 aprile 2025, n. 3342.

[45] T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 02 dicembre 2024, n. 6731, per il quale la regola di *non aggravamento* si desume dall'art. 50 del D.Lgs. n. 36/2023 e, precisamente: dalla valenza prescrittiva del verbo "procedere" coniugato all'indicativo presente ("le stazioni appaltanti procedono all'affidamento … con le seguenti modalità"); dall'argomento *a contrario* tratto dalla lett. d) del comma 1 dell'art. 50, che prevede la "possibilità di ricorrere" alle procedure ordinarie limitatamente ai lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e inferiore alla soglia europea; dall'art. 49, comma 6, del codice, che, nel consentire l'automatica deroga alla rotazione nei micro-affidamenti "di importo inferiore a 5.000 euro", specifica che non può trattarsi altro che di "affidamenti diretti", giammai di procedure negoziate senza bando; dall'art. 52, comma 1, del codice, che - permettendo, per importi inferiori a 40.000 euro, la verifica dei requisiti partecipativi su un "campione" di contraenti "individuato con modalità predeterminate ogni anno" - precisa che non può trattarsi altro che di affidatari diretti "di cui all'art. 50, comma 1, lettere a) e b)".

ISSN 2036-7821

congrua e ponderata motivazione[46].

4. Orientamenti giurisprudenziali alla luce del nuovo codice: ratio e portata applicativa del principio di rotazione

Anche a seguito dell'entrata in vigore della disciplina appena descritta, la giurisprudenza ha avuto modo di occuparsi della portata applicativa del divisato principio.

I profili affrontati in sede pretoria risultano variegati e molteplici, oscillando tra interpretazioni restrittive delle ipotesi derogatorie a soluzioni impropriamente elastiche e permissive, capaci, cioè, di svilire l'applicazione del principio in argomento.

Circa il perimetro contenutistico, anche in vigenza del nuovo codice si è riproposta la questione della derogabilità della rotazione in caso di affidamenti di servizi alla persona.

Si è sostenuto che il principio di rotazione trova comunque ingresso nella disciplina degli affidamenti inerenti ai servizi sociali sottosoglia, a prescindere da un espresso richiamo, in forza della previsione generale di cui all'art. 49, comma 1 del Codice, che non è stata espressamente derogata rispetto a tale tipologia di affidamenti[47].

Vero è, piuttosto, che gli affidamenti sottosoglia relativi ai servizi alla persona soggiacciono ad una regolamentazione composita come risultante dalla combinazione della disciplina di carattere generale, comprensiva anche del principio di rotazione, e di quella di carattere speciale, contenuta nell'art. 128 del Codice. Pertanto, l'interpretazione logico-sistematica del comma 8 dell'art. 128 impone che, per l'affidamento e l'esecuzione di servizi alla persona di importo inferiore alla soglia europea, l'amministrazione può derogare al principio generale di rotazione, previa adeguata motivazione, al fine di osservare i principi e i criteri di cui al comma 3 del medesimo articolo, ovvero "garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti".

---

[46] Parere in funzione consultiva n. 13 del 13 marzo 2024, in cui si sottolinea che la facoltà delle Stazioni appaltanti di acquisire lavori, servizi e forniture mediante procedura negoziata anche entro le fasce di importo per le quali è previsto l'affidamento diretto deve essere esercitata in applicazione del principio del risultato di cui all'art. 1 del D. Lgs. n. 36/2023 che impone, tra l'altro, alle Stazioni appaltanti e agli enti concedenti di perseguire il risultato dell'affidamento del contratto con la massima tempestività; inoltre, si deve tener conto del divieto di aggravamento del procedimento sancito dall'art. 1, comma 2, della l. n. 241/1990, richiamata dall'art. 12 del D. Lgs. n. 36/2023.

[47] È quanto statuito dal T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 7 dicembre 2024, n. 365. Secondo il Collegio, qualora la volontà del Legislatore fosse stata quella di escludere l'applicazione del principio di rotazione agli affidamenti in questione, la disposizione di cui all'art. 128, comma 8 avrebbe dovuto essere formulata mediante una chiara ed espressa deroga al principio di rotazione come prescritto dal comma 4 dell'art. 48.

ISSN 2036-7821

Nell'ambito dello stesso settore di indagine si inscrive il rapporto tra la contrattualistica pubblica e gli affidamenti agli Enti del Terzo Settore.
Premesso che, di regola, l'affidamento dei servizi sociali deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario, in determinate ipotesi la procedura di affidamento di servizi sociali disciplinata dal diritto interno non è soggetta alla regolazione di origine comunitaria. Ciò accade allorché la procedura disciplinata dal diritto interno miri all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che l'ente affidatario svolgerà a titolo integralmente "gratuito", il che si giustifica essenzialmente per il fatto che il diritto europeo degli appalti si interessa dei soli affidamenti onerosi.
Il diritto dell'Unione – anche secondo le direttive del 2014 nonché in base alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia[48], che tendono a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà – mantiene in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali).
Nell'ambito del foro interno, il modello configurato dagli art. 55 e 56 del codice del terzo settore (di cui al D. Lgs. n. 117 del 2017) non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico.
La questione si trasferisce, quindi, sul piano della definizione giuridica del concetto di gratuità, ossia di uno degli elementi costitutivi della possibilità di utilizzare le procedure di affidamento disciplinate dal codice del terzo settore e di sottrarsi, quindi, all'applicazione delle norme unionali in materia di appalti pubblici e al codice dei contratti che di quelle costituiscono recepimento[49].
In tale prospettiva, il concetto di "gratuità" si identifica nel conseguimento di un aumento patrimoniale da parte della collettività, cui corrisponde la diminuzione patrimoniale di altro soggetto, ossia il prestatore del servizio.

[48] In particolare, Corte di giustizia dell'Unione europea, V sez., 28 gennaio 2016, in causa C-50/14 (CASTA e a.) e Corte di giustizia dell'Unione europea, V sez., 11 dicembre 2014, in causa C-113/13 (Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e altri).
[49] In tale ottica si giustifica il dettato dell'art. 56, comma 2, del D.Lgs. n. 117 del 2017, secondo cui: "*Le convenzioni di cui al comma 1 possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate*".

ISSN 2036-7821

Sotto questo profilo, si precisa che "la effettiva gratuità si risolve contenutisticamente in non economicità del servizio poiché gestito, sotto un profilo di comparazione di costi e benefici, necessariamente in perdita per il prestatore". Deve escludersi qualsiasi forma di remunerazione, anche indiretta, dei fattori produttivi (lavoro, capitale), potendo ammettersi unicamente il rimborso delle spese ("le documentate spese vive, correnti e non di investimento")[50].

Alcune questioni dibattute risultano ancor più settoriali, ma non prive di rilievi critici.

Discutibile è l'approdo cui è giunto il Giudice amministrativo in ordine alla possibilità della partecipazione a gara di un operatore, precedente affidatario del servizio, qualora chieda di essere invitato quale componente di un RTI costituendo con un altro soggetto[51].

Tale decisione non sembra pienamente condivisibile.

Sul piano strettamente formale, un raggruppamento temporaneo non può assimilarsi ad uno degli operatori raggruppandi[52], ma è indiscutibile che la nuova configurazione del raggruppamento consentirebbe di eludere, agevolmente, il principio in esame.

L'assunto impone una precisazione. Alla stregua della decisione resa dalla Corte euro unitaria[53], tenuto conto della disciplina dettata dalla direttiva appalti[54], il nuovo codice non consente di imporre al raggruppamento temporaneo una forma giuridica specifica ai fini della partecipazione[55], residuando in capo alla stazione appaltante la sola possibilità di prescrivere vincoli in fase di esecuzione. In ossequio alla citata giurisprudenza comunitaria non è stata riproposta la "primazia" del soggetto

[50] Come ribadito anche dal Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2024, n. 4540.

[51] Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2024, n. 2946.

[52] Di modo che, come sottolineato dalla medesima decisione, un nuovo soggetto parteciperà alla gara, con vantaggio per la concorrenza.

[53] Sentenza 28 aprile 2022, C-642/20, il cui considerando 37 osserva quanto segue: «*Imponendo all'impresa mandataria del raggruppamento di operatori economici di eseguire le prestazioni "in misura maggioritaria" rispetto a tutti i membri del raggruppamento, vale a dire di eseguire la maggior parte dell'insieme delle prestazioni contemplate dall'appalto, l'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 fissa una condizione più rigorosa di quella prevista dalla direttiva 2014/24, la quale si limita ad autorizzare l'amministrazione aggiudicatrice a prevedere, nel bando di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento di operatori economici*». Sulla scorta di tale decisione, si è statuito (Cons. Stato, sez. III, 25 ottobre 2022, n. 9117) che: «*La disposizione ("La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria") è contraria al diritto euro unitario: conseguentemente essa va disapplicata*».

[54] L'ultimo periodo dell'art. 19, comma 2, della direttiva 2014/24 stabilisce che i raggruppamenti di operatori economici "non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione". Tale previsione, tuttavia, trova applicazione solo per la fase di presentazione delle offerte, non dopo che il contratto sia stato aggiudicato.

[55] Con la sentenza del 07 marzo 2024, n. 2227, la V sez. del Cons. di Stato ha ritenuto doveroso disapplicare anche i limiti puramente quantitativi alla partecipazione alle procedure di gara imposti ai raggruppamenti.

ISSN 2036-7821

mandatario, precedentemente imposta nella misura minima del quaranta per cento[56], da cui scaturiva una particolare forma partecipativa e una particolare relazione tra la stazione appaltante e la mandataria e che differenziava la posizione di quest'ultima da quella degli operatori singoli e delle imprese mandanti.

Sulla scorta del "*principio di neutralità delle forme*", di matrice comunitaria, risulta ora precluso alla stazione appaltante e, per l'effetto, alla *lex specialis*, imporre quote minime o massime di partecipazione in caso di concorrente plurisoggettivo; ne consegue che l'uscente potrebbe risultare beneficiario, in via consecutiva, di altra analoga commessa qualora si associasse ad altro operatore del settore, al quale riservare una quota di partecipazione minima e irrilevante.

Perplessità sostanzialmente analoghe si attagliano ad un'altra fattispecie, oggetto di un apposito parere ministeriale[57]. In particolare, si è ritenuto che il principio di rotazione non si estenda al rapporto tra appaltatore e subappaltatore considerato che la Stazione appaltante non ha il potere di sindacare la scelta dell'appaltatore in merito all'impresa subappaltatrice oltre a quanto previsto dall'art. 119 del codice dei contratti pubblici e posto che nel citato art. 119 non vi è alcun limite o divieto nel caso in cui un subappaltatore sia stato previamente appaltatore della stazione appaltante.

Appare evidente, tuttavia, il rischio di un perdurante e ingestibile effetto elusivo in ragione del fatto che, a seguito degli interventi della giurisprudenza comunitaria e dei successivi adattamenti della normativa interna[58], il subappalto (eccetto limitate ipotesi) può spingersi sino al 99% della prestazione principale, in tal modo aprendo il varco ad affidamenti a favore di ditte diverse ma sostanzialmente (*recte*: quasi integralmente) eseguiti dal medesimo operatore (uscente).

Maggiormente condivisibili sono le conclusioni cui è pervenuta l'Authority in ordine alla portata applicativa del principio di rotazione in caso di accordo quadro; l'ANAC[59] ha precisato che i singoli ed eventuali contratti applicativi a valle dell'accordo quadro sono riconducibili all'unico affidamento iniziale; tale circostanza esclude, pertanto, la violazione del principio nel caso di successivi contratti applicativi rientranti nell'ambito dell'importo massimo stimato per l'affidamento

[56] Su tale caratteristica di *primautè* attribuita alla mandataria, si veda A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto delle opere pubbliche*, Milano, 2021, pag. 553. Sulle svariate motivazioni poste dalla giurisprudenza a sostegno di tale affermazione, *ex aliis*, Cons Stato, sez. III, 16 aprile 2018, n. 2275, secondo cui «non è dubbio che il comma 2 dell'art. 275, del D.P.R. n. 207/2010, nel richiedere che la mandataria debba possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria, fa riferimento alla fase di esecuzione delle prestazioni da parte della capogruppo, e ciò per evitare che essa possa assumere, all'interno del raggruppamento, una posizione secondaria, che si rifletterebbe poi nell'esecuzione della prestazione». Per Cons. Stato, sez. V, 08 febbraio 2017, n. 560, la norma aveva l'evidente scopo di garantire che l'impresa capogruppo fosse il soggetto più qualificato e fosse affidataria della parte preponderante dell'appalto.

[57] Parere del MIT datato 30 gennaio 2025, n. 3261.

[58] Per ampi approfondimenti, si veda A. GRAZZINI, *Il subappalto, in Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. CARTEI - D. IARIA, Napoli, 2023, p. 791.

[59] Comunicato del Presidente ANAC del 5 giugno 2024.

ISSN 2036-7821

dell'accordo quadro.

Non sono mancati i casi in cui, attraverso un'attenta esegesi, sono stati valorizzati elementi indiziari di un tentativo di elusione del principio di rotazione. Si è disposta, *inter alia*, l'esclusione dell'impresa, per elusione del principio di rotazione, nel caso in cui: a) a ridosso della trasmissione della lettera di invito è stata costituita *ad hoc* una nuova società, amministrata dal socio del contraente uscente nonché fratello dell'amministratore di quest'ultimo; b) tale società, essendo di nuova costituzione, ha stipulato un contratto di avvalimento con il contraente uscente; c) l'operatore che si è aggiudicato l'appalto, non soltanto risultava legato da uno stretto legame di parentela con il legale rappresentante dell'impresa uscente, ma era anche detentore di quota di capitale sociale nell'impresa precedente aggiudicataria; d) la pluralità di tali indizi ha indotto a ritenere che vi fosse un accordo tra le due società per eludere la rotazione[60].

Non può revocarsi in dubbio che una valutazione sostanzialistica degli elementi costitutivi della fattispecie consente di disvelare ulteriori deroghe, non previste né ammissibili, celate da fattori meramente formali (quali la diversa denominazione degli operatori interessati: uscente e subentrante).

5. Il nuovo volto della rotazione: principio implicito, ancillare o falso principio?

Qualsiasi approfondita indagine sugli istituti della contrattualistica pubblica non può prescindere da un'analisi sistematica che tenga conto del rapporto tra la rotazione e i principi ispiratori del nuovo codice e sia capace di meglio cogliere come si rapporti la rotazione degli inviti e degli affidamenti con la tutela della concorrenza, cardine intorno al quale ruota tutta la disciplina degli affidamenti dei contratti pubblici.

Tanto in virtù del fatto che la disciplina di settore, riconducibile ad un sistema di fonti pluriarticolato ed eterogeneo, si caratterizza per l'immanenza (nonché la parziale positivizzazione) di principi, anche inespressi, alcuni di ultima generazione[61], destinati ad orientare (nonostante condivisibili perplessità[62]) le future

[60] T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 08 luglio 2024, n. 2476, secondo cui si tratta di elementi fortemente indicativi dell'elusione del principio di rotazione, a partire dalla circostanza che la società aggiudicataria sia stata costituita pochi giorni prima dell'espletamento della procedura, avviando l'attività proprio al momento del ricevimento della richiesta di offerta.

[61] Per ampie e approfondite ricostruzioni, anche sociologiche oltre che assiomatiche, dei principi della nuova codificazione, si rinvia, tra gli altri, ai contributi di AA.VV., *Studi sui principi generali dei contratti pubblici*, a cura di Riccardo Ursi, Napoli, 2024; M.A. CABIDDU, M.C. COLOMBO, D. CALDIROLA. M. CASATI, D. IELO, A. NAPOLEONE, M. RIZZO (a cura di), *Nuovo Codice dei Contratti Pubblici. Commentario ragionato al D.Lgs. n. 36/2023*, Milano, 2023; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023, pagg. 5 ss.; AA.VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, pag. 287; G. TULUMELLO, *Affidamento, buona fede e fiducia nel nuovo Codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023.

ISSN 2036-7821

scelte legislative e le incipienti azioni amministrative[63].

Uno degli aspetti maggiormente caratterizzanti la nuova codificazione è la previsione di principi generali della materia (declinati nei primi dodici articoli)[64], mediante i quali, secondo alcuni Autori, si è inteso ovviare alla complessità con la tradizione, ossia con la centralità dei principi e della funzione nomofilattica della giurisprudenza[65].

Con una precisazione: i principi non sono regole[66], ma generano regole[67].

Seguendo l'ordine del Codice, occorre trattare innanzitutto il **principio di risultato** (art. 1), definito un super principio, principio manifesto o la stella polare dell'azione dei soggetti pubblici che si muovono nel mercato dei contratti pubblici[68].

L'introduzione di tale principio[69] segna un cambio di rotta della disciplina dei contratti (prima intrisa dall'esigenza di prevenire e contrastare fenomeni corruttivi), ora permeata da una maggiore discrezionalità delle scelte amministrative, senza

---

[62] Per una lettura critica, in alcuni punti anche sarcastica, dei principi in esame, si veda D. IARIA, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. CARTEI - D. IARIA, *op. cit*., pagg. 1 ss.

[63] C'è chi ritiene "improprio" l'uso del termine "principio" per alcuni di quelli previsti nei primi articoli del Codice: M.R. SPASIANO, *Codificazione dei principi e rilevanza del risultato*, in AA.VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, *op. cit*., pagg. 14 ss.

[64] S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici*, in *L'amministrativista.it* (con ampi richiami bibliografici). Ivi si precisa che «i principi appartengono alle fonti del diritto e la loro attuazione concerne il processo di produzione giuridica. Tuttavia, i principi giuridici si distinguono dalle regole. Le regole sono norme idonee a guidare il comportamento umano; invece, i principi presentano una fattispecie generica e inclusiva e una statuizione nella quale viene indicato l'obiettivo da perseguire».

[65] È quanto affermato nella prefazione di AA.VV., *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, a cura di Riccardo Ursi, Napoli, 2024, pag. 8; ivi si afferma che, complice il sostanziale fallimento del modello di regolazione della precedente codificazione, che aveva inteso perseguire la flessibilizzazione dell'impianto regolatorio mediante il sistema di *soft law* delle Linee guida ANAC, il tratto maggiormente innovativo e caratterizzante la terza edizione del Codice dei contratti pubblici va rinvenuto nella parte riservata alla positivizzazione dei principi generali. Sul ruolo incisivo, anche sul piano processuale, della menzionata Autorità, cfr. W. GIULIETTI, *La vigilanza dell'A.N.A.C. in materia di contratti pubblici tra potere ispettivo e speciale legittimazione ad agire in giudizio*, in *Riv. Giur. Ed*., 2022, pagg. 99 ss.

[66] Si è rilevato che si assiste talvolta ad una distorsione, o ad un'espansione eccessiva, inappropriata del lemma "principio", fino ad ergere al suo rango persino norme di comune portata, come se si trattasse di strumenti interpretativi a carattere generale (M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto determinato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2011, pagg. 360 ss.; A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, *Riv. dir. civ*., 2014, pagg. 749 ss.).

[67] È proprio il nuovo codice dei contratti pubblici, all'art. 4, a prevedere che: «*Le disposizioni del Codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3*». Cfr. A. MASSARI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Rimini, 2023, pag. 38.

[68] Sono quelli che sono stati definiti principi-valori: G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., pag. 288.

[69] F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, in AA.VV., *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, cit., pag. 14.

ISSN 2036-7821

eccessivi vincoli *ex ante*[70].

Il tentativo di elaborare una nozione dogmatica di risultato amministrativo, inteso come bene o servizio attribuito o spettante a ogni entità soggettiva, induce a configurarlo come l'esito dell'azione amministrativa, ovvero il conseguimento dell'obiettivo prefigurato dalla legge o dalla stessa amministrazione, rispetto a una tipologia particolare di azione amministrativa[71].

In sede giurisprudenziale, si è evidenziato che il principio del risultato, secondo la declinazione datane dal legislatore, costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità ed è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea; inoltre, costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto[72].

Come osservato, l'importanza del risultato nella disciplina dell'attività dell'amministrazione non va riguardata ponendo tale valore in chiave antagonista al principio di legalità[73], rispetto al quale potrebbe realizzare una potenziale frizione: al

---

[70] Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto (art. 1, comma 4, del Codice).

[71] È l'opinione di S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, cit., pag. 5, che evidenzia la necessità di evitare declinazioni del risultato nei limitati termini di accelerazione e rapidità dei tempi della dinamica contrattuale e, soprattutto, che il principio del risultato è un principio che eleva a un ruolo di primazia il principio del perseguimento e dell'attuazione dell'interesse pubblico all'esecuzione del contratto, vale a dire alla realizzazione dell'opera o al conseguimento del bene o servizio. Sempre secondo l'Autore il risultato si colloca dentro il principio di legalità, anzi lo connota, gli attribuisce un significato precipuo, coerente con l'esigenza di effettività della tutela degli interessi solo in vista della quale trova legittimazione l'esercizio di un potere pubblico.

[72] Ci si riferisce alla sentenza del Cons. Stato, sez. V, 01 ottobre 2024, n. 7875, con la quale si premette e ribadisce che: «*Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto (art. 1, comma 4, D. Lgs. n. 36/ 2023), traducendosi nel dovere degli enti committenti di ispirare le loro scelte discrezionali più al raggiungimento del risultato sostanziale che ad una lettura meramente formale della norma da applicare. Il principio della fiducia, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, porta a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, ampliando i poteri valutativi e la discrezionalità dell'amministrazione, in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Tale fiducia non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che, in ossequio ad una interpretazione formalistica delle disposizioni di gara, tradiscono l'interesse pubblico sotteso alla procedura, le quali, per contro, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento*». Al contempo, si osserva che: «*L'operazione condotta dal nuovo Codice degli appalti è stata, in sostanza, quella di proclamare direttamente l'esistenza di regole aventi un valore particolare, in altre parole, principi già esistenti nel settore, cui è stato conferito un potente rilievo assiologico. Di conseguenza, i suddetti principi possono essere adottati dal giudice quale criterio orientativo anche per i casi in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte di procedure di appalto non regolamentate dal D.Lgs. n. 36 del 2023*». Ancor più di recente (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 11 novembre 2024, n. 3127) si è ribadito che, come principio regolatorio, il risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.

[73] In termini, evidentemente, più restrittivi si è sottolineato (Cons. Stato, sez. III, 08 ottobre 2025, n. 7898) che pur se l'art. 1 cit. fa riferimento al "*risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione*", non può certo ritenersi che il principio sia diretto a raggiungere un affidamento e una esecuzione del contratto "*quali che siano*". Al contrario, l'affidamento della commessa e l'esecuzione del contratto devono essere funzionali al raggiungimento

ISSN 2036-7821

contrario, il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che a 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[74].

Resta da chiedersi in che termini il principio di rotazione possa risultare funzionale al perseguimento del risultato ovvero come possa definirsi il rapporto intercorrente tra gli stessi.

Indubbiamente, la necessità di alternare gli operatori economici cui affidare la prestazione contrattuale non agevola il celere perseguimento del risultato, imponendo ripetuti controlli dei requisiti di partecipazione e la necessità di sostituire un operatore dimostratosi affidabile con altro di cui, probabilmente, la stessa affidabilità non è stata mai testata.

Risulta altrettanto evidente che la possibilità di rinnovare l'incarico a chi lo abbia regolarmente svolto e sia stato, nelle more, costantemente controllato (in ordine alla sussistenza dei requisiti per contrarre con la PA) semplifica l'azione amministrativa, ne riduce i tempi, facilita il perseguimento del risultato.

Seguendo tale logica argomentativa i due principi risultano antinomici o, comunque, non immediatamente convergenti, con il (paradossale) auspicio di ricercare le ipotesi derogatorie piuttosto che favorirne l'ordinaria applicazione.

6. L'antinomia tra fiducia e rotazione

A non differenti conclusioni si perviene qualora si rapporti il principio in argomento con il **principio della fiducia**, disciplinato dall'art. 2 del D. Lgs. n. 36/2023 e teso ad ampliare i poteri valutativi e la discrezionalità della pubblica amministrazione, in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile[75].

Il principio del risultato e quello di fiducia risultano avvinti inestricabilmente.

Non si tratta di una fiducia unilaterale o incondizionata[76].

La fiducia è reciproca e investe, quindi, anche gli operatori economici che

---

degli interessi pubblici che la commessa mira a soddisfare e il principio del risultato deve senz'altro essere inteso in tale ottica" [Cons Stato, sez. VI, n. 6337/2025; nello stesso senso Cons. Stato, sez. III, n. 4701/2024: "*Non trova dunque giuridico fondamento la tesi per cui la positivizzazione in materia contrattuale del principio del risultato avrebbe sancito il primato logico dell'approvvigionamento: non foss'altro perché tale principio è strettamente correlato a (e condizionato da) quello della fiducia, e dunque si differenza dalla logica del risultato "statico" di cui all'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 per rivolgersi invece alla effettività della tutela degli interessi di natura superindividuale la cui cura è affidata all'amministrazione, fra i quali quello della tutela ambientale assume un ruolo decisamente primario alla luce sia della richiamata Direttiva 2014/24/UE, che del riformato art. 9 della Costituzione*"].

[74] Cfr. Cons Stato, sez. IV, 18 settembre 2025, n. 7361.

[75] Oltre gli autori citati, si veda, R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'art. 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in Federalismi.it, 2023, n. 17, p. 275.

[76] È quanto statuito dal T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738.

ISSN 2036-7821

partecipano alle gare[77]. È legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa.

Secondo autorevole dottrina[78], il principio in questione ha tre dimensioni.

La prima riguarda il Legislatore che, nell'attribuire i poteri alle stazioni appaltanti, non deve introdurre regole troppo rigide dettate dal sospetto nei loro confronti di un uso sviato della discrezionalità.

La seconda riguarda le stazioni appaltanti che, in base al principio della fiducia, devono favorire e valorizzare "l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici in funzione del risultato" (art. 2, comma 2).

La terza riguarda il Giudice amministrativo che, nel sindacare l'operato delle stazioni appaltanti, deve muovere dal presupposto che generalmente esse operano in modo corretto, con la conseguenza che l'eventuale illegittimità degli atti richiede una prova rigorosa[79].

Il principio della fiducia richiama, dunque, il principio tradizionale della presunzione di legittimità dei provvedimenti amministrativi[80], al punto che risulterebbe, secondo alcuni, addirittura una "superfetazione"[81].

La fiducia, tuttavia, non si costruisce per legge, ma sul campo[82].

---

[77] Non tutti condividono la "reciprocità". Si sostiene che a sconfessarla siano le norme che impongono una serie di requisiti di onorabilità ed affidabilità che gli operatori devono, prima, dichiarare, poi, comprovare (B.N. ROMANO, *L'inattesa evoluzione della buona fede: la fiducia nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni*, in *Nuove Autonomie*, 2023, n. 2, pagg. 765 ss.). Il richiamo alla reciprocità, pertanto, non avrebbe una portata cogente, almeno sul lato dell'amministrazione, che continua a muoversi su di una direttrice ancora largamente di sfiducia nei confronti degli operatori, nonché secondo una prospettiva asimmetrica del processo decisionale.

[78] M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2024, pagg. 432 ss. Sostiene l'Autore che il principio in esame sembra avere una valenza più simbolica che precettiva; la fiducia, infatti, non può essere promossa per legge ma occorre creare un contesto affinché essa possa affermarsi, in particolare garantendo la professionalità e l'integrità delle Stazioni appaltanti e assicurando l'affidabilità delle imprese.

[79] Ciò sembrerebbe chiarito, in particolare, dalle disposizioni in materia di conflitto di interessi secondo le quali, conformemente al principio della fiducia, la minaccia all'imparzialità e indipendenza «*deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati*» (art. 16, comma 2), nonché da quelle concernenti la composizione della Commissione giudicatrice di cui il Rup può essere membro (art. 93) e, per gli affidamenti sotto soglia, anche Presidente (art. 51).

[80] In modo alquanto critico, si osserva che non si è in presenza di un nuovo principio generale, ma di un'ovvia declinazione di altri principi, quali quelli costituzionali, espressi o impliciti, come il principio di legalità oppure del principio pubblicistico del rapporto organico, con la conseguenza che non vi può essere "sfiducia" nel potere amministrativo (D. IARIA, *I super principi generali*, in Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici, a cura di G.F. CARTEI – D. IARIA, cit., pag. 18, secondo cui il principio in argomento rappresenterebbe uno slogan pubblicitario piuttosto che un principio generale).

[81] Cfr. R. URSI, *La "trappola della fiducia" nel Codice dei contratti pubblici*, in *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, pagg. 47 ss. Per l'Autore, la fiducia costituisce una sorta di "rassicurazione" idonea a semplificare la complessità della decisione e permette di operare una "curvatura" del processo decisionale negli appalti, poiché si passa da una norma stringente e dettagliata alla "regola del caso concreto".

[82] Lo sostiene G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023. La legge può solo imporre una direttiva volta ad

ISSN 2036-7821

Ne consegue anche la necessità di superare inutili formalismi[83] (secondo alcuni, la "paura della firma"[84]) che, impropriamente, caratterizzano le decisioni amministrative; sotto l'opposto crinale, comporta un'ostensione chiara e trasparente delle informazioni richieste da parte dei privati e la loro corretta partecipazione alle procedure di gara.

Un riflesso del principio di fiducia è la disposizione di cui al comma 2 dell'articolo in esame, relativo alla definizione di colpa grave che integra l'illecito amministrativo.

Rilevano a questi fini la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto.

In termini maggiormente puntuali, alla stregua della previsione normativa in esame, non costituisce colpa grave, la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

L'ottica è quella della lotta alla burocrazia difensiva[85].

Così sunteggiato il quadro normativo e dei principali indirizzi ermeneutici afferenti al principio della fiducia, occorre chiedersi quale rapporto sussista con il principio di rotazione.

Ebbene, considerato che una delle principali finalità da quest'ultimo perseguita è la necessità di evitare rendite di posizione oltre che impropri favoritismi a vantaggio di uno specifico operatore economico, la compatibilità con il super-principio della fiducia non sembra agevolmente prospettabile.

Anzi, la valorizzazione della fiducia porterebbe ad escludere il divieto di rinnovare un affidamento diretto e discrezionale a favore di un operatore che abbia ben operato, stante la necessità di abbandonare letture intrise di sospetto; residuerebbe, invero, la sola giustificazione del mancato invito all'uscente in una procedura competitiva, in ragione delle maggiori informazioni di cui potrebbe disporre, con

improntare a fiducia ed a leale collaborazione i rapporti fra P.A. e mondo delle imprese interessate ai contratti pubblici.

[83] Cfr. R. URSI, *op. cit*., pag. 50.

[84] Cfr. G. MONTEDORO, *op. loc. ult. cit*. L'Autore osserva, ancora, che, senza una proporzionata e misurata concezione della colpa grave come colpa concretamente esigibile, la paura della firma non potrà essere vinta. È anche vero, a suo dire, che l'incertezza del quadro normativo (che si presenta spesso inadeguato rispetto al flusso di cambiamento sociale, economico e tecnologico) genera la "paura di amministrare" (tra i contributi ivi citati, si veda, G.D. COMPORTI, Il coraggio di amministrare, in *Scritti per Franco Scoca*, Napoli, 2020, II, p. 1101).

[85] La valenza innovativa del principio in esame ha portato alcuni Autori ad affermare che, mentre il codice del 2016 era noto come il "Codice dell'anticorruzione", la riforma del 2023 può essere definita come il "Codice della fiducia" (L. CARBONE, *La genesi del nuovo Codice*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di C. CONTESSA – P. DEL VECCHIO, Napoli., pag. 14). Rimarca la finalità del contrasto alla burocrazia difensiva, M.C. COLOMBO, *Commento ragionato ai principi*, in AA.VV., *Nuovo codice dei contratti pubblici, Commentario ragionato al d.lgs. n. 36/2023*, cit., pag. 5.

ISSN 2036-7821

inevitabile alterazione della sana concorrenza.
Sennonché, proprio la previsione del comma 2 del divisato art. 2 del Codice impone una puntuale e rigorosa applicazione della disciplina di cui all'art. 49 del medesimo Codice, in quanto la violazione di tale norma di diritto colorerebbe di gravità la colpa del soggetto istituzionale che dovesse consentire al medesimo operatore di beneficiare di plurimi e consecutivi affidamenti o inviti.

7. L'accesso al mercato e la naturale vocazione della rotazione

A completare la triade dei principi-valori, ai quali il codificatore ha attribuito una valenza ermeneutica, è l'art. 3 del Codice, rubricato «*principio dell'accesso al mercato*».
La dottrina ha tentato di evidenziare la sua non sovrapponibilità con quello di concorrenza, attraverso ricostruzioni ermeneutiche che, tuttavia, non sembrano pienamente convincenti. Si afferma, cioè, che tale principio garantisce la pari opportunità di partecipazione agli operatori economici ma non è perfettamente coincidente con quello della concorrenza[86]; secondo l'Autore i due principi avrebbero differenti finalità come dimostrato dalla circostanza che l'art. 3 li nomina separatamente (l'accesso al mercato deve avvenire nel rispetto del principio della concorrenza).
La tesi non appare persuasiva: il richiamo alla tutela della concorrenza sembra, piuttosto, comprovare che essa costituisce la modalità attraverso la quale si persegue il principio in esame.
Dalla Relazione di accompagno al nuovo Codice trasuda un'enfatizzata primazia del principio del risultato rispetto al principio della concorrenza, essendo stato previsto, al comma 2, dell'art. 1, che la concorrenza tra gli operatori è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti[87]. Tale previsione ha portato parte della dottrina ad affermare che la concorrenza non sia un fine, né un mezzo, bensì un limite nell'ottica di un sistema fondato primariamente sul risultato[88].
Un dato sembra incontrovertibile.
Indipendentemente da quale prospettazione di indagine si scelga, un precipuo e imprescindibile principio che merita di essere analizzato in tema di contrattualistica pubblica è quello della concorrenza (del quale costituiscono corollari, quelli di non discriminazione e del *favor partecipationis*)[89].

---

[86] R. DIPACE, *Principio dell'acceso al mercato*, in *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024, pagg. 85 ss.
[87] G. NAPOLITANO, *op. cit.*, pag. 290.
[88] L'opinione è di G. TROPEA, *L'evoluzione della disciplina e i principi del Codice*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici*, a cura di G. Tropea, cit., pag. 41, ove si menziona anche la Relazione di accompagnamento al Codice che, a suo dire, parlerebbe in modo inequivoco di "demitizzazione" della concorrenza.
[89] Sin dalle direttive di prima generazione il legislatore Ue ha previsto disposizioni funzionali ad ampliare la partecipazione alla gara. Il rafforzamento del *favor partecipationis* ha trovato formalizzazione nelle direttive del 2004; si pensi - oltre al richiamo, operato dal considerando n. 2, all'esigenza di "assicurare l'apertura degli appalti

ISSN 2036-7821

La sua centralità in materia è comprovata dai plurimi richiami che ivi si rinvengono e dalla priorità dei sistemi aperti di scelta del contraente nonché dalla speculare eccezionalità degli affidamenti filtrati o riservati a un numero ristretto di operatori.
La dottrina ha avuto modo di distillare due diverse letture del principio in argomento: la prima, finalizzata ad enfatizzare l'esigenza dell'operatore economico di vedere tutelati il principio di parità di trattamento e di non discriminazione; la seconda, volta a rimarcare l'esigenza dell'amministrazione di scegliere il miglior offerente e di stipulare il contratto al miglior prezzo[90].
Sempre sul piano sistematico, si è distinta la macro-concorrenza dalla micro-concorrenza[91].
In breve: la dimensione macro-economica consente di individuare nella pubblica amministrazione un agente che opera "nel mercato", attraverso la disciplina sugli appalti pubblici e la politica di realizzazione di opere pubbliche, di erogazione di servizi e di acquisizione di beni, incidendo, con l'azione pubblica, sul funzionamento dei mercati; la dimensione micro-economica della concorrenza, invece, configura le amministrazioni come agenti che, rispetto ad un singolo atto di scambio, sollecitano la partecipazione di una pluralità di concorrenti e, quindi, finalizzano la concorrenza "per il mercato".
Tra tutela della concorrenza e principio di rotazione la compatibilità è netta, oltre che inconfutabile; l'esigenza di favorire un'ampia distribuzione delle opportunità e il conseguenziale accrescimento della platea dei concorrenti comportano una rigorosa applicazione della rotazione e, di converso, il divieto di favorire l'uscente[92].
Al contempo, sempre l'esigenza di tutelare la concorrenza porta ad escludere la partecipazione di chi abbia appena gestito un servizio, acquisendo informazioni utili a proporre un'offerta migliorativa; sussiste, infatti, un'evidente asimmetria

---

pubblici alla concorrenza" - agli istituti e alle previsioni che favoriscono la partecipazione anche di operatori meno strutturati o in fase incipiente della loro attività; ci si riferisce, tra l'altro, ai modelli di aggregazione dell'offerta, nonché alla consacrazione, in via legislativa, del cd. possesso *per relationem* dei requisiti di partecipazione, in termini più ampi di quanto in precedenza riconosciuto dalla giurisprudenza. La giuspubblicistica considera il *favor partecipationis* un principio generale del settore dei contratti pubblici (tra le innumerevoli decisioni che lo richiamano, si segnalano: T.A.R. Toscana, sez. IV, 29 marzo 2024, n. 360; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 02 gennaio 2024, n. 2, che menziona, quale corollario, anche il principio di equivalenza dell'offerta). D'altro canto, la Corte UE, in diverse decisioni lo richiama tra gli obiettivi principali delle direttive, facendolo coincidere con la massima apertura del mercato (*rectius*, la partecipazione più ampia possibile alla singola gara).

[90] Sulle diverse letture del principio di concorrenza: A. BARONE, R. D'AGOSTINO, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, in E. FOLLIERI (a cura di), *Corso sul Codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56)*, Napoli, 2017, pagg. 273 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, pagg. 15 ss.; S. CASSESE, *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, pagg. 1132 ss.

[91] M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, pagg. 71 ss.

[92] Per un'accurata ricostruzione, cfr. S. DEIANA, *op. cit.*, pag. 678.

ISSN 2036-7821

informativa tra l'uscente e gli altri operatori del settore.
Anche la giurisprudenza si è interrogata sul rapporto tra principio di rotazione e logica concorrenziale, sottolineandone la compatibilità ed anzi, ancor più radicalmente, evidenziando come il principio di rotazione sia espressione della tutela della libera concorrenza, costituendone modalità di attuazione; si è sottolineato che nessuna contraddizione sussiste tra rotazione e libera concorrenza, piuttosto un rapporto di derivazione dell'un principio dall'altro «in considerazione della sua finalizzazione a soddisfare l'esigenza della maggiore apertura del mercato»[93].
Ecco che, in tale ipotesi, il principio di rotazione si pone come l'ultimo baluardo volto ad evitare il cristallizzarsi di posizioni di vantaggio a favore di un unico operatore e quindi a garanzia della sussistenza di un pluralismo di operatori sul mercato. È a tale ipotesi che si attaglia propriamente la "rotazione degli affidamenti".
Valga sottolinearlo.
Il mancato invito alla procedura negoziata dell'aggiudicatario uscente si invera nella preclusione alla partecipazione alla nuova gara dell'operatore economico che aveva partecipato alla precedente selezione e si era aggiudicato la stessa. In tal caso (come nella rotazione delle aggiudicazioni nell'affidamento diretto) è evidente come la rotazione abbia valenza pro-concorrenziale, che, in questa prospettiva, assume una connotazione peculiare; la preclusione a che l'aggiudicatario uscente partecipi al nuovo confronto competitivo (semplificato) ha qui lo specifico significato di evitare che si avvantaggi dell'asimmetria informativa che lo privilegia, quale soggetto che ha già operato con la stazione appaltante e quindi ha un'esatta cognizione delle sue necessità ed esigenze.
Si tratta di una funzione della rotazione pro-concorrenziale, che non mira ad ampliare i potenziali concorrenti, bensì a garantire la parità di armi tra i partecipanti alla selezione[94].

8. I possibili risvolti processuali

Sul piano processuale, in caso di affidamenti diretti, la platea dei possibili ricorrenti ricomprende, di fatto, tutti gli operatori del settore, mentre, in caso di procedure ad inviti, la mancata applicazione di tale principio può essere dedotta da chi ha partecipato alla gara, risultando pretermesso all'uscente, oltre che dagli operatori economici non invitati, ciò in quanto la regola della rotazione amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti e, a maggior ragione, a quelli

[93] T.A.R. Toscana, sez. II, 23 marzo 2017, n. 454; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 9 giugno 2016, n. 372.
[94] Indubbiamente, in siffatta ipotesi, la rotazione assume una diversa connotazione; infatti l'aggiudicazione, nel caso in esame, è il risultato di un confronto, seppur semplificato, tra più offerte, quindi, da un lato, l'operatore diverso dal precedente aggiudicatario ha sempre la possibilità di emergere, anche senza la rotazione, dall'altro lato, si impone con la rotazione il sacrificio alla stessa esigenza concorrenziale, consistente nel perdere l'offerta dell'aggiudicatario uscente, per quanto in ipotesi fosse la migliore.

ISSN 2036-7821

invitati alla gara, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione[95].
In proposito, un fattore dirimente è costituito dalla tipologia della prestazione da appaltare: la deroga al principio in esame risulterebbe agevolmente censurabile in presenza di una platea di operatori alquanto ampia (si pensi agli affidamenti dei servizi di architettura e di ingegneria) o di affidamenti che non richiedono una contiguità territoriale (fornitura di beni mobili di tipo generico).
Diversamente, per servizi di rifornimento carburanti o di tesoreria, le ragioni derogatorie potrebbero più agevolmente prospettarsi e documentarsi.
Dibattuta è stata la questione relativa alle richieste di ristoro azionabili da parte del concorrente pretermesso, in presenza di affidamenti illegittimi per violazione del principio di rotazione.
Secondo un'opinione eccessivamente restrittiva[96], nel caso di affidamento diretto, la tutela conseguibile per l'operatore del settore è quella in forma specifica, consistente nella reintegrazione della *chance* per effetto della pronuncia di annullamento degli atti impugnati e nel conseguente effetto conformativo che impone all'Amministrazione di bandire una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto; sempre secondo tale indirizzo interpretativo, nella diversa ipotesi in cui ciò non sia possibile, il ristoro per equivalente della *chance* di aggiudicazione resta precluso dall'assorbente rilievo che l'impresa asseritamente danneggiata non può dimostrare, per il solo fatto di operare nel settore dell'appalto, di aver perduto, quale diretta conseguenza dell'invalida assegnazione del contratto ad altra impresa, una occasione concreta di aggiudicarsi quell'appalto o, in altri termini che, se l'Amministrazione lo avesse messo a gara, se lo sarebbe (con elevata probabilità) aggiudicato.
Altre decisioni hanno riconosciuto il risarcimento della *chance* vantata dall'impresa del settore. Ciò sulla base del rilievo che in caso di mancato rispetto degli obblighi di evidenza pubblica (o di pubblicità e trasparenza) non è possibile formulare una prognosi sull'esito di una procedura comparativa e che tale impossibilità non può ridondare in danno del soggetto leso dall'altrui illegittimità, per cui la *chance* di cui lo stesso soggetto è portatore deve essere ristorata nella sua obiettiva consistenza, a prescindere dalla verifica probabilistica in ordine all'ipotetico esito della gara[97].
Ai fini del risarcimento del danno derivante dall'illegittimo ricorso alla trattativa privata, proprio perché non c'è stata gara, non è possibile una valutazione

[95] Cons. Stato, sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125.
[96] Sull'onere probatorio che incombe in capo al ricorrente, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 11 settembre 2018, n. 52. Sul medesimo crinale si pone Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2016, n. 559, che ha negato il risarcimento della *chance* di aggiudicazione ad un operatore economico che aveva impugnato un affidamento senza gara.
[97] Si colloca in questo indirizzo: Cons. Stato, sez. V, 1 agosto 2016, n. 3450, per il quale "la dimostrazione della rilevante probabilità di aggiudicazione non è concretamente esigibile in caso di selezione comparativa non svolta", e che ha riconosciuto il risarcimento sulla base della teoria della c.d. "*chance ontologica*", consistente nell'aspettativa giuridica "già presente nel patrimonio dell'impresa danneggiata", correlata al "rispetto degli obblighi di evidenza pubblica e/o concorsualità imposti in materia di contratti pubblici".

ISSN 2036-7821

prognostica sull'esito di una procedura comparativa mai svolta; non è possibile prevedere, in particolare, quali e quante offerte sarebbero state presentate, quale offerta avrebbe presentato l'impresa che chiede il risarcimento e se tale offerta sarebbe stata, o meno, vittoriosa[98].

Secondo il medesimo indirizzo ermeneutico, quando ad un operatore è preclusa in radice la partecipazione ad una gara (di tal che non è possibile dimostrare, *ex post*, la sua vittoria, né la non vittoria), la sola situazione soggettiva tutelabile è la *chance*[99], cioè l'astratta possibilità di un esito favorevole; in tali situazioni, si è ritenuto di utilizzare il criterio per cui il *quantum* del risarcimento per equivalente va determinato ipotizzando, in via di medie e di presunzioni, quale sarebbe stato il numero di partecipanti alla gara, ove espletata (sulla base dei dati relativi a gare simili indette dal medesimo ente) e dividendo l'utile d'impresa (quantificato in via forfettaria) per il numero di partecipanti: il quoziente ottenuto costituirebbe, in tale prospettiva, la misura del danno risarcibile.

Il contrasto di giurisprudenza, *breviter*, si pone tra pronunce aderenti alla teoria della *chance* ontologica e quelle che invece optano per la *chance* eziologica.

La prima configura tale posizione giuridica come un danno emergente[100], ovvero come bene giuridico già presente nel patrimonio del soggetto danneggiato, la cui lesione determina una perdita suscettibile di autonoma valutazione sul piano risarcitorio.

La teoria eziologica intende, invece, la lesione della *chance* come violazione di un diritto non ancora acquisito nel patrimonio del soggetto ma potenzialmente raggiungibile con elevato grado di probabilità, statisticamente pari almeno al 50%. Il danno da risarcire corrisponde, pertanto, secondo tale teoria, al lucro cessante[101].

Si comprende agevolmente come l'adesione all'una o all'altra tesi esposte comporti notevoli ripercussioni sotto il profilo del sistema probatorio applicabile[102].

---

[98] Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2019, n. 5307.

[99] Si veda M. FRANZONI, *Ancora sul danno da perdita di chance non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1088; ID., *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, pag. 85; L. LA BATTAGLIA, *Il danno da perdita di chance*, in Danno resp., 2019, 364; cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[100] Cfr. D. CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, Milano, 2010, pagg. 11-12; A. DE CUPIS, *Perdita di una chance e certezza del danno*, in *Giur. It.*, 1986, I, 1, pagg. 1181 ss., per il quale "*La perdita di chance costituisce un danno attuale che si identifica non con la perdita di un risultato utile ma con la perdita della possibilità di conseguirlo e richiede, a tal fine, concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato, ossia una probabilità di successo maggiore del 50% statisticamente valutabile con giudizio prognostico ex ante secondo l'id quod plerunque accidit sulla base di elementi forniti dal danneggiato. Non trattasi quindi di lucro cessante ma di danno emergente da perdita di possibilità attuale, ricompresa nel patrimonio del soggetto passivo fin dal momento dell'illecito e non di un futuro risultato, il cui avveramento è indipendente dal riconoscimento della chance di ottenerlo, venendo risarcita la perdita della possibilità, che deve essere concreta e non aleatoria, di conseguire il risultato*".

[101] In dottrina cfr. F. MASTROPAOLO, (voce) "*Danno (risarcimento del danno)*", in *Enc. Giur. Treccani*, 1988, pagg. 12 e ss.; M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. Circ. e trasp.*, 2000, pagg. 676 e ss.

[102] Per un approfondimento sul tema, si veda, F. CARINGELLA - L. BUFFONI, "*Il danno da perdita di chance*" in *Manuale di diritto civile*, Milano, 2025, pagg. 773., secondo cui: "*Nella prospettiva cd. ontologica, al danneggiato basta*

ISSN 2036-7821

Un diverso orientamento giurisprudenziale[103],facendo leva sulla definizione di *chance* in termini di fattispecie teleologicamente orientata verso il conseguimento di una utilità, configura una prospettiva olistica che sancisce l'autonomia giuridica ed economica della *chance* come bene in sé.

Ciò che appare realmente essenziale è la distinzione fra la "probabilità di riuscita" (*chance* risarcibile) e la mera "possibilità di conseguire l'utilità sperata" (*chance* irrisarcibile)[104].

Invero, l'accertamento della tutela risarcitoria per la perdita di *chance* postula la verifica preliminare di una lesione concreta ed attuale di un bene giuridico autonomo, preesistente nel patrimonio del danneggiato all'atto del fatto lesivo. Tale lesione si concretizza nella perdita definitiva di un'occasione favorevole di cui il soggetto si sarebbe ragionevolmente avvalso, il cui valore economico è intrinsecamente rappresentato dalla sua idoneità strumentale a generare una futura situazione di vantaggio; la successiva liquidazione del danno[105], attesa la natura di pregiudizio incerto nell'ammontare, è demandata alla funzione probabilistica legata al conseguimento del vantaggio sperato, imponendo l'applicazione di un coefficiente di riduzione sul valore potenziale e potendo, in ogni caso, avvenire su base equitativa qualora la prova del *quantum* si riveli di naturale e insuperabile difficoltà.

9. Una riflessione di sintesi: la doppia anima della rotazione e l'ambiguità della rotazione "mite"

Dall'analisi appena svolta, seppur non affatto esaustiva, emerge un quadro normativo ambiguo e, per molti versi, confuso.

---

dimostrare la semplice probabilità della chance, accompagnata dalla constatazione che il bene anelato è oramai irrimediabilmente perso e dall'accertamento del nesso eziologico fra la condotta e l'evento lesivo, consistente nell'elisione di quell'entità patrimoniale, avente autonoma rilevanza giuridica ed economica, rappresentata dall'utilità potenziale che si assume lesa. Nell'ambito della concezione eziologica, invece, il danneggiato dovrebbe provare che la chance avrebbe, con elevato grado di probabilità, condotto al sorgere, ex novo, di una situazione giuridica soggettiva di vantaggio, avente quest'ultima una propria rilevanza patrimoniale e giuridica".

[103] Cons. Stato, sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323, secondo cui: "*La contrapposizione tra le due posizioni dottrinali e giurisprudenziali, sia sotto il profilo ontologico sia sotto il profilo dei seguenti oneri probatori, deriva esclusivamente da una visione parziale della fattispecie risarcitoria in esame, che contrappone erroneamente, come blocchi distinti e reciprocamente incompatibili, i vari elementi costituitivi il danno da perdita di* chanche".

[104] Cfr. Cass. civ., sez. III, ord. 12 febbraio 2024, n. 3824, secondo cui: "*Per il configurarsi di un danno da perdita di* chances, *ai fini del cui accertamento il danneggiato ha l'onere di provare non la perdita del risultato, cioè che avrebbe ottenuto certamente l'aggiudicazione del bene, bensì soltanto la perdita della possibilità di conseguirlo*".

[105] A dire di Tribunale Bari, sez. II, 28 settembre 2023, n. 3739: "*La liquidazione del danno da perdita di* chances *subito da un'impresa che abbia partecipato ad una gara per l'esecuzione di un'opera pubblica illegittimamente aggiudicata a terzi dalla stazione appaltante, non può limitarsi ai soli costi di partecipazione alla gara, in quanto anche l'opportunità di guadagno che sarebbe stato effetto di una gara svolta regolarmente costituisce una perdita attuale per il patrimonio, dimostrabile, per presunzioni e la cui valutazione compete al giudice del merito, che può essere liquidata in base al presunto guadagno che l'impresa avrebbe ottenuto con l'esecuzione dell'appalto, determinabile in una percentuale della sua offerta corrispondente ai guadagni medi degli appalti analoghi e che, di regola, per quelli ad evidenza pubblica, si determina in base a norme di legge che detta percentuale indicano*".

ISSN 2036-7821

Se è vero che molte delle deroghe ora positivizzate sono riconducibili alle ipotesi già contemplate in sede pretoria o a quelle già prospettate dalle sopra menzionate Linee Guida, è altresì vero che non è agevole tracciare la finalità ora perseguita.
Se si trattasse di una previsione funzionale a evitare condotte collusive tra stazione appaltante e contraente uscente, la rotazione sarebbe limitata agli affidamenti diretti.
Se, invece, si trattasse di una previsione esclusivamente funzionale a tutelare la concorrenza, per evitare lo sfruttamento di rendite di posizione da parte del contraente uscente, la rotazione sarebbe estesa a tutte le procedure, a prescindere dall'imposizione di un limite al numero degli invitati[106].
L'incerta e indefinita configurazione del principio ha suffragato interpretazioni particolarmente riduttive in ragione delle quali si dubita della stessa definizione di "principio", visto che esso non esprimerebbe una direttiva valoriale, avente una eccedenza di contenuto deontologico rispetto alle singole norme, dequotandolo ad una mera regola di gara, che preclude l'ulteriore partecipazione alla procedura competitiva a carico di chi abbia già partecipato a una precedente selezione o ne sia risultato aggiudicatario[107].
Per darne applicazione, si sostiene, la stazione appaltante non sarà chiamata ad esplicitare in quale specifica *regula iuris* si inveri il suddetto "principio", esercitando una sorta di funzione nomogenetica, bensì dovrà procedere non invitando alla nuova procedura l'operatore che ha già fruito di una precedente partecipazione.
Tale considerazione, seppur per molti aspetti condivisibile, appare fortemente riduttiva.
Il principio in argomento si caratterizza proprio per la sua poliedricità.
Trattasi di un principio dalla doppia anima, capace di operare sul fronte (tradizionale) della prevenzione dei fenomeni corruttivi nonché su quello - di ispirazione euro unitaria[108] - di tutela della sana concorrenza, precludendo posizioni di vantaggio derivanti dalla (precedente) gestione della prestazione appaltata.
La sua corretta e (auspicabile) inderogabilità costituisce una delle principali leve

[106] Sono considerazioni di F. CAPORALE, W. GIULIETTI, *La specialità della disciplina dei contratti sotto soglia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2025, pagg. 294; ivi si osserva, inoltre, che la rendita di posizione o la possibilità di influenzare la predisposizione degli atti di gara non dipendono dalla determinazione di un numero massimo di invitati alla procedura. E non si potrebbe neppure chiamare in causa il principio del risultato - e la volontà di non privare la stazione appaltante della migliore offerta in termini di rapporto tra qualità e prezzo - che sarebbe direttamente inficiato dalla possibilità di sfruttare una rendita di posizione o di influenzare la predisposizione degli atti di gara tanto nelle procedure ordinarie e nelle procedure negoziate aperte a tutti quanto nelle procedure negoziate con un numero massimo di invitati.

[107] Per una diversa ricostruzione delle finalità perseguite dal principio in esame, cfr. L.S. BERTONAZZI, *La rotazione degli affidamenti degli appalti sottosoglia*, in *Il merito*, 2024, I, 25 ottobre 2024.

[108] Si è ricordato (S. DEIANA, *op. cit.*, pag. 681) che per lo stesso Consiglio di Stato (parere n. 361 del 12 febbraio 2018) il principio di rotazione trova la sua fonte anche a livello di Trattato (nella parte in cui in cui vengono enunciati i principi di libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano in quanto ancillari rispetto ai precedenti).

ISSN 2036-7821

applicative del super-principio del libero accesso al mercato (di cui all'art. 3 del Codice) il quale, senza la contestuale previsione del principio ora in argomento, rischierebbe di concretizzarsi, come spesso inesorabilmente accade, in un vuoto simulacro, oggetto di elaborate e suggestive tesi dottrinarie ma diffusamente infirmato in sede applicativa.

Non vi è dubbio che una rigorosa e meccanica applicazione della rotazione potrebbe, in ultima analisi, pregiudicare la qualità e l'efficacia della prestazione appaltata e gli interessi con essa perseguiti, favorendo una diffusa distribuzione delle ricchezze ma precludendo agli operatori più affidabili di beneficiare di plurime *chances*.

Gli esiti sarebbero addirittura paradossali se gli operatori meglio apprezzabili anche sotto il profilo curriculare venissero esclusi solo perché destinatari di precedenti inviti (e mai beneficiari di commesse pubbliche); analogamente, non miglior sorte avrebbero i pubblici interessi qualora un operatore qualificato risultasse beneficiario di un primo e minore affidamento, restando escluso da quelli successivi, anche di maggiore e più apprezzabile valore ovvero tecnicamente più complessi e qualificati.

Ciò nonostante, non può sottacersi che la rotazione può rappresentare un primo, anche se non esaustivo, rimedio a pratiche di *mala gestio*, in special modo per affidamenti disposti a livello locale, il cui importo "contenuto" e non eccessivo costituisce un deterrente per la proposizione dei previsti (e costosi) rimedi impugnatori, così sottraendoli al possibile vaglio giustiziale.

Tuttavia, sia la relativa collocazione nel tessuto codicistico sia la disomogeneità delle ipotesi derogatorie non ne chiariscono la *ratio* e ne rendono incerta la fase applicativa.

Viene qualificato "principio", ma di esso non ve ne è menzione nella prima parte del Codice dedicata ai principi.

Viene anteposto alle procedure di scelta del contraente tipiche del sotto-soglia, ma il ventaglio delle deroghe, come visto, è di vasta latitudine applicativa.

Il coacervo di tali apparenti antinomie ha portato a sostenere[109] che quello della rotazione non sia un vero e proprio principio, dal momento che non dispone una direttiva che anima l'interpretazione di altre disposizioni, ma contiene una regola puntuale di gara[110].

Secondo tale autorevole tesi, più che un principio generale -che deve inverarsi in previsioni puntuali- si tratterebbe di un meccanismo tecnico indicato come

[109] R. GIANI, *Il principio di rotazione nell'aggiudicazione degli appalti pubblici*, in G.M. CARUSO - D. D'ALESSANDRO - D. PAPPANO (a cura di), *Contratti delle pubbliche amministrazioni. Questioni attuali*, Torino, 2019, pagg. 55 ss.

[110] Per una diversa ricostruzione, può leggersi L.S. BERTONAZZI, *La rotazione degli affidamenti degli appalti sotto soglia*, op. loc. ult. cit.

ISSN 2036-7821

ordinariamente applicabile dalle stazioni appaltanti[111].

In tema di selezione degli operatori economici, l'attuazione di tale principio potrebbe pregiudicarne altri, oltremodo rilevanti *in subiecta materia*, tra cui quello di economicità della prestazione da acquisire; tanto potrebbe giustificarsi in ragione del fatto che negli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie europee, i principi euro unitari vanno bilanciati e attuati secondo diverse graduazioni, dal momento che a tutti i principi deve essere garantita almeno un'attuazione minima nell'ambito di un bilanciamento operato nei limiti della proporzionalità[112].

Per recuperarne i benefici e i vantaggi ne andrebbe valorizzata l'applicazione anche nell'ambito di strumenti interni di regolazione o nelle discipline funzionali alla prevenzione dei fenomeni illeciti che (nonostante il "codice della fiducia") restano obbligatori e doverosi anche in ragione della consistenza e della persistenza di ipotesi delittuose scaturenti dall'attività negoziale dell'amministrazione.

Tanto consentirebbe di arginare la "deriva" applicativa e interpretativa, piegata a scelte di (apparente) semplificazione ma che, paradossalmente, si rivelano maggiormente onerose in termini di costi per la collettività laddove i paventati illeciti dovessero comportare offerte o proposte meno vantaggiose per l'Ente, dovute alla necessità di compensare improprie prebende.

Anche perché l'attuale quadro normativo non è capace di perseguire alcuna precipua finalità, tantomeno di preservare idoneamente gli interessi pubblici sottesi, proponendo un principio poco incisivo e agevolmente derogabile: un principio ormai "mite"!

[111] In termini sostanzialmente adesivi a tale tesi, si esprimono CAPORALE-GIULIETTI, *op. cit.*, pagg. 298, i quali usano il termine "criterio" in luogo di "principio".

[112] Come osservato in Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4014.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Whistleblowing e trasparenza: due 'opposti' che, talora, si attraggono

di **Federica Lombardi**

(Ricercatrice presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa: oggetto, ragioni e obiettivo dello studio. – 2. L'evoluzione normativa della trasparenza e degli strumenti a suo servizio: brevi cenni. – 3. Breve ricostruzione dell'evoluzione e dell'attuale assetto della disciplina del *whistleblowing*. – 4. *Whistleblowing* e trasparenza tra difformità e assonanze.

Abstract

Corruption is a notorious phenomenon: spreading through systemic means, it insinuates itself into every aspect of public life, making public interests yield to private ones.

Its peak prevalence was likely reached in the 1980s and 1990s. The so-called "clean hands" scandal dates back to the early 1990s, following which various measures were introduced into the legal system. While seemingly theoretically appropriate for combating corruption, they soon appeared—especially because they only applied to certain sectors—to be inadequate for establishing an effective policy to combat corruption and illegality..

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa: oggetto, ragioni e obiettivo dello studio.

La corruzione è fenomeno tristemente noto: propagandosi tramite modalità 'sistemiche', s'insinua in ogni aspetto della vita pubblica, rendendo cedevole l'interesse pubblico rispetto a quelli privati.

L'acme del suo diffondersi viene verosimilmente raggiunto a cavallo degli anni '80 e '90 del secolo scorso. Risale proprio agli inizi di questi ultimi, infatti, lo scandalo cd. 'mani pulite'[1], in seguito al quale sono state introdotte nell'ordinamento diverse misure che, pur sembrando astrattamente idonee a combattere i fenomeni corruttivi, ben presto però apparvero – soprattutto a causa del loro esser riferite soltanto a taluni settori di attività – non pienamente adeguate a mettere in piedi un'efficace politica di contrasto alla corruzione e all'illegalità[2].

Il dilagare della corruzione ed il conseguente diffuso clima di malcontento e sfiducia verso la classe politica hanno costituito il naturale *humus* culturale per l'avvio del procedimento di approvazione della l. 6 novembre 2012, n. 190[3].

La legge anticorruzione rappresenta il primo tentativo organico di contrastare il fenomeno attraverso misure di carattere preventivo, non più soltanto repressivo.

Con il termine 'corruzione' la l. 190 fa riferimento generalmente alla cd. *maladministration* (detta anche corruzione amministrativa): un concetto, cioè, più ampio rispetto a quello in uso nel diritto penale, nel quale non vanno fatte rientrare soltanto le fattispecie di reati contro la P.A., bensì tutte le situazioni in cui l'attività amministrativa venga condizionata da interessi privati e particolari, di talché l'interesse pubblico ne risulti curato in maniera insoddisfacente[4].

Alla prevenzione della corruzione così intesa la l. 190/2012 dedica l'intera prima

---

[1] A tal proposito si v. B. CRAXI, *Il caso C., Quaderni di Critica Sociale, 1994-1995*, vol. 1, Giornalisti editori, Milano, 1994, pp. 24-25, in cui l'ex leader socialista nel riferirsi all'illegalità del sistema di finanziamento dei partiti osservava che «erano ben consapevoli tutti i dirigenti dei partiti, i parlamentari, gli amministratori. […] Prova ne è il fatto che i partiti, pur presentando in Parlamento per decenni, bilanci che non corrispondevano al vero, e cioè bilanci falsi, non sono mai stati fatti oggetto da parte di nessuno di denunce per le loro gravi irregolarità. I partiti di opposizione di regola non denunciavano i partiti di governo ed i partiti di governo non denunciavano i partiti di opposizione».

[2] Si pensi ad esempio alle norme sugli appalti.

[3] E però, R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2017, p. 2, rileva che quelli dell'approvazione della citata normativa «Erano gli anni del governo "tecnico" di Mario Monti e del "divampare" della crisi economica [per cui] la normativa anticorruzione venne presentata più che come un mezzo per arginare un problema, come un'occasione per rilanciare l'immagine internazionale del Paese».

[4] Con il PNA 2019, l'ANAC ha tuttavia messo in rilievo (p. 13) che «con la legge 190/2012 non si modifica il contenuto tipico della nozione di corruzione ma per la prima volta in modo organico si introducono e, laddove già esistenti, si mettono a sistema misure che incidono laddove si configurano condotte, situazioni, condizioni, organizzative e individuali – riconducibili anche a forme di cattiva amministrazione – che potrebbero essere prodromiche ovvero costituire un ambiente favorevole alla commissione di fatti corruttivi in senso proprio. L'art. 1, co. 36, della l. 190/2012, laddove definisce i criteri di delega per il riordino della disciplina della trasparenza, si riferisce esplicitamente al fatto che gli obblighi di pubblicazione integrano livelli essenziali delle prestazioni che le pubbliche amministrazioni sono tenute ad erogare a fini di prevenzione e contrasto della "cattiva amministrazione" e non solo ai fini di trasparenza e contrasto della corruzione».

ISSN 2036-7821

parte[5], le politiche preventive essendo affrontate con un approccio che vede presenti strumenti diversi di natura tanto strutturale, quanto funzionale[6].

Fra questi si annoverano (anche) il cd. *whistleblowing* – ossia la segnalazione di illeciti all'interno di un'organizzazione pubblica (o privata) da parte di un soggetto (il *whistleblower*, appunto)[7] – e la trasparenza amministrativa[8] – principio già presente

[5] Sino al co. 74 dell'art. 1.

[6] A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giust. civ.*, 2015, pp. 213 ss., 233. Come spiega F. MARTINES, *La Legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione*, in *www.federalismi.it*, 2015, p. 9, il Legislatore del 2012 ha voluto «modificare radicalmente l'approccio ai temi della lotta alla corruzione nelle P.A. puntando in via prioritaria sulle politiche di prevenzione e analisi del rischio anziché sulle tradizionali misure di repressione dei comportamenti illeciti».

[7] In dottrina, sulla misura del *whistleblowing*, si v., tra gli altri: A. BOSCATI, *La disciplina del whistleblowing nel settore pubblico nella prospettiva dell'attuazione della direttiva comunitaria*, in *Argomenti dir. lav.*, 2020, pp. 521 ss.; P. CANAPARO, Whistleblowing policy: *la promozione di un nuovo modo di essere dipendente pubblico*, in *Risorse umane nella p.a.*, 2019, 4, pp. 85 ss.; R. CANTONE, *Il dipendente pubblico che segnala illeciti. Un primo bilancio sulla riforma del 2017*, in *www.sistemapenale.it*, 2020; R. CANTONE, N. PARISI, *Ambiti applicativi,* governance*, strumenti di segnalazione e protezione*, Giuffrè, Milano, 2025; F. CONSORTE, *La nuova disciplina in materia di* whistleblowing *tra punti di forza e criticità*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2, 2024, pp. 701 ss.; G. DE SANTIS, Whistleblowing*: esercizio di virtù civica al servizio della* compliance, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1, 2024, pp. 360 ss.; D. U. GALETTA, P. PROVENZANO, *La disciplina italiana del whistleblowing come strumento di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione: luci e (soprattutto) ombre*, in *www.federalismi.it*, 18, 2020; G. GARGANO, *La "cultura del whistleblower" quale strumento di emersione dei profili decisionali della pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 1, 2016; P. NOVARO, *Principali criticità della disciplina italiana in materia di whistleblowing alla luce della nuova direttiva europea: limitato campo di applicazione e scarsi incentivi*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 5, 2019, pp. 737 ss.; F. PANARIELLO, *Il ruolo dell'Anac nel sistema di tutela del segnalante illeciti (o whistleblower) contro le ritorsioni*, in *Rivista italiana del diritto del lavoro*, 4, 2024, pp. 581 ss.; A. RENZI, *Quando la trasparenza non previene la corruzione: whistleblowing e riservatezza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, pp. 357 ss.; P. RUBECHINI, *Della delazione virtuosa. La segnalazione di illecito quale strumento di protezione dell'interesse generale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2, 2024, pp. 409 ss.; L. TOMASSI, *Il rapporto tra diritto alla riservatezza del segnalante e diritto di difesa del segnalato nella disciplina del* whistleblowing, in *Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni*, 2, 2024, pp. 99 ss.; R. TONELLI, Whistleblowing *o non* whistleblowing*? È (sempre) questo il dilemma. Ancora sui limiti della tutela in favore del dipendente-segnalante*, in *Rivista italiana del diritto del lavoro*, 4, 2024, pp. 612 ss.; S. VILLAMENA, *Il* whistleblowing *pubblico,* in *Dir. e proc. amm.*, 2019, pp. 841 ss.; 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*, 2, 2023, pp. 813 ss.

[8] Sulla trasparenza la bibliografia è assai cospicua. Fra gli altri, si v. soprattutto: AA.VV., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza: atti del 35° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1989)*, Giuffré, Milano, 1991; A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Cacucci, Bari, 2012; E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2022; ID., *L'amministrazione aperta: regole strumenti limiti dell'open government*, Maggioli, Rimini, 2014; ID., *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 2, pp. 573 ss.; ID. *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Dir. amm.*, 2019, pp. 497 ss.; B. CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Giappichelli, Torino, 2001; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Diritto di accesso e interesse pubblico*, Jovene, Napoli, 2006; C. COLAPIETRO, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa. Dall'accesso documentale all'accesso generalizzato, passando per l'accesso civico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico*, in *Nuove Autonomie*, 3, 2014, pp. 563 ss.; A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, ESI, Napoli, 2018; D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto*

nell'ordinamento e strettamente connesso alla partecipazione, la cui realizzazione, prima della l. 190/2012 e del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33[9], veniva principalmente affidata ad una serie di istituti disciplinati dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 e, in particolare, al diritto di accesso documentale – funzionalizzata (anche) a prevenire la eventuale *maladministration*[10].

Trasparenza e *whistleblowing*, pur condividendo parte delle finalità cui sono vocati, intrattengono un rapporto generalmente ricostruito in termini conflittuali. Ciò in quanto la prevenzione della corruzione si realizza: attraverso la tutela della riservatezza del segnalante (oltre che di una serie di soggetti a questo collegati) e la non ostensibilità della segnalazione mediante il diritto di accesso, nel caso del *whistleblowing*; ma anche tramite molteplici istituti tesi a garantire l'accessibilità totale di dati e documenti detenuti dalle PP.AA. e, conseguentemente, il controllo diffuso

---

Legislativo n. 33/2013, in *www.federalismi.it*, 5, 2016; ID., *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2016, pp. 1019 ss.; C.E. GALLO, S. FOÀ, voce *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. Agg., 2000; G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, pp. 875 ss.; ID., *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *www.federalismi.it*, 1, 2017; G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il Foia italiano: vincitori e vinti*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2019; F. LOMBARDI, *La trasparenza tradita*, Esi, Napoli 2021; F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'e-government*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 153 ss.; ID. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008; ID., *Le misure amministrative di contrasto alla corruzione*, in *Astrid Rassegna*, 18, 2013; F. MERLONI e A. PIRNI, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, Donzelli editore, Roma, 2021; A.G. OROFINO, *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, Cacucci, Bari, 2020; A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giust. civ.*, 2015, pp. 213 ss.; B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna (RN), 2013; ID. (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna (RN), 2016; A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto d'accesso. Riflessioni sulla legittimazione e modalità di esercizio del diritto di accesso nella legge n. 241 del 1990*, in *Dir. amm.*, 1995, pp. 315 ss.; A. SANDULLI, *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giornale dir. amm.*, 6, 2007, pp. 669 ss.; ID., *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giornale dir. amm.*, 1995, pp. 1061 ss.; M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011; ID., voce *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, vol. Agg. IV, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 1 ss.; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale dir. amm.*, 8-9, 2013, pp. 795 ss.; ID., *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale dir. amm.*, 5, 2016, pp. 593 ss.; M. SINISI, *I diritti di accesso e la discrezionalità amministrativa*, Cacucci, Bari, 2020; M.R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa*, in *Nuove autonomie*, 2005, pp. 945 ss.; G. TERRACCIANO, *La trasparenza amministrativa da valore funzionale alla democrazia partecipativa a mero (utile?) strumento di contrasto della corruzione*, in *Amministrativamente*, 7-9, 2015, pp. 1 ss.; S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) e il suo coordinamento con istituti consimili*, in *www.federalismi.it*, 23, 2016.

[9] In realtà, è stato l'art. 11, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, a definire, per la prima volta, la trasparenza come «accessibilità totale» (anche attraverso la pubblicazione dei dati, informazioni e documenti indicati nella disposizione), riconoscendo ad essa la natura di «livello essenziale delle prestazioni» ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. m), Cost.

[10] F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. 33 del 2013*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna (RN), 2013, pp. 17 ss., 18, evidenzia che la trasparenza costituisce «un fondamentale mezzo per consentire l'emersione dei fenomeni corruttivi e per mantenere la giusta "pressione" dei cittadini sul corretto e imparziale svolgimento dell'azione amministrativa (e sui comportamenti imparziali dei funzionari)».

ISSN 2036-7821

dei cittadini sull'attività e sull'organizzazione amministrativa, nel caso della trasparenza.
Scopo del presente lavoro è quello di descrivere il rapporto fra *whistleblowing* e trasparenza, al fine di verificare se tale relazione sia sempre ricostruibile in termini conflittuali.
Per fare ciò risulta necessario, anzitutto, chiarire cosa si intenda per trasparenza amministrativa e descrivere la 'tormentata' disciplina del *whistleblowing*; per poi verificare se quest'ultimo istituto – nonostante la normativa a sua tutela rappresenti generalmente un'eccezione al diritto di accesso – possa costituire uno strumento attraverso il quale realizzare (anche) la trasparenza amministrativa e gli altri fini cui quest'ultima è vocata, con particolare riferimento alla partecipazione, con cui il principio in parola intrattiene un rapporto di reciproca strumentalità.

2. L'evoluzione normativa della trasparenza e degli strumenti a suo servizio: brevi cenni.

La trasparenza è stata per la prima volta inclusa espressamente nell'ordinamento con la l. 241/1990, ed ha anzitutto contribuito a modellare il rapporto fra privato e P.A. diversamente dal passato. Tale avvento legislativo trova ragion d'essere nello squilibrio eccessivamente marcato del rapporto in parola, caratterizzato dalla impermeabilità del potere amministrativo, dalla pressoché totale assenza di strumenti di partecipazione al suo svolgimento, dalla elevata opacità delle decisioni.
Con la trasparenza, intesa come conoscibilità dell'attività della P.A., dunque, il Legislatore si propone di provare a ridimensionare questo squilibrio: si tratta di un'opera di vera e propria democratizzazione dell'attività amministrativa.
In questa prospettiva culturale, la sua realizzazione viene 'affidata' a molteplici istituti, tra i quali figurano l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento e dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, nonché, più in generale, l'obbligo di motivazione e soprattutto il diritto accesso documentale, ossia quello strumento attraverso cui ottenere la conoscenza dei documenti necessari a tutelare la situazione giuridica soggettiva del richiedente, portatore di un interesse diretto, concreto ed attuale collegato al documento di cui si chiede l'ostensione[11].
Negli ultimi due lustri il Legislatore ha fatto nuovamente ricorso alla trasparenza con una diversa e più specifica finalità: la prevenzione della corruzione amministrativa.
Ad onor del vero, nonostante questa nuova finalità della trasparenza sia stata avvertita come una novità, l'uso della stessa a fini anticorruttivi era emerso sul finire degli anni '80 del secolo scorso. Già a quel tempo la dottrina aveva osservato che essa «esprime "la tendenza a dissipare il mistero che circonda l'amministrazione" [anche

[11] Sul tema sia consentito rinviare a F. LOMBARDI, *La trasparenza tradita* cit., pp. 19 ss.

ISSN 2036-7821

perché] ciò che è segreto è talvolta corrotto, spesso non corretto»[12]. D'altronde, l'analisi della giurisprudenza amministrativa disvela con facilità che la genesi del principio di trasparenza sia rinvenibile in quegli ambiti materiali che solo dopo molti anni la normativa anticorruzione avrebbe individuato come coincidenti con le principali 'aree di rischio' corruttivo[13].

Nel pacchetto normativo anticorruzione la trasparenza 'cambia pelle'. Mentre nella l. 241 le è di fatto preclusa la possibilità di essere utilizzata come strumento di controllo diffuso dell'operato dei pubblici poteri, viceversa con la l. 190/2012 (e il successivo d.lgs. 33/2013) ne diventa lo strumento principale. Così, investita di una ulteriore 'missione', la trasparenza viene dotata anche di 'nuove armi', idonee a combattere e a prevenire le situazioni di cattiva amministrazione, ossia tutte quelle in cui l'attività della P.A. sia condizionata da interessi che impropriamente impediscono di realizzare adeguatamente l'interesse pubblico. Tali armi consistono anzitutto negli obblighi di pubblicità proattiva e nel complementare *accesso civico semplice* (previsti dal d.lgs. 33/2013), ossia nell'accesso riconosciuto a chiunque e riguardante dati, informazioni e documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria che la P.A. omette di pubblicare[14]; e, successivamente, nell'*accesso civico 'generalizzato'* (introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97), relativo a dati e documenti ulteriori rispetto a quelli oggetto

[12] Così G. QUADRI, *Riservatezza e trasparenza nell'esperienza costituzionale*, in AA.VV., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza: atti del 35° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1989)*, Giuffré, Milano, 1991, pp. 23 ss., 25.

[13] A ben vedere, dall'analisi della giurisprudenza precedente alla l. 241/1990 è emerso che, secondo il G.A., la trasparenza avrebbe dovuto regolare l'intera attività amministrativa, con riguardo soprattutto a settori particolarmente 'sensibili', quali le concessioni, le procedure contrattuali e, più nello specifico, gli appalti pubblici, le procedure concorsuali e quelle di gestione del personale pubblico, la erogazione di contributi e di sussidi economici. Sul punto si v., tra le varie: Cons. Stato, 16 maggio 1988, n. 42; TAR Puglia, Bari, 16 dicembre 1989, n. 581; TAR Lazio, Latina, 17 aprile 1987, n. 232; TAR Sardegna, Cagliari, 17 febbraio 1989, n. 79; C. di Stato, 8 aprile 1989, n. 365. Ad attentamente riflettere, appare interessante evidenziare che gli ambiti materiali nei quali la giurisprudenza ha cominciato ad esprimersi con pronunce riferite al principio di trasparenza coincidono in parte con quelle che la disciplina cd. anticorruzione chiamerà 'aree di rischio generali'. Sulla nozione di 'aree di rischio' sia consentito rinviare a F. LOMBARDI, *La sicurezza nei luoghi di lavoro tra reato e malamministrazione negli strumenti di prevenzione amministrativa della corruzione*, in *www.giustamm.it*, 6, 2017, p. 2.

[14] A. BONOMO, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, 3-4, 2013, pp. 725 ss., 739, osserva però che l'accesso civico «è esercitabile non solo quando i dati non siano stati affatto pubblicati, ma anche (e soprattutto) ogni qual volta la pubblicazione appaia incompleta, inesatta, inadeguata quanto alle modalità o ai tempi di pubblicazione. […] Così inteso, l'accesso civico assume una portata più estesa, in quanto diventa strumento di collaborazione e di stimolo per la pubblicazione e per l'individuazione delle modalità più appropriate per assolvere agli obblighi di diffusione e in generale per la realizzazione dei diritti che conseguono alla qualificazione dei documenti come pubblici». Dello stesso avviso è anche B. PONTI, *Il regime dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria: i tempi, le modalità e i limiti della diffusione; l'accesso civico; il diritto al riutilizzo (artt. 4, 5, 7-9, 52 commi 2 e 3, 53)*, in ID. (a cura di), *La trasparenza amministrativa* cit., pp. 75 ss., 99, il quale sottolinea che «il diritto di accesso civico è esercitabile non solo con riferimento al momento della pubblicazione, ma anche con riferimento al contenuto dell'obbligo, ed al modo con cui tale obbligo deve essere assolto».

ISSN 2036-7821

di pubblicazione obbligatoria[15].
Con l'intervento legislativo che ha disposto la nascita di quest'ultimo istituto, la trasparenza, che viene investita anche di ulteriori finalità, conosce, in qualche modo, 'lo zenit' della sua evoluzione. Essa viene intesa come «accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, il cui scopo è quello di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche»[16].
E però, a dispetto delle notevoli aspettative riposte sull'accesso civico generalizzato, che avrebbe dovuto spalancare le porte della P.A. al *quisque de populo*, questo strumento è parso ben presto una «formula insincera», in quanto «promette piu` di quel che puo` dare»[17].
L'accesso *generalizzato* conosce infatti numerosi limiti, che sono stati considerati anche più incisivi rispetto a quelli previsti per l'accesso documentale[18]. Per entrambi gli istituti l'ostensibilità è esclusa, tra l'altro, qualora una norma di legge, sulla base di una valutazione preventiva e generale, per tutelare interessi prioritari e fondamentali, vieti l'accesso o la divulgazione[19]. Un limite di questo tipo – che è stato definito dall'Anac quale eccezione assoluta al diritto di accesso civico *generalizzato*[20] – è rinvenibile nell'ambito della normativa che disciplina il *whistleblowing* (ossia la segnalazione degli illeciti commessi sul luogo di lavoro), attraverso la previsione di strumenti volti a tutelare la riservatezza dell'individuo segnalante e (oggi anche) di altri soggetti a quest'ultimo (col)legati.

3. Breve ricostruzione dell'evoluzione e dell'attuale assetto della disciplina del whistleblowing.

Il *whistleblowing* è stato introdotto nell'ordinamento italiano dalla l. 190/2012 – che ha modificato il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 sul pubblico impiego, inserendo l'art. 54 *bis* – e rappresenta uno dei principali strumenti di prevenzione della corruzione

[15] Il d.lgs. 97/2016 ha introdotto nell'ordinamento italiano un modello ispirato al *Freedom of Information Act*, nel quale alla trasparenza di natura 'proattiva' viene affiancata quella di natura 'reattiva', in quanto generata dalle istanze di conoscenza avanzate dagli interessati. Sul punto si v. *Il* freedom of information act *italiano e i rischi della trasparenza digitale*, in *www.federalismi.it*, 23, 2016, pp. 2 ss., 7.
[16] Art. 1, d.lgs. 33/2013.
[17] Così C. MARZUOLI, *Trasparenza e chiunque (brevi note)*, in E. CARLONI , A. PIOGGIA, B. PONTI (a cura di), *Lo sguardo del giurista all'amministrazione in trasformazione*, Giappichelli, 2021, 247 ss., 257.
[18] Sul punto si v. C. CUDIA, *Pubblicità e diritto alla conoscibilità*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa* cit., pp. 93 ss. 112,
[19] Si v. art. 24, co. 1, l. 241/1990 e art. 5 *bis*, co. 3, d.lgs. 33/2013.
[20] Sul punto si v. Delibera Anac n. 1309 del 28 dicembre 2016, avente ad oggetto «Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013».

ISSN 2036-7821

amministrativa. Esso viene regolato attraverso la previsione di un sistema di tutela del dipendente che, appunto, venuto a conoscenza di fatti e atti illeciti in ragione del rapporto di lavoro, li abbia segnalati (*blowing the whistle*) al proprio superiore gerarchico (ovvero alla Corte dei conti o all'autorità giudiziaria).

Gli strumenti previsti dal legislatore a tutela del segnalante consistevano principalmente nel divieto di adozione, nei confronti dello stesso, di misure discriminatore[21] (la cui eventuale adozione avrebbe dovuto essere segnalata al Dipartimento della funzione pubblica[22], competenza poi attribuita all'Autorità nazionale anticorruzione)[23]; nel divieto di rivelazione, senza il suo consenso, dell'identità dell'autore della segnalazione nei procedimenti disciplinari, salvo che nelle ipotesi in cui ciò risultasse indispensabile per la difesa dell'incolpato[24]; e nella sottrazione delle segnalazioni dal diritto di accesso regolato dalla l. 241/1990[25].

Il *whistleblowing*, che ha fatto ingresso 'timidamente' nell'ordinamento italiano, ha subito nel corso del tempo profonde modifiche ed è divenuto 'adulto' grazie ai vari interventi legislativi che lo hanno riguardato[26]. E così, dopo solo cinque anni dalla sua introduzione, è stata approvata la l. 30 novembre 2017, n. 179, di riforma, generalizzazione e di perfezionamento dell'istituto.

Tra le novità più rilevanti apportate dalla l. 179/2017 rientrano: l'estensione anche al settore privato del campo di applicazione della disciplina del *whistleblowing*, che è rivolta anche ai destinatari del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231[27]; l'ampliamento dei soggetti cui poter indirizzare la segnalazione, tra questi figurando anche il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (Rpct) e l'Anac[28];

---

[21] L'art. 54 *bis*, co. 1, d.lgs. 165/2001 prevedeva che «Fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti o all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia».

[22] Così disponeva l'art. 54 *bis*, co. 3, d.lgs. 165/2001.

[23] L'art. 19, co. 5, lett. a), d.l. 24 giugno 2014, n. 114, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114, prevede che l'Anac riceve «notizie e segnalazioni di illeciti», anche nelle forme dell'art. 54 bis, d.lgs. 165/2001.

[24] L'art. 54 *bis*, co. 2, d.lgs. 165/2001 disponeva che «Nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato».

[25] Così disponeva l'art. 54 *bis*, co. 4, d.lgs. 165/2001.

[26] G. DE SANTIS, Whistleblowing*: esercizio di virtù civica* cit., p. 365.

[27] La l. 179/2017 ha aggiunto tre nuovi commi (2 *bis*, 2 *ter* e 2 *quater*) all'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001.

[28] L'art. 54 *bis*, co. 1, d.lgs. 165/2001 prevedeva che «Il pubblico dipendente che, nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione, segnala al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza di cui all'articolo 1, comma 7, della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), o denuncia all'autorità giudiziaria ordinaria o a quella contabile, condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro non può essere sanzionato, demansionato, licenziato,

ISSN 2036-7821

«la enfatizzazione della vocazione "altruistica"»[29] del *whistleblowing* (segnalazioni o denunce possono essere effettuate solo «nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione»[30]), al fine di «escludere dalla protezione gli "egoistic-blowers" (autori di segnalazioni personalistiche e pretestuose non portatrici di alcun interesse pubblico)»[31].

Per effetto della l. 179/2017, «da strumento straniero di delazione interessata [...] il *whistleblowing* si accredita come modello efficiente e responsabile per il contrasto alla corruzione pubblica e privata e per la prevenzione delle condotte illecite»[32].

Un ulteriore passo in avanti nella regolazione del *whistleblowing* si è avuto da ultimo con la direttiva UE n. 1937/2019 sulla protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione europea, recepita dallo Stato Italiano, con più di un anno di ritardo rispetto al termine fissato dalla direttiva, con il d.lgs. 24/2023[33]. Per effetto di tale nuovo intervento normativo sono state consolidate le tutele a protezione dei *whistleblowers* e vi è stata «l'affermazione di una nuova visione di queste figure, un tempo considerate dai più decisamente scomode»[34].

Le novità apportate dalla nuova disciplina sono numerose: «l'obiettivo perseguito dal legislatore è quello di incoraggiare segnalazioni, divulgazioni pubbliche o denunce, al fine di far emergere, e così prevenire e contrastare, fatti illeciti di diversa natura»[35].

È stato innanzitutto ampliato l'ambito soggettivo di applicazione della normativa a tutela dei *whistleblowers* – che è rivolta a tutti i «soggetti del settore pubblico» e del «settore privato», come definiti nell'art. 2, co. 1, lett. p) e q), d.lgs. 24/2023 –, soprattutto attraverso l'estensione del novero delle persone protette[36] e la precisazione che la segnalazione può essere effettuata anche quando il rapporto giuridico non è più (o non è ancora) in corso[37]; ma anche mediante l'inclusione nella

---

trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione».

[29] G. De Santis, Whistleblowing*: esercizio di virtù civica* cit., p. 372.

[30] Si v. art. 54 *bis*, co. 1, d.lgs. 165/2001.

[31] G. De Santis, Whistleblowing*: esercizio di virtù civica* cit., p. 372.

[32] P. Rubechini, *Della delazione virtuosa* cit., p. 412.

[33] Che abroga l'art. 54 *bis*, d.lgs. 165/2001 (si v. art. 23, d.lgs. 24/2023).

[34] P. Rubechini, *Della delazione virtuosa* cit., p. 415.

[35] Delibera Anac 12 luglio 2023, n. 311, con cui sono state approvate le «Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali», p. 24.

[36] Si v. l'art. 3, d.lgs. 24/2023, che elenca tutti i soggetti del settore pubblico e privato cui si applicano le disposizioni del d.lgs. 24/2023. Per verificare le novità introdotte rispetto alla precedente disciplina e il conseguente ampliamento dell'ambito soggettivo di applicazione della normativa relativa al *whistleblowing* si v. Delibera Anac n. 311/2023 cit., pp. 18 ss.

[37] La segnalazione può essere effettuata non solo quando il rapporto giuridico è in corso, ma anche quando il rapporto giuridico non è ancora iniziato (se le informazioni sulle violazioni sono state acquisite durante il processo di selezione o in altre fasi precontrattuali), durante il periodo di prova e in seguito allo scioglimento del

ISSN 2036-7821

categoria dei destinatari delle misure protettive di figure solo indirettamente legate al soggetto che effettua la segnalazione[38].

In realtà, rispetto alla precedente regolazione risulta ampliato non solo l'ambito soggettivo ma anche l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina a tutela del segnalante[39]. Tra le «violazioni» segnalabili rientrano infatti tutti quei «comportamenti, atti od omissioni che ledono l'interesse pubblico o l'integrità dell'amministrazione pubblica o dell'ente privato» e che consistono: in illeciti amministrativi, contabili, civili o penali; nelle condotte illecite rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2001 e nella violazione dei modelli di organizzazione e gestione ivi previsti; nonché in tutte quelle forme ulteriori di illecito cui fa riferimento la direttiva 1937/2019, consistenti nella violazione di norme relative a settori considerati particolarmente rilevanti in ambito europeo, dal punto di vista sociale, economico e della sicurezza degli Stati Membri[40].

È stato peraltro ampliato anche il contenuto della segnalazione, che riguarda «informazioni sulle violazioni» che si siano già verificate ma che, proprio in considerazione del carattere preventivo dello strumento, possono essere anche solo potenziali, qualora il *whistleblower* ritenga che le stesse potrebbero essere commesse sulla scorta di elementi concreti[41].

La nuova disciplina contiene inoltre un articolato sistema di regole a tutela del

---

rapporto giuridico, purché le informazioni sulle violazioni siano state acquisite prima dello scioglimento del rapporto stesso (art. 3, co. 4, d.lgs. 24/2023).

[38] Si fa riferimento ai c.d. facilitatori – persona fisiche che assistono «una persona segnalante nel processo di segnalazione, operante all'interno del medesimo contesto lavorativo e la cui assistenza deve essere mantenuta riservata» (art. 2, co. 1, lett. h, d.lgs. 24/2023) –, ai colleghi del soggetto segnalante, che lavorano nel medesimo contesto lavorativo dello stesso e che hanno con tale soggetto un rapporto abituale e corrente, alle persone inserite nel medesimo contesto lavorativo del *whistleblower*, che sono legate ad esso da uno stabile legame affettivo o di parentela entro il quarto grado, agli enti di proprietà della persona segnalante o per i quali la stessa lavora, nonché agli enti che operano nel medesimo contesto lavorativo del segnalante (art. 3, co. 5, d.lgs. 24/202)3. Si tratta di figure non previste e non tutelate dalla precedente disciplina, in merito alle quali si v. anche Delibera Anac n. 311/2023 cit., pp. 20 ss. e pp. 54 ss. Sul tema si v. anche Tar Lazio, Roma, sez. II, 31 gennaio 2025, n. 2267.

[39] In merito alla delimitazione dell'ambito oggettivo di applicazione della previgente disciplina a tutela del segnalante, si v. la delibera Anac n. 469 del 9 giugno 2021 «Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54-bis, del d.lgs. 165/2001 (c.d. *whistleblowing*)», secondo cui «I fatti illeciti oggetto delle segnalazioni whistleblowing comprendono non solo le fattispecie riconducibili all'elemento oggettivo dell'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione di cui al Titolo II, Capo I, del codice penale16, ma anche tutte le situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontrino comportamenti impropri di un funzionario pubblico che, anche al fine di curare un interesse proprio o di terzi, assuma o concorra all'adozione di una decisione che devia dalla cura imparziale dell'interesse pubblico. Si deve ritenere che la categoria di fatti illeciti comprenda, almeno per alcune fattispecie di rilievo penale, anche la configurazione del tentativo, ove ne sia prevista la punibilità». Per verificare come è mutato l'ambito oggettivo di applicazione della normativa in materia di whistleblowing, rispetto alla vecchia disciplina si v. Delibera Anac n. 311/2023 cit., pp. 24 ss.

[40] Si v. l'art. 2, comma 1, d.lgs. 24/2023 e l'art. 2, Direttiva UE n. 1937/2019.

[41] Cfr. art. 2, co. 1, lett. b), d.lgs. 24/2023, art. 5, co. 2, Direttiva UE n. 1937/2019 e Delibera Anac n. 311/2023 cit., p. 24.

ISSN 2036-7821

segnalante che in parte conferma gli strumenti di tutela già presenti nella precedente normativa ed in parte li incrementa. È previsto un generale obbligo di riservatezza su tutto ciò che concerne l'identità del segnalante, che non può essere rivelata, senza il consenso espresso della stessa persona che effettua la segnalazione[42]. L'identità di quest'ultima: nei procedimenti penali «è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'articolo 329 del codice di procedura penale»; nei procedimenti dinanzi alla Corte dei conti «non può essere rivelata fino alla chiusura della fase istruttoria»; nei procedimenti disciplinari «non può essere rivelata, ove la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se conseguenti alla stessa. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità della persona segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza del consenso espresso della persona segnalante alla rivelazione della propria identità»[43].

E però, le tutele garantite non sono limitate alla protezione della riservatezza del *whistleblower*. Sono infatti disciplinate diverse e ulteriori misure volte ad evitare la ritrosia dei dipendenti ad effettuare le segnalazioni[44], tra cui il divieto di ritorsioni sul luogo di lavoro[45] – assicurato anche attraverso l'inversione dell'onere della prova nei

[42] Una delle novità dell'attuale regolazione del *whistleblowing* è rappresentata dal fatto che, diversamente dal passato, è garantita la riservatezza non solo del segnalante, ma anche di qualsiasi altra informazione o elemento della segnalazione dal cui disvelamento si possa dedurre direttamente o indirettamente l'identità dello stesso. Si v. Delibera Anac n. 311/2023 cit., pp. 49 ss., cui si rinvia per approfondire tutte le differenze rilevate, in tema di tutela dell'identità del segnalante, rispetto a quanto previsto dalla vecchia disciplina.

[43] Così dispone l'art. 12, d.lgs. 24/2023. Tale previsione era già presente nell'art. 54 *bis*, d.lgs. 165/2001, nella versione successiva alle modifiche apportate con la l. 179/2017.

[44] All'insieme delle tutele riconosciute al segnalante «si devono ascrivere anche le limitazioni della responsabilità rispetto alla rivelazione e alla diffusione di alcune categorie di informazioni. Si tratta di limitazioni che operano al ricorrere di determinate condizioni in assenza delle quali vi sarebbero conseguenze in termini di responsabilità penale, civile, amministrativa» (Delibera Anac n. 311/2023, p. 68. In tale delibera – pp. 68 ss. – vengono indicate, in relazione alle ipotesi di limitazione della responsabilità, anche le differenze e le novità apportate rispetto alla precedente disciplina). Nello specifico, l'art. 20, d.lgs. 24/2023, dispone che «Non è punibile l'ente o la persona di cui all'articolo 3 che riveli o diffonda informazioni sulle violazioni coperte dall'obbligo di segreto, diverso da quello di cui all'articolo 1, comma 3, o relative alla tutela del diritto d'autore o alla protezione dei dati personali ovvero riveli o diffonda informazioni sulle violazioni che offendono la reputazione della persona coinvolta o denunciata, quando, al momento della rivelazione o diffusione, vi fossero fondati motivi per ritenere che la rivelazione o diffusione delle stesse informazioni fosse necessaria per svelare la violazione e la segnalazione, la divulgazione pubblica o la denuncia all'autorità giudiziaria o contabile è stata effettuata ai sensi dell'articolo 16. Quando ricorrono le ipotesi di cui al comma 1, è esclusa altresì ogni ulteriore responsabilità, anche di natura civile o amministrativa».

[45] Si v. l'art. 17, d.lgs. 24/2023 e l'art. 19, Direttiva UE n. 1937/2019. L'art. 19, co. 3, d.lgs. 24/2023 prevede inoltre che «Gli atti assunti in violazione dell'articolo 17 sono nulli» e che i soggetti licenziati a causa della segnalazione hanno diritto a essere reintegrati nel posto di lavoro. È bene precisare che per ritorsione si intende «qualsiasi comportamento, atto od omissione, anche solo tentato o minacciato, posto in essere in ragione della segnalazione, della denuncia all'autorità giudiziaria o contabile o della divulgazione pubblica e che provoca o può provocare alla persona segnalante o alla persona che ha sporto la denuncia, in via diretta o indiretta, un danno ingiusto» (art. 1, co. 1, lett. m), d.lgs. 24/2023). La nozione e la disciplina delle ritorsioni è mutata rispetto alla precedente

ISSN 2036-7821

procedimenti giudiziari o amministrativi o comunque nelle controversie stragiudiziali aventi ad oggetto l'accertamento di condotte, omissioni o atti di natura ritorsiva e nei giudizi promossi per ottenere il risarcimento del danno arrecato al segnalante[46] –, la sottrazione della segnalazione dal diritto di accesso sia documentale che civico[47], la introduzione di misure di sostegno[48] in favore dei *whistleblowers* che consistono in forme di assistenza gratuita, in Italia garantita attraverso il coinvolgimento dei c.d. Enti del terzo settore[49] e la previsione di diversi canali di segnalazione, interni ed esterni[50].

In definitiva, il d.lgs. 24/2023 si articola in varie disposizioni volte a garantire la tutela delle persone che «segnalano violazioni di disposizioni normative nazionali o dell'Unione europea che ledono l'interesse pubblico o l'integrità dell'amministrazione pubblica» (o dell'ente privato)[51], ritenendo irrilevanti, ai fini della protezione del *whistleblower*, i motivi che lo hanno indotto ad effettuare la segnalazione[52] e, al tempo stesso, non considerando «segnalazioni di *whistleblowing* quelle aventi ad oggetto una contestazione, rivendicazione o richiesta legata ad un interesse di carattere personale del segnalante»[53].

L'attuale disciplina in materia di *whistleblowing* riconosce dunque la centralità della figura del segnalante, «che transita dal ruolo di delatore a quello di difensore del pubblico interesse, si apre all'estensione delle tutele tra pubblico e privato e appare in grado di rispondere all'esigenza di collaborazione "sul campo" che le istituzioni avvertono come indispensabile»[54].

4. Whistleblowing e trasparenza tra difformità e assonanze.

Dalla breve descrizione della disciplina dei due istituti oggetto del presente saggio e basandosi, a dir così, su un'impressione 'a caldo', potrebbe ricavarsi che il rapporto fra gli stessi sia ricostruibile necessariamente in termini conflittuali. Un simile

---

regolazione. Sul punto si v. Delibera n. 311/2023 cit., pp. 62 ss. In giurisprudenza, tra le varie, si v. Cass., 9 maggio 2024, n. 12688; Cass., 27 giugno 2024, n. 17715.

[46] Si v. l'art. 17, d.lgs. 24/2023 e l'art. 19, Direttiva UE n. 1937/2019.

[47] Si v. l'art. 12, co. 8, d.lgs. 24/2023, che riprende quanto già previsto dalla vecchia disciplina.

[48] Si v. l'art. 20, Direttiva UE n. 1937/2019.

[49] L'art. 18, d.lgs. 24/2023 prevede che presso l'Anac è istituito «l'elenco degli enti del Terzo settore che forniscono alle persone segnalanti misure di sostegno», che «consistono in informazioni, assistenza e consulenze a titolo gratuito sulle modalità di segnalazione e sulla protezione dalle ritorsioni offerta dalle disposizioni normative nazionali e da quelle dell'Unione europea, sui diritti della persona coinvolta, nonché sulle modalità e condizioni di accesso al patrocinio a spese dello Stato».

[50] Sui canali di segnalazione si v. Delibera Anac n. 311/2023 cit., pp. 35 ss. Sul tema si v. anche M. MAURINO, *La segnalazione di* whistleblowing *come strumento di prevenzione*, in T. ALESCI, M. COLACURCI, F. LOMBARDI (a cura di), *L'interferenza criminale nell'economia*. Modelli di prevenzione, Editoriale Scientifica, Napoli, 359 ss.

[51] Art. 1, d.lgs. 24/2023.

[52] Art. 16, co. 2, d.lgs. 24/2023.

[53] Delibera Anac n. 311/2023 cit., p. 31, che si riferisce all'art. 1, co. 2, d.lgs. 24/2023..

[54] P. RUBECHINI, *Della delazione virtuosa* cit., p. 416.

ISSN 2036-7821

assunto discende dal fatto che, come accennato, la normativa a tutela del *whistleblower* rappresenta un limite alla ostensibilità della segnalazione richiesta con l'esercizio del diritto di accesso, sia documentale che civico.

A tal proposito, la giurisprudenza ha più volte messo in evidenza che «la disciplina in materia di *whistleblowing* è derogatoria rispetto a quella generale in tema di ostensibilità degli atti della pubblica amministrazione», in quanto la trasparenza «è intesa come accessibilità totale alle informazioni»[55].

A dispetto di ciò, v'è da dire che il G.A. ha spesso interpretato in maniera particolarmente rigida le condizioni al ricorrere delle quali la segnalazione del *whistleblower* è sottratta all'accesso, esprimendosi più volte, sebbene sulla scorta della vecchia disciplina, sul rapporto tra accesso documentale e *whistleblowing*[56]. L'art. 54 *bis*, nella versione modificata nel 2017, prevedeva, tra i presupposti del *whistleblowing*, la necessità che la segnalazione fosse rivolta solo a determinati soggetti (RPCT, ANAC, Autorità giudiziaria ordinaria o contabile) e che fosse effettuata nell'interesse dell'integrità della P.A.

Sulla scorta di tale dato positivo, il Consiglio di Stato ha sostenuto che l'istituto vada interpretato «secondo le regole delle norme eccezionali» e che non possa essere applicato, stando a quanto disposto dall'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, oltre i casi e i tempi considerati nella norma eccezionale. Per questa ragione ogni qualvolta si sia in presenza di una segnalazione non indirizzata ai soggetti che, secondo la legge, possono ricevere le segnalazioni, «e non motivata "nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione" (come avviene quando vi confluiscano anche scopi essenzialmente di carattere personale o per contestazioni o rivendicazioni inerenti al rapporto di lavoro), la segnalazione stessa non è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241»[57].

Nello stesso senso si era già espresso in precedenza il Tar Campania, che aveva avuto modo di mettere in rilievo che «se ogni denuncia di violazione dei diritti di lavoratori scaturita da situazioni di conflitto con i superiori fosse ascritta alla fattispecie del *whistleblowing* (che nasce, anche storicamente, da esigenze di contrasto di fenomeni corruttivi)» vi sarebbe una irragionevole compressione del diritto di accesso ai

[55] Cons. Stato, 28 gennaio 2020, n. 28.

[56] A tal proposito, L. TOMASSI, *Il rapporto tra diritto alla riservatezza del segnalante e diritto di difesa* cit., p. 103, osserva che «tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, non sono mancati orientamenti e posizioni antitetiche, proprio sul rapporto tra il diritto alla riservatezza del segnalante e il diritto di difesa del segnalato»: «vi è chi ritiene che la particolare riservatezza attribuita all'identità del segnalante, oltre a rappresentare un regime derogatorio rispetto alla disciplina dettata dall'art. 22 e ss. della legge n. 241/1990, si rende necessaria affinché sia tutelato l'interesse pubblico e generale perseguito dall'amministrazione. Dall'altro lato, invero, vi è chi sostiene che il sacrificio imposto al segnalato, non potendo accedere ad un atto rispetto al quale è titolare di una situazione giuridicamente tutelata e collegata, sia eccessivamente sproporzionato».

[57] Cons. Stato, n. 28/2020.

ISSN 2036-7821

documenti che costituisce un principio generale dell'attività amministrativa[58].
La giurisprudenza che si è pronunciata in relazione alla regolazione previgente è stata quindi particolarmente rigida e molti dei principi dalla stessa espressi possono considerarsi validi pure alla luce della nuova disciplina del *whistleblowing*.
Anche nel d.lgs. 24/2023 è infatti precisata la necessità che le violazioni segnalate debbano consistere in comportamenti, atti o omissioni che ledano l'integrità della P.A. oltre che l'interesse pubblico. Il decreto specifica inoltre che, ai fini dell'applicazione delle garanzie apprestate dal legislatore, è necessario che il segnalante sia convinto che le violazioni denunciate siano vere, che le stesse risultino in contrasto con la tutela dell'interesse pubblico o dell'integrità dell'amministrazione pubblica, che la segnalazione sia effettuata attraverso uno dei canali previsti dalla legge, ma prevede, altresì, che «I motivi che hanno indotto la persona a segnalare o denunciare o divulgare pubblicamente sono irrilevanti ai fini della sua protezione»[59].
Al tempo stesso, il decreto in parola – come già evidenziato – dispone che non vanno considerate «segnalazioni di *whistleblowing* quelle aventi ad oggetto una contestazione, rivendicazione o richiesta legata ad un interesse di carattere personale del segnalante»[60]. A tal proposito, la recente giurisprudenza ha però chiarito che, stando alla normativa attualmente vigente, tra le segnalazioni escluse dalla disciplina del *whistleblowing* non rientrino quelle «c.d. ibride», ossia «le segnalazioni in cui, pur essendo potenzialmente intercettabile un interesse personale del segnalante, emergano profili tali da ritenere che la stessa sia finalizzata anche a promuovere l'interesse pubblico e l'integrità della amministrazione»[61].
Peraltro, nelle linee guida adottate dall'ANAC in materia di *whistleblowing* è precisato che «eventuali segnalazioni esterne presentate erroneamente ad un soggetto diverso da ANAC, che ritiene di non essere competente ratione materiae, devono essere trasmesse a quest'ultima, laddove il segnalante dichiari espressamente di voler beneficiare delle tutele di cui al d.lgs. 24/2023 o tale volonta` sia desumibile dalla segnalazione. Tali segnalazioni sono considerate "segnalazioni whistleblowing" e pertanto sottratte all'accesso documentale e accesso civico o generalizzato»[62].
Dalla nuova normativa può dunque ricavarsi, per un verso, che l'interesse egoistico del privato alla segnalazione ben può essere 'accidentalmente tutelato' e che la sussistenza dello stesso non esclude affatto l'operatività delle tutele apprestate dal legislatore e, per altro verso, che l'errore nella scelta del canale di segnalazione non può essere considerato 'fatale' ai fini dell'attivazione del sistema di tutele apprestato per il segnalante.

[58] Tar Campania, Napoli, 8 giugno 2018, n. 3880.
[59] Art. 16, d.lgs. 36/2023.
[60] Delibera Anac n. 311/2023 cit., p. 31, che si riferisce all'art. 1, co. 2, d.lgs. 24/2023.
[61] Tar Lazio, Roma, sez. V *quater*, 19 giugno 2025, n. 12117.
[62] Delibera Anac n. 311/2023 cit., p. 73.

ISSN 2036-7821

La disciplina del *whistleblowing*, ricostruita in questi termini, rappresenta quindi un chiaro limite alla trasparenza, soprattutto alla luce delle recenti modifiche normative.
Se però ciò è vero, da una parte, è vero anche, da un'altra parte, che il *whistleblowing* può costituire altresì, per certi aspetti, un valido 'alleato' della trasparenza: trattasi infatti di una misura attraverso cui è possibile 'conoscere meglio la P.A.' e, conseguentemente, uno strumento di trasparenza, intesa come conoscibilità e comprensibilità dell'azione e dell'organizzazione amministrativa.
Esso è anche un esempio paradigmatico di come riservatezza e trasparenza non siano sempre necessariamente interessi antagonisti: il *whistleblowing* rappresenta in particolare l'esempio di come a volte, attraverso la tutela della riservatezza del segnalante, possa essere realizzata la trasparenza.
A ciò si aggiunge la considerazione che *whistleblowing* e trasparenza condividono anche gran parte delle finalità cui sono vocati. Entrambi si configurano infatti come un'importante e indispensabile forma di collaborazione.
La trasparenza è uno strumento volto a consentire la partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa e la collaborazione fra P.A. e privato nella realizzazione dell'interesse pubblico.
Le finalità ascrittele più di recente (dal 2013 al 2016) mettono ben in evidenza il cambiamento (rispetto al 1990) del legame con la partecipazione e con la collaborazione: tale legame avviene non più solamente per mezzo della conoscenza da parte del singolo dell'attività amministrativa che lo riguarda personalmente, bensì attraverso la ulteriore implementazione del tasso di democraticità dell'azione amministrativa conseguita mediante la conoscibilità totale di dati e documenti detenuti dalla P.A. ed il generalizzato controllo sociale sull'esercizio del potere pubblico.
La trasparenza è dunque una sola, ma ha molteplici finalità[63]: a quelle che le sono state ascritte dalla l. 241 se ne aggiungono altre. Essa è infatti rivolta anche a «tutelare i diritti dei cittadini», a «promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa», nonché a «favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche»[64] .
La partecipazione è intesa quindi in senso più ampio rispetto alla mera partecipazione procedimentale, essa riferendosi all'attività amministrativa *tout court* considerata.
Ciò incide inevitabilmente anche sul rapporto tra soggetto che partecipa e collabora e l'interesse pubblico alla trasparenza, rapporto che non è sempre lo stesso: mentre con la l. 241 l'interesse alla trasparenza rappresenta un interesse 'accidentalmente conseguito', in quanto il privato utilizza strumenti volti alla tutela di un proprio

[63] Sul punto si v. F. MERLONI, A. PIRNI, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, Donzelli Editore, 2021, p. 178.
[64] Art. 1, co. 1, D.Lgs. 33/2013.

ISSN 2036-7821

interesse personale e, accidentalmente, riesce a garantire anche la realizzazione di una maggiore trasparenza dell'attività della P.A.; con il d.gs. 33/2013 è l'interesse egoistico a divenire un interesse che può essere solo accidentalmente tutelato, poiché il privato partecipa e collabora per realizzare l'interesse pubblico e, in questo modo, può accidentalmente tutelare anche un interesse personale.

Considerazioni simili a quelle rivolte alla trasparenza possono riguardare anche il *whistleblowing* che rappresenta, secondo la dottrina, un esempio di collaborazione pre-procedimentale.

La collaborazione tra il privato e la P.A. non va infatti «confinata all'ambito di un procedimento formalmente avviato ai sensi dell'art. 2 della l. n. 241/1990». Oltre alla «collaborazione endo-procedimentale», vi è anche «una collaborazione pre-procedimentale e post-procedimentale». Un esempio di collaborazione pre-procedimentale è rappresentato dalle segnalazioni e dagli «esposti di privati alle autorità amministrative, che poi possono (e in alcuni casi, secondo alcuni indirizzi giurisprudenziali, devono) avviare formalmente procedimenti volti a reprimere comportamenti o attività poste in essere in violazione di norme o di provvedimenti»[65]. Tra queste forme di collaborazione pre-procedimentale rientra di certo la disciplina del *whistleblowing*[66]: il contrasto della corruzione e degli illeciti si realizza attraverso «la collaborazione di chi sta al suo interno che, proprio in ragione della funzione svolta e della sua collocazione, ha maggiori possibilità di percepire la condotta (potenzialmente) anomala»[67].

Tra persona segnalante e P.A. si instaura quindi un rapporto di mutuo sostegno e di reciproca collaborazione, in quanto la P.A. ha bisogno del segnalante «per diagnosticare l'anomalia che lo colpisce dall'interno e per perseguire gli obiettivi di interesse generale che stanno alla base del suo regolare funzionamento», ma, al tempo stesso, il segnalante ha bisogno delle tutele previste «dal Legislatore e attuate dalla P.A. per prevenire o curare le conseguenze negative della propria scelta di segnalazione, che possono arrivare ad incidere sulla carriera, sulla reputazione, sugli affetti e sulle finanze del medesimo»[68].

La disciplina in materia di *whistleblowing* e l'effettività della sua attuazione si fonda quindi sul rapporto di collaborazione fra P.A. e soggetto segnalante. E proprio attraverso tale rapporto di collaborazione è possibile (anche) conoscere meglio la P.A. e contribuire a realizzare, quindi, la trasparenza amministrativa.

A conclusione di questo breve saggio si può osservare dunque come, nonostante la

[65] M. CLARICH, *La collaborazione nel procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2024, pp. 651 ss., 653-654.

[66] M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 654.

[67] P. RUBECHINI, *Della delazione virtuosa* cit., pp. 424-425.

[68] P. RUBECHINI, *op. ult. cit.*, p. 425.

ISSN 2036-7821

relazione tra i due istituti posti in rassegna sia ricostruita sempre in termini conflittuali, in realtà, la trasparenza trova un limite nella disciplina della tutela del segnalante ma, al tempo stesso, rappresenta un obiettivo che il *whistleblowing* contribuisce a realizzare. Entrambi gli istituti risultano inoltre legati, in un rapporto di reciproca strumentalità, alla partecipazione all'attività amministrativa e al principio di collaborazione fra P.A. e privato, principio indispensabile per la soddisfacente realizzazione dell'interesse pubblico.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rilievo processuale del difetto di giurisdizione e sindacabilità delle relative questioni nell'ottica del processo amministrativo: con particolare riguardo al 'regolamento preventivo'

di Paolo Cotza

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

Sommario

Premessa. - (I) 1. Rilievo processuale del difetto di giurisdizione e prime implicazioni. - 2.1. Convivenza del principio del 'giudice naturale precostituito per legge' con quelli del 'giudicato esterno' e del 'giudicato interno' ('divieto di abuso del processo' e 'giusto processo'). - 2.2. Ragione di studio. - (II) 3. Prime annotazioni di dogmatica. - 4. 'Rivisitazione' di metodo dei discorsi tradizionali sul potere amministrativo e di teoria delle situazioni giuridiche soggettive. L'orientamento giurisprudenziale in punto di 'riparto': prime annotazioni. - 4.1. Rilevanza del 'potere pubblico' per via delle sue dinamiche. - 4.2. Dalla legittimazione del potere a quella dell'interesse ('pubblico concreto' / 'legittimo'). - 4.3. Primato del dovere(-obbligo) sul diritto soggettivo e riflessi teoretici in punto di situazioni giuridiche. - 4.4. Ritrascrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive … - 4.5. … e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione. - (III) 5.1. Collaudo di un 'approccio' dogmatico: in punto di 'riparto' … - 5.2. … nonché, di difetto di giurisdizione. - 5.3. Implicazioni in punto di uniformazione degli strumentari di tutela dei giudici. - (IV) 6.1. Sulle generalità del 'regolamento preventivo di giurisdizione'. - 6.2.1. Decisione sulle questioni di giurisdizione; *translatio iudicii;* conflitto negativo … - 6.2.2. … e rapporti con il 'regolamento preventivo'. - 6.3. Contributo di dogmatica.

Abstract

The study starts from the basic observation (of ascertainment) of the defect of jurisdiction in relation to other procedural flaws, and then highlights the problem of how the principle of the 'natural judge pre-established by law' coexists with those of the 'prohibition of abuse of proceedings' and (specifically) of the 'right to a fair trial'. Thus, through a discourse of systematic and conceptual 'reconsideration,' with particular regard to the theory of subjective legal situations, a dual testing is carried out: for the benefit of the jurisdiction allocation mechanism; and also, in order to overcome both a rigid 'confinement' of the institutions attributable to those principles and a corresponding 'distancing' of their respective forms of protection. Hence, an adequate justification for the 'sustainability' of the related 'implicit judgment.'
In this context, a discussion is included that delves into the institution of the 'preventive jurisdiction regulation', its relationships with related institutions, and concludes with a contribution of doctrinal analysis on these topics.

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

ISSN 2036-7821

Premessa

Recentemente, non si è mancato di ribadire un diffuso e persistente disagio (sopravvissuto a pur incisivi interventi di riforma) nel definire un criterio (se non inequivoco quantomeno) dal ragionevole impatto operativo onde segnare i termini di confine della giurisdizione amministrativa rispetto a quella del giudice ordinario; cui ha corrisposto un (pur modesto) contributo correttivo e riparatorio, intervenendo sul piano dogmatico stanti: certa ambiguità riscontrata nel dato di diritto positivo nonché, i limiti palesati dal contributo di giurisprudenza forense[1]. Ne era così scaturita una 'rivisitazione', in chiave sistematica, di ciò su cui (di volta in volta) ha finito col vertere la comprensione-applicazione del pertinente dato di esperienza globale: dalla correlazione 'diritto-fatto', in quanto conosce il suo precipitato ideale nella sede del processo, fra l'altro incidendo sul rapporto tra condizioni dell'azione e questioni di merito; ai concetti d''interesse legittimo' e di 'potere (autoritativo)' nonché, a quelli correlati, di 'diritto soggettivo' e d''interesse pubblico'. Così, tracciando una sorta di filo conduttore per un discorso che intendeva ricercare il proprio epilogo in connessioni tendenzialmente di agevole dominio: nel fermo convincimento, rimasto invariato, che il problema giuridico affrontato, per la priorità rivestita in un contesto processuale improntato ai canoni della giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte nonché, per la sua dignità di rango costituzionale (essendo sotteso alla garanzia di pienezza-effettività della tutela), debba rendersi accessibile ai cittadini prima che agli studiosi ed agli operatori del diritto. D'altronde (secondo quanto anticipato nell'Introduzione generale all'opera), quella strategia trova favorevole sponda in una precisa scelta valoriale, nel senso di prevalenza dell'ordinamento giuridico sostanziale sugli assetti (e le 'strettoie') di quello processuale (alla luce della quale s'impone una costante 'calibratura' fra le diverse istanze[2]): come da tempo chiarito dalla stessa Corte costituzionale[3]; ma, altresì predicato da una ancor più risalente tradizione di pensiero. Quest'ultima, benché

---

[1] P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa. Riflessioni dogmatiche intorno al dato 'positivo' ('oggetto' e 'riparto')*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 2023, 1, p. 103 s.

[2] E. PICOZZA, *Il difficile equilibrio tra le giurisdizioni*, in *Il processo*, 2021, p. 47 s.

[3] Così Corte cost., 14 ottobre 1986, n. 220, secondo cui: «il giusto processo … vien celebrato non già per sfociare in pronunce procedurali che non coinvolgono i rapporti sostanziali delle parti che vi partecipano – siano esse attori o convenuti – ma per rendere pronuncia di merito rescrivendo chi ha ragione e chi ha torto: il processo … deve avere per oggetto la verifica della sussistenza dell'azione in senso sostanziale di chiovendiana memoria, né deve, nei limiti del possibile, esaurirsi nella discettazione sui presupposti processuali, e per evitare che ciò si verifichi si deve adoperare il giudice».

Quanto alla giurisprudenza di merito, che, nell'interpretazione delle norme processuali, (ferma restando la preferenza per il criterio letterale - Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2009, n. 2149 -), vadano privilegiate le soluzioni esegetiche che agevolino la tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini, ed invece ripudiate le opzioni ermeneutiche che la ostacolino o addirittura la precludano: Cons. giust. amm. reg. Sic., 11 dicembre 2017, n. 544.

In dottrina, ha recentemente ribadito tale assetto, E. PICOZZA, *Il difficile equilibrio tra le giurisdizioni*, in *Il processo*, 2021, p. 47 s.

ISSN 2036-7821

inaugurata da perspicui scritti di autorevole dottrina riferiti all'ambito civilistico, dall'intatta freschezza e dal valore assoluto (di 'diritto comune') in quanto espressione di un principio ermeneutico condiviso *in apicibus* dall'ordinamento vigente. Si tratta, prima di tutto, della celeberrima tesi, in punto di tutela giurisdizionale, per cui «*il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*»[4]. A quella stessa dottrina (come noto) ha corrisposto, in chiave di effettività, la concezione moderna dell'azione in senso stretto (ad intendere, in vece della liceità di determinati contegni diretti, l'ulteriore ambito del potere giuridico di provocare dati meccanismi, da parte dello Stato, consistenti nell'attuazione giurisdizionale della legge in ordine ad una *ragione* che si fa valere[5]): come "diritto" (al processo propriamente inteso cioè, non quale mera prerogativa d'impulso decisorio, bensì) al "giusto processo"; avuto riguardo (oltreché all'indipendenza dei giudici ordinari e speciali, come all'esclusione dall'"immunità" giurisdizionale dell'amministrazione pubblica) agli artt. 3 cpv., 24 co. 1-2-3, 25 co. 1, 111 co. 1, 113 co. 1 Cost., all'art. 47 co. I della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nonché, agli artt. 1, 2 co. 1, 7 co. 7 e 32 co. 2 c.p.a.[6].

Con quel che ne è derivato, in termini di speciale declinazione, per il processo amministrativo: di "spettanza" (a partire dalla sua azione fondamentale - che resta quella impugnatoria -), quantomeno nel senso di garantire non in astratto ciò che spetta a ciascuno dei soggetti coinvolti, bensì il "risultato del giudizio sull'esercizio del potere" (in definitiva, sul corretto esplicarsi della discrezionalità

[4] G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, I, n. 12, conformemente a ID., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1912 (1923), pp. 81-83.

[5] E. BETTI, *Ragione e azione*, in *Riv. Dir. proc. civ.*, 1932, pt. I, p. 205 s., segn. pp. 217-218; A. PEKELIS, *Azione* (teoria moderna), (già in *Nuovo Dig. it.*, II, Torino, 1938, col. 91 s. e da ultimo) in *Nov.mo Dig. it.*, Torino, 1957, II, p. 29 s., segn. p. 36. In *Appendice* a tale voce enciclopedica, a cura di E.T. LIEBMAN, si rinviene la seguente definizione: «l'azione come un diritto (o potere) processuale a un provvedimento sulla domanda e quindi, nel processo di cognizione, a una sentenza sul merito, perciò come un diritto condizionato all'affermazione di una situazione antigiuridica, dalla quale sorge il bisogno e l'interesse alla tutela giurisdizionale, ma indipendente da presupposti di diritto sostanziale. Concepita l'azione in questo modo, ossia come diritto *astratto* e rivolto verso lo Stato, ma nello stesso tempo collegato ad una determinata situazione obiettiva che viene enunciata come *causa petendi* e presuppone precisi requisiti (= *condizioni dell'azione*, cioè interesse ad agire, legittimazione e ammissibilità in astratto del provvedimento domandato), l'azione si precisa come il diritto soggettivo strumentale consistente nella facoltà di assumere l'iniziativa per provocare l'esercizio della giurisdizione, come il diritto alla giurisdizione, e si definisce come "la situazione soggettiva che consiste nel potere di porre la condizione, in virtù della quale l'organo giurisdizionale deve porsi in movimento in obbedienza alle regole interne che disciplinano la sua funzione"» (*ivi*, p. 46, ma cfr. pure, del medesimo a., *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Scritti in onore di Carnelutti*, II ed in *Riv. trim. Dir. Proc. civ.*, 1950, p. 47).

[6] Senza contare che l'art. 14 co. 1° del Patto internazionale ONU sui diritti civili e politici (adottato il 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976, e reso esecutivo in Italia con L. 25 ottobre 1977 n. 881) sancisce il «*diritto* [dell'individuo] *ad un'equa e pubblica udienza dinanzi* [per l'appunto] *a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge*».

ISSN 2036-7821

amministrativa)[7]; per cui la disposizione che regola quel meccanismo giurisdizionale va intesa secondo un'ottica di "garanzia della possibilità di ottenere una sentenza favorevole"[8].

Onde suffragare quest'ultimo ordine di asserti, basterebbe aver riguardo al particolare rilievo che acquista, in senso assoluto (come qualificazione astratta), *la* giurisdizione: identificandosi, proprio a partire dal dato costituzionale testé riferito ed in aderenza al "comune sentire", con la *giustizia*[9]; di tal fatta, assurgendo ad autentico sinonimo dell'*ordinamento*, inteso per l'appunto nella sua "consustanzialità"[10].

In tale contesto valoriale, risponde al vero che l'art. 103 Cost. non risulta di per sé d'ostacolo al conferimento al giudice ordinario, da parte del Legislatore statale, della giurisdizione su di una intera materia, consentendogli di conoscere d'interessi legittimi, di annullare atti amministrativi eppertanto, d'incidere sui relativi rapporti secondo le diverse tipologie d'intervento giurisdizionale apparecchiate dall'ordinamento[11]. Nondimeno, per via del fondamento costituzionale del relativo riparto, non solo non è ammessa la derogabilità della giurisdizione, benché 'convenzionalmente pattuita'[12]; ma addirittura, come osservato da Corte cost., n. 204/2004, neppure allo stesso Legislatore sarebbe dato di affidare al giudice ordinario, senza preclusioni di sorta, controversie in punto d'interessi legittimi[13]. Ciò,

[7] G. FALCON, *La responsabilità dell'Amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pp. 246-247, a precisazione di quanto già esposto in ID., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 287 s.

[8] A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 284.

[9] In disparte i casi in cui nelle leggi si faccia uso del termine giurisdizione con riferimento ad una concreta attività, disciplinata nel suo svolgimento (così, laddove il codice civile si occupa della "tutela giurisdizionale dei diritti" - art. 2907 -, allo stesso modo il codice di procedura civile tratta della "giurisdizione dei giudici ordinari" - art. 1 - piuttosto che dei "conflitti di giurisdizione" - art. 362 - ed analogamente dispongono sia il codice di procedura penale - artt. 1, 28-32 - sia il codice del processo amministrativo - artt. 1, 7, 9-11 -), a ciò che la dottrina denomina in senso assoluto come giurisdizione può farsi corrispondere il termine *giustizia*: a partire dalla Costituzione, laddove si afferma che "la giustizia è amministrata in nome del popolo" (art. 101); per arrivare al R.D. 30 gennaio 1941 n. 12 sull'ordinamento giudiziario (a proposito dei giudici chiamati ad amministrare la giustizia nelle materie civile e penale - art. 1 -, della corte di cassazione quale "organo supremo della giustizia" - art. 65 -, del pubblico ministero chiamato a "vegliare sulla pronta e regolare amministrazione della giustizia" - art. 73 -, delle "relazioni" e "comunicazioni" istituzionali da rendere periodicamente sull'amministrazione della giustizia - art. 86 -).

[10] Per un ampio sviluppo delle implicazioni, di tale discorso, in punto di legittimazione all'azione in seno ad un 'giusto processo amministrativo', sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Sulla valutabilità dell'interesse pubblico da parte del giudice amministrativo*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2017, p. 509 s.

[11] Cfr. Cass., sez. un., 14 aprile 2011, n. 8487 a proposito dell'art. 152, D.Lgs, 30 giugno 2003, n. 126 in tema di protezione dei dati personali.

[12] Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4271.

[13] Per una dettagliata ricostruzione critica di quella disputa può rinviarsi a R. VILLATA, *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Cedam, 2019.

ISSN 2036-7821

tenuto conto di una maggior 'adeguatezza' del giudice speciale nel dare risposta alla domanda di giustizia[14].

Da qui le insidie, alla garanzia della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), 'di riflesso' derivanti da conflitti che s'instaurino, sulle questioni di riparto, fra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato: sul presupposto che la configurabilità o meno di un interesse legittimo, suscettibile di tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo, integra un problema di giurisdizione, in quanto attiene ai limiti esterni delle attribuzioni di detto giudice eppertanto, è deducibile con ricorso alle Sezioni Unite del giudice di legittimità[15]. Ci si riferisce innanzitutto a certo condizionamento dalla Cassazione stessa esercitato nel modificare l'assetto (costituzionale - art. 103 cit. -) in senso monista (giurisdizione funzionalmente unica), avvalendosi della sua prerogativa di sindacare le sentenze del Consiglio di Stato; in ispregio al limite strutturale (rappresentato dall'art. 111 Cost., comma 8) dei motivi inerenti alla giurisdizione e facendo leva sulla sua interpretazione 'evolutiva'[16]. Tantopiù che:

---

[14] In tal senso va letto l'orientamento della Corte costituzionale nell'intendere il 'diritto di accesso alla giurisdizione' (per cui cfr. 12 marzo 2007, n. 77): dal momento che le 'disposizioni processuali non sono fine a sé stesse, ma funzionali alla migliore qualità della decisione di merito; per cui il Legislatore, pur dovendo tutelare 'il rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale', non deve sacrificare 'il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al *bene della vita* oggetto della loro contesa'.

[15] A norma dell'art. 362 c.p.c. Così Cass. civ., sez. un., Ord. 9 gennaio 2024, n. 786.

[16] Beninteso, quanto testé perorato attiene al problema del riparto, rispetto al quale diversamente va impostata e trattata la questione dei motivi inerenti alla giurisdizione che pure investe (ma sotto altro profilo) il relativo concetto. Tale distinguo è ben reso dalla stessa Corte di Cassazione (Ord. 19 settembre 2020, n. 19598) laddove, nel rinviare in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia dell'U.E., la questione dei limiti del proprio sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato nei casi in cui queste non applichino correttamente il diritto europeo, così puntualizza (con ampio richiamo di precedenti):

«nella giurisprudenza delle Sezioni unite è da molto tempo acquisito il principio secondo cui i motivi inerenti alla giurisdizione corrispondono, non solo, alle ipotesi in cui il giudice amministrativo si sia pronunciato su una controversia o materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale (cosiddetto difetto relativo di giurisdizione), ovvero abbia negato di esercitare la giurisdizione sull'erroneo presupposto che essa appartenga ad altri giudici o non possa formare oggetto di cognizione giurisdizionale, ma anche alle ipotesi del cosiddetto difetto assoluto di giurisdizione che si verifica quando il giudice amministrativo, pur avendo la giurisdizione su una determinata controversia, emetta una decisione finale che invada le attribuzioni di altri organi giurisdizionali o del legislatore (quando eserciti un'attività di produzione normativa che non gli compete) o della pubblica amministrazione, quando compia valutazioni di opportunità e convenienza dell'atto amministrativo»;

«alla luce di una nozione evolutiva del concetto di giurisdizione e della conseguente mutazione della nozione (e del giudizio) sulla giurisdizione – la cui interpretazione è riservata alle Sezioni Unite (art. 111 Cost., comma 8) – nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento, si è ritenuto che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Rientra pertanto nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, la eroghi concretamente»).

ISSN 2036-7821

per un verso, benché «non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, essa costituisce, tuttavia, un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente nell'ordinamento, stando alla quale non è consentito discostarsi da un'interpretazione del giudice della legittimità, investito istituzionalmente della funzione della nomofilachia, senza forti ed apprezzabili ragioni giustificative»[17];

per altro verso, la stessa Consulta ha affermato che il sindacato della Cassazione *ex art.* 111, comma 8, Cost., va ricondotto entro il tema generale della garanzia del complessivo assetto dei rapporti tra i diversi poteri dello Stato e, all'interno del potere giurisdizionale, fra i suoi diversi ordini; così respingendo la tesi per cui il ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato assolverebbe, oltre ad

---

Cfr. pure le puntualizzazioni recate da Cass. civ., sez. un., Ord. 6 giugno 2023, n. 15934 secondo cui «il controllo esercitabile dalla Corte di Cassazione sulle decisione dei giudici speciali ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, è circoscritto alle sole questioni inerenti alla giurisdizione, cioè al controllo dell'osservanza delle norme di diritto che disciplinano i limiti esterni della giurisdizione stessa, ovvero all'esistenza di vizi che attengono all'essenza stessa della funzione giurisdizionale, senza estendersi al modo del suo esercizio, con la conseguenza che con il ricorso per Cassazione avverso le decisioni del giudice amministrativo o del giudice contabile non possono essere dedotti altri eventuali errori, in iudicando o in procedendo». In altri termini, osserva Cass. civ., sez. un., Ord. 19 maggio 2023, n. 13791 che «l'accertamento di "errores in iudicando" come di "errores in procedendo" rientra infatti nell'ambito del sindacato afferente i limiti interni della giurisdizione, trattandosi di violazioni endoprocessuali rilevabili in ogni tipo di giudizio, e non inerenti all'essenza della giurisdizione o allo sconfinamento dai limiti esterni di essa, ma solo al modo in cui la relativa potestà è stata esercitata dal giudice speciale». Pertanto, aggiungono (rispettivamente): Cass. civ., sez. un., Ord. 2 maggio 2023, n. 11444, «il controllo del limite esterno della giurisdizione che l'art. 111 Cost., comma 8, affida alla Corte di cassazione, non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori "in iudicando" o "in procedendo", senza che rilevi la gravità o intensità del presunto errore di interpretazione, il quale rimane confinato entro i limiti interni della giurisdizione amministrativa, considerato che l'interpretazione delle norme costituisce il "proprium" distintivo dell'attività giurisdizionale»; Cass. civ., sez. un., Ord. 5 giugno 2023, n. 15706, «in tema di impugnazione delle sentenze dei giudici speciali per motivi di giurisdizione, sia l'omessa pronuncia su un motivo di appello, sia l'omesso esame di circostanze di fatto, costituiscono - rispettivamente - errores in procedendo o in iudicando, e non certo un travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione»; Cass. civ., sez. un., Ord. 27 gennaio 2023, n. 2497, «la nozione di eccesso di potere giurisdizionale non ammette letture estensive neanche se limitate ai casi di sentenze "abnormi", "anomale" ovvero di uno "stravolgimento" radicale delle norme di riferimento; tale vizio non è configurabile per "errores in procedendo", i quali non investono la sussistenza e i limiti esterni del potere giurisdizionale dei giudici speciali, bensì solo la legittimità dell'esercizio del potere medesimo»; Cass. civ., sez. un., Ord. 24 gennaio 2023, n. 2196, «l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore, è configurabile solo allorché il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete. Tale eccesso non sussiste, invece, nel caso in cui detto giudice si sia limitato al compito interpretativo che gli è proprio, anche se tale attività ermeneutica abbia egualmente dato luogo ad un provvedimento "abnorme o anomalo" ovvero abbia comportato uno "stravolgimento" delle norme di riferimento»; Cass. civ., sez. un., Ord. 16 gennaio 2023, n. 1157, «l'eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del legislatore è configurabile solo ove il giudice amministrativo (o contabile) applichi non già la norma esistente, bensì una norma da esso stesso creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete; invece, la mancata o inesatta applicazione di norme di legge, non comporta la creazione di una norma inesistente, con conseguente invasione della sfera di attribuzioni del legislatore, giacché il controllo sulla giurisdizione non è in alcun caso estensibile alla prospettazione di pure e semplici violazioni di legge da parte del giudice speciale».

[17] Cass., sez. un., 22 settembre 2017, nn. 22083, 22084, 22085. Cfr. pure Cass., sez. un., 31 luglio 2012, n. 13620.

ISSN 2036-7821

un compito di rimedio per la risoluzione di un conflitto, anche quello di strumento per controllare che la tutela giurisdizionale sia resa in maniera effettiva[18];

per altro verso ancora, si registra una 'singolare' concomitanza, di certo incremento di quell''offensiva' della Cassazione, con l'ampliarsi dello spazio attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[19].

È, infatti, intuitivo che i termini di quel sindacato, quando si tratti di accertare la possibilità di cognizione giurisdizionale di una data controversia, dipendono largamente dalla Corte di Cassazione e dal modo in cui la medesima intende: non solo (come anticipato) la figura dell'interesse legittimo[20]; ma altresì (in forma complementare) il confine fra discrezionalità e merito (per via dei principi e delle norme che regolano l'esercizio del potere, implicando la definizione di 'spazi liberi' dell'attività amministrativa)[21]. Fermo restando che tali questioni risentono del modo di concepire la distinzione fra applicazione e creazione di norme giuridiche che, a sua volta, dipende ('a monte') da come venga intesa l'operazione interpretativa[22].

Va riconosciuto che tutto ciò ha indotto ad ipotizzare soluzioni di armonizzazione delle funzioni nomofilattiche, del tipo di quella d'integrare la composizione delle Sezioni Unite con magistrati del Consiglio di Stato, ogniqualvolta quelle siano chiamate a pronunciarsi su questioni di giurisdizione. Salvo obiettare che l'art. 106 Cost. non consente di adottare consimili 'ripieghi', dal momento che limita la possibilità di chiamata all'ufficio di 'Consigliere di Cassazione' ai soli professori ordinari di università in materie giuridiche nonché, agli avvocati iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori, vantanti almeno quindici anni di servizio.

I

1. *Rilievo processuale del difetto di giurisdizione e prime implicazioni*

«Il giudice amministrativo, in qualsiasi stato e grado di un giudizio, ha il potere e il dovere di verificare se ricorrano le condizioni cui la legge subordina la possibilità che egli emetta una decisione nel merito»[23].

In tale contesto, «per il principio di legalità in materia giurisdizionale, che vuole che il Giudice eserciti i soli poteri che la legge gli conferisce, non può il Giudice che non ha (in ipotesi) giurisdizione, prendere alcun provvedimento, se non pronunciarsi in

[18] Corte cost., n. 6/2018.

[19] F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 1 s., segn. p. 8 s.

[20] D. Palazzo, *I motivi inerenti alla giurisdizione tra diritto europeo ed effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, p. 93 s., segn. p. 121.

[21] Palazzo, *op. ult. cit.*, pp. 123-124.

[22] Sempre Palazzo, *op. ult. cit.*, pp. 125-126.

[23] Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2018, n. 5551.

ISSN 2036-7821

limine negativamente sulla giurisdizione medesima. È regola generale dello Stato di diritto che ogni organo pubblico verifichi anzitutto l'esistenza del potere che va ad esercitare»[24]. Segnatamente, la rilevazione d'ufficio del difetto (relativo) di giurisdizione (*id est*, per erronea individuazione del giudice), lungo tutto il corso del giudizio di primo grado, è pacificamente intesa, dalla giurisprudenza amministrativa, come esercizio non di una mera facoltà, bensì di un obbligo (s'intende, quando l'autorità giurisdizionale adita se ne avveda). Tant'è che, in mancanza: s'integra un vizio della sentenza, tale da convertirsi in motivo di gravame; correlativamente, la parte intimata (costituitasi o meno nel giudizio di prime cure), allorché constati che la questione di giurisdizione non è stata rilevata (o, comunque, correttamente decisa) in sentenza, può dedurla quale motivo di gravame[25].

Quando non operi l'anzidetta rilevazione d'ufficio, in entrambi i gradi di giudizio l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito va esaminata prioritariamente rispetto alle eventuali eccezioni ulteriori, ancorché sia stata avanzata solo in via gradata[26]. Ciò si spiega agevolmente, in considerazione della circostanza per cui il difetto di giurisdizione priva il giudice adito della prerogativa di esame di qualsiasi profilo della controversia, sia in rito che nel merito[27].

Così, da tempo è stato chiarito che alla questione di giurisdizione va riconosciuta precedenza sulle altre, di ricevibilità ed ammissibilità dei ricorsi di primo grado, per due ordini di ragioni. Innanzitutto, un pronunciamento, benché attinente al solo profilo processuale, postula che il giudice chiamato a renderlo sia munito di giurisdizione (essendo illogico di esigere l'osservanza di regole in radice non pertinenti, in quanto si è al cospetto di un giudice non corrispondente a quello 'naturale precostituito per legge' - ai sensi degli artt. 25, comma 1, 102, 103 e 111, ult. comma, Cost. -). In secondo luogo: premesso che il meccanismo della *translatio iudicii* (come recepito dal dato 'positivo'[28]), comportando la salvezza degli effetti (sostanziali e processuali) della domanda avanzata nanti il giudice sfornito di giurisdizione (a condizione di non essere già incorsi in decadenza)[29], assicura la possibilità, per colui

[24] Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2017, n. 10.

[25] *Ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 2022, n. 10355.

[26] Già Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5831.

[27] Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786.

[28] Ricorda Cons. Stato, sez. IV, 18 dicembre 2023, n. 10978 che «l'istituto della translatio iudicii tra giudice ordinario e giudice amministrativo ha trovato ingresso nel nostro ordinamento fin dalle pronunce della Corte Costituzionale (12 febbraio 2007 n. 77) e della Corte di Cassazione (sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109), che hanno superato il precedente principio di incomunicabilità tra ordini giurisdizionali, incompatibile con una pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale. Successivamente, sul piano legislativo, l'istituto della translatio iudicii è stato disciplinato dall'art. 11, comma 1. cod. proc. amm. secondo il quale il Giudice amministrativo, quando declina la propria giurisdizione, indica, se esistente, il giudice nazionale che ne è fornito».

[29] L'istituto consente soprattutto di superare il problema del termine decadenziale entro il quale promuovere la domanda nanti il giudice amministrativo, purché il primo sia stato osservato nel promuovere l'azione nanti il giudice sfornito di giurisdizione, come recentemente ribadito da Cons. Stato, 2 ottobre 2023, n. 8599.

ISSN 2036-7821

che promuova l'azione, di vedersi riconosciute le pretese dal giudice dotato di giurisdizione; una pronuncia in rito diversa dalla declaratoria di difetto di giurisdizione, pregiudicherebbe la *translatio*[30].

Alla sola declaratoria d'incompetenza del Tribunale amministrativo regionale viene riconosciuta priorità: il difetto di giurisdizione dovendo essere dichiarato dal giudice competente[31]. Mentre è risultato controverso se analoga priorità vada ravvisata anche con riguardo all'esame della questione relativa all'estensione del contraddittorio[32].

2.1. ***Convivenza del principio del 'giudice naturale precostituito per legge' con quelli del 'giudicato esterno' e del 'giudicato interno' ('divieto di abuso del processo' e 'giusto processo')***

I menzionati riferimenti sono sintomatici del rango basilare riconosciuto alle questioni di giurisdizione. Nondimeno:

mentre l'interpretazione invalsa esclude limiti alla rilevabilità *ex officio* della sussistenza degli ulteriori presupposti processuali e delle condizioni dell'azione, cui la legge subordina la possibilità che il giudice emetta una decisione nel merito;

non altrettanto vale a riguardo della trattazione delle questioni di giurisdizione, quella non potendo andare disgiunta da altri principi, non solo del 'giudicato esterno', ma altresì del 'giudicato interno' quale compendiabile nel 'divieto di abuso del processo' nonché, nel 'giusto processo' (come stavolta declinato in quelli di 'unitarietà', 'economia' e 'ragionevole durata' del medesimo).

Così, quanto al primo profilo di giudicato, «pur ribadendo il principio secondo cui le uniche sentenze sulla giurisdizione vincolanti sono quelle delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione; tuttavia anche le sentenze di altri giudici sono suscettibili di acquistare autorità di giudicato esterno in tema di giurisdizione, e di spiegare i loro effetti anche al di fuori del processo nel quale siano state adottate, quando la decisione, sia pure implicita, sulla giurisdizione si rapporti, ad essa collegandosi, con

[30] Cons. Stato, ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10. Con particolare riguardo alla priorità da riconoscere all'esame dell'eccezione di difetto di giurisdizione rispetto a quelle relative all'ammissibilità del gravame quanto alla carenza d'interesse alla contestazione, già Trib. amm. reg. Molise, 4 dicembre 2013, n. 722.

[31] Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. III quater, Ord. 18 dicembre 2013, n. 10922.

[32] In senso favorevole, Cass., 15 maggio 2001, n. 6666 e 14 gennaio 2003, n. 432 (rimettendo le parti nanti il giudice di primo grado, ai sensi dell'art. 354, comma 1, c.p.c., onde trattare della questione di giurisdizione solo a contraddittorio integro). Di diverso avviso Cass., sez. un., 23 aprile 2008, n. 10462: sia perché la soluzione in ordine alla giurisdizione può condizionare quella relativa al contraddittorio; sia perché sarebbe inutile rinviare al giudice di primo grado l'esame della domanda, quando il giudizio debba poi concludersi con una pronuncia di difetto di giurisdizione. Quest'ultimo opinamento è stato però rivisto da Cass., sez. un., 13 aprile 2012, n. 5873 e 12 dicembre 2012, n. 22776, alla luce della novella introdotta con riguardo all'istituto della *translatio iudicii*, per via degli effetti che nel suo ambito risultano attribuiti alla declaratoria di difetto di giurisdizione, benché formulata dal giudice di merito, una volta che la domanda venga riproposta nanti il giudice indicato come munito di giurisdizione.

ISSN 2036-7821

la statuizione di merito»[33]; così che «il passaggio in cosa giudicata di una pronuncia del giudice, recante statuizioni sul merito di una pretesa attinente ad un determinato rapporto, estende i suoi effetti al presupposto della sussistenza della giurisdizione di detto giudice su tale rapporto, indipendentemente dal fatto che essa sia stata o meno oggetto di esplicita declaratoria»[34]. Da qui, la conclusione per cui «la necessità di avere stabilità tra giudicati (*alias* la necessità di garantire in modo effettivo la non contraddizione tra giudicati), comporta che deve escludersi che l'eccezione di giudicato sia sottoposta alle preclusioni (anche documentali) previste per le fasi processuali. Inoltre, l'esistenza del giudicato esterno, al pari di quella del giudicato interno, non costituisce oggetto di eccezione in senso tecnico, ma è rilevabile in ogni stato e grado anche d'ufficio, senza che in ciò sia riscontrabile alcuna violazione dei principi del giusto processo. Pertanto, non possono esservi preclusioni processuali (ai sensi dell'art. 104, comma 2, D.Lgs. n. 104/2010), dovendo prendere atto del giudicato *medio tempore* intervenuto, con riguardo sia al profilo della giurisdizione che al merito della pretesa»[35].

Circa il principio del 'giudicato interno':

premesso che, ai fini della corretta introduzione della questione di giurisdizione in appello, è sufficiente che sia stato proposto specifico motivo di censura avverso il capo della sentenza di primo grado che (implicitamente od esplicitamente) abbia statuito sulla giurisdizione[36]; a prescindere dalla circostanza che l'appellante, in primo grado, non abbia sollevato la relativa eccezione[37]; quanto esclude

[33] Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754. Cfr. pure Trib. amm. reg. Calabria, Catanzaro, sez. I, 4 gennaio 2021, n. 5 («Le sentenze dei giudici ordinari di merito, o dei giudici amministrativi, che statuiscono sulla sola giurisdizione, diversamente da quelle delle sezioni unite della Suprema Corte, alla quale, per la funzione istituzionale di organo regolatore della giurisdizione, spetta il potere di adottare decisioni dotate di efficacia esterna, non sono idonee ad acquistare autorità di cosa giudicata in senso sostanziale ed a spiegare, perciò, effetti al di fuori del processo nel quale siano state rese, salvo che la decisione, sia pur implicita, sulla giurisdizione si rapporti con una statuizione di merito»).

Laddove, secondo certo orientamento, andrebbe escluso che possa formarsi il giudicato implicito sulla giurisdizione ogniqualvolta la decisione non contenga statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione: come nel caso in cui l'unico tema dibattuto attenga all'ammissibilità della domanda; o quando, dalla motivazione della sentenza, risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (es., per manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere 'per saltum', non osservando la progressione logica stabilita dal Legislatore, quanto alla trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito (Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883).

[34] Cass. civ., sez. un., 12 novembre 2021, n. 33846.

[35] Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754, secondo cui, «l'eccezione di giudicato esterno è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio e, al pari di un giudicato interno, anche nell'ipotesi in cui il giudicato si sia formato successivamente alla pronuncia della sentenza impugnata».

[36] Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 2022, n. 10355.

[37] Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2022, n. 8934.

ISSN 2036-7821

l'ammissibilità di una mera ed anodina sollecitazione al rilievo officioso contenuta in note defensionali[38];

premesso altresì che (correlativamente), quando la questione sia sollevata, dalla parte vittoriosa nel merito, che abbia visto implicitamente od esplicitamente disattesa la propria eccezione pregiudiziale di rito, la riproposizione nelle fasi di gravame postula il promovimento mediante ricorso incidentale[39];

in difetto, vige un limite alla rilevabilità d'ufficio nel giudizio di appello, costituito dall'espressa previsione del c.d. 'giudicato implicito' ad opera dell'art. 9 c.p.a.

Di tal fatta, in definitiva, muovendo dalla componente del 'giusto processo' (come estrinsecantesi nei corollari di 'economia' e 'ragionevole durata' del medesimo), il quadro sistematico, in punto di rilevabilità d'ufficio delle condizioni cui la legge subordina la possibilità che il giudice emetta una decisione nel merito, viene così reso: «trova … applicazione il principio secondo cui l'eventuale inerzia di una delle parti in causa nel sollevare una questione rilevabile d'ufficio non priva evidentemente il giudice di appello dei relativi poteri-doveri officiosi: la legge non prevede che la mancata presentazione di parte di un'eccezione processuale degradi la sua rilevabilità d'ufficio in irrilevabilità, ciò che equivarrebbe a privare il giudice dell'autonomo dovere di verifica dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione. Non è precluso, dunque, al giudice di appello rilevare *ex officio* la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado, né può ritenersi che sul punto si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione. Il giudice, infatti, in qualsiasi stato e grado, ha il potere e il dovere di verificare se ricorrono le condizioni cui la legge subordina la possibilità che egli emetta una decisione nel merito; né in senso contrario può valere che, *con riferimento ad altro tipico presupposto processuale, ovvero la sussistenza della giurisdizione, il Codice del processo amministrativo abbia introdotto un limite alla rilevabilità d'ufficio nel giudizio di appello, costituito dall'espressa previsione del c.d. 'giudicato implicito' ai sensi dell'art. 9 c.p.a., giacché la regola del giudicato implicito non può essere estesa, in assenza di una specifica previsione legislativa, a tutti i presupposti processuali* (Cons. St., sez. VI, 18 aprile 2013, n. 2152). Si tratta, infatti, di elementi che in concreto costituiscono il potere del giudice di giudicare perché abilitano l'azione in giustizia che lo investe: sicché, in applicazione del generale principio sull'azione dei pubblici poteri nello Stato di diritto, la loro verifica d'ufficio resta immanente per l'intero processo. Né il loro vizio può andare, *in itinere*, sotto il riparo del 'giudicato implicito': il quale, a norma dell'art. 9 c.p.a., può eccezionalmente riguardare il solo tema del difetto di giurisdizione, in considerazione dell'unitarietà del c.d "servizio

[38] Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 13 dicembre 2022, n. 1256.

[39] Cfr.: Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754; sez. V, 20 agosto 2021, n. 5968.

ISSN 2036-7821

giustizia" (Cons. St., sez. V, 6 settembre 2017, n. 4215)»[40]. Fermo restando che, per converso, il giudice amministrativo «può rilevare d'ufficio, per la prima volta in appello, il difetto di giurisdizione, ogni qualvolta in primo grado le questioni controverse estranee all'ambito della cognizione amministrativa non siano state esaminate, nemmeno implicitamente»[41].

Ne consegue che «l'attore che abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito non è legittimato a interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto»[42]; altrimenti, integrandosi «l'abuso del processo che, per un verso, arreca un irragionevole sacrificio alla controparte, costretta a difendersi nell'ambito del giudizio da incardinare innanzi al nuovo giudice, adito secondo le regole della "translatio iudicii" (art. 11 c.p.a.), e per altro verso contrasta con l'obiettivo, fissato nell'art. 111 Cost., della "ragionevole durata del processo"»[43].

Se non che, stavolta, onde giustificare l'eccezionale trattamento riservato alla rilevabilità del difetto di giurisdizione, concorre un argomento ulteriore, logico-giuridico, di 'non soccombenza', col quale il medesimo principio del 'divieto di abuso del processo' può essere declinato peraltro su di un duplice versante.

Innanzitutto, «l'attore o il ricorrente, il quale abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito, non è legittimato ad interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto, in quanto non soccombente su tale autonomo capo della decisione. Ed, infatti, di fronte ad una sentenza di rigetto della domanda, non è ravvisabile una soccombenza dell'attore o del ricorrente anche sulla questione di giurisdizione, visto che, rispetto al capo relativo a tale questione, egli va considerato a tutti gli effetti vincitore, avendo il giudice riconosciuto la sussistenza del proprio dovere di decidere il merito della causa, così come implicitamente o esplicitamente sostenuto dallo stesso attore o ricorrente, che a quel giudice si è rivolto, con l'atto introduttivo della controversia, per chiedere una risposta al suo bisogno individuale di tutela»[44]; pertanto, l'attore-ricorrente «non è … legittimato a contestare il capo sulla

[40] Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2018, n. 5551.
[41] Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 4 giugno 2013, n. 548.
[42] Così Cass., sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260.
[43] Cons. Stato, sez, V, 7 febbraio 2012, n. 656.
[44] Cass., sez. un., Ord. 27 febbraio 2023, n. 5898. In linea già: Cons. Stato, sez. III, 1° dicembre 2016, n. 5048; Cons. Stato, sez. III, 17 maggio 2012, nn. da 2857 a 2876. Di diverso avviso: Cons. Stato, sez. II, 18 giugno 2021, n. 4740 («L'eccezione di difetto di giurisdizione non è preclusa alla parte per il solo fatto di avere adito un giudice che lo stesso attore ritiene successivamente privo di giurisdizione; ben può quindi, detta parte proporre l'eccezione per la prima volta in appello, essendo la questione di giurisdizione preclusa solo nel caso in cui sulla stessa si sia formato il giudicato esplicito o implicito»); Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1192 («L'impugnazione della sentenza di primo grado per difetto di giurisdizione, proposta dall'originario ricorrente, non configura un abuso del diritto, se sul punto sussista un dubbio ragionevole»).

ISSN 2036-7821

giurisdizione ed a sostenere che la *potestas iudicandi* spetta ad un giudice diverso, appartenente ad un altro plesso giurisdizionale»[45].

Ma altrettale argomento viene speso con riferimento alla parte convenuta che abbia promosso domanda riconvenzionale o (nel processo amministrativo) ricorso incidentale, rimasti non esaminati in quanto assorbiti dal pieno rigetto nel merito della domanda principale: la prima non essendo legittimata a proporre appello incidentale, eventualmente in via condizionata, contro il capo implicito della sentenza con cui il giudice adito ha affermato la propria giurisdizione, «in quanto tale parte, avendo a sua volta implicitamente invocato la giurisdizione del medesimo giudice spiegando domanda riconvenzionale, sul punto è risultata pienamente vittoriosa»[46].

Evidentemente, quando, come con riguardo a quest'ultimo profilo, non sussistano le condizioni onde rendere rinvenibile un pari sostegno logico nel risolvere il problema della rilevabilità del difetto di giurisdizione; si tratta d'indugiare sulla 'complementarizzazione' del principio del 'giudice naturale precostituito per legge' con quelli riconducibili al 'giusto processo': a partire dal relativo contributo giurisprudenziale.

In quest'ottica, valga di attingere al dato di esperienza del rito civile, onde osservare che persino a partire dal testo originario dell'art. 37 c.p.c.[47], il giudice di legittimità si è espresso nel senso di una 'lettura' maggiormente orientata verso istanze di 'economia' e 'ragionevole durata' del processo. Infatti (con una sorta di rivisitazione sostanziale di quel dettato normativo, tale da espungere l'inciso "e grado") la conclusione viene così articolata. *In primis*, il difetto di giurisdizione risulta eccepibile dalle parti fino a quando la causa non sia stata decisa nel merito in primo grado, il giudice così affermando (anche implicitamente) la propria giurisdizione[48]. In secondo luogo, qualora le parti abbiano prestato acquiescenza, non contestando la relativa sentenza sotto tale profilo, non è consentito al giudice della successiva fase impugnatoria di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione, trattandosi di questione ormai coperta dal giudicato (sia pur implicito)[49]. Infine, a sua volta, la sentenza di

[45] Cass., sez. un., Ord. 27 febbraio 2023, n. 5874. Cfr. pure Cons. Stato, sez. II, 14 novembre 2019, nn. 7811 e 7813.

[46] Cass. civ., sez. un., 4 marzo 2019, n. 6281 (rv. 652980-01).

[47] Secondo cui «il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo» (ivi, comma 1).

Laddove, il D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, come modificato dalla L. 29 dicembre 2022, n. 197, ha così riformulato l'art. 37 c.p.c.: «Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo. Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti del giudice amministrativo o dei giudici speciali è rilevato anche d'ufficio nel giudizio di primo grado. Nei giudizi di impugnazione può essere rilevato solo se oggetto di specifico motivo, ma l'attore non può impugnare la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui adito».

[48] Cass. civ., sez. un., 12 novembre 2021, n. 33846.

[49] Cass., sez. un., Ord. 20 luglio 2022, n. 22683; 6 aprile 2022, n. 11254.

ISSN 2036-7821

appello sarà impugnabile per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito e la relativa preclusione opera anche per il giudice di legittimità[50].

Ne consegue che il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito[51].

A quel punto, tornando al processo amministrativo (fattosi antesignano della vigente disciplina del processo civile): di là dalla questione se, quando il giudice adito ritenga *ex officio* il proprio difetto di giurisdizione, debba assegnare alle parti un termine dalla comunicazione per l'eventuale deposito di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione[52]; lo stesso giudice di legittimità osserva che, «ove il difetto di giurisdizione non sia stato eccepito in primo grado, né sia stato oggetto di specifico motivo di appello, deve ritenersi maturato, sul punto, il giudicato [interno] implicito [ostativo], stante la preclusione di cui all'art. 9 c.p.a., che regola la deduzione delle questioni di giurisdizione nell'ambito delle specifiche norme processuali che strutturano il rito del relativo plesso giurisdizionale»[53]. Ciò, persino nell'ipotesi in cui sia stato promosso ricorso nanti la Corte di Cassazione avverso una sentenza, del giudice amministrativo di primo grado, declinatoria della giurisdizione: tale iniziativa, infatti, sarebbe inammissibile in quanto quella pronuncia «è impugnabile soltanto con l'appello dinanzi al Consiglio di Stato, ai sensi degli artt. 9, 100 e 105 d.lgs. n. 104 del 2010, non potendo essere convertito, il predetto ricorso, né in regolamento preventivo di giurisdizione né in denuncia di

[50] Cass., sez. un., Ord. 28 febbraio 2023, n. 5975.

[51] Cfr.: Cass. civ., sez. un., 30 giugno 2022, n. 20853. Puntualizza Cass., sez. un., 30 giugno 2022, n. 20854 che «il giudicato implicito sulla giurisdizione e sul relativo difetto di giurisdizione si forma tutte le volte in cui la causa sia stata decisa nel merito. Ne restano escluse solo le decisioni che non contengano statuizioni implicanti l'affermazione della giurisdizione poiché la preclusione da giudicato non può che scaturire da una pronuncia che contenga una statuizione sull'attribuzione o sulla negazione del bene della vita preteso, e non anche qualora si limiti a risolvere questioni giuridiche meramente strumentali all'attribuzione del bene controverso».

[52] Ai sensi dell'art. 101 c.p.c. (Principio del contraddittorio), mutuabile in forza del 'rinvio esterno' previsto dall'art. 39 c.p.a.: «Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa.

Il giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione».

[53] Cass. civ., sez. un., 12 novembre 2021, n. 33846. Cfr. pure: Cass. civ., sez. un., Ord. 13 dicembre 2022, n. 36486; Cass. civ., sez. un., Ord. 6 aprile 2022, n. 11255; 22 settembre 2022, n. 27745. Non fa testo, in quanto riporta giurisprudenza formatasi prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, Cons. Stato, sez. II, 6 febbraio 2020, n. 942 secondo cui «nel processo amministrativo il giudice d'appello può procedere d'ufficio, ovvero senza specifica impugnazione della relativa pronuncia di primo grado, alla valutazione sulla giurisdizione solo in presenza di una statuizione implicita del primo giudice, mentre le statuizioni esplicite sulla giurisdizione richiedono, invece, apposita impugnativa».

ISSN 2036-7821

conflitto negativo reale di giurisdizione, in mancanza, per quest'ultima ipotesi, di una previa declinatoria di giurisdizione anche di un altro giudice»[54].

Peraltro, venendo all'accennato profilo di sottesa 'complementarizzazione' fra principi, è al contributo della giurisprudenza amministrativa che va riconosciuto di aver maggiormente argomentato in ordine al 'senso' (funzionale) dell'istituto: «l'art. 9 del D.Lgs. n. 104/2010 da un lato preclude al giudice dell'impugnazione di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione; dall'altro riconosce alle parti la possibilità di prospettare, nella fase relativa del giudizio, uno "specifico motivo" di ricorso. Ciò determina lo speciale effetto di devolvere alle sole parti il potere di individuare il giudice munito di giurisdizione in tutte quelle ipotesi in cui il giudice di primo grado non abbia rilevato il relativo difetto, con ciò implicitamente ritenendosi competente. Essa si riconnette al principio costituzionale sul giusto processo e in particolare all'esigenza di una sua ragionevole durata, radicando la convinzione della giurisdizione come servizio reso alla collettività con effettività e tempestività, a valere anche per l'appellato, che non può vedersi esposto tardivamente al rischio di una *translatio iudicii* sulla base degli assunti di una mera memoria difensiva»[55]. A questa stregua: mentre il divieto del c.d. *ius novorum* in appello non si estende alle eccezioni e questioni processuali e sostanziali che siano rilevabili anche d'ufficio; sono fatti salvi gli effetti del giudicato interno sulla statuizione recata dalla sentenza di primo grado, fermo lo speciale regime delle questioni di giurisdizione e competenza delineato dagli artt. 9 e 15 del D.Lgs. n. 104/2010[56].

Si registra, dunque, per via dello 'sbarramento' del primo grado, un'incidenza del principio del 'giusto processo' rispetto a quanto previsto sotto la disciplina pregressa del rito nanti il giudice speciale[57]. Salvo osservare che persino all'epoca, per via pretoria, quell'incidenza era in una certa qual misura 'sdoganata'[58].

---

[54] Cass. civ., sez. un., Ord. 5 giugno 2018, n. 14435 (rv. 648947-01).

[55] Cons. Stato, sez. II, 18 giugno 2021, n. 4740.

[56] Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2022, n. 2297.

[57] Ci si riferisce all'art. 30, comma 1, L. n. 1034/1971, secondo cui (pur quando la questione non sia sollevata dalle parti) «il difetto di giurisdizione deve essere rilevato anche d'ufficio». Cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2006, n. 5142. Si osservi che, per lungo tempo, la giurisprudenza amministrativa ha interpretato l'art. 30 cit. nel duplice senso che: attribuisse al giudice d'appello un potere esercitabile d'ufficio a prescindere dal promovimento di uno specifico motivo di gravame; inoltre, nel caso in cui il giudice di primo grado non si fosse pronunciato in punto di giurisdizione, ma solo sul merito, non si sarebbe formato alcun giudicato sulla giurisdizione, per cui il giudice d'appello avrebbe potuto trattare d'ufficio la questione (Cons. Stato, sez. VI, 10 aprile 2002, n. 1939).

[58] Così, secondo una tesi, era da ritenersi interdetta la possibilità di sollevare in appello, *ex officio*, la questione di giurisdizione, al cospetto di una sentenza di primo grado statuente (in modo esplicito od implicito) su quel punto, ma non sottoposta a specifica impugnativa (Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2004, n. 3186). Secondo altro orientamento, qualora il giudice di primo grado non avesse espressamente statuito in ordine al profilo di giurisdizione, sarebbe stato consentito, all'organo giurisdizionale di appello (anche in difetto di gravame sul punto), di tornare *ex officio* sulla questione di giurisdizione quale risolta (implicitamente) in prime cure, rivalutandola (Cons. Stato, ad. plen., 15 settembre 2005, n. 6; 30 agosto 2004, n. 4).

ISSN 2036-7821

Sempre in tema d'imprescindibilità di un confronto del principio del 'giudice naturale precostituito per legge' con quello del 'giusto processo': sul presupposto che il giudice amministrativo può sollevare il conflitto negativo di giurisdizione nella sola ipotesi in cui il processo, a seguito della declinatoria da parte del giudice ordinario, sia stato tempestivamente riassunto dinanzi a sé (sicché, in difetto di *translatio iudicii*, il suddetto conflitto è inammissibile, dovendo il primo limitarsi a statuire sulla giurisdizione *ex art.* 9 c.p.a.)[59]; si presenta una duplice preclusione non dissimile a quella nanti trattata:

per il giudice di prime cure che, all'udienza introduttiva seguita alla riassunzione del giudizio, abbia erroneamente ritenuto la sua giurisdizione, o, comunque, non si sia avvalso della facoltà prevista dal comma 3 dell'art. 11 del D.Lgs. n. 104/2010, non sollevando (d'ufficio o su istanza di parte) il conflitto negativo di giurisdizione (dinanzi alla Corte di Cassazione); per cui quest'ultima deve ritenersi definitivamente radicata davanti al medesimo e non può più essere oggetto di contestazione e vaglio né in quella sede né in appello[60].

in fase di appello, a sollevare conflitto negativo di giurisdizione, in quanto tale prerogativa è ammessa soltanto da parte del giudice di primo grado.

2.2. Ragione di studio

Dunque, nei termini nanti delineati (avvalendosi anche del 'formante' giurisprudenziale), pur in assenza di una giustificazione logico-giuridica (quale, esempl., quella che sorregge la preclusione, per l'attore-ricorrente, ad interporre appello contro la sentenza che lo ha visto soccombente nel merito, onde denunciare il difetto di giurisdizione del giudice di primo grado che egli stesso aveva prescelto), può comunque formarsi (sia pur implicitamente) un giudicato relativo alla giurisdizione, insuscettibile di essere posto in discussione per difetto in ordine a quel profilo (benché) apicale e prioritario. Ciò, per via di preclusioni processuali (mancata impugnazione, con specifico motivo di censura, avverso il capo della sentenza di primo grado che - implicitamente od esplicitamente - abbia statuito sulla giurisdizione, stante la non rilevabilità d'ufficio in appello; a seguito di riassunzione del giudizio, la circostanza per cui il giudice abbia erroneamente ritenuto la sua giurisdizione, o, comunque, non si sia avvalso della facoltà di sollevare - d'ufficio o su istanza di parte - tempestivamente - all'udienza introduttiva - il conflitto negativo di giurisdizione dinanzi alla Corte di Cassazione) che s'ispirano ai principi di economia processuale e ragionevole durata del processo, in 'combinato disposto' con

[59] Cass. civ., sez. un., Ord. 14 settembre 2022, n. 26988 (rv. 665661-01).

[60] Osserva Cons. Stato, sez. V, 2 gennaio 2024, n. 38 che infatti «sarebbe incongruo ritenere applicabile alla fattispecie in esame la disciplina di cui all'art. 9 del D.Lgs. n. 104/2010 che riguarda la diversa fattispecie della prima pronuncia in merito». Cfr. pure Cons. Stato, sez. V, 2 gennaio 2024, n. 38.

ISSN 2036-7821

quelli di stabilità e non contraddizione fra giudicati; finendo col determinare l'irrimediabilità del sacrificio del diritto a che il merito della pretesa venga sindacato dal giudice naturale precostituito per legge.

Se non che, lo sforzo così prodigato non è valso ad apparecchiare una disciplina, delle questioni processuali orbitanti attorno al difetto di giurisdizione, che possa definirsi altresì esauriente: nonostante una articolata disciplina in punto di decisione[61]. In altri termini, pare che quella 'complementarizzazione'

[61] L'art. 11 cit., D.Lgs. n. 104/2010 non consente di esimere dall'apporto giurisprudenziale su numerose questioni, fra le più significative delle quali valga di segnalare: l'ambito di applicazione della *translatio iudicii*; la natura, l'efficacia ed i contenuti della sentenza declinatoria della giurisdizione (con particolare riguardo all'indicazione del giudice munito di giurisdizione ed eventualmente di quello territorialmente competente nonché, del termine entro il quale è possibile adire il nuovo giudice); il rapporto fra la sentenza declinatoria ed il regolamento preventivo di giurisdizione; il rapporto fra modalità della riassunzione o avvio di un nuovo giudizio (riproposizione) e conservazione degli effetti (sostanziali e processuali) della domanda; la salvezza delle decadenze e preclusioni, e la rimessione in termini per errore scusabile; il rapporto fra dovere d'informazione dell'amministrazione pubblica (con indicazione del termine e dell'autorità cui può proporsi il ricorso, ai sensi dell'art. 3, L. n. 241/1990), istituto della *translatio iudicii*, ed errore scusabile; gli effetti della declinatoria di giurisdizione sulle misure cautelari che lo stesso giudice che pronuncia la prima abbia emesso in precedenza.

Su tali problematiche, si segnalano: S. AGNES, *Legge 7 agosto 1990, n. 241 – Nuove norme in materia di procedimento amministrativo (art. 3, L. 241/1990)*, in *Nuove leggi civ.*, 1995, p. 1 s.; C. ASPRELLA, *La* translatio iudicii. *Trasferimento del giudizio nel nuovo processo civile (L. n. 69/2009)*, Milano, 2010; R. BARBIERI, Translatio iudicii *e caducazione dei provvedimenti cautelari nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1451 s.; G. BATTAGLIA, *Riparto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 81; L. BERTONAZZI, *Legge 18 giugno 2009, n. 69 e giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009; P. BIAVATI, Translatio iudicii *e unità della giurisdizione*, in *Quad. cost.*, 3, 2007; C. CACCIAVILLANI, Translatio iudicii *tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2007; A. CALDARERA, *Considerazioni sulla c.d.* translatio iudicii, in *Dir. Proc. amm.*, 2009; L. CARBONE, *Il giudicato implicito sulla giurisdizione evita l'abuso del processo*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 405; L. CARBONE e R. VICARIO, Translatio iudicii *e irricevibilità del ricorso di primo grado notificato oltre il termine decadenziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 518; F. CIPRIANI, *Riparto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005; F. CIPRIANI, *Ancora sulla* translatio *tra diverse giurisdizioni*, in *Giusto proc. civ.*, 2008; F. CIPRIANI, *La novità per il processo civile (l. 19 giugno 2009, n. 69)*, in *Foro it.*, 2009, V, col. 9; M. CLARICH, *Un istituto operativo anche in caso di errore*, in *Guida dir.*, 13, 2007; C. CONSOLO, *La* translatio iudicii *tra giurisdizioni nel nuovo articolo 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009; C. CONSOLO, Translatio iudicii *e compiti del regolamento di giurisdizione, con esame anche dell'incidenza scoordinata del nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Corr. giur.*, 2010; C. CONSOLO, *I regolamenti di competenza e giurisdizione nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010; E. GALLO, *La* translatio iudicii *nei rapporti tra giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2007; V. GASPARINI CASARI, *Sui rapporti tra procedimento e processo amministrativo: la c.d. clausola enunciativa del regime contenzioso dell'atto amministrativo*, in *Studi in onore di Ottaviano*, II, 1993; C. GLENDI, *Oggetto del processo e* 'translatio iurisdictionis', in *Dir prat. trib.*, 2013, p. 1069; C. GLENDI, Translatio iudicii *tra diverse giurisdizioni: problemi pratici e prospettive* in apicibus *(con particolare riguardo alla giurisdizione tributaria)*, in *Riv. giur. trib.*, 2007; F. GODIO, *Declinatoria di giurisdizione, riproposizione e riassunzione: ulteriori chiarimenti dalle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 837; C. MALINCONICO, *La diversità delle giurisdizioni e la concentrazione delle tutele. La* translatio iudicii *e il nuovo concetto di giurisdizione*, in G. Amato e R. Garofoli, *I tre assi*, Roma, 2009; F. MANGANARO e G. TROPEA, *Le regole della plenaria sulla impugnazione incidentale tardiva e sul difetto di giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2012, p. 420; C. MARINO, *Le Sezioni Unite ancora sui rapporti tra* translatio iudicii *e regolamento di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2011, VII; M. MAZZAMUTO, *La* translatio iudicii *si 'schiude'?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012; S. MENCHINI, *Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e* translatio*: il codice di rito e il nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1 s.; G. PARISI, Translatio iudicii *per difetto di giurisdizione e procedimento cautelare*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1894; M. PROTTO e P. PATRITO, *Termine per la riassunzione a seguito di declaratoria del difetto di giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2014, p. 985; P. SANDULLI, *La* translatio *secondo la l. n. 69/2009 ed il*

ISSN 2036-7821

giurisprudenziale fra principi, allo stadio attuale, non valga a rendere del tutto plausibile la comprensione-applicazione della disciplina 'eccezionale' (secondo 'confinazione') per cui il difetto del presupposto (prioritario) della giurisdizione che non sia stato eccepito in primo grado, né sia stato oggetto di specifico motivo di appello, determina il maturare, sul punto, del giudicato interno, implicito, ostativo[62]. Tanto più che invece (come parimenti anticipato) «sussiste il potere del Giudice di appello di rilevare *ex officio* la esistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado (con particolare riguardo alla condizione rappresentata dalla tempestività del ricorso medesimo), non potendo ritenersi che sul punto si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione»[63].

Il punto è che quella complementarizzazione di principi, pur assurta alla ribalta del dato 'positivo', nel concreto operare delle sue potenzialità (in seno al dato globale di

---

codice del processo amministrativo, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 724; A. SCOGNAMIGLIO, *Corte di Cassazione e Corte Costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2007; M. SICA, *Difetto di giurisdizione e tutela cautelare nel codice del processo amministrativo*, in *Scritti in memoria di A. Concaro*, Milano, 2012, p. 657 s.; A. TRAVI, *La nuova disciplina della* translatio iudicii, in *Urb. app.*, 2009; R. VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *Giur. it.*, 2009; G. VERDE, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 343 s.; P. VITTORIA, *Giurisdizione e* Translatio iudicii*: per una riscrittura della disciplina della questione di giurisdizione nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011; I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, 2007; I. ZINGALES, *I 'nuovi' confini della* translatio iudicii, in *Giusto proc. civ.*, 2008.

[62] Cons. Stato, sez. II, 12 giugno 2020, n. 3746.

[63] Cons. Stato, sez. IV, 17 luglio 2023, n. 6952 che così argomenta: «il divieto del c.d. ius novorum in appello non si estende alle eccezioni e questioni processuali e sostanziali che siano rilevabili anche d'ufficio ma, fatti salvi gli effetti del giudicato interno sulla statuizione recata sul punto dalla sentenza di primo grado e lo speciale regime delle questioni di giurisdizione e competenza (adesso ex artt. 9 e 15 D.Lgs. n. 104/2010), consente la delibazione per la prima volta in appello, ad esempio, delle eccezioni di irricevibilità o di inammissibilità del ricorso per carenza di una condizione dell'azione». Cfr. pure (rispettivamente): Trib. amm. reg. Piemonte, Torino, sez. I, 13 novembre 2018, n. 1237 (a proposito della tardività della notifica e del deposito del ricorso come questioni rilevabili d'ufficio anche nel giudizio di appello); Cass. civ., sez. un., Ord. 28 giugno 2019, n. 17562 (quanto alla mancanza dei presupposti processuali o delle condizioni dell'azione, come rilevabili d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo - art. 35, comma 1, c.p.a. -, perché essi costituiscono i fattori ai quali la legge, per inderogabili ragioni di ordine pubblico, subordina l'esercizio dei poteri giurisdizionali).

Di diverso avviso quella più risalente giurisprudenza secondo la quale, in linea di principio, se la questione sull'esistenza di una condizione dell'azione non venga in alcun modo sollevata: si deve ritenere che non vi sia necessità che il giudice giustifichi la propria *potestas decidendi*; ma la circostanza di una decisione 'non visibile' non significa insussistenza della medesima (la decisione sul merito implica infatti che si siano ritenute sussistenti le condizioni dell'azione). Pertanto, si è concluso che: il principio del giudicato implicito (espresso in termini generali dalla Corte di Cassazione - es., n. 24883/2008 -) sia estensibile quando si tratti di tutte quelle condizioni dell'azione (antecedenti logici della *potestas iudicandi*) che il giudice ha il potere-dovere di rilevare d'ufficio; la decisione sul merito implica non solo quella sulla giurisdizione, ma anche quella relativa a tutte le condizioni dell'azione rilevabili d'ufficio. Con la conseguenza che, se le parti non impugnano la sentenza o la impugnano senza eccepire la carenza del presupposto processuale, pongono in essere un contegno incompatibile con la volontà di eccepire tale difetto; eppertanto, la statuizione implicita passa in giudicato anche su quel punto (Cons. Stato, sez. VI, n. 4448/2009; sez. IV, n. 4570/2009; sez. VI, n. 4924/2007). *Contra*, Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 215.

ISSN 2036-7821

esperienza giuridica), rischia di prestarsi alle stesse obiezioni mosse alla 'ragionevolezza metafisica' predicata dal 'diritto vivente' (quantomeno, alle sue versioni meno 'attrezzate')[64]. Da qui, l'esigenza di un contributo 'riparatore'.

[64] Al riguardo, deve riferirsi di una giurisprudenza teorica che, in siffatti ambiti, partendo dai principi sanciti nella Carta costituzionale e dalla "contrafattualità" del monopolio statuale del diritto, si vuole largamente orientata verso un semplice obbligo di ponderazione da tradurre in una sorta di "positivismo giuridico debole" che talvolta degenera in "razionalità rispetto al valore". Ciò si determina senza poter registrare quel preliminare chiarimento dogmatico, sui rapporti tra criteri, estremamente opportuno onde evitare che: la necessità di astrazione, insita nell'uno ("regola/eccezione"), venga elusa; la *ratio legis* dell'altro si riduca alla ponderazione stessa (N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978, p. 77 s.).

Di tal fatta, resta ferma l'obiezione, rivolta (in particolare) alle versioni meno attrezzate (per quanto più diffuse) della dottrina del "diritto vivente", di "intuizionismo neo-giusliberistico", per non aver fornito una base cognitiva (o, comunque, una coerenza teorica), al sincretismo dominante, più solida rispetto agli sviluppi ermeneutici dell'arte topica: l'argomentazione suggellata dal principio di effettività (che, cioè, riceve pratica applicazione) e, come tale, "giusta" senza la necessità di invocare apertamente il diritto naturale, o di un'etero-fondazione in quel *medium*, tra l'interprete e la giustizia, rappresentato dal sistema.

Né pare aver sortito esiti confortanti l'esperimento di fornire, a quella dottrina, un fondamento politico-positivo ("debole", per l'appunto).

Le trasformazioni economiche, sociali e culturali che hanno disgregato il presupposto dello Stato liberal-democratico (la compattezza della sua società politica), una volta recepite dalla "carta fondamentale", avrebbero comportato, nella forma (e nelle fonti) del diritto, quel passaggio allo "Stato costituzionale" contraddistinto dall'introduzione dei "diritti di giustizia" (accanto a quelli tradizionali, "di libertà"), aventi "natura oggettiva" e volti ad istituire un ordine che si porrebbe come "verità sociale", capace di conferire una giusta dimensione ad ogni interesse individuale.

Il rischio di una degenerazione nello "Stato etico", dal nuovo costituzionalismo si vorrebbe scongiurato grazie all'assetto pluralistico: riscontrando (nelle carte fondamentali) l'affermazione delle diverse concezioni della giustizia, ed operando tra di esse un confronto al fine di comporle. A ciò s'aggiunga che il determinarsi di una "definizione giuridica della giustizia" per via di "principi (materiali, riferiti alle nuove soggettività, sociali e politiche, istituzionalizzate)", ne implica il superamento della tradizionale riduzione positivistica alla legge. I "principi", a differenza delle "regole" (quali forme ordinarie della legge), in quanto privi di fattispecie, attingerebbero il loro significato operativo solo reagendo direttamente col caso ad essi sottoposto. Così, però, neutralizzando le due distinzioni poste a cardine dello "Stato di diritto": tra legge positiva e diritto naturale (già resa precaria dalla costituzionalizzazione di buona parte dei precetti morali fatti propri da quest'ultimo); tra legislazione e (amministrazione-)giurisdizione.

Dal momento che la struttura secondo "principi", con la quale si positivizzano certi contenuti, implica un'incorporazione del valore nel fatto (essere), il secondo reca con sé la pretesa normativa (dover essere). Pertanto, il diritto verrebbe sottratto, sul piano gestionale, al paradigma della *scientia iuris*, per essere inquadrato secondo quello della *iuris prudentia*. Infatti, se la legge, sotto le Costituzioni liberali, gerarchizzava i principi, la vigenza della giustizia (quale fonte concorrente), col sostituire alla "tirannia del valore" il pluralismo dei principi equiordinati, impedisce di comprendere il diritto come *scienza* della loro composizione, quest'ultimo presentandosi solo come *prudenza* del loro bilanciamento. Dunque, se la giustizia si manifesta attraverso il "caso" (il fatto), la giurisprudenza non può che essere il soggetto elettivamente deputato al bilanciamento (tra la *ratio*, di cui il "caso" sarebbe divenuto portatore, e la *voluntas* della legge mitigata dalla concorrente giustizia), attraverso una rediviva equità che avrebbe assunto le vesti della "ragionevolezza" quale arte della composizione in vista della co-esistenza (F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *L'equità* (- atti del convegno del Centro nazionale di prevenzione di difesa sociale -Lecce, 9-11 settembre 1973 -, Milano, 1974, p. 83).

A tale versione del costituzionalismo moderno, può obiettarsi che quello "vivente", inteso nella forma descritta di vigenza del diritto naturale (che rende mite la legge e, per essa, il diritto), non è mai nato, come empiricamente verificabile. La rappresentazione della giurisprudenza quale prudente compositore di principi (di legge e giustizia), è frutto di una letteratura accademica ormai auto-referenziale la quale trascura che, nello "Stato

ISSN 2036-7821

All'uopo, valga di muovere innanzitutto dal monito, da tempo formulato dal giudice amministrativo e che ancora pare non del tutto recepito dal Legislatore, per cui «deve prendersi atto dell'esigenza … di evitare difficili distinzioni e conseguenti incertezze, suscettibili di recare pregiudizio al diritto del cittadino ad avere tempestiva giustizia. In questa prospettiva occorre applicare norme oggettivamente ambigue così come esse sono oggi costantemente intese dal Giudice chiamato a risolvere in ultima istanza la questione di giurisdizione»[65]. Sì da esigere, a mo' di argine al dilagante fenomeno di ('creazionismo giudiziario', *rectius*) 'efficacia normativa della giurisprudenza' (complici la trasformazione dello Stato costituzionale e la globalizzazione del diritto stesso)[66], un apporto della scienza processualistica all'insegna di una versione aggiornata dell'idealtipo del 'giurista-custode'[67].

Sulla medesima falsariga muove il presente lavoro specialistico, nella (rinnovata) consapevolezza che la soluzione ai problemi, inerenti al rapporto fra l'istanza di salvaguardia del (valore della certezza delle regole come trasfusa nel) principio del 'giudice naturale' coi principi del 'giusto processo', non possa rimettersi esclusivamente all'avallo legislativo pur riqualificato ermeneuticamente ispirandosi ad una logica operazionale (dei "costi/benefici") ligia ai dettami epistemologicamente più avanzati ('razionalismo critico'). Si è infatti dell'avviso che debba altresì prestarsi riguardo a due fronti correlati.

---

costituzionale", la pretesa che il caso rivolgerebbe al diritto non inerisce al fatto in quanto tale, bensì al senso che quest'ultimo riceve dalla sua considerazione secondo un principio costituzionalmente positivo. «*Perciò, non uno schema lineare (proprio del diritto naturale) che dalla natura/fatto va al diritto, ma uno schema circolare (proprio del diritto positivo) che dal diritto va al fatto per tornare al diritto. Così, può ben accadere che il fatto si possa prospettare in modo diverso da come appare compreso da una norma o secondo un principio. … ciò non dipenderà da un senso proprio del fatto ma dalla diversità del punto di vista dal quale viene riguardato, e cioè dalla circostanza che esso viene (ri)considerato a partire da un principio giuridico diverso. Dunque il fatto non parla di sé ma del diritto da cui è illuminato. E ne parla con il diritto stesso, sicché non vi è un dialogo tra fatto e diritto ma piuttosto un confronto all'interno del diritto tra comprensioni (giuridiche) rivali del fatto. E perciò, ascrivere la "verità" al fatto equivale, comunque, a prescrivere la "verità" per decreto*» (M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, pp. 244-246).

[65] Cons. Stato, ad pl., 5 dicembre 1984, n. 21.

[66] Da ultimo, su tale fenomeno, F. SAITTA, *Regole processuali, indeterminatezza e creazionismo giudiziario*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, pp. 263 s., 266, 267, 268, 270 (con particolare riferimento alla 'macroprassi ipertrofica' della giurisprudenza sul processo), 334 (ove, acclarato che ogni interpretazione è massimamente e resta manifestazione ed esercizio di libertà del pensiero, nondimeno si predica che 'occorre … sceverare tra una creazione quale scelta, da parte del giudice, dell'interpretazione maggiormente sostenibile tra i possibili significati ascrivibili all'enunciato normativo e una creazione quale introduzione, nel contesto del diritto positivo, di nuove disposizioni normative'), 340. Cfr. pure V. COLESANTI, *Giurisprudenza 'creativa' in tema di difetto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009.

[67] N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 35; A. CARRATTA, *La scienza del processo civile in Italia all'inizio del XXI secolo*, in *Dir. e quest. pubbl.*, 2019, pp. 11-12. Sul problema attuale della dottrina processualistica, di rielaborare il sistema processuale tradizionale alla luce della molteplicità degli interessi coinvolti e della loro necessaria, armonica combinazione, solo così assicurando la genuinità delle decisioni giudiziali e la loro 'salutare coerenza al divenire sociale': F. SAITTA, *Regole processuali* …, p. 279.

ISSN 2036-7821

Il primo si evince dal momento in cui si è ritenuto di muovere da un istituto ulteriore fra quelli orbitanti attorno alla galassia del trattamento delle questioni di (difetto di) giurisdizione (relativa). Ci si riferisce alla 'giurisdizione esclusiva', giacché, indipendentemente dalla sede di elezione, esprime (senza eguali) un'istanza di soluzione intrinsecamente legata ad un problema processuale che affonda le proprie radici sul piano sostanziale: la 'questione di riparto' come legata alla compresenza di distinte situazioni giuridiche soggettive. Su tale aspetto, si tenterà di avanzare (benché con relativa compiutezza) un discorso di 'rivisitazione' degli assetti tradizionali, nella Sezione II.

Il secondo fronte, sul quale operare una 'rielaborazione' del tema in oggetto, attinge direttamente al principio di effettività, nel contesto di una più generale riflessione del sistema delle tutele del cittadino nei confronti della pubblica Amministrazione[68]. A tale profilo è dedicata la Sezione III.

Laddove, nella Sezione ultima, si confida di collaudare, gli esiti cui si sarà così pervenuti, con un discorso applicativo, 'sperimentale' avente ad oggetto l'ulteriore istituto di 'sostenibilità' del difetto di giurisdizione, rappresentato dal 'regolamento preventivo'.

Per il momento, valga di formulare una ulteriore puntualizzazione preliminare. Benché (come anticipato) il tema della 'sostenibilità' del difetto di giurisdizione sia senz'altro di 'diritto comune' (per principi, meccanismi operativi ed implicazioni), nel presente scritto si è ritenuto di affrontarlo nell'ottica del processo amministrativo: per due ordini di ragioni che si reputa correlati. Il primo attiene al primato, in termini cronologici, a quest'ultimo spettante quanto all'introduzione di una espressa affermazione normativa di riconoscimento del 'giudicato implicito'; il secondo deriva dalla maggiore dimestichezza (rispetto al processo civile) verso l''interesse legittimo', quale situazione giuridica soggettiva cui l'ordinamento affida (nel suo concorrere con il 'diritto soggettivo') il ruolo di principale criterio onde dirimere le questioni di 'riparto' fra giudici, ordinario e speciale, rispetto alle quali il difetto di giurisdizione non rappresenta che il più pregnante 'negativo' in sede di tutela.

Pertanto, ad una 'rivisitazione' dogmatica del discorso alla base del riparto di giurisdizione, si confida di affidare il compito di 'stemperare' le tensioni che (a partire dai principi antinomici di riferimento) ancora accompagnano il tema principale, nel suo integrare una sorta di paradosso per cui: mentre sull'esistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado, non può formarsi un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione; la circostanza per cui il difetto del presupposto (prioritario) della giurisdizione che non sia stato eccepito in primo grado, né sia stato oggetto di

[68] F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 1 s.

ISSN 2036-7821

specifico motivo di appello, determina il maturare, sul punto, del giudicato interno, implicito, ostativo.

Infatti, l'accettazione, da parte del dato globale di esperienza, del rilevato 'paradosso apparente' induce a concludere che la maggior incidenza riconosciuta ai principi del 'giusto processo', pur al cospetto di un vizio di base (o comunque dalla rilevazione prioritaria) contravvenente al principio del 'giudice naturale precostituito per legge', pare idoneamente assecondabile, se non si vuol cadere nell'obiezione di 'volontarismo' (di supino atteggiamento verso la *voluntas legis*), solo alla luce di una 'rivisitazione', concettuale e di sistema, del substrato sostanziale del riparto di giurisdizione e della sua idoneità (se adeguatamente trattato) a ridimensionare le ripercussioni del corrispondente difetto processuale in punto di pienezza ed effettività della tutela.

In altri termini: se alle questioni di giurisdizione ed agli istituti che vi orbitano evidentemente risulta sottesa un'esigenza di rispetto della compresenza nell'ordinamento di ordini giudiziali distinti; resta comunque che il meccanismo di riparto ha ridimensionato la propria incidenza, ricondotta entro termini 'organizzazionali' e di 'adeguatezza' della risposta di giustizia, per via di un duplice processo: di relativizzazione delle situazioni giuridiche soggettive e di uniformazione degli strumenti di tutela. Pertanto, su tali versanti occorre intervenire.

II

3. Prime annotazioni di dogmatica

Volendo conferire maggior rigore all'impostazione della questione della 'sostenibilità' processuale del difetto di giurisdizione, per quanto anticipato, occorre circoscrivere l'attenzione all'ambito di esperienza più problematico (perché più opinabile), in corrispondenza del quale si registra un arretramento della generale prevalenza del principio del 'giudice naturale precostituito per legge'. Si tratta (come anticipato) della convivenza, quale sviluppata (su base 'positiva') dall'elaborazione giurisprudenziale, fra: per un verso, la priorità dell'esame dell'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito rispetto alle eventuali eccezioni ulteriori - tranne che per quelle relative alla competenza del Tribunale amministrativo regionale e (forse) all'estensione del contraddittorio -; per altro verso, la preclusione in appello della questione di giurisdizione nel caso in cui sulla stessa si sia formato il giudicato implicito; sì da determinare un'incidenza prevalente dei principi antinomici (o che si presentano come tali) di 'economia processuale' e 'ragionevole durata del processo'.

Sul punto, il responso giurisprudenziale si rivela così interlocutorio: «la regola della ampia ed incondizionata rilevabilità (d'ufficio o su eccezione delle parti) della

ISSN 2036-7821

questione di giurisdizione opera solo nel giudizio di primo grado; nel giudizio di impugnazione invece essa degrada a questione che rimane nel *thema decidendum* solo se e nella misura in cui abbia costituito oggetto di una rituale censura di una parte. Questo minore rilievo della questione di giurisdizione in ragione del passaggio dal grado iniziale del processo a quello di impugnazione, ora testualmente previsto dall'art. 9 c.p.a. per il giudizio amministrativo, risulta coerente con il necessario bilanciamento del valore recato dalla giurisdizione (principio del giudice naturale) con il valore, parimenti di rango costituzionale, della ragionevole durata del processo»[69].

Onde tentar di superare quella condizione interlocutoria, preliminarmente la 'quadratura del cerchio' pare debba trovar fondamento, sul piano sistematico, in chiave di (ri)complementarizzazione dei principi, per cui (di là dal complessificarsi di quelle operazioni, dal momento che l'ordinamento nazionale è andato progressivamente compenetrandosi con quello 'comunitario-unionista'): il primo è di regola 'gerarchicamente' prevalente; mentre, quelli riconducibili al secondo possono assumere un ruolo preponderante in corrispondenza di particolari condizioni processuali, il cui ricorrere determina una vicenda di 'confinazione' per effetto della quale il sovvertimento di quel rapporto di forza non risulta eversivo del sistema stesso[70].

---

[69] Cass. civ., sez. un., 6 giugno 2017, n. 13979.

[70] 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

ISSN 2036-7821

A questo punto, può tornar utile di limitare l'attenzione ai profili sui quali il Legislatore non è (ancora) intervenuto, nel determinare previamente il rapporto di forza fra principi: es., potere del Giudice di appello di rilevare *ex officio* la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado; il Legislatore non essendosi espresso circa la possibilità del formarsi, sul punto, di un giudicato implicito, preclusivo rispetto alla deduzione officiosa della questione. Stavolta, potrebbe paventarsi che il menzionato protocollo di gerarchizzazione-confinazione giurisprudenziale si presti alle medesime obiezioni rivolte (in particolare) alle versioni meno attrezzate (per quanto più diffuse) della dottrina del 'diritto vivente' (ravvisandovi una delle frequenti espressioni che si rinvengono nei più disparati ambiti di materia[71]): di "intuizionismo neo-giusliberistico", per non aver fornito una base cognitiva (o, comunque, una coerenza teorica), al sincretismo dominante, più solida rispetto agli sviluppi ermeneutici dell'arte topica. Ci si riferisce all'argomentazione suggellata dal principio di effettività (che, cioè, riceve pratica applicazione) e, come tale, "giusta" senza la necessità di invocare apertamente il diritto naturale, o di un'etero-fondazione in quel *medium*, tra l'interprete e la giustizia, rappresentato dal sistema.

Né pare aver sortito esiti confortanti l'esperimento di fornire, a quella dottrina, un fondamento politico-positivo ("debole", per l'appunto)[72]. Così, dal momento che la

---

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).

[71] M. COTZA, *Sistema giuridico dei rimedi contro la concorrenza sleale, nell'ottica consumeristica, tra dogmi e principio di "autoresponsabilità" (criticità sopravvissute alla "modernizzazione" del mercato)*, Cagliari, Edizioni Giuridiche, 2023, segn. p. 181 s.

[72] Le trasformazioni economiche, sociali e culturali che hanno disgregato il presupposto dello Stato liberal-democratico (la compattezza della sua società politica), una volta recepite dalla "Carta fondamentale", avrebbero comportato, nella forma (e nelle fonti) del diritto, quel passaggio allo "Stato costituzionale" contraddistinto dall'introduzione dei "diritti di giustizia" (accanto a quelli tradizionali, "di libertà"), aventi "natura oggettiva" e volti ad istituire un ordine che si porrebbe come "verità sociale", capace di conferire una giusta dimensione ad ogni interesse individuale.

Il rischio di una degenerazione nello "Stato etico", dal nuovo costituzionalismo si vorrebbe scongiurato grazie all'assetto pluralistico: riscontrando (nelle "Carte fondamentali") l'affermazione delle diverse concezioni della giustizia, ed operando tra di esse un confronto al fine di comporle. A ciò s'aggiunga che il determinarsi di una "definizione giuridica della giustizia" per via di "principi (materiali, riferiti alle nuove soggettività, sociali e politiche, istituzionalizzate)", ne implica il superamento della tradizionale riduzione positivistica alla legge. I "principi", a differenza delle "regole" (quali forme ordinarie della legge), in quanto privi di fattispecie, attingerebbero il loro significato operativo solo reagendo direttamente col caso ad essi sottoposto. Così, però, neutralizzando le due distinzioni poste a cardine dello "Stato di diritto": tra legge positiva e diritto naturale (già

ISSN 2036-7821

struttura secondo "principi", con la quale si positivizzano certi contenuti, implica un'incorporazione del valore nel fatto (essere), il secondo reca con sé la pretesa normativa (dover essere). Pertanto, il diritto verrebbe sottratto, sul piano gestionale, al paradigma della *scientia iuris*, per essere inquadrato secondo quello della *iuris prudentia*. Infatti: se la legge, sotto le Costituzioni liberali, gerarchizzava i principi; la vigenza della giustizia (quale fonte concorrente), col sostituire alla "tirannia del valore" il pluralismo dei principi equiordinati, impedisce di comprendere il diritto come *scienza* della loro composizione, quest'ultimo presentandosi solo come *prudenza* del loro bilanciamento. Dunque, se la giustizia si manifesta attraverso il "caso" (il fatto), la giurisprudenza non può che essere il soggetto elettivamente deputato al bilanciamento (tra la *ratio*, di cui il "caso" sarebbe divenuto portatore, e la *voluntas* della legge mitigata dalla concorrente giustizia), attraverso una rediviva equità che avrebbe assunto le vesti della "ragionevolezza" (quale arte della composizione in vista della coesistenza).

A tale versione del costituzionalismo moderno, può obiettarsi che quello "vivente", inteso nella forma descritta di vigenza del diritto naturale (che rende mite la legge e, per essa, il diritto), non è mai nato, come empiricamente verificabile. La rappresentazione della giurisprudenza quale prudente compositore di principi (di legge e giustizia), è frutto di una letteratura accademica ormai autoreferenziale la quale trascura che, nello "Stato costituzionale", la pretesa che il caso rivolgerebbe al diritto non inerisce al fatto in quanto tale, bensì al senso che quest'ultimo riceve dalla sua considerazione secondo un principio costituzionalmente positivo. «Perciò, non uno schema lineare (proprio del diritto naturale) che dalla natura/fatto va al diritto, ma uno schema circolare (proprio del diritto positivo) che dal diritto va al fatto per tornare al diritto. Così, può ben accadere che il fatto si possa prospettare in modo diverso da come appare compreso da una norma o secondo un principio. … ciò non dipenderà da un senso proprio del fatto ma dalla diversità del punto di vista dal quale viene riguardato, e cioè dalla circostanza che esso viene (ri)considerato a partire da un principio giuridico diverso. Dunque, il fatto non parla di sé ma del diritto da cui è illuminato. E ne parla con il diritto stesso, sicché non vi è un dialogo tra fatto e diritto ma piuttosto un confronto all'interno del diritto tra comprensioni (giuridiche) rivali del fatto. E perciò, ascrivere la "verità" al fatto equivale, comunque, a prescrivere la "verità" per decreto»[73].

Ne discende che, traslando tali connessioni metodologiche: non dovrebbe darsi per 'scontato' il potere del Giudice di appello di rilevare *ex officio* la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado, per il

resa precaria dalla costituzionalizzazione di buona parte dei precetti morali fatti propri da quest'ultimo); tra legislazione e (amministrazione-)giurisdizione.

[73] M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, pp. 244-246.

ISSN 2036-7821

solo fatto che il Legislatore non è (ancora) intervenuto, nel determinare previamente il rapporto di forza fra principi eppertanto, non si è espresso circa la possibilità del formarsi, sul punto, di un giudicato implicito, preclusivo rispetto alla deduzione officiosa della questione. Piuttosto, venendo alla *par construens* del discorso, dalla medesima impostazione di metodo potrebbe concludersi di dover rimettere al caso concreto una valutazione 'oggettivante', secondo i canoni (come anticipato) della 'logica operazionale' (in termini di costi/benefici) avanzati dal 'razionalismo critico'[74].

Lungo tale falsariga, nel tentativo di trovare una risposta non interlocutoria, potrebbe osservarsi che, nel caso in esame la questione è di merito, non di rito (processuale) come quando venga in discussione il profilo giurisdizionale. Salvo obiettare che: ciò implicherebbe una grave elusione del rapporto correlato fra i due aspetti; la condizione di correlazione, e la necessità di un suo trattamento adeguato, risultano fondamentali ben oltre il momento di priorità logico-giuridica nella trattazione del profilo di giurisdizione, come rivela lo studio di altre tematiche consimili. Si pensi al fenomeno della pregiudizialità quando, quale autonomo oggetto del giudizio, appartenga alla giurisdizione di un giudice (civile) diverso da quello amministrativo. In quest'ultima ipotesi, il senso funzionale dell'istituto viene colto nella duplice esigenza di evitare: non solo sospensioni del giudizio (principio, di economia processuale, della concentrazione); ma altresì, un effetto eversivo delle prerogative del giudice 'naturale', precludendo senz'altro, all'accertamento incidentale, d'integrare un giudicato sostanziale (o comunque altri vincoli). Solo che anche stavolta la risposta è interlocutoria: poggiando sull'assunto per cui un sindacato esaustivo della questione pregiudiziale (es. attinente a diritti) non possa operarsi nella sede di giustizia (quella amministrativa) preposta alla questione 'pregiudicata'. Se non che ciò risulta indimostrato, e persino smentibile[75].

Evidentemente, la strada da percorrere è altra: da ricondurre ad una progressiva omogeneizzazione della tutela giurisdizionale (delle diverse sedi - 'ordinaria' e 'speciali' -) in cui si estrinseca; fermo restando che una piena acquisizione delle relative potenzialità non può rimettersi esclusivamente al piano di politica legislativa, dovendo ricercarsi in una rivisitazione dei principali canoni dogmatici di riferimento.

---

[74] Quanto al 'razionalismo critico' se ne mutua l'essenza di paradigma generale del pensiero scientifico (verificabile) che, rivelati i limiti del metodo induttivo: ha predicato la consapevolezza delle conseguenze alle quali conduce (stante la connessione complessiva di ogni divenire) l'impiego di mezzi pur soggettivamente "adeguati" (logica "operazionale" dei costi/benefici); per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell'esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle "teorie rivali", onde condurre all'emersione degli errori ("falsificazione") ed alla loro eliminazione.

Cfr., al riguardo: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, p. 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, p. 59 s.

[75] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Sindacato del giudice amministrativo su questioni pregiudiziali relative a diritti. Contributo di metodo*, in *Arch. giur. Filippo Serafini* (online), 2025, vol. IV, segn. par. 5.2.

ISSN 2036-7821

4. *'Rivisitazione' di metodo dei discorsi tradizionali sul potere amministrativo e di teoria delle situazioni giuridiche soggettive. L'orientamento giurisprudenziale in punto di 'riparto': prime annotazioni*

A tal punto, chiuso il capitolo in punto 'di sistema', si tratterebbe di passare senza indugio agli sviluppi 'concettuali' del discorso dogmatico funzionale alla trattazione dell'istituto processuale in esame.

Tuttavia, esigenze di compiutezza espositiva, serventi l'acquisizione di una maggiore consapevolezza del problema, suggeriscono di assumere, quale primo termine di confronto, un fedele precipitato delle statuizioni giurisprudenziali di portata generale in punto di giurisdizione: come tali, senza mezzi termini riferibili al principale dato normativo di base[76]; ormai sedimentate, benché talvolta collidenti; nella circostanza, attingendo ad ulteriore studio specialistico (cui si fa rinvio per gli approndimenti)[77].

Tirando le somme di quella rassegna, innanzitutto, a livello di affermazioni generali, si distinguono (sia pur sommariamente) almeno tre impostazioni: l'una, vertente sulla situazione giuridica soggettiva; l'altra, sul potere autoritativo correlato alla situazione soggettiva (che, come tale, tenta di riprodurre l'operazione integrativa avanzata dal Legislatore); l'altra ancora, che s'incentra sulla presenza (o meno) di un esercizio discrezionale. Salvo rilevare (per intanto): da un lato, la tendenza a dare 'per scontata' la distinzione fra situazioni giuridiche soggettive; d'altro canto, certa incongruenza (concettuale e sistematica) riferita all'esercizio amministrativo (a seconda che il 'potere autoritativo' venga inteso, indifferenziatamente o meno, come discrezionale o vincolato).

Laddove, quando si valuti il sottostante livello 'applicativo', pare che la giurisprudenza chiamata ad esprimersi circa il sussistere (o meno) della giurisdizione amministrativa: ondivagamente indulga ad una sorta di *favor* verso l'un criterio (situazione giuridica soggettiva) o l'altro (collegamento della fattispecie con un formale provvedimento amministrativo); peraltro, stante la natura (come univocamente intesa) di tutela complementare rispetto al rimedio demolitorio, per

[76] Evidentemente, salvo quanto previsto dalla Costituzione in ordine all'individuazione degli organi deputati all'esercizio della funzione giurisdizionale (segn. art. 102 ed art. 103), ci si riferisce: all'art. 1 c.p.c. ed all'art. 2907 c.c.; all'art. 37 c.p.c.; all'art. 386 c.p.c.; all'art. 7, comma 1, D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (cd. Codice del processo amministrativo).

[77] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa esclusiva. Implicazioni di una riflessione intorno ai principali criteri fondanti in punto di 'riparto'*, in *amministrativ@mente*, 2024, p. 1575 s.

ISSN 2036-7821

'forza attrattiva' trascinando la soluzione di riparto relativa alle questioni risarcitorie per pregiudizi derivati da atti autoritativi[78]; salvo dover 'stigmatizzare' sulle incertezze che si determinano nell'assumere, quale *causa petendi* dell'azione di danno, l'illegittimità del provvedimento della pubblica amministrazione (se debba ricorrere o meno un nesso 'causale', immediato e diretto)[79].

Non paiono puntualizzazioni dirimenti, con riguardo al criterio del collegamento della fattispecie con un formale provvedimento amministrativo: né il riferimento (omologo) all'atto autoritativo come (generico) 'oggetto' della controversia[80]; né quello al rapporto (diretto od indiretto) col pregiudizio, corrispondentemente identificando l'oggetto principale della cognizione nell'atto autoritativo od altrimenti. Così, è dato di leggere che, «al giudice ordinario non è attribuita la cognizione di controversie aventi come *oggetto principale* la legittimità di provvedimenti amministrativi che siano la *fonte diretta* della lesione lamentata. Di talché, ne consegue che in siffatte ipotesi il giudice ordinario non possa neanche disapplicare il provvedimento che viene in considerazione non in via indiretta, nell'ambito di un rapporto il cui oggetto principale è altro, bensì come *fonte diretta* della lesione»[81]. Infatti, onde segnare i termini di confine del riparto di giurisdizione, anche senza contare l'assetto impresso dal vigente dettato costituzionale, sarebbe (quantomeno) anacronistico l'argomento che mutui una disciplina (artt. 2, 4 e 5, L. 20 marzo 1865 n. 2248, all. 'E', sul contenzioso amministrativo): apprestata ben prima che si affermasse la giurisdizione amministrativa e si forgiasse la figura dell'interesse legittimo; eppertanto, inerente ad un difetto di giurisdizione non 'relativo', ma 'assoluto' (al cospetto di una rigida considerazione del principio di separazione dei poteri dello Stato e del contrappunto della riserva di amministrazione); oltretutto superata, nella sua letterale interpretazione, sin dai primi anni del Novecento, sulla scorta dell'argomento logico per cui il Giudice ordinario non può conoscere, dell'effetto lesivo sul diritto soggettivo, se gli viene precluso d'indagare e decidere sulla legittimità dell'atto amministrativo che si vuole causa del pregiudizio stesso[82].

Ragion per cui:

in un contesto ordinamentale nel quale è ormai superata la preclusione (in genere) di un sindacato giurisdizionale condotto in via principale sugli atti amministrativi; così che, non trattandosi di fronteggiare un problema di indipendenza fra poteri-funzione

[78] Salvo l'orientamento complementare, esempi del quale sono riportati nella nt. seg., valga di rinviare a: Cass. civ., sez. un., Ord. 6 febbraio 2023, n. 3486; Cass. civ., sez. un., 30 giugno 2023, n. 18540.

[79] In senso affermativo: Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2069; Cass. civ., sez. un., Ord. 7 aprile 2023, n. 9528.

[80] Cass. civ., sez. I, Ord. 8 maggio 2023, n. 12019.

[81] Così Trib. Catanzaro, sez. II, Ord. 27 giugno 2023. Cfr. pure Cass. civ., sez. un., Ord. 6 febbraio 2023, n. 3496.

[82] Così Cass., sez. un., 7 gennaio 1904, in *Giur. it.*, 4, I, col. 234 s.

ISSN 2036-7821

dello Stato, ne risulta assecondata un'impostazione meno rigida anche del riparto di giurisdizione;

rivisitato il rilievo della 'prospettazione' in un contesto epistemologicamente evoluto di considerazione delle condizioni dell'azione[83];

andrebbe più meditatamente valutato se sia preferibile (a partire dalla circostanza di presentare minori controindicazioni) l'adozione (generalizzata ed assorbente) del criterio fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva.

Non foss'altro perché: avuto riguardo alla giurisprudenza secondo cui l'oggetto della domanda andrebbe colto dal giudice per come formulato dalla parte (segn., in termini di richiesta, 'in via diretta' o meno, di annullamento di un atto amministrativo[84]); quel contributo pare poco edificante, dal momento che rende sterile l'apporto valutativo del giudice, come indissociabile dalla questione di merito. Non per caso (rinviando, al prosieguo metodologico della trattazione, maggiori ragguagli) si afferma che «la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ciò che rileva è il "petitum" sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della "causa petendi", ossia della *natura giuridica della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico sotteso alla pretesa avanzata*»[85].

Solo alla luce di tale 'interludio' pare dunque opportuno di riprendere il precedente discorso dogmatico, per incentrarlo sui due punti 'deboli' messi in mostra dalla precedente disamina di giurisprudenza: del potere (autoritativo) e delle situazioni giuridiche soggettive. Salva una doverosa appendice di estrazione metodologica e teoretica.

Il moltiplicarsi delle occasioni di contatto fra la sfera d'interessi del singolo ed i 'pubblici poteri', riscontrabile nel contesto di esperienza recato dalla 'modernità', implica una adeguata 'complessità incrementale' dell'ordinamento (specie in termini di 'apertura al futuro') e, con essa, un pari sostegno concettuale e di sistema. Quest'ultimo, pur senza misconoscere il 'valore' di cui si fa portatrice (di volta in volta) la Legge, assume ormai il problema come fondamentale criterio euristico:

---

[83] Per cui sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Nuove frontiere della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, in *amministrativ@mente*, 2024, p. 1521 s.

[84] Cons. Stato, sez. VII, 7 febbraio 2023, n. 1324.

[85] Ultimamente il concetto è ribadito da Trib. Lamezia Terme, sez. unica, 1° settembre 2023, n. 691. Riferimenti più espliciti si rinvengono: in Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4271 (ove si ribadisce che la valutazione della giurisdizione va effettuata "sulla base della domanda"), ma soprattutto in Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4273 (ove si esclude espressamente che, ai fini del riparto, rilevi la 'prospettazione delle parti', dovendosi avere riguardo invece al 'petitum sostanziale' in funzione della 'causa petendi' ossia dell'intrinseca natura della posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio).

ISSN 2036-7821

principio di organizzazione (funzionale) di un dato 'positivo' (per quanto accennato in termini di 'apertura') sempre più improntato allo schema 'consequenzialista' (come alternativo a quello 'ipotetico-casuistico'), giacché assolve a compiti di regolazione d'interessi dalla progressiva definizione 'sul campo' (a misura di altri) ed è sensibile agli effetti concreti. Ciò, evidentemente, anche sul versante della tutela eppertanto, processuale[86].

4.1. Rilevanza del 'potere pubblico' per via delle sue dinamiche

Su queste basi, può cominciare col dirsi che non torna utile di avvalersi in genere di una nozione di potere 'in senso statico' (comunque riconducibile a quella di condizione del soggetto che non ha il dovere di omettere l'atto, di compiere quello contrario), tenuto conto che: pur avuto riguardo alla sua matrice sociale[87]; 'in positivo', non va oltre un rilievo giuridico 'di senso', riconducibile alla «*posizione* [o attitudine] *del soggetto (o organo) che è in grado, secondo l'ordinamento, di produrre unilateralmente effetti cui il destinatario dell'atto* [consapevole] *di esercizio del potere medesimo non può sottrarsi*»[88].

Ciò non significa necessariamente che l'idea di potere sia inconferente sul piano giuridico. Non è tale in termini assoluti, benché resti ancora controverso se vi possa trovar utile compendio una fenomenologia tanto estesa ed eterogenea da ravvisarvi persino il tratto saliente (quando non consustanziale) della 'grande dicotomia' pubblico/privato[89]; tanto più che, persino sotto il primo versante, complice il diffondersi di forme contrattualizzate, si registra certa tendenza a convertirlo parzialmente (da autoritativo) in 'servizio' (*rectius*, 'funzione'), quale attività svolta nell'interesse altrui (del cittadino). Ma quell'inconferenza non è ravvisabile neppure in relazione al discorso dogmatico che occupa il presente scritto.

Anzi, proprio in corrispondenza di quest'ultimo versante, pare proficuo di concentrare la speculazione: sulle relative 'dinamiche di legittimazione' (potere quale fenomeno - se non 'pura energia' - reggente in genere i processi di trasformazione

---

[86] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *"Viatico" di metodo per un diritto amministrativo della modernità. Ridislocazione del punto di vista dottrinale sul versante della tecnica (dalla fattispecie estensionale alla discrezionalità pura, passando attraverso il "tipo normativo di problema")*, Cagliari, Edizioni Giuridiche, 2023.

[87] Nella duplice accezione per cui: «1) non v'è società (collettività stabile e organizzata) senza potere, come non vi è potere senza società; 2) una società può venir (ed è) descritta come un sistema articolato di poteri, provenienti tanto dall'alto quanto dal basso» (così S. COTTA, *Potere e Autorità*, in *Il problema del potere* – atti del seminario di studi dell'Unione giuristi cattolici italiani, raccolti in Quaderni di *Iustitia* –, Milano, 1986, p. 9 s.).

[88] E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983, p. 247. Cfr. pure A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, Roma, p. 2.

[89] A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 559 s.

ISSN 2036-7821

dell'ordinamento[90]); pur senza spingersi sulle accezioni (esposte all'obiezione di risolversi in tecnicismi) di 'situazione soggettiva' come di 'diritto di azione'[91].

Ciò, in vista: di un riscontro (sul piano dell'idoneità funzionale) da parte dei destinatari; come (in definitiva) della calibratura del sindacato, utile onde definire (in termini più precisi) i confini fra giurisdizioni. Temi, questi ultimi, sui quali ultimamente il dibattito si è riacceso, ma: con esiti discutibili; in particolare, senza riuscire a superare le consuete formule evocative (effettività e/o pienezza della tutela) del termine (oggetto) cui il precetto giudiziale si riferisce, in modo da verificare i margini attuali di un riesercizio del potere pubblico[92].

---

[90] A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 966, segn. p. 980; ID., *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali Messina*, 1981, p. 406; ID., *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. soc.*, 1991, p. 51 s.

N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo? Rileggendo Franco Ledda*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 1 s., segn. pp. 43-45. Per una concezione del potere come "energia" in senso dinamico, G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 266 s.

[91] Nell'ambito della 'dogmatica' moderna è merito di A. THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, 1878, p. 325 l'aver distinto il potere di disporre dal diritto soggettivo (la forza che scaglia il sasso dal sasso medesimo, secondo la sua suggestiva metafora) fino a quel momento confusi nel concetto, generico ed unitario, di "signoria della volontà" (cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2 ed., I, Frankfurt am Main, 1906, p. 856, il quale muove nella direzione di un assorbimento del potere giuridico nel diritto; all'opposto di L. DUGUIT, *L'Etat et le droit objective*, Paris, 1901).

Configurano il potere come situazione giuridica, soggettiva: A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, p. 122 s.; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 165 s.; F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 92 s., 96, 104.

Per una netta differenziazione del potere rispetto alle situazioni soggettive, giuridiche ed al diritto soggettivo in particolare: G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, p. 241, segn. pp. 238-239, 241-242-243 (*ivi*, nntt. 7-8), 247, 249, 253; con puntualizzazioni dello stesso G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, p. 101 (già in *Dizionario amministrativo* - a cura di G. Guarino -, I, Milano, 1983, p. 101).

Cfr. pure: A. CERRI, *Potere e potestà…*, pp. 3 e 6, con ampia rassegna di pronunzie della Consulta; L. FERRARA, *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 465, ora anche in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, 2014, p. 105 s., segn. pp. 109-110; E. GARBAGNATI, *Diritto soggettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1942, p. 226; E. CANNADA BARTOLI, Vanum disputare de potestate*: riflessioni sulle origini del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, 1988, p. 189; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere (la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale)*, Padova, 1989; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992. Sul concetto di potere amministrativo, più recentemente sono tornati: G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, p. 115 s.; A. LENER, *Potere* (in generale). *b) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 610 s., pp. 640-641. Sull'eterogeneità delle tesi in punto d'interesse legittimo, quali orbitanti attorno alla nozione di potere, A. FIORITTO, *Gli interessi legittimi come fonte dell'ingiustizia amministrativa*, in Catelani-Fioritto-Massera, *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Napoli, 2011, p. 35 s., segn. pp. 39-40.

[92] Cfr. nell'ordine: M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel processo amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio del processo amministrativo)*, Torino, 2020; M. TRIMARCHI, *A proposito di Potere e situazioni soggettive nel processo amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio del processo amministrativo) di Andrea Carbone*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 831 s.; A. CARBONE, *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 244 s., 276 e 280.

ISSN 2036-7821

Procedendo per gradi, valga di osservare preliminarmente che le formule di legittimazione del potere possono così distinguersi (in linea di massima): «*... la legittimazione a base "soggettiva" sostiene in realtà, più che ogni singola decisione assunta, il complesso delle decisioni che il "legittimo" titolare del potere abbia occasione di emettere durante tutto il suo mandato.*

Le formule di legittimazione oggettiva non possono che attenere invece, in senso stretto, a ciascuna singolarmente delle decisioni adottate dal titolare di un potere che, per quanto dotato di una incontestabile investitura, non è in grado di ottenere efficacemente, su questa sola base, adesione e consenso»[93].

Per quel che maggiormente rileva ai fini della presente trattazione, valga di sostare su di un susseguente ordine d'implicazioni della vicenda di oggettivazione del potere: di particolare rilievo sul versante pubblicistico ed attinente al porsi, (accanto ad una questione di 'effettività' - capacità di fare -), di una problema di 'efficienza' (quanto a possibilità di ottenere)[94]. In quest'ottica, l'aggiornamento su di una nozione utile di potere (attribuito ad un organismo) pubblico è così sintetizzabile: «*quel che appare definitivamente consumata … è l'originaria capacità del potere pubblico di ottenere legittimazione, attraverso il richiamo alla corretta investitura del titolare, per una serie indefinita di decisioni – potenzialmente: per tutte quelle adottate entro i confini della propria "competenza" dal legittimo detentore –. Che è poi ... la saliente caratteristica – operativa, quindi definitoria – del potere legittimato soggettivamente.*

In questo senso, l'identificazione tra potere pubblico e potere legittimato obiettivamente risulta ... già oggi plausibile»[95]. Così, in quanto (per ciò solo) funzionalizzato *id est*, "doverosamente" diretto allo scopo di cura dell'interesse pubblico, del potere pubblico s'impone una "rivisitazione" (al pari della "buona amministrazione") sul piano (piuttosto che della doverosità) del vincolo modale di esercizio, quale (precario) *plafond* legittimativo[96].

4.2. Dalla legittimazione del potere a quella dell'interesse ('pubblico concreto' / 'legittimo')

Quanto esposto, pur assolvendo al compito di superamento di certa nozione di potere, almeno come metafora da impiegare nel misurarsi col problema della giurisdizione amministrativa, non è certo sufficiente al fine di fondare la *pars construens* del relativo discorso. Peraltro, all'uopo: se il progressivo prevalere di modalità dell'azione amministrativa su base oggettiva ha finito col rispondere ad

[93] ROMANO TASSONE, *A proposito del potere...*, p. 568.
[94] COTTA, *Potere e Autorità...*, p. 11.
[95] ROMANO TASSONE, *A proposito del potere...*, pp. 572-573.
[96] A partire da E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 293 s., segn. pp. 300, 302, 306.

ISSN 2036-7821

istanze di 'garanzia invertita' (in favore del cittadino); ben s'intuisce come mai la centralità del problema si sia spostata (ed allargata) sul tema della legittimazione (*an* prima che *quomodo*) dell'interesse pubblico corrispondentemente al punto di vista dell'amministrato cui ci si può momentaneamente riferire in termini di 'legittimo interesse' (in senso lato) per rifarsi ad una locuzione di marca prettamente 'comunitaria-unionista' che scongiura il rischio di condizionamenti derivanti dal *proprium* dell'esperienza italiana.

Su tale falsariga, va osservato che ormai ci si è addentrati in una fase storica in corrispondenza della quale, ad una società tecnicizzata ed in rapida trasformazione, hanno corrisposto: sia una relativizzazione del problema 'strutturale' di disciplina posto dall'indeterminabilità del futuro; sia un tendenziale avvicendarsi al *fondazionalismo* del *proceduralismo*[97]; da quest'ultimo risultando traibile persino una parte dei valori etici e politico-costituzionali, dominanti[98].

In quest'ottica, si potrebbe convenire su di un progressivo emanciparsi dall'indicato approccio 'volontaristico' (fondato sulla *voluntas legis*).

Beninteso, si è consapevoli che: il dato 'positivo' vada costantemente inteso quale principale 'formante' di riferimento; altrimenti, restandosi esposti alla censura d''inversione di metodo' (d'introduzione surrettizia di principi di 'giudizi determinativi' avvalendosi di concetti).

Nondimeno, ben si dovrebbe cogliere (giurisprudenza 'alla mano') la centralità che assumono, sul piano della qualificazione, le differenti 'sedi' (applicative) presso le quali viene traslato (risolvendovi il contesto globale di esperienza giuridica[99]) l'intreccio dell'ordinamento giuridico (alla stregua di un complesso di regole) con la trama delle relazioni fra i portatori degli interessi ed i beni o le situazioni (accessibili). Ciò, corrispondentemente a quanto risulta avvalorato dai più avanzati studi di ermeneutica giuridica in termini di rapporto (non lineare, sul presupposto di un significato oggettivo, pre-esistente cui l'interprete avrebbe accesso, bensì) circolare fra diritto e fatto, quale imprescindibile argine al dilagare delle precomprensioni[100].

---

[97] L. LOMBARDI VALLAURI, *Introduzione filosofica generale*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Procedura, procedimento, processo*, atti del convegno tenutosi ad Urbino, nei giorni 14 e 15 giugno 2007, Milano, Cedam, 2010, p. 3 s.

[98] A. GIULIANI, *Ordine isonomico e ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo*, in *Soc. dir.*, 1986, p. 81 s.

[99] Ci si riferisce *in primis* a quella processuale, nella quale si rinvengono sia il diritto che il fatto concreto: dinamicamente (e così) indissociabili, «*perché l'accertamento del fatto è già diritto, o se si vuole il fatto è intrinsecamente giuridico*» (S. SATTA, *Giurisdizione* – II. *Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 218-219). Ma altrettanto può concludersi con riguardo alla sede *procedimentale*, "al netto" della circostanza per cui l'operazione logico-decisionale non si traduce in un *giudizio* (necessariamente nella composizione di una controversia – *op. ult. cit.*, p. 223 –).

[100] MIGLIORINI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 290. Peraltro, si è progressivamente infoltita la schiera di quanti propendono a favore di uno schema non lineare (sul presupposto di un significato oggettivo, preesistente cui l'interprete avrebbe accesso: M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit. - di cui dà conto F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel*

ISSN 2036-7821

Gli è allora che resta comune il fondamento della comprensione nel processo applicativo: esso si traduce in quel 'nesso dialettico' (moto circolare) che dal 'diritto' (*quaestio juris*) conduce al 'fatto' (*quaestio facti*) per tornare al primo. In altri termini, ogni giudizio (quale esso sia) è prospettabile non come un *quid* a sé stante, bensì come il risultato di un'attività (non solo sotto un aspetto statico, ma anche in una visuale dinamica): considerando la comprensione come un momento 'essenziale ed ineliminabile' nella complessa operazione di applicazione della legge ad un caso concreto[101]. Solo aderendo allo schema logico-circolare di comprensione-applicazione, si è in grado di apprezzare che il giudizio logicamente non anticipa la determinazione volitiva, ma con essa s'identifica, progressivamente definendosi. Altrimenti, nell'ottica della teoria logicistica della decisione (che la equipara ad un

pensiero di Giannini e nella dottrina successiva, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2000, p. 1045 ss., segn. pp. 1046 e 1053 ss. -; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* -dir. da Cicu-Messineo-, Milano, Giuffrè, 1980), bensì circolare (E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503 ss., segn. p. 505) per via di un "dialogo coerente", nella consapevolezza del reciproco condizionamento (anche in termini di "precomprensione" del giurista") fra la disposizione normativa ed il contesto in cui trova applicazione, dal quale non può artificiosamente dissociarsi (GALETTA, *Violazione*, cit., p. 95). All'uopo, per i relativi riferimenti, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007, Jovene, par. 1.6. Sulla difficoltà ad operare una separazione fra valutazioni dell'interesse pubblico e completamento od integrazione della norma da applicare: M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge 205/2000 (le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza)*, in *Dir. proc. amm.* 2003, p. 55 ss., segn. p. 106 ss.; nonché P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi*, cit., p. 293 ss.). Sul piano epistemologico può rinviarsi, rispettivamente, a: M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. Torino, 1969; nonché F. SCHLEIERMACHER, *Etica ed ermeneutica*, tr. it. Napoli, 1985 e H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, 1988 - sul cui pensiero si sofferma G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza -i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer-*, Milano, 1984 -. Occorre prendere atto che la conoscenza, intesa come evento, quale ne sia la forma (spiegazione causale per le scienze naturali, comprensione -a seguito d'interpretazione- per le scienze dell'uomo), è preceduta e determinata costantemente dalle "progettazioni di senso" discendenti, se non dalla "soggettività", dalla partecipazione dell'individuo ad un "senso comune" fatto di giudizi e concetti che, rappresentandone il suo "habitat sociale", profondamente lo influenzano. La sua produttività ermeneutica è tanto meglio garantita quanto più l'interprete è riuscito a spezzare "il cerchio delle proprie private presupposizioni". Sulla precomprensione cfr. pure: L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, pp. 3 e 19; GADAMER, *Verità…*, pp. 265 e 307.

[101] Cfr.: L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 10-12, 19-20; GADAMER, *Verità*, cit., pp. 350 ss., 360 ss.; T. ASCARELLI è stato il precursore di quella tesi che presuppone la distinzione fra testo e norma (*Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, nonché -con aggiunte- in *Problemi giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1959, p. 140 ss.); G. ZACCARIA, *Indirizzi della filosofia e della teoria giuridica contemporanea: una mappa*, in *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990, pp. 19 e 164; J. ESSER in *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt a.M., 1972 (tr. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, a cura di Patti-Zaccaria, Napoli, Esi, 1983); F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 201 ss. Ciò comincia a far breccia anche nello specifico dato di esperienza laddove, in tema di verifica della difformità (o meno) dall'ordinamento dell'atto sottoposto a riesame, va segnalata la raccomandazione secondo cui la condizione di conformità deve potersi apprezzare nel senso (circolare) che «le situazioni di fatto da considerare si configurino in modo tale da consentire di ricondurle entro i confini di una corretta applicazione delle norme giuridiche di cui si doveva applicazione» (Cons. St., IV, 10 giugno 2004, n. 3719, in *Foro amm. -C.d.S.-*, 2004, p. 1675).

ISSN 2036-7821

sillogismo pratico[102]), la duplicazione delle fasi (posizione della regola del caso concreto e determinazione della susseguente decisione) si rivela non solo una inutile complicazione[103], ma (quel che è peggio) un'aberrazione del processo.

Tentando di ricavare una sorta di 'precipitato' specialistico dalle osservazioni sinora condotte, pare di poter sostenere che l'indiscriminato riferimento legislativo al 'potere' (di cui all'art. 7 cit. c.p.a.) è ultroneo: nella misura in cui stride con i canoni di teoria della norma secondo i quali, quando quest'ultima si conformi allo schema ipotetico-casuistico, cui corrispondono l'azione amministrativa vincolata ed il 'contraltare' della situazione di diritto soggettivo, vi è spazio solo per il rapporto 'norma-fatto'[104]; dunque, con esclusione del 'potere' (che, come tale, non può che essere discrezionale).

In quest'ottica, il riferimento all'esercizio autoritativo non è però superfluo: nella misura in cui serve a ricondurre il *proprium* della giurisdizione amministrativa a disposizioni rispondenti allo schema consequenzialista ('norma-potere-fatto') eppertanto, ad un agire discrezionale cui è correlata la figura dell'interesse legittimo. In quest'ottica, va inteso il riferimento ad "atti costituenti esercizio di *poteri autoritativi e discrezionali*"[105].

A tal punto, una compiuta elucidazione del dato normativo sotto osservazione, onde farne emergere tutte le potenzialità, esige un consono reinquadramento di teoria delle situazioni giuridiche soggettive. Ma, poiché queste ultime si connotano per certa 'trasversalità' rispetto alla somma partizione 'pubblico/privato', e la giurisdizione amministrativa è imperniata sull'interesse legittimo, occorre domandarsi come il medesimo si atteggi alla luce del principio di legalità e rispetto all'interesse pubblico.

In tale contesto, vien fatto d'interrogarsi quanto alle espressioni 'teoricamente possibili' della legalità: se esse siano compendiabili secondo l'alternativa 'esecutiva'/'teleologica', come deporrebbe anche il dato 'positivo' laddove sancisce (all'art. 1, L. n. 241/1990) il risolversi della legalità nel perseguimento dei 'fini determinati dalla legge'[106]; se (altrimenti), il 'problema politico' non sia risolvibile

---

[102] E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Nov.mo Dig. it.*, V, Torino, Utet, 1960, p. 268.

[103] B. CROCE, *Filosofia della pratica: economica ed etica*, Bari, Laterza, 1923, segn. pp. 27-28; ma cfr. pure, ID., *La storia come pensiero e come azione*, Bari, Laterza, 1965). Per la rilevanza del pensiero crociano sui problemi di storia e scienza del diritto, G. CASSANDRO, *Storia e diritto -un'indagine metodologica-*, in *Riv. st. dir. it.*, 1966, p. 5 ss. Cfr. pure: P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, ora in *Studi sul processo civile*, V, Padova, Cedam, 1947, p. 41; LUIGI (GINO) GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1941; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 41.

[104] In linea, Trib. amm. reg. Puglia, Bari, sez. II, 2 settembre 2023, n. 1095.

[105] *Ex multis*, in Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2023, n. 7929.

[106] A. CIOFFI, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 127-128.

ISSN 2036-7821

esclusivamente nella sede legislativa (sì da tradursi in 'problema amministrativo'[107]). Così: assumendo centralità lo scopo d'interesse pubblico 'non di parte' (in quanto espressione di un punto di vista che non è quello dell''apparato' – astrattamente dell'atto-attività, del potere –)[108]; altresì, potendo assumere rilevanza, nel concreto, interessi ulteriori. Non per caso, tale evenienza non si configura fintantoché restano insuperate le tradizionali precomprensioni (non solo teoretiche, con riferimento allo schema normativo di riferimento, ma altresì) epistemologiche, quanto alla trascuratezza del giurista verso l'interesse pubblico, per via di certa propensione a "trattarne" separatamente rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso[109]. Ciò, a sua volta, si spiega con due ordini di ragioni.

Innanzitutto, per via della teorica in forza della quale nel processo amministrativo (giuridicamente) si farebbe questione del solo interesse pubblico 'di parte' o dell'interesse legittimo come coincidente col primo (da cui "riceve[rebbe] la vita"), così riducendo il secondo al rango di mera prerogativa di reazione nei confronti del provvedimento illegittimo (tale da "sdoganare" la proposizione del ricorso giurisdizionale da parte dell'interessato[110]). Risponde al vero che tale tesi ha raccolto un seguito minoritario[111]; pur trattandosi della più raffinata fra quelle originatesi dalla medesima costola, per cui l'unica situazione giuridica, soggettiva, sostanziale, logicamente ammissibile, sarebbe il diritto soggettivo[112]. Ma ciò si spiega in ragione delle obiezioni tradizionali che si appuntano: su di una concezione rigidamente compartimentale ("a tenuta stagna") quanto alla distinzione tra 'norme di relazione' e 'norme di azione', e quindi tra illiceità ed illegittimità; sull'asserto secondo cui il processo amministrativo tutela soltanto l'interesse pubblico individualizzato nell'amministrazione[113]. In particolare, da decenni (ormai) la dottrina ha posto l'accento sulla giuridica implausibilità sia della tesi secondo la quale le norme 'di

[107] A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 551 s., 554-555.

[108] SANTI ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950, I, pp. 90 s., 96.

[109] Onde spiegare lo scarso approfondimento riservato alla nozione di "interesse pubblico": E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 1 s.

[110] E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi della giustizia amministrativa* (prolusione al corso di diritto amministrativo pronunciata il 14 dicembre 1936), in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, p. 51 s. (ora in ID., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 10).

[111] A. GLEIJESES, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, 1962, pp. 27-29, segn. p. 32 s., parla dell'interesse legittimo come (di una situazione soggettiva) coincidente con quello pubblico.

[112] F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d. (1910), p. 3.

[113] S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, pp. 251-255. Quanto alla dubbia accettabilità della distinzione fra norme di azione e di relazione sul piano della teoria generale: M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 229 s., segn. p. 282.

ISSN 2036-7821

azione' sarebbero poste a tutela del solo interesse pubblico, sia di quella per cui l'interesse sostanziale dell'individuo possa ridursi a mero fatto di legittimazione[114].

Il secondo ordine di spiegazioni di una trattazione separata dell'interesse pubblico rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso, può così articolarsi: per via della connotazione "anfibologica" di un raffronto (l'interesse legittimo designando una situazione giuridica, quello pubblico un interesse sostanziale giuridicamente rilevante come fine[115]); altrimenti, identificando l'interesse legittimo con un sotteso interesse sostanziale, privato, in ragione dell'inammissibilità di una "correlazione" con un interesse (quello pubblico) individuato normativamente, dato che «*laddove arriva la legge la definizione del rapporto fra gli interessi è per intero assorbita al suo livello senza spazi residui*» (subordinazione dell'uno o dell'altro) eppertanto, sarebbe da escludere una situazione giuridica strutturalmente distinta dal diritto soggettivo[116]. Gli è tuttavia che quest'ultima tesi neutralizza la (possibilità di) correlazione (al pari dell'idea d'interesse pubblico in concreto) con meri espedienti verbali (es., 'vincolo di scopo', inteso come volto a perseguire non un interesse pubblico, ma interessi obiettivati e già formalizzati in una regola - legge o atto amministrativo -, a prescindere dai singoli e concreti aspetti che costituiscono i motivi della manifestazione di volontà dell'amministrazione[117]); sì da concludere risolutamente nel senso dell'"irrilevanza della nozione di interesse pubblico nella qualificazione delle situazioni soggettive"[118]. Così facendo, però, il medesimo costrutto pare prestar il fianco a due ordini di obiezioni.

Innanzitutto, se l'art. 97 Cost. fonda, ad un tempo, la compiuta risoluzione dell'interesse pubblico nell'ordinamento e, mediante la nozione di legittimità 'allargata', il contenuto dell'interesse legittimo ("che non è possibile definire che in relazione all'interesse pubblico siffattamente risolto"): non solo vi si coglie l'essenzialità della prospettiva di giustizia per la comprensione del diritto amministrativo[119]; ma ne risulta 'sconfessata' qualunque interpretazione ritualistica

---

[114] A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, I, pp. 6-7 s.

[115] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, pp. 76, 80-81.

[116] A. ORSI BATTAGLINI e C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 487 s., segn. pp. 496-497.

Cfr. pure: R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3201 s., segn. p. 3212; M. PROTO, *La responsabilità dell'amministrazione per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, nota a Corte cost., Ord. 8 maggio 1998 n. 165, in *Resp. civ.*, 1998, p. 966 s.

[117] Così, sia pur nei confronti di atti di diritto privato, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, pp. 160-164. Sia consentito di rinviare, al riguardo, a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007, par. 3.9.3.

[118] Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *"L'astratta e infeconda idea". Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico* (AA.VV.), Bologna, 1990, p. 11 s., segn. p. 73.

[119] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 18.

ISSN 2036-7821

della legalità, sì da farne emergere gli aspetti sostanziali[120]. In definitiva, si tratta di condurre l'interesse legittimo dalla condizione di 'testa di ponte' della legittimità in certa area del merito (eccesso di potere) a strumento di massimizzazione della legalità stessa in chiave di tutela (intervenendo principalmente su entrambe le leve – processuale e procedimentale –).

In secondo luogo, quella tesi 'tradisce' una concezione di regola giuridica invariabilmente attestata secondo lo schema (imperativo – al più nella sua versione finalistica – *id est*) ipotetico-casuistico[121]. La risposta al dilemma concettuale di partenza sembra allora doversi ricercare altrove: prendendo spunto dall'irriducibilità, allo schema testé indicato, delle disposizioni di matrice 'consequenzialista'; sì da dover ricorrere ad una nozione epistemologicamente 'matura' d'interesse pubblico: non come appartenente (in via esclusiva) all'amministrazione, bensì visto nella dinamica della sua determinazione e quindi nella confluenza dei vari interessi che in tale dinamica sono coinvolti, compresi quelli degli amministrati; quale quella suffragata dalle accennate logiche dei meccanismi decisionali (interpretativo-applicativi) e del "circolo ermeneutico"[122].

Detto altrimenti, come conferma il dato globale di esperienza, non esiste alcun interesse, individuato da qualche disposizione normativa, che, nel contesto dell'agire concreto, non si trovi variamente connesso ad altri (i quali ultimi, a loro volta, anche in mancanza di una previsione normativa, non possono non essere ponderati da chi è tenuto ad operare la scelta)[123]. È, allora intuitivo (e plausibile) che «*fissare il rilievo e l'importanza di un interesse entro o di fronte una costellazione di altri interessi non è opera di ragione, anche se soggettiva: è già optare per un valore piuttosto che per un altro, equivale già alla scelta e cioè in ultima analisi alla volizione*»[124]. Dunque, «*non ha proprio alcun senso pretendere, come talora s'è fatto, che l'interesse pubblico individuato dalla norma come essenziale, costituisca il fine immutabile e predeterminato, un limite o un vincolo, esterno o interno che sia, dell'attività discrezionale*»[125]. Laddove, la sola considerazione del processo ermeneutico-applicativo, secondo uno schema 'circolare' (trovando favorevole sponda epistemologica nell'apporto del 'razionalismo critico' al problema della 'calcolabilità' delle conseguenze della decisione), può garantire al 'farsi'

[120] Giova di richiamare un passo di E. CANNADA BARTOLI, *Interesse...*, pp. 9 e 19.

[121] L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 274 s., segn. p. 290.

[122] L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Milano, 2017, pp. 122 s., 289. In tal senso, già A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65, segn. p. 77.

[123] M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 97. Cfr. pure A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, II, p. 320, nt. 111.

[124] F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 220 ss., segn. pp. 226-227.

[125] A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 65 ss., segn. p. 77.

ISSN 2036-7821

dell'atto una riconducibilità al dato globale di esperienza, (fra l'altro) con corrispondente massimizzazione delle adesioni da parte degli 'interessati'[126].

Convenendo con quanto esposto, la conclusione cui può provvisoriamente pervenirsi è così articolabile, tenuto conto che: quello pubblico non è (ormai) un interesse "che incorpora o nega gli interessi privati"[127]; in altri termini, il primo si delinea sempre più nitidamente (e legittimamente) via via che si arricchisce l'esercizio dell'interesse legittimo (da parte dei suoi portatori) a cominciare dal piano sostanziale[128]; ed in quest'ottica, trova favorevole sponda quell'autorevole dottrina secondo la quale (a differenza della coppia diritto-obbligo) «*entrambe le situazioni (potere autoritativo e interesse legittimo) vivono nell'ambito di una vicenda dinamica, che mena alla definizione di un (nuovo) assetto di interessi, nel quale si colloca la soddisfazione dell'interesse pubblico e può trovare posto la soddisfazione dell'interesse privato*»[129]. Ebbene: se tale simbiosi si rende possibile (solo) in quanto, sul presupposto della (prolungata) assenza di una compiuta disciplina sostanziale (del tipo di quella - *in primis* codicistica - dedicata ai diritti soggettivi), è anche al processo (alle sue forme ed ai suoi contenuti) che occorre attingere onde ricostruire i caratteri dell'interesse legittimo[130]; se l'ordinamento si contraddistingue in tal senso per il riconoscimento (sia pur in forme e sedi diverse) della 'plurisoggettività dell'interesse legittimo' e di uno strumentario di tutela consono alla varietà del sistema[131]; cade il duplice assunto (ancora ricorrente) di una estrazione esclusivamente 'volontaristica' dell'interesse legittimo, al pari di una trattazione separata dell'interesse pubblico rispetto al primo.

A tal punto, pare potersi giungere ad una prima conclusione in ordine all'oggetto del giudizio amministrativo: come non giova l'identificazione né con metafore quale quella del potere amministrativo, né con un provvedimento del quale si debba verificare la formale legittimità; tale deve reputarsi piuttosto (l'interesse pubblico concreto come indissociabile dal)l'interesse legittimo (in quanto di quello esprime il punto di vista del cittadino).

---

[126] F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., pp. 227-228. Sia consentito di rinviare altresì a P. COTZA, *Potere autoritativo*, cit., parr. 1.2.1. e 1.4. (*ivi*, testo corrispondente a nt. 188).

[127] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 122; R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescienza al provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1987, p. 84 ss.

[128] F.G. SCOCA, *Interessi protetti* -dir. amm.-, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, Treccani, 1990, p. 11.

[129] F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 399-400. Sul procedimento quale luogo per eccellenza della dinamica, G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini e D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, Maggioli, 1987, p. 805 ss.

[130] *Ex pluribus* L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., pp. 57, 84-86 e 90. Cfr. pure G. CORREALE, *Struttura del processo amministrativo e situazione fatta valere*, Caserta, Russo, 1978.

[131] G. ABBAMONTE, *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, Giuffrè, 1994, p. 137 ss., segn. pp. 137-138.

ISSN 2036-7821

4.3. Primato del dovere(-obbligo) sul diritto soggettivo e riflessi teoretici in punto di situazioni giuridiche

Tutto ciò però implica, sempre in chiave di correlazione, anche il superamento di una pregiudiziale differenziazione assoluta dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo; senza per questo dover sposare una soluzione 'negazionista', stanti la dicotomia strategica "delle regole / della funzione" (per l'appunto, quale riflesso dell''orizzonte normativo' di riferimento), come pure l'infondatezza della tesi che vorrebbe escludere la possibilità di differenze a livello strutturale per via di certa omologazione delle tecniche di tutela (sulla scia dell'insegnamento del Guicciardi).

Gli è, piuttosto, che ad un ormai variegato dato globale di esperienza non può non corrispondere un'articolazione delle situazioni soggettive, giuridiche, sui versanti tanto del diritto soggettivo, quanto dell'interesse legittimo[132]. Solo che quella diversificazione deve essere reimpostata, in chiave unitaria, alla luce del superamento di una concezione 'obiettiva' e 'rigida' delle norme giuridiche, come già di alcune delle relative superfetazioni (es., l''interesse semplice' o 'discrezionalmente protetto') la cui connotazione anacronistica ne risulta più evidente[133].

Così sviluppando il discorso sulla centralità che assumono, in una trattazione sulla giurisdizione amministrativa, le situazioni giuridiche soggettive, pare possa tornar di qualche utilità una rivisitazione di ordine teoretico delle relative questioni: posto che la distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi «*continua a dar filo da torcere alla giurisprudenza, perché i criteri usualmente utilizzati a questo fine non si prestano ad un'applicazione univoca*»[134]. Ci s'avvede infatti: della 'relatività positiva' del diritto soggettivo (anche la 'pubblicistica' avendo concordato – riscontri normativi 'alla mano' – che sotto tale *nomen iuris* ha finito ormai per compendiarsi una gamma d'interessi ampia – sotto diversi profili –[135]); nonché, del reciproco condizionamento con le 'ulteriori' figure (così che ridefinirne una implica la 'ricollocazione' delle altre).

Tuttavia, gli esperimenti condotti tendenzialmente hanno solo contribuito ad assecondare, nei discorsi sull''interesse legittimo' (come situazione soggettiva tendenzialmente 'deminuta') un 'taglio tecnicistico' (anche quando dogmaticamente pregevole): per le relative implicazioni, di assimilabilità disagevole da parte

---

[132] In questi termini SORACE, *Notazioni*, cit., p. 3914. Cfr. pure: A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (dir. amm.), cit., p. 978; nonché, prima dell'entrata in vigore della Legge generale sul procedimento, cfr. pure M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, cit., segn. p. 473.

[133] G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 190.

[134] Così sempre CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale…*, p. 227 s. il quale assume a termine d'attacco in particolare (e non per caso) la distinzione fra potere discrezionale e potere vincolato.

[135] ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive...*, p. 984 s.; S. CICCARELLO, *Doveri di protezione e valore della persona*, Milano, 1988; P. BARTOT, *La motivazione tra vizio formale e tutela sostanziale in giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 469.

ISSN 2036-7821

dell''individuo qualunque'[136]. Si è dell'avviso, invece, che il dichiarato 'approccio' d'indagine possa aver miglior fortuna, consentendo d'impostare più proficuamente quello specifico contesto di esperienza giuridica felicemente sintetizzato come 'problema (del rapporto) amministrativo'.

Procedendo con gradualità, va rilevato innanzitutto come da tempo paia doversi superare (secondo i dettami del formalismo giuridico) l'assunto tradizionale che seguita a riconoscere al diritto soggettivo la dignità di situazione giuridica, "primaria", oltre al *dovere* ed alla *facoltà*: dal momento che la disciplina comportamentale non consente di uscire dai termini di quell'alternativa; laddove l'interesse assume rilievo pressoché esclusivamente quale elemento teleologico del dovere(-obbligo)[137].

Beninteso, non che s'intenda optare (neppure) per una centralità esclusiva di quella dicotomia. Gli è, infatti, che: si renderebbe problematica la nozione di dovere e si risolverebbe in una "singolare idea" quella della sua preminenza, se non si soggettivizzasse e personalizzasse l'ordinamento[138]; assume altresì rilievo la distinzione fra *dovere giuridico* (a tenere un determinato comportamento) e *dovere finale* (laddove l'ordinamento vuole che non conseguano certi effetti qualora il comportamento non venga tenuto)[139];

il ruolo dell'elemento teleologico resta comunque fondamentale, giacché se l'ordinamento impone, ad un soggetto, certo comportamento, è per uno scopo che altro non può essere se non la tutela di un interesse; salvo stabilire esaustivamente le *tipologie* di quest'ultimo[140].

Nondimeno (ed in definitiva), quell'inquadramento può tornar utile sotto più versanti.

Così, il diritto soggettivo gode di una sua dignità giuridica in quanto: benché non rientri fra le situazioni giuridiche, primarie (il 'dovere' e la 'facoltà' che - per l'appunto - guadagnano il centro del sistema giuridico ontologicamente, sulla base dell'osservazione per cui la disciplina del comportamento non consente di uscire dall'alternativa fra necessità e possibilità di tenerlo); è collocato comunque in

---

[136] Significativamente L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della p.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, 1984, pp. 262-263 sviluppa analiticamente la propria nozione di base d'interesse legittimo nell'ordinamento generale.

[137] Valgano le (pur risalenti) connessioni di CASSARINO, *Le situazioni giuridiche...*, onde spiegare per quale ragione il diritto soggettivo possa considerarsi come situazione "inattiva" (col significato d'"interesse correlato ad un obbligo", o dovere in senso stretto, altrui – pp. 4-6, 11 s., 39 s., 46, 100, 102, 117 e 272 –): al centro del sistema giuridico (a partire dai due aspetti della funzione regolatrice dell'ordinamento, per affermarne quello primario nella composizione dei conflitti d'interessi mediante la disciplina del comportamento), quali situazioni soggettive primarie per eccellenza, distinguendosi il *dovere* dalla *facoltà*. Cfr. pure, *ivi*, p. 14.

[138] S. PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 289 s., segn. pp. 294-295.

[139] CASSARINO, *Le situazioni giuridiche...*, pp. 218, 18 s.

[140] CASSARINO, *Le situazioni giuridiche....* pp. 39 s., 297.

ISSN 2036-7821

correlazione diretta con una di quelle, il dovere; *rectius*, con la parte di quell'area meglio denominata 'obbligo' (per distinguerla dal dovere in senso lato), a sua volta segnata dal dato 'positivo'[141].

Ciò - sempre per quanto anticipato -, stante il connotato tipicamente relazionale del diritto soggettivo stesso: presupponente un rapporto fra soggetti ben determinati[142].

Ma, per quel che maggiormente rileva nel presente studio, l'inquadramento d'esordio può tornar utile onde emanciparsi da due 'precomprensioni'. *In primis*, ci si riferisce all'idea che, al di fuori di quella qualificazione, non vi sia altro spazio che per l'interesse di fatto (od al più semplice), sul presupposto che alla situazione '(in-)attiva' non possa che corrispondere (oltreché una differenziazione/differenziabilità '*a parte debitoris*') la certezza di attingere al 'bene della vita'[143]; al più risultando registrabili esclusivamente varietà tipologiche di 'carattere esteriore' (es., diritti soggettivi 'a regime amministrativo' – a garanzia delle posizioni vantate dagli altri consociati –[144]). Corrispondentemente, l'accento cade sull'assunto per cui la discrezionalità non potrebbe condividere una natura doverosa; nonché, sull'espediente (risolventesi, per l'appunto, in un giuoco di formule al pari di quanto rilevato a proposito dei 'precedenti' rappresentati dal *diritto alla legittimità-liceità* come da quello all'*osservanza di un 'vincolo di scopo'*) per cui il c.d. interesse legittimo altro non sarebbe che una *pretesa* cui corrisponde un '*obbligo* specifico' (gravante sul titolare del potere) «*ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell'interesse* [sostanziale] *in funzione della sua realizzazione*»[145].

4.4. Ritrascrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive …

A tal punto, sgomberato il campo dai fattori di 'precomprensione', trattandosi di offrire una soluzione 'in positivo', alla luce dell'orientamento epistemologico impresso ad un discorso impostato sull''approccio' teoretico (in senso lato), la distinzione fra situazioni giuridiche soggettive può così riformularsi (assecondando una lettura costituzionale) nel senso (del riconoscimento, *rectius*) della riconoscibilità di un pari rango dogmatico (istituto) a ciascuna.

---

[141] RUSSO, *Diritto soggettivo...*, p. 5. Cfr. pure: A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1958, pp. 160 s., 153 s., 149 s.; NICOLÒ, *Istituzioni...*, p. 19 s.; R. ALESSI, *La crisi attuale...*, pp. 312, 319; H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 157; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989, p. 70 s.

[142] Risultano illuminanti le (pur risalenti) connessioni di S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956 onde spiegare per quale ragione il diritto soggettivo possa considerarsi come situazione "inattiva" (col significato d''interesse correlato ad un obbligo', o dovere in senso stretto, altrui – pp. 11, 46, 100, 102 e 117: *ivi*, pp. 4-6 e 39 s., 14, 218, 18 s., 39 s. D'altro canto, cfr. quanto osserva SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 172 s.; nonché, *ivi*, ID., *Doveri, obblighi*, p. 91 s.

[143] L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione...*, *Introduzione*, pp. VII s., 105, 132 e 175.

[144] E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001, pp. 8-11 (e relative nntt.), segn. pp. 218-219, 365 e 373.

[145] L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi...*, pp. 95, 101, 102-105, 182, 7, 26, 28, 29, 219 s., 238.

ISSN 2036-7821

Il diritto soggettivo è qualificazione tendenzialmente riferibile a qualunque rapporto, fra centri d'imputazione d'interessi giuridicamente rilevanti (anche fra privati ed amministrazione pubblica), retto da disposizioni normative improntate ad uno schema ipotetico-casuistico (ancorché nella versione 'finalistica'), del 'rapporto'. Con correlata predeterminazione 'di massima' dell'interesse sostanziale, prevalente, come tale fronteggiante un obbligo[146]; salvo quel margine di riserva connesso alla circostanza in cui concorra una pluralità di disposizioni da conciliare mediante attività interpretativa; e fermo restando che ciò non significa (viceversa), a fronte dell'esercizio di un'attività vincolata, la necessaria presenza di un diritto soggettivo (quanto dipende dal tipo normativo di problema)[147]. In altri termini, il problema giuridico è corrispondentemente impostato secondo una predefinizione 'positiva' dell'interesse dominante: in assoluto o rispetto ad una data 'scala' spazio-temporale di riferimento. A questa stregua, risultano altresì comprese le ipotesi in corrispondenza delle quali (per quel che maggiormente rileva *ratione materiae*) l'ordinamento sia in grado di risolvere 'a monte' il concorso di disposizioni riconducibili a principi antinomici o che si presentino come tali: mediante strategie di gerarchizzazione-confinazione sistemica od avvalendosi di 'concetti-valvola'[148]; operazione complessificatasi dal momento che l'ordinamento nazionale è andato progressivamente compenetrandosi con quello 'comunitario-unionista'.

Laddove l'interesse legittimo ricorre ogniqualvolta sia sottesa, ai menzionati rapporti, una disposizione orientata secondo il criterio consequenzialista; come tale, integrante (l'esercizio di) un'attività discrezionale non solo sul presupposto della necessaria dipendenza, del soddisfacimento del titolare, da un contegno altrui[149], ma

---

[146] A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* – atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig, svoltosi in Milano, il 19 aprile 2013 –, Napoli, 2014, p. 171 s., segn. p. 193. Che, in coincidenza dei vincoli (obblighi) della p.a., al privato spettino diritti soggettivi, C. CUDIA, *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto)*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* – atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013 –, Napoli, 2014, p. 131 s., segn. p. 145.

[147] Così: G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 189; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 49 ss. L'esempio tradizionalmente addotto è quello della situazione riconducibile al vincitore di concorso pubblico: qualificata come d'interesse legittimo, rispetto al potere di assunzione, quantunque quest'ultimo risulti del tutto vincolato (eccezion fatta per il profilo dell'*an*). Cfr. pure: STELLA RICHTER, *L'aspettativa*, cit., p. 36 e G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975, p. 108.

[148] Delle strategie di gerarchizzazione-confinazione sistemica si è già riferito in nt. del par. 3. Quanto ai "concetti-valvola", si tratta di "formule problematiche" (es., clausola *rebus sic stantibus*, fiducia, rischio, pericolo, necessità, caso fortuito, etc.) atte a regolare, nei rapporti giuridici, la responsabilità per il futuro.

[149] Convenendo su di un elucidato 'senso sostanziale' della discrezionalità del comportamento del soggetto agente, BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., pp. 69, 79-80 conclude che «essa vale a caratterizzare l'essenza tipica dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva attiva (e cioè di vantaggio) inattiva». Sull'interesse legittimo quale «riflesso di una certa disciplina dell'attività amministrativa, della configurazione del potere della p.a. come discrezionalità e non come libertà», CUDIA, *Appunti* ..., p. 133. Cfr. pure (fatte salve le specifiche accezioni connesse al termine "potere"): D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, col. 205; G. SIGISMONDI, *Interesse legittimo e discrezionalità amministrativa*, in

ISSN 2036-7821

anche perché implicante una *comparazione fra interessi*, non una 'mera' scelta degli strumenti satisfattivi[150]. Dunque, una situazione giuridica 'trasversale' rispetto ai due emisferi ordinamentali. Stavolta il problema giuridico è normativamente impostato (non secondo una predefinizione dell'interesse dominante, bensì) in base ad 'economie di scala', ad indeterminabilità delle contingenze ed a risultati che ne possano derivare[151]. Ne consegue che non è interesse legittimo il diritto soggettivo 'compresso' a condizioni predefinite,

Resta inteso che:

pur essendo riconducibile ad uno schema normativo in corrispondenza del quale la relazione fra interessi è del tipo della complementarità (piuttosto che della funzionalità), sì da assecondare la tesi per cui all'interesse legittimo corrisponde un equilibrio *in fieri* (piuttosto che un rapporto di forza predeterminato, tipico del diritto soggettivo);

accedendo alla tesi per cui la discrezionalità condivide la medesima natura dell'operazione interpretativa delle disposizioni (testi); altresì, alla luce del contributo fornito dalla teoria del 'circolo ermeneutico' quanto all'indissociabilità tra fatto e diritto quale imprescindibile argine al dilagare delle precomprensioni[152];

Colloquio sull'interesse legittimo -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 147 ss. Per un accostamento (di teoria generale) dell'interesse legittimo alla discrezionalità (come tale coinvolgente il diritto privato), L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., p. 258.

[150] Prendendo spunto dai cc.dd. "diritti sociali" da soddisfarsi mediante le prestazioni dei "pubblici servizi" SORACE, *Notazioni*, cit., pp. 3917-3918.

[151] Onde lumeggiare in ordine ai caratteri dell'interesse legittimo nel campo del diritto amministrativo, può tornar utile anche una disamina delle forme di tutela accordate ad omologhe figure (in termini di pretese ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell'interesse al bene in vista del suo possibile soddisfacimento) individuate nell'ambito del diritto privato: per cui può rinviarsi a L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi...*, pp. 104-105 s.

[152] L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 274 s., segn. p. 290.

Peraltro, si è progressivamente infoltita la schiera di quanti propendono a favore di uno schema non lineare (sul presupposto di un significato oggettivo, preesistente cui l'interprete avrebbe accesso: M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit. - di cui dà conto F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2000, p. 1045 ss., segn. pp. 1046 e 1053 ss. -; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* -dir. da Cicu-Messineo-, Milano, Giuffrè, 1980), bensì circolare (respinge recisamente l'assunto di un significato oggettivo, preesistente che l'interprete sarebbe chiamato a svelare, E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503 ss., segn. p. 505) per via di un "dialogo coerente", nella consapevolezza del reciproco condizionamento (anche in termini di "precomprensione" del giurista") fra la disposizione normativa ed il contesto in cui trova applicazione, dal quale non può artificiosamente dissociarsi (GALETTA, *Violazione*, cit., p. 95). All'uopo, per i relativi riferimenti, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, Jovene, 2007, par. 1.6. Sulla difficoltà ad operare una separazione fra valutazioni dell'interesse pubblico e completamento od integrazione della norma da applicare: M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge 205/2000 (le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza)*, in *Dir. proc. amm.* 2003, p. 55 ss., segn. p. 106 ss.; nonché P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi*, cit., p. 293 ss.).

ISSN 2036-7821

potrà registrarsi (nel concreto dell'operazione applicativo-attuativa della norma[153]) un contributo costruttivo dell'interprete, dal 'tasso' non necessariamente superiore rispetto alle 'fattispecie' in cui la legalità (nella specie, amministrativa) è improntata ad uno schema ipotetico-casuistico (in corrispondenza del quale l'ordinamento è tendenzialmente improntato a prevedibilità).

Dunque:

riconosciuto all'interesse legittimo il rango di situazione giuridica, sostanziale staticamente distinta dal diritto soggettivo (per via di un reciproco riposizionamento);

premesso che, sul piano dinamico, l'interesse legittimo, in quanto trasposizione del 'circolo ermeneutico' nella versione dialogica del rapporto (conflittuale di libertà) fra individuo ed autorità, si risolve allo stesso modo del diritto soggettivo: nel suo aspetto di possibile trasformazione[154];

si tratta di verificare la possibilità di restituire all'interesse legittimo il rango di situazione giuridica, sostanziale, da 'trasversale' (rispetto ai due emisferi ordinamentali) a figura di rilievo 'identitario' dell'ambito di pertinenza del diritto amministrativo (sì da giustificare certa specialità in punto di tutela giurisdizionale).

Diversamente, si spiega la circostanza dell'essersi fatta strada persino la tesi favorevole all'articolazione di una sola situazione giuridica sostanziale, senza per questo dover necessariamente mutuare la categoria dottrinale dei diritti pubblici soggettivi (dal momento che problema centrale non è più di sostenere la posizione del cittadino verso o contro lo Stato, onde plasmarne la struttura su quella base bensì, di difenderla in concreto)[155]. Potendo così optarsi per certa polisemia all'insegna

---

Cfr. pure M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, pp. 244-246: «Perciò, non uno schema lineare (proprio del diritto naturale) che dalla natura/fatto va al diritto, ma uno schema circolare (proprio del diritto positivo) che dal diritto va al fatto per tornare al diritto. Così, può ben accadere che il fatto si possa prospettare in modo diverso da come appare compreso da una norma o secondo un principio. … ciò non dipenderà da un senso proprio del fatto ma dalla diversità del punto di vista dal quale viene riguardato, e cioè dalla circostanza che esso viene (ri)considerato a partire da un principio giuridico diverso. Dunque, il fatto non parla di sé ma del diritto da cui è illuminato. E ne parla con il diritto stesso, sicché non vi è un dialogo tra fatto e diritto ma piuttosto un confronto all'interno del diritto tra comprensioni (giuridiche) rivali del fatto. E perciò, ascrivere la "verità" al fatto equivale, comunque, a prescrivere la "verità" per decreto».

[153] R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 13.

Come noto, al contributo di M.S. GIANNINI si deve sia la distinzione della discrezionalità dalle manifestazioni dell'attività interpretativa (*L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939), sia la tesi secondo cui l'attività amministrativa (anche quando si presenti con le fattezze della discrezionalità) resta (sostanzialmente cura d'interessi, ma formalmente e) "fondamentalmente un'attuazione di legge" (*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 13-14, 22).

[154] F. LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, in *Riv. trim. Dir. pubbl.*, 1969; ID., *La tutela dinamica del diritto soggettivo secondo le sue potenzialità di trasformazione*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, p. 1973 ss.

[155] Cfr.: SANTI ROMANO (*La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Trattato di diritto amministrativo* -a cura di Orlando-, I, Milano, 1900; G. JELLINEK (*Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, tr. it. Milano, 1912; E. CASETTA, *Diritti*

ISSN 2036-7821

dell'interscambiabilità delle locuzioni (diritto soggettivo quale interesse legittimo dell'ordinamento generale, interesse legittimo quale diritto dell'ordinamento amministrativo).

Ciò, complice il contrarsi progressivo del momento propriamente discrezionale, almeno nella misura in cui ci si approssimi allo stadio giudiziale, stanti certo tecnicizzarsi di quell'ambito dell'attività amministrativa e l'ampliarsi del novero delle occasioni 'giustiziali' offerto al cittadino già sul piano procedimentale[156]; e, comunque, in considerazione:

sia di una progressiva occupazione dello spazio di tutela degli interessi individuali da parte di una torrentizia produzione di disposizioni (primarie e secondarie) volte soprattutto a regolare competenze e procedure[157];

sia di un graduale assorbimento dei 'tipi' delle situazioni soggettive, giuridiche, nazionali, corrispondenti ad un agire discrezionale in senso stretto, da parte dei modelli di garanzia concepiti dall'ordinamento dell'Unione europea[158].

Per intanto, valga solo di osservare che tali ultime connessioni si sono prestate ad almeno un ordine di sviluppi, nel senso che: «se non vi sono distinzioni tra diritto ed interesse, ma solo materie nelle quali si sviluppano i rapporti tra pp.aa. e cittadini, la giurisdizione esclusiva è il modello di riparto del tutto coerente con tale percorso. Dovrebbe anzi dirsi che la giurisdizione esclusiva per materie è l'unico criterio razionale di riparto delle giurisdizioni»[159].

Nondimeno, pare doversi salvaguardare un rilievo 'identitario', dell'ambito di pertinenza del diritto amministrativo, alla situazione giuridica soggettiva in esame, stante la sua relazione comparativa con l'interesse pubblico, che non può essere neutralizzata dal configurare la prima (al pari del diritto soggettivo) come 'quadro

---

pubblici subbiettivi, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 792, 796-797; C.F. von GERBER, *Über Öffentliche rechte*, Tübingen, 1852 e ID., *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, p. 55; recentemente B. SPAMPINATO, *Interesse legittimo e dintorni*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 275 s.

[156] A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* -dir. amm.-, cit., pp. 980-981; D. SORACE, *Notazioni in tema di posizioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1988, p. 3914 ss., segn. pp. 3915-3916. Sul tema cfr. pure G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, cit., 97; F. BRIGNOLA, *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, Giuffrè, 1994, p. 7 ss., segn. p. 9; E. CASETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, Giuffrè, 1994, pp. 19 ss., segn. p. 28.

[157] A. ROMANO, *Conclusioni*, cit., p. 198.

[158] BRIGNOLA, *Potere discrezionale*, cit., p. 8.

[159] A. CARIOLA, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Nomos*, 2021, par. 5. Sull'illogicità della tecnica di isolamento preventivo dei diritti e degli interessi ai fini del riparto di giurisdizione, sul suo mantenimento da parte del giudice esclusivo e sui relativi 'fardelli extraprocessuali', V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988, p. 119.

ISSN 2036-7821

riassuntivo' di una tutela 'positivamente' data[160]. Così da giustificare: oltre ad una larga diffusione dell'interesse legittimo (di là dai nominalismi) anche al di fuori dell'ordinamento domestico[161]; certa specialità a livello giurisdizionale (in termini, non di ostacolo all'effettività e pienezza della tutela del privato nei confronti dell'Amministrazione, ma neppure di parificazione integrale della protezione assicurata alle diverse situazioni giuridiche soggettive), trattandosi di far corrispondere, alla disomogeneità delle situazioni giuridiche soggettive, una diversità di contenuti, grado ed intensità della tutela giurisdizionale, non più una pluralità di azioni distinte ed incompatibili fra loro a seconda del discrimine fra situazioni soggettive[162].

Ciò, benché quella connotazione, calandosi nel contesto di esperienza pubblicistica, nazionale, non sempre risulti perspicua; quanto dipende dalla circostanza che le norme di relazione (riconducibili all'ordinamento generale) sovente tendono ad occupare spazi che competerebbero a quelle d'azione, sì da ingenerare una ingiustificata 'ipervalutazione' dell'interesse pubblico 'di parte' rispetto a quello dell'individuo[163].

In quest'ottica, dunque, non sembra potersi trasporre, nella presente trattazione, quanto sostenuto a proposito della giurisdizione 'piena' (come attualmente trasfusa, per via di materie, in quella esclusiva, in un contesto di generale rafforzamento delle prerogative del Giudice amministrativo), nel senso che:

come vi si fa valere (non tanto una singola e ben qualificabile situazione giuridica soggettiva, quanto) la propria complessiva pretesa sostanziale nei confronti dell'Amministrazione; così il carattere unitario dell'azione non consentirebbe né di scindere la tutela di alcune situazioni soggettive rispetto alle altre, né di differenziare i termini per l'esperibilità delle rispettive forme di tutela[164];

---

[160] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, p. 21. D'altronde, la medesima dottrina riconosce che non vi è alcuna necessità (o residua utilità) di negare la (concettualmente) 'ontologica' differenza intercorrente tra le diverse situazioni giuridiche soggettive, dal momento che, a fronte dell'interesse del singolo, si erga un momento di autorità pubblicistico (così A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, p. 518 s.).

[161] F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 54.

[162] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, p. 526 s., ove l'a. ribadisce che i problemi di effettività della tutela non derivano dalla coesistenza di distinte figure soggettive, bensì dall'inadeguatezza dell'azione giurisdizionale che sia prevista dall'ordinamento a tutela degli interessi legittimi: sì da spostare il baricentro, da una tutela del bene della vita indiretta (di annullamento per motivi di legittimità), ad una tutela diretta (riparazione o reintegrazione di un danno ingiustamente causato dall'Amministrazione).

[163] A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 95 ss., segn. pp. 99-100, 205.

[164] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, p. 152; ID., *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, pp. 384-385.

ISSN 2036-7821

la pienezza della cognizione sul fatto e sul rapporto controverso sottenderebbe ad una tutela reintegratoria tendenzialmente piena delle pretese sostanziali avanzate in giudizio, indipendentemente dalle situazioni soggettive della cui lesione ci si duole[165].

A questa stregua, niente esclude la possibilità di alternative alla conservazione (di una giurisdizione amministrativa imperniata sul criterio-nozione) dell'interesse legittimo cui è approdata il presente scritto avvalendosi dell'ausilio metodologico. Se non che, non pare che le opinioni avanzate al riguardo (spintesi sino a neutralizzare quella figura facendola confluire nell'alveo del diritto soggettivo) abbiano condotto a risultati (se non inequivoci, quantomeno) plausibili sul piano concettual-sistematico e soddisfacenti su quello 'operativo'[166].

Si tratta evidentemente di tornare sui rapporti fra interesse legittimo ed interesse pubblico (astratto-primario-concreto), per cui cfr. quanto *supra* esposto. Piuttosto, per quel che maggiormente rileva ai fini del presente scritto, pare doversi osservare che siffatta prospettazione risulta meno 'eversiva' di quanto possa apparire *prima facie*, sol che si ponga mente sulla sua consustanzialità col profilo di tutela giurisdizionale e sulla singolarità ('inversione di metodo') di una situazione giuridica soggettiva nata onde giustificare l'istituzione di una giurisdizione speciale. Infatti: 'al netto' della vicenda storica che ha condotto ad optare per un sistema dedicato a determinate situazioni giuridiche soggettive qualificabili come interessi, ma non come diritti,

---

[165] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, pp. 177-178; ID., *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, pp. 4, 9, 19 e (quanto al rapporto fra effettività della tutela e cognizione piena) 39.

[166] *Ex pluribus* possono segnalarsi: A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 273; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Rimini, 2016; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017; P. COTZA, *L''interesse legittimo' alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, ESI, 2017; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della* vicinitas, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 771 s.; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, Rimini, 2017; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018; G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in *sipotra.it*, 14 gennaio 2020; R. BIN, *È scoppiata la terza 'guerra tra le Corti'? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 18 novembre 2020; G. MONTEDORO e E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, 11 dicembre 2020; B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2020; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews (Foro it.)*, 12 ottobre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020; I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, Rimini, 2021; P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff*, Napoli, 2021; A. CARRATTA, *Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività*, in ID., (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021; F. FRANCARIO, il *Pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia s.p.a.*, in *federalismi.it*, 9 febbraio 2022; M. MAZZAMUTO, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustizia insieme*, 16 marzo 2022.

ISSN 2036-7821

parallelo e tendenzialmente pariordinato a quello di tutela giudiziaria dei diritti soggettivi[167]; l'evolversi della giurisdizione del giudice amministrativo, nel senso di un progressivo incremento dello strumentario di tutela, ha finito col dare corpo ad un sistema che si discosta sempre meno dall'idea alternativa a quella (risultata prevalente) improntata al parallelismo con la giurisdizione del Giudice ordinario; cioè, ad un rafforzamento del sistema di tutela giudiziaria originato dalla l. cont. amm., onde garantire effettivamente, mediante opportune garanzie processuali, la tutela dei diritti e dei diritti-interessi dei cittadini nei confronti della pubblica Amministrazione.

Ed a ciò ha senz'altro concorso il dato costituzionale: per un verso, vietando qualsiasi limitazione al sindacato giurisdizionale sugli atti della pubblica Amministrazione, e garantendo il più largo accesso ai mezzi di tutela giurisdizionale nei confronti della medesima; per altro verso, incentrando il controllo giurisdizionale degli atti della pubblica Amministrazione sul potere di annullamento, riservando alla legge il compito d'individuare il giudice. Ciò, con un radicale mutamento di prospettiva rispetto al principio contenuto nell'art. 4, 2° co., l. cont. amm.: dal momento che cade il divieto, per il giudice ordinario, di annullare gli atti amministrativi (prerogativa non più esclusiva del giudice amministrativo).

Non per caso si è osservato che: «la Costituzione tende pertanto a porre in rilievo la conformazione e il contenuto del potere cognitivo e decisorio del giudice rispetto alla qualità soggettiva dello stesso, secondo un processo di immanente verifica giudiziale sull'atto amministrativo. … Principio di sviluppo della giurisdizione amministrativa [artt. 103 e 113 Cost.] e principio della giurisdizione unica (art. 102 Cost.) si intrecciano dialetticamente nell'ordinamento costituzionale, rappresentando opposte tendenze in continuo rimescolamento»[168].

4.5. … e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione

Potrebbe obiettarsi che la linea di confine fra giurisdizioni così tracciata (avuto riguardo alle implicazioni, sulla 'qualificazione' degli interessi 'individuali', del 'modo di essere della produzione giuridica di diritto amministrativo') risulta in parte contraddetta dal dato 'positivo' e, in definitiva, assai labile.

---

[167] Evidentemente ci si riferisce: all'iniquità dei limiti della tutela giudiziaria a fronte di uno Stato unitario contraddistinto da una crescente estensione ed intensificazione dell'azione amministrativa; ad un'applicazione riduttiva della Legge del 1865, dal momento che i Tribunali ordinari tesero ad escludere la propria giurisdizione ogniqualvolta fosse stata richiesta la pronuncia a tutela di un diritto sul quale un'autorità amministrativa avesse esercitato un potere comportante la compressione o l'estinzione del diritto medesimo per ragioni di pubblico interesse; nonché, all'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato (già di per sé garantista dell'immunità dell'Amministrazione dagli influssi politici del Governo), in funzione della sostituzione della disciplina contenuta nell'art. 3 l. cont. amm., quale giudice preposto alla tutela degli interessi non protetti come diritti; sì da rafforzare, con l'una, gli altri.

[168] A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, 2001, p. 14.

ISSN 2036-7821

Quanto alla prima obiezione, valgano due ordini di connessioni che si sommano sia a quanto anticipato a proposito del rapporto fra atti vincolati e situazioni soggettive giuridiche, sia a quanto esposto nelle pagg. segg. circa le azioni di annullamento ed avverso il silenzio (inerzia) della pubblica Amministrazione, quando si tratti di attività vincolata.

Innanzitutto, è frutto di un'inversione di metodo il concludere che i diritti 'fondamentali' siano (intrinsecamente) resistenti di fronte all'esercizio del potere amministrativo[169]; con le relative implicazioni in punto di giurisdizione delle relative controversie.

In secondo luogo: rispetto all'obiezione per cui, anche a fronte di disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, si è concluso di rinvenire interessi legittimi; può agevolmente replicarsi che essa sarebbe frutto di travisamento: posto che prende le mosse da quell''inversione di metodo' che storicamente ha 'giustificato' il riparto di giurisdizione mediante una sedicente distinzione fra situazioni giuridiche; laddove a quest'ultime corrispondono (solo) differenti schemi normativi[170]. Prova ne sia che le disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, tendenzialmente improntate ad uno schema ipotetico-casuistico, sono la risultante di una vicenda storica di progressivo depauperamento di spazi che furono di pertinenza di norme d'azione (dell'ordinamento amministrativo) eppertanto, della discrezionalità amministrativa, cristallizzando consolidati criteri di esercizio ed organizzativi, per rispondere a logiche interne agli enti di amministrazione, piuttosto che di garanzia[171]. *Ergo*, se e nella misura in cui non assolvono indiscutibilmente a (prevalenti) istanze di tutela d'interessi individuali, si dovrebbe concludere che sottendano (ancora) ad

---

[169] Di diverso avviso F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo, in Il processo,* 2021, p. 16.

[170] In tali connessioni paiono drammaticamente risuonare più nette riflessioni di C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione diritto*, 2009, p. 34 ss., segn. pp. 47-48, circa la funzione che sarebbe attualmente riconoscibile all'interesse legittimo.

[171] E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, ed. 1942, p. 34 (ed. 1954, p. 37). Come anticipato, di diverso avviso E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, p. 266. Nell'ottica testé prospettata pare doversi "leggere" lo specifico contributo sistematico offerto da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 82.

Di diverso avviso, E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, p. 266: «... le norme sull'attività dell'amministrazione sono state introdotte e vigono ... per far correre l'azione amministrativa su binari che, compatibilmente con il soddisfacimento dell'interesse pubblico, assicurino la tutela dei destinatari dell'azione medesima. L'azione amministrativa si svolgerebbe con minori impacci e in concreto magari (non necessariamente, s'intende), con maggiore vantaggio per l'interesse pubblico, se le norme di azione non esistessero. Le norme di azione sono regole garantiste».

Sulla 'dequotazione dell'incompetenza' sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Il 'merito amministrativo' nell'attualità del 'sistema di giustizia' (un approccio dogmatico-epistemologico)*, Cagliari, Edizioni giuridiche, 2025, par. 4.

ISSN 2036-7821

interessi legittimi[172]; ed in quest'ottica andrebbe letto il 'combinato disposto' dell'art. 7 c.p.a., c. 1 e dell'art. 29 c.p.a. (tenendo presente che quest'ultima disposizione ha ormai 'metabolizzato' un ondivago atteggiamento del Legislatore, tra istanze di buon andamento e di garanzia, di cui l'art. 21-*octies*, L. n. 241/1990, c. 2, rappresenta solo l'ultima - non è detto definitiva - espressione).

Quanto alla seconda obiezione, basti replicare che, ad un discorso di 'rivisitazione', quale testé avanzato, non deve necessariamente corrispondere l'esaustività. Sennonché, tale limite va semplicemente accettato in una logica operazionale di "costi/benefici"; assumendo consapevolezza: delle conseguenze alle quali conduce (stante la connessione complessiva di ogni divenire) l'impiego di mezzi pur soggettivamente "adeguati"; per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell'esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle "teorie rivali", onde condurre all'emersione degli errori ("falsificazione") ed alla loro eliminazione[173]; sul presupposto che l'esercizio discrezionale condivide la medesima natura del circolo ermeneutico.

Laddove certa connessione, fra situazioni giuridiche e schemi normativi, può (se non altro) giovare all'interprete quale approccio orientativo 'di massima'.

A questa stregua, rispetto al tema (di 'complementarizzazione') che occupa in via principale il presente studio, si ritiene di aver assolto al primo degli impegni propedeutici assunti (par. 2.2.): di proporre, con riguardo alla questione del riparto di giurisdizione come problema processuale, una soluzione intrinsecamente ed essenzialmente legata, sul piano sostanziale, ad una distinzione di situazioni giuridiche soggettive (diritto soggettivo / interesse legittimo) che (passando attraverso un discorso di 'rivisitazione' degli assetti tradizionali) si riduce ai minimi termini degli schemi normativi di riferimento (rispettivamente, ipotetico- casuistico / consequenzialista).

---

[172] Tale prospettiva è nitidamente offerta da A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 171 ss., segn. pp. 198-199.

[173] Cfr.: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, p. 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, p. 59 s.

Ciò, in una condizione del sapere sempre mutevole, mai definitiva, benché non sprovvista dell'attributo dell'oggettività: dato che il prodotto della discussione scientifica, critica (ossia – almeno in una certa forma –, "razionale"), prevalente in un determinato tempo per avere dimostrato il maggior grado di "resilienza", è conoscenza; come tale, distinta dalle semplici opinioni (dalle "credenze") che essa sospende in forza della sua "evidenza". Una teoria, dunque, capace di conquistare il consenso di coloro i quali vedano, nel metodo della discussione razionale ("problematico", "deduttivo dei controlli", "selettivo", "autocorrettivo"), uno strumento di riconciliazione fra pensiero generale e discipline "regionali", compresa quella giuridica (per cui può rinviarsi a M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, tr. it. Torino, 1958).

ISSN 2036-7821

III

5.1. Collaudo di un 'approccio' dogmatico: in punto di 'riparto' …

Alla luce di quel che precede, pare potersi mettere alla prova la bontà di un costrutto dogmatico, sull'identificazione della giurisdizione: che ha 'corretto' l'incidenza del concetto di potere riservandogli un ruolo più contenuto: non nel senso che quello amministrativo sia il giudice del 'pubblico potere'; bensì onde escludere, dal sindacato di quel giudice speciale, un generico coinvolgimento del pubblico interesse nella controversia o nella mera partecipazione di un'Amministrazione pubblica al giudizio. Così, radicando (tendenzialmente) quella giurisdizione in corrispondenza dell'esercizio discrezionale (eppertanto, della formazione dell'interesse pubblico concreto)[174]; coll'aggiunta delle questioni d'incompetenza e violazione di legge (come sviluppo 'garantista' di un assetto discrezionale); in definitiva, sussumendo quel radicamento alla natura della situazione giuridica azionata[175].

Quanto al giudice ordinario, la giurisdizione sarebbe ravvisabile ogniqualvolta:

al cospetto di una condotta vincolata dell'amministrazione pubblica *id est*, non riconducibile all'esercizio (potere) discrezionale (o non più tale[176]), in considerazione della dedotta inosservanza di 'norme di relazione' (*rectius*, rispondenti allo schema ipotetico-casuistico) da parte della prima;

la domanda giudiziale si ricolleghi alla tutela di una posizione di diritto soggettivo; ciò, «anche qualora sia dedotta l'illegittimità di provvedimenti amministrativi … dei quali è eventualmente possibile la disapplicazione da parte del giudice, chiamato a

---

[174] Cfr.: G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo* (a cura di G. Guarino), I, Milano, 1983, p. 101 s.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371 s.; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, p. 166 s.; E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Dir. e proc.*, Padova, 1978, p. 301 s., segn. p. 310; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 s.

[175] Per un inquadramento generale può ultimamente rinviarsi anche a Trib. amm. reg. Puglia, Bari, sez. II, 2 settembre 2023, n. 1095.

[176] Cass, civ., sez. un., Ord. 6 luglio 2023, n. 19160 («in tema di misure volte a fronteggiare i danni causati da eccezionali calamità atmosferiche, il procedimento amministrativo per l'attribuzione dell'indennità in favore del privato richiedente, con la conseguente nascita del diritto soggettivo, si esaurisce con l'adozione del provvedimento di concessione del beneficio da parte dell'amministrazione incaricata dell'istruttoria, senza che rilevi l'eventuale ratifica o meno da parte dell'ente erogatore del contributo. Pertanto, una volta che l'ente delegato per legge abbia individuato il singolo beneficiario con un formale provvedimento, la controversia promossa dal privato per ottenere la condanna al pagamento del contributo rientra nella giurisdizione del giudice ordinario. In altri termini, fino a quando residua in capo all'Amministrazione un potere discrezionale, la posizione del privato è di interesse legittimo; una volta che l'Amministrazione, invece, abbia assunto la propria decisione, la posizione è di diritto soggettivo»).

ISSN 2036-7821

statuire sull'esistenza delle condizioni richieste dalla legge» perché quelli vengano adottati[177].

Mentre, la giurisdizione del giudice amministrativo andrebbe (per l'appunto) ravvisata quando: al cospetto di una condotta riconducibile all'esercizio di potere (discrezionale), in considerazione della dedotta inosservanza di 'norme di azione' (quantomeno quelle rispondenti allo schema consequenzialista 'norma-potere-fatto'); la domanda giudiziale si ricolleghi alla tutela (dell'interesse pubblico, concreto come reso, secondo il punto di vista dell'amministrato, dall'istituto) dell'interesse legittimo. Dunque, così (solo) instaurandosi un rapporto interattivo fra le due 'coordinate' fornite dal Legislatore.

Fermo restando che il medesimo criterio dovrebbe sovrintendere alla disciplina del 'riparto', in caso di mancato esercizio amministrativo: Giudice ordinario, corrispondentemente ad un dovere vincolato (obbligo); Giudice amministrativo, a fronte di un dovere di scelta discrezionale[178].

Invece, quel che sembra doversi escludere, nella disciplina del 'riparto', è innanzitutto di accordare rilievo al generico potere autoritativo, in quanto non solo 'di scelta', ma anche 'costitutivo dell'effetto'[179]; potendosi obiettare che tale tesi sconta, l'indubbio rigore concettuale, sul piano ermeneutico-funzionale e di logica 'operazionale' (in termini di costi/benefici). Ciò, per via di un intorbidamento che ne deriverebbe alla questione di 'riparto':

nella sua impostazione in sé, come fondata sulla *causa petendi*, sulla natura della situazione giuridica soggettiva (dal momento che non è dato di comprendere, teoria della norma 'alla mano', per quale ragione ad un esercizio vincolato corrispondano interessi legittimi[180]) ed orientata dal principio di 'unicità' (che risulterebbe violato

[177] Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. IV, 8 marzo 2023, n. 599, a proposito di una controversia introdotta da quanti si siano opposti ad un provvedimento amministrativo di rilascio di un immobile di edilizia residenziale pubblica, occupato senza titolo. Cfr. pure Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VII, 7 marzo 2023, n. 1467.

[178] Cons. Stato, sez. III, 25 maggio 2023, n. 5139. *Item*, Cons. Stato, sez. IV, 2 maggio 2023, n. 4415.

[179] In tal senso F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 1 s., segn. p. 31 s.

[180] Del resto, alla dottrina (della quale rende conto A. ROMANO, - a cura di -, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, 2001, p. 21) secondo la quale «le situazioni legittimanti al ricorso giurisdizionale amministrativo sono corrispondenti a norme dell'ordinamento amministrativo, o più specificamente a norme procedimentali di azione, di organizzazione e di regolazione del potere della pubblica amministrazione», può obiettarsi che quella regolazione ('al netto' delle norme di azione ed organizzazione) corrisponde proprio all'esercizio discrezionale. Allo stesso modo, avuto riguardo alla tesi (riportata sempre in A. ROMANO, - a cura di -, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, 2001, p. 31) secondo la quale «appartiene alla giurisdizione civile la domanda di tutela di un interesse individuale, la quale si basa sulla contestazione della stessa esistenza, o spettanza all'amministrazione, del potere di cui il provvedimento lesivo di tale interesse è esplicazione (o, meglio, ne vuole essere); viceversa, appartiene alla giurisdizione amministrativa una domanda avente il medesimo contenuto, la quale si basa sulla più circoscritta contestazione della sola illegittimità dell'esercizio nel quale consiste il medesimo provvedimento, del potere di cui è espressione, di cui il ricorrente non nega, perciò, l'esistenza, o la spettanza all'amministrazione».

ISSN 2036-7821

sottraendo al Giudice ordinario le controversie corrispondenti ad un esercizio vincolato);

nonché (e corrispondentemente), nella sua appendice della previsione normativa di una giurisdizione esclusiva (che perderebbe di autonomo rilievo sistematico (specie a partire dal conferimento al giudice amministrativo di prerogative generali di piena giurisdizione[181]) per finire mortificata da un (pseudo)criterio d'identificazione per 'materie'[182].

A fortiori, sempre per il tramite del generico riferimento al potere autoritativo, non pare condivisibile che si riconosca un ruolo surrogatorio (rispetto al criterio del tipo di situazione giuridica soggettiva) al collegamento (o meno) della fattispecie con un formale provvedimento amministrativo (in quanto tale e non per la sua natura discrezionale); semmai, essendo il criterio della natura della situazione giuridica soggettiva ad assumere un ruolo assorbente al cospetto di atti autoritativi[183].

Ciò, sul piano sistematico, a conferma:

di un rapporto di gerarchizzazione fra i due criteri che, di regola (per via dell'unicità della giurisdizione), dovrebbe determinare una sostanziale neutralizzazione del rilievo di quel collegamento (limitato a legittimare una cognizione incidentale e, a livello decisorio, la disapplicazione in capo al Giudice ordinario);

di un rapporto invece di confinazione, circoscritto ai casi di esercizio discrezionale cui si correla il criterio della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo.

Dunque, una soluzione che storicamente affonda la propria giustificazione in ragioni metagiuridiche: sol considerato che, in origine, la stessa insindacabilità, da parte del

---

[181] In tal senso, anteriormente al vigente Codice del processo amministrativo, V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988, p. 269: «… la giurisdizione esclusiva avrà un futuro se riuscirà a trasformarsi da appendice "ibrida" del processo di legittimità, di cui ripete ambiguamente forma e sostanza, in una giurisdizione "piena" sia nel senso … per cui i poteri del giudice si colleghino alla domanda di giustizia, senza che la configurazione preliminare delle situazioni soggettive precluda questa o quella domanda, in una considerazione unitaria dell'azione giurisdizionale; sia riconoscendo al giudice amministrativo esclusivo tutti i poteri che consentono di soddisfare pienamente l'interesse fatto valere dal ricorrente, adeguando la pronunzia alla domanda giudiziale». Cfr. pure: A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo - II. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001; ID., *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 974 s.; recentemente, F.G. SCOCA, *Scossoni …*, 2021, p. 32.

[182] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa esclusiva. Implicazioni di una riflessione intorno ai principali criteri fondanti in punto di 'riparto'*, in *amministrativ@mente.it*, 2024, p. 1575 s.

[183] Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. III, 24 luglio 2023, n. 1111 secondo cui «quando la pubblica amministrazione decide di procedere alla revoca di un atto, il potere di autotutela partecipa dello stesso potere esercitato con l'atto revocato con la conseguenza che a fronte del diritto soggettivo del ricorrente ad ottenere un permesso provvisorio in attesa dell'esame della sua domanda di protezione internazionale, il potere esercitato in sede di revoca di tale permesso è destinato a incidere sulla stessa tipologia di situazione giuridica soggettiva, la cui tutela deve essere pertanto ricondotta nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario». *Item*: Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. I, 18 luglio 2023, n. 1076; Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. II, 14 luglio 2023, n. 1700.

ISSN 2036-7821

giudice ordinario, degli aspetti discrezionali dei provvedimenti incidenti su diritti soggettivi, si spiegava per via, non di una giurisdizione amministrativa, bensì di una sfera di poteri riservati all'amministrazione.

Allo stesso modo, in termini di confinazione, si spiega l'affidamento, al giudice amministrativo:

di questioni d'incompetenza e violazione di legge, in quanto sviluppo 'garantista' di un assetto altrimenti discrezionale (come in origine[184]) eppertanto, giustificato secondo 'concentrazione-specializzazione';

altresì, delle controversie derivanti da azioni di annullamento ed avverso il silenzio della pubblica Amministrazione (accertamento dell'obbligo di provvedere e

[184] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa. Riflessioni intorno ai principali criteri fondanti ed alle implicazioni in punto di riparto*, in *Arch. Giur. Serafini*, 2023, p. 103 s., segn. pp. 155-156: «Potrebbe obiettarsi che la linea di confine fra giurisdizioni così tracciata (avuto riguardo alle implicazioni, sulla 'qualificazione' degli interessi 'individuali', del 'modo di essere della produzione giuridica di diritto amministrativo') risulta in parte contraddetta dal dato 'positivo' e, in definitiva, assai labile.

Quanto alla prima obiezione, laddove fondata sul riscontro per cui, anche a fronte di disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, si è concluso di rinvenire interessi legittimi, può agevolmente replicarsi che essa sarebbe frutto di travisamento: posto che prende le mosse da quell''inversione di metodo' che storicamente ha 'giustificato' il riparto di giurisdizione mediante una sedicente distinzione fra situazioni giuridiche; laddove a quest'ultime corrispondono (solo) differenti schemi normativi. Prova ne sia che le disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, tendenzialmente improntate ad uno schema ipotetico-casuistico, sono la risultante di una vicenda storica di progressivo depauperamento di spazi che furono di pertinenza di norme d'azione (dell'ordinamento amministrativo) eppertanto, della discrezionalità amministrativa, cristallizzando consolidati criteri di esercizio ed organizzativi, per rispondere a logiche interne agli enti di amministrazione, piuttosto che di garanzia. *Ergo*, se e nella misura in cui non assolvono indiscutibilmente a (prevalenti) istanze di tutela d'interessi individuali, si dovrebbe concludere che sottendano (ancora) ad interessi legittimi; ed in quest'ottica andrebbe letto il 'combinato disposto' dell'art. 7 c.p.a., c. 1 e dell'art. 29 c.p.a. (tenendo presente che quest'ultima disposizione ha ormai 'metabolizzato' un ondivago atteggiamento del Legislatore, tra istanze di buon andamento e di garanzia, di cui l'art. 21-*octies*, L. n. 241/1990, c. 2, rappresenta solo l'ultima - non è detto definitiva - espressione)».

Nell'ottica testé prospettata pare doversi "leggere" lo specifico contributo sistematico offerto da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 82. Tale prospettiva è nitidamente offerta da A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 171 ss., segn. pp. 198-199.

Di diverso avviso, E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, p. 266: «... le norme sull'attività dell'amministrazione sono state introdotte e vigono ... per far correre l'azione amministrativa su binari che, compatibilmente con il soddisfacimento dell'interesse pubblico, assicurino la tutela dei destinatari dell'azione medesima. L'azione amministrativa si svolgerebbe con minori impacci e in concreto magari (non necessariamente, s'intende), con maggiore vantaggio per l'interesse pubblico, se le norme di azione non esistessero. Le norme di azione sono regole garantiste».

Sul punto cfr. pure: C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione diritto*, 2009, 34 ss., segn. pp. 47-48, circa la funzione che sarebbe attualmente riconoscibile all'interesse legittimo; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, ed. 1942, p. 34 (ed. 1954, p. 37).

ISSN 2036-7821

condanna al rilascio del provvedimento richiesto), quando si tratti di attività vincolata[185].

Sempre in termini di (progressiva) confinazione si spiegano:

l'affidamento, al giudice amministrativo, di una porzione di giurisdizione in via esclusiva; nonché, al di fuori di tale ambito, della cognizione incidentale delle questioni pregiudiziali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale;

la sottrazione al giudice amministrativo, con correlata riserva all'autorità giudiziaria ordinaria, delle questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso.

D'altronde, solo aderendo alla perorata prospettazione, si è in grado di porre rimedio alla frizione generatasi fra l'art. 2, L. n. 2248/1865, all. 'E' e l'art. 7 c.p.a., dal momento che, quanto alla devoluzione delle controversie: l'uno, spinge a favore del giudice ordinario pur al cospetto di provvedimenti amministrativi; l'altro, invece, verso il giudice amministrativo quando quelle riguardino provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio del potere amministrativo. Laddove, l'accessibilità (al cittadino ed all'operatore giuridico) del criterio di 'riparto' è adeguatamente garantita per il solo fatto che il riferimento della disciplina più risalente riguarda i provvedimenti vincolati, mentre quello della disciplina più recente attiene alle determinazioni discrezionali. Il che si ripercuote in punto di poteri di cognizione: al giudice ordinario (oramai) non negandosi la conoscenza della causa dell'atto lesivo del diritto soggettivo, purché quello sia vincolato.

Ciò, trova conferma anche laddove la questione di giurisdizione si ponga in seno a controversie introdotte dal privato a fini risarcitori, nel senso che si distingue (sia pur senza particolare rigore dogmatico) a seconda che il danno consegua: all'esercizio (ancorché omesso) di un potere discrezionale, 'ai sensi dell'art. 7 cod. proc. amm.', così colpendo un interesse legittimo; altrimenti, a comportamenti dell'Amministrazione pubblica che non si siano tradotti in 'scelte od atti autoritativi', così vulnerando un diritto soggettivo[186]. Salvo osservare che:

---

[185] Il riferimento cade evidentemente sull'art. 21-octies, L. n. 241/1990 e sugli artt. 31 e 34 c.p.a. Sul tema può rinviarsi a M.C. CAVALLARO, *Attività vincolata dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il processo*, 2020, p. 1 s.

[186] In tal senso Cass. civ., sez. un., Ord. 14 aprile 2023, n. 10063 che, nell'ottica prospettata nel presente studio, necessiterebbe di una rettifica circa il riferimento agli atti autoritativi: dovendosi distinguere fra quelli a contenuto discrezionale o vincolato (tenendo conto di quanto anticipato a proposito della natura delle - fatte salve - questioni di competenza e di violazione di legge). Cfr. pure Cass. civ., sez. un., Ord. 16 marzo 2023, n. 7737. Cfr. pure Cass. civ., sez. un., Ord. 13 aprile 2023, n. 9837.

ISSN 2036-7821

quanto ai comportamenti, parrebbe opportuno distinguere fra quelli (meramente) 'materiali' o '*sine titulo*', e quelli 'amministrativi' (es., scorretta gestione del procedimento, ritardo nella definizione del medesimo, cattivo o mancato esercizio del potere di vigilanza)[187];

onde scongiurare il rischio d'introdurre, per questa via, un criterio ulteriore (nullità anziché vizio sotteso all'annullamento), sarebbe preferibile riferirsi al parametro dell'esercizio discrezionale piuttosto che a quello del (generico) potere (della sua manifestazione);

correlativamente, sulla scorta del correttivo adottato nel presente studio, in caso di lesione determinata da un atto autoritativo vincolato, la giurisdizione dovrebbe restare in capo al Giudice ordinario, eccezion fatta per le ipotesi di giurisdizione esclusiva.

Persino quando ci s'imbatta in una situazione giuridica soggettiva che, come nel caso dell''affidamento incolpevole' del privato, esula dal binomio 'diritto – interesse legittimo' in senso stretto, pare improprio (non pertinente) l'assumere a termine di riferimento, onde giustificare la giurisdizione del Giudice ordinario, l'assenza di un collegamento fra il comportamento pregiudizievole dell'Amministrazione pubblica (tenuta all'osservanza dei principi di correttezza e buona fede, perizia, prudenza, diligenza) e l'esercizio del potere autoritativo[188]. Ciò, giacché, al cospetto di un provvedimento iniziale, ancorché illegittimo, favorevole (come tale, non impugnato), ma legittimamente annullato d'ufficio, è opinabile concludere che il danno non derivi (eziologicamente) dal provvedimento illegittimo. A tal punto, però, quand'anche si convenga che il provvedimento illegittimo, una volta annullato, verrebbe convertito in comportamento, pare risolversi in un espediente l'argomento opposto secondo il quale dovrebbe distinguersi a seconda che il comportamento stesso assuma o meno connotati amministrativi: in quanto, riesumando il medesimo criterio per cui sarebbe determinante il rapporto diretto della situazione di affidamento con il potere (facendo così rientrare dalla finestra la tesi che si è cacciata dalla porta), patisce dei medesimi limiti di quello.

Per cui, secondo l'ottica avanzata nel presente studio, la circostanza rilevante pare che quella situazione sia riconducibile ad una norma rispondente allo schema ipotetico-casuistico, sì da renderla più vicina al diritto soggettivo che non all'interesse legittimo; a quel punto, finendo coll'operare il principio di unicità della giurisdizione. Laddove, nel caso in cui l'affidamento faccia capo ad una norma rispondente allo schema consequenzialista, cui si ricollega un esercizio discrezionale, la tutela del medesimo non potrà che spettare al Giudice amministrativo: per ciò solo,

[187] In tal senso, fornisce utili spunti Cass., sez. un., 9 giugno 2004, n. 10978. Cfr. pure L. CAMERIERO, *Giurisdizione esclusiva e diritto alla salute*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 598.

[188] Cass. civ., sez. un., Ord. 27 aprile 2023, n. 11083.

ISSN 2036-7821

in quanto stavolta quella situazione soggettiva sarà più prossima all'interesse legittimo; senza bisogno di riferirsi al collegamento né con un (generico) provvedimento (favorevole), né con comportamenti amministrativi riconducibili (anche mediatamente) al potere amministrativo (genericamente inteso)[189]; altresì, senza bisogno di 'scomodare' previsioni legislative di giurisdizione esclusiva (che, anzi, per via della 'concentrazione' delle questioni, eludono il problema)[190].

Il contributo dogmatico, quale esteso al 'filtro' del rapporto fra condizioni dell'azione e questioni di merito, torna altresì utile nel superare la tesi giurisprudenziale secondo cui l'oggetto della domanda andrebbe colto dal giudice per come formulato ('prospettato') dalla parte (segn., in termini di richiesta, 'in via diretta' o meno, di annullamento di un atto amministrativo). Ciò, dal momento che la teorica del 'circolo ermeneutico': come implica, da parte dell'interessato, una strutturazione della domanda mai astratta; così, concede pari sostegno scientifico a quell'apporto valutativo del giudice (in quanto indissociabile dal profilo di merito anche quando emerga una questione di giurisdizione) che la tesi avversata renderebbe sterile[191].

Infine, si è già accennato al superamento della tesi interpretativa secondo la quale il sindacato dell'autorità giudiziaria può cadere solamente sull''effetto' dell'atto emesso dalla pubblica amministrazione, e non su quest'ultimo in sé stesso. Anche stavolta il contributo dogmatico può risultare significativo: dal momento che sempre la teorica del 'circolo ermeneutico' contribuisce a sostenere epistemologicamente l'argomento addotto nella circostanza, per cui il giudice ordinario non può conoscere, delle conseguenze giuridiche derivanti dalla lesione dell'interesse protetto come diritto soggettivo, se gli viene precluso d'indagare e decidere sulla legittimità dell'atto amministrativo che si vuole causa del pregiudizio stesso.

5.2. … nonché, di difetto di giurisdizione

Dunque: se il criterio di 'riparto' è dato (non dal rapporto, pur in un'ottica ribaltata, fra potere autoritativo e cittadino, bensì) dal tipo di situazione giuridica soggettiva,

[189] Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 14 aprile 2023, n. 1235 («è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione sulle controversie in cui si faccia questione di danni da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole, posto che in base all'art. 7, comma 1, cod. proc. amm. la giurisdizione generale amministrativa di legittimità include i comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni, e nelle particolari materie indicate dalla legge di giurisdizione esclusiva essa si manifesta attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela, anche dei diritti soggettivi, oltre che dell'affidamento sulla legittimità dei provvedimenti emessi dall'amministrazione»). S'intende, nella circostanza, sul presupposto che il risarcimento del danno ingiusto non costituisce materia di giurisdizione esclusiva, ma solo uno strumento di tutela ulteriore e di completamento rispetto a quello demolitorio (Cass. civ., sez. un., Ord. 7 aprile 2023, n. 9528).

[190] Cfr. Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 14 aprile 2023, n. 1235. Tale orientamento, da ultimo, ha incontrato l'avallo di Cass. civ., sez. un., Ord. 14 maggio 2024, n. 13191.

[191] Su tali tematiche sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Nuove frontiere della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, in *amministrativ@mente*, 2024, p. 1521 s.

ISSN 2036-7821

come determinato principalmente dall'orientamento della norma (in senso ipotetico-casuistico o consequenzialista) e corrispondentemente dal suo (modo di) assolvere ad un interesse pubblico (contenuto vincolato o scelta discrezionale); in ciò va ricercato il senso (funzionale) della specialità del giudice amministrativo. Se si conviene su questo punto, qualsivoglia considerazione delle situazioni giuridiche soggettive soggiogata da una visione anacronistica delle ragioni del 'riparto' (per cui, a fronte dell'unicità della giurisdizione, si giustifica l'introduzione di un giudice speciale con l'artificio una situazione giuridica - l'interesse legittimo - irrimediabilmente distinta dal diritto soggettivo[192]), inesorabilmente finirebbe coll'integrare:

un''inversione di metodo' (cioè, l'introduzione surrettizia di principi di "giudizi determinativi" - interferendo nella disciplina della giurisdizione -, avvalendosi di concetti - tradendo la loro vocazione di "meri" strumenti orientativi, d'impostazione dei problemi -[193]);

in definitiva, una radicale antinomia fra i corollari del 'giusto processo' (con particolare riguardo a quello di ragionevole durata) ed il principio del 'giudice naturale precostituito per legge'.

Con quel che ne consegue quanto al loro portato 'positivo' in punto: di rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e di altrettanto rigida 'confinazione' degli istituti riconducibili a quei principi (come in parte 'calibrata' dalla giurisprudenza) nonché, di corrispondente 'distanziazione' delle rispettive forme di tutela.

Ergo, l'approccio interpretativo ad istituti, di 'sostenibilità' di quel vizio (del tipo del 'giudicato implicito'):

per un verso, non può rimettersi alla mera osservazione (di per sé non decisiva) della relatività del medesimo, atteso che a monte esiste un giudice avente giurisdizione e/o

---

[192] Laddove la conformazione di una posizione soggettiva: non può risultare da una mera implicazione (o riflesso) del problema di 'riparto'; essendo un *prius*, logico prima ancora che giuridico, rispetto all'intensità della protezione accordata dall'ordinamento e non può ricavare da quest'ultima la propria identità. Su tale questione e sulle giustificazioni storicamente addotte in ordine all'introduzione di un giudice amministrativo, sia consentito di rinviare a: P. COTZA, *Motivazione "postuma" del provvedimento di pubblica autorità. Occasione per un contributo sulle situazioni giuridiche, soggettive corrispondenti al rapporto amministrativo, sul suo processo e le relative implicazioni*, in *Riv. amm. rep. it.*, 2016, p. 237 s.; ID., *L'"interesse legittimo" alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 31 s. Recentemente è tornato sul punto F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa a vent'anni dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, p. 3 s., segn. p. 5.

[193] La locuzione "inversione di metodo" è ripresa da PH. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübigen, 1932, p. 92 s. Cfr. pure L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 50 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*».

ISSN 2036-7821

competenza, sicché il vizio è emendabile (a differenza della tardività della notifica e del deposito)[194];

per altro verso, deve muovere dalla considerazione che, se e nella misura in cui il Legislatore ha finito per 'sdoganare' espressamente quegli istituti, se ne deve inferire che ha dimostrato pari apertura verso una riconsiderazione, in termini di avvicinamento, delle situazioni giuridiche soggettive: a partire dalle rispettive forme di tutela (si pensi alla trasformazione del giudizio di legittimità come imperniato, più che sull'atto, sul rapporto).

Da qui, una 'rivisitazione' del problema di riparto di giurisdizione: come meno condizionato dai canoni di 'unicità' e 'specialità', nella misura in cui assume maggior rilievo l'istanza di assicurare pienezza ed effettività della tutela stessa. A ciò concorrendo principi ulteriori: di 'concentrazione', come nelle ipotesi di 'giurisdizione amministrativa esclusiva' (in numero sempre maggiore) e di trattamento delle 'questioni pregiudiziali'; ma anche di 'economia dei mezzi' e di 'ragionevole durata' del processo, con riguardo agli istituti in esame.

Il punto è molto delicato e complesso poiché investe la duplice questione complementare: della dotazione del giudice (amministrativo) di adeguati mezzi processuali, estendendogli (quantomeno in una nuova prospettiva del 'rinvio esterno'), oltre alle prerogative di sindacato del giudice ordinario, i correlati istituti tipici del processo civile; comunque (anche quando nel vizio di giurisdizione sia incorso il giudice ordinario), dell'assunzione di una maggiore consapevolezza delle consustanzialità delle situazioni giuridiche soggettive, onde scongiurare il rischio (su entrambe le sponde) di una 'degradazione' della tutela.

A questa stregua (come anticipato), anche il disvalore processuale del difetto di giurisdizione si ridimensiona in termini 'organizzazionali': tenuto conto che, se risponde al vero che la Costituzione repubblicana ha recepito il precedente assetto di pluralità di giudici, resta comunque che la medesima ha essenzialmente e prioritariamente assegnato, all'intero sistema di giurisdizione e mediante lo strumento processuale, il compito di assicurare la tutela delle situazioni giuridiche soggettive e (in definitiva) il soddisfacimento del diritto delle parti a conseguire una

[194] Così Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. I, 22 luglio 2013, n. 1656 («Ai sensi dell'art. 35 CPA (D.Lgs. n. 104/2010), la tardività della notifica e del deposito del ricorso è questione rilevabile d'ufficio, così come la tardività del ricorso di primo grado è rilevabile d'ufficio anche nel giudizio di appello, atteso che il cit. art. 35 non pone limitazioni al rilievo d'ufficio in grado di appello, a differenza di quanto dispongono gli artt. 9 e 15, CPA rispettivamente per la questione di giurisdizione per la questione di competenza; il che trova piena comprensione sul piano logico e sistematico, perché l'erronea scelta del giudice, per ragioni di giurisdizione o competenza, è un vizio relativo, atteso che a monte esiste un giudice avente giurisdizione e/o competenza, sicché il vizio è emendabile; la tardività del ricorso è invece un vizio assoluto, atteso che decorso il termine legale ultimo, nessun giudice può occuparsi del ricorso, sicché il vizio non è emendabile ed è rilevabile d'ufficio anche in grado di appello»).

ISSN 2036-7821

risposta (quale si sia) in ordine al 'bene della vita' oggetto della loro contesa[195]. Pertanto:

la pluralità di giudici va riconosciuta nella misura in cui serve ad assicurare, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia;

quella condizione plurale degli ordini di giurisdizione non può risolversi in minore effettività (se non neutralizzazione) della tutela giurisdizionale; quel che si determina quando la disciplina dei loro rapporti sia tale per cui l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione finisca col risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela;

il difetto di giurisdizione si presta ad essere assimilato dal sistema entro gli schemi della gerarchizzazione-confinazione dei principi; con conseguente cittadinanza di istituti del tipo, non solo della '*translatio iudicii*' (di chiusura del sistema di disciplina dei rapporti fra giurisdizioni, anche in ragione dei limiti di garanzia, per il diritto sostanziale e l'azione, riposta nell''errore scusabile'[196]), ma persino del 'giudicato implicito' in certa misura preclusivo di un rilievo officioso di quel vizio[197].

A meno che (e qui intende insistere la novità del presente contributo ermeneutico) il (persistere del) difetto relativo di giurisdizione si traduca in una compromissione del principio di effettività della tutela, non sostenibile neppure alla luce del principio dispositivo (proprio di una giurisdizione 'soggettiva').

5.3. Implicazioni in punto di uniformazione degli strumentari di tutela dei giudici

Su tale discorso evidentemente pesa la non meno problematica omologazione di una vicenda di uniformazione degli strumentari di tutela dei giudici, ordinario ed amministrativo. Preliminarmente valga di osservare che senz'altro ciò trova favorevole sponda nel pertinente dato normativo, ove il principio di effettività (già affermato in generale dall'art. 1 c.p.a. su base costituzionale e di diritto sovranazionale[198]) risulta traslato in termini di concentrazione (in genere) 'di ogni forma di tutela' delle situazioni giuridiche soggettive[199]; dunque, non rappresentando più l'argomento giustificativo proprio della giurisdizione esclusiva. In quest'ottica, l'esempio più significativo pare offerto dall'azione risarcitoria, in quanto esercitabile

[195] Artt. 24, 111, 113 cost.

[196] T.A.R. Liguria, Ord. 16 giugno 2005, n. 229.

[197] Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77.

[198] Il principio in questione, oltre ad essere desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., risulta altresì sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà individuali; per cui, vi si devono conformare sia il Legislatore nazionale, sia l'interprete in sede applicativa (quanto alla collocazione della CEDU nella gerarchia delle fonti, valga di rinviare già a Corte cost., n. 80/2011).

[199] Sempre con testo riprodotto solo a fini di comodità di lettura, in relazione alle successive connessioni di commento, si richiama l'art. 7, comma 7, c.p.a., secondo cui 'il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi'.

ISSN 2036-7821

anche indipendentemente dalla previa impugnazione del provvedimento (una volta superato il dogma della pregiudiziale amministrativa - art. 30 c.p.a. -). Ma si pensi altresì: all'esperibilità delle azioni di accertamento e di esatto adempimento, al divieto di assorbimento dei motivi di ricorso, (all'orientamento favorevole) all'integrazione in corso di giudizio della motivazione della determinazione provvedimentale[200].

A questa stregua, per quel che rileva ai fini del presente studio specialistico:

benché, in progresso di tempo, si sia assistito ad un fenomeno normativo di ripetuta e profonda erosione degli equilibri costituzionalmente sanciti e del principio di unicità della giurisdizione, coll'ampliamento del novero di materie sottoposte a quella amministrativa esclusiva, solo in parte 'frenato' dalla Corte costituzionale[201];

quella vicenda di potenziamento delle prerogative, è tale da configurare la giurisdizione generale di legittimità del Giudice amministrativo come tendenzialmente 'piena': imperniata (come anticipato), più che sull'atto, sul rapporto; complice un progressivo avvicinamento degli interessi legittimi rispetto ai diritti

---

[200] Per questi ultimi due profili, una sintesi degli argomenti favorevoli si rinviene in A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, ove spiccano (rispettivamente):

sia la circostanza che la maggiore tutela processuale al ricorrente, derivante da un divieto, non preclude all'Amministrazione di adottare un nuovo analogo provvedimento lesivo con una motivazione adeguata; sia dalla vocazione attuale del processo amministrativo ad accertare la fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente, onde assicurarne la reintegrazione; sia l'opportunità per il giudice di formarsi una cognizione piena del rapporto o, comunque della vicenda controversa necessaria ai fini di quell'accertamento (*ivi*, pp. 356-360);

sia la circostanza che, sempre per via dell'attuale vocazione del processo amministrativo, un eventuale assorbimento potrebbe incidere sul contenuto dispositivo della sentenza, in punto di valutazione dell'entità e consistenza del danno risarcibile e del tipo di reintegrazione da accordare (*ivi*, p. 361 s.).

[201] Pur venuta meno la materia dei ricorsi relativi al pubblico impiego (a seguito delle riforme legislative che, nell'arco degli anni Novanta del secolo scorso, hanno determinato la privatizzazione dei rapporti di lavoro nelle pubbliche Amministrazioni), progressivamente si va: dal nocciolo originario di cui all'art. 29 T.U. Cons. Stato ed all'art. 4, R.D. 26 giugno 1924, n. 1058; agli artt. 33-34, D.Lgs. n. 80/1998. Stavolta, ponendosi dubbi di legittimità costituzionale per via di una devoluzione secondo 'blocchi di materie'; al punto da chiamare in causa la Corte costituzionale che è intervenuta incisivamente (a partire da 6 luglio 2004, n. 204, sino a 11 maggio 2006, n. 191 ed a 5 febbraio 2010, n. 35). Così però suscitando non poche perplessità in dottrina, circa la sopravvivenza stessa della giurisdizione esclusiva (A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 974 s.; F.G. SCOCA, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2209 s.; cfr. pure: L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 214 s., segn. pp. 225-226; F. SAITTA, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni - d'agosto - sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in *www.lexitalia.it*, 2004; G. STANCANELLI, *La giurisdizione esclusiva nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 - Riflessioni "a caldo" -*, in *www.giustamm.it*, 2004; E. FOLLIERI - a cura di -, *La sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Atti del convegno su riparto della giurisdizione nelle controversie in cui è parte la pubblica amministrazione* - Lucera, 19 febbraio 2005 -, Milano, 2006). Da lì, si è giunti al c.p.a. (segn. art. 133), come modificato a seguito di ulteriore intervento della Corte costituzionale (27 giugno 2012, n. 162) mediante D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160. Cfr. pure RI. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Milano, 2012.

ISSN 2036-7821

soggettivi, in grado di garantire tutela integrale agli uni come ai secondi (s'intende, quando sottoposti alla sua cognizione)[202].

Ciò, al punto da giustificare una rimodulazione del rapporto di forza fra principi ('unicità' ed 'effettività-concentrazione')[203]; pur senza stravolgerlo stante il suo impianto costituzionale.

Salvo osservare che il discorso risulta 'complessificato' dalla travagliata vicenda di uniformazione degli strumentari di tutela dei giudici. Infatti: superate significative limitazioni ai funzionali poteri decisori del giudice amministrativo[204]; se, da un canto, ne consegue anche un'estensione, al processo amministrativo, delle prerogative di sindacato del giudice ordinario (sul rapporto controverso), a partire dalla dotazione istruttoria; d'altra parte, occorre tenere conto dei correlati istituti tipici del processo civile. Questi ultimi, indubbiamente imprimono maggiore spinta verso un obiettivo di qualità e sostanza alla tutela giurisdizionale[205]; nondimeno, talvolta impongono più gravosi oneri (anche a carico della parte), come dimostra la seguente rassegna.

Per un verso:

l'azione di accertamento vertente su diritti soggettivi[206];

---

[202] In particolare, si può risalire a: Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15; 23 marzo 2011, n. 3; Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. III, 21 giugno 2011, n. 1428. Ad esse si deve di aver inaugurato l'orientamento favorevole all'ammissibilità, in via generale, sia dell'azione di esatto adempimento (volta a conseguire una condanna dell'Amministrazione pubblica all'adozione di un provvedimento vincolato) sia di quella di accertamento (ritenuta esperibile in tutti i casi in cui non possa essere ottenuta tutela tramite azioni espressamente previste).

[203] In tal senso, S. MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 921 s., segn. pp. 992-993.

[204] Con particolare riguardo agli istituti dell'arbitrato e del decreto ingiuntivo (per cui si rinvia agli artt. 12 e 118 c.p.a.), così raccogliendo i rilievi di autorevoli voci di dottrina (*ex multis*, E. FOLLIERI, *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, pp. 318-319).

[205] Spunti di rilievo, in tal senso, sono offerti da F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, p. 54 s. il quale, muovendo dalla constatazione che «nella loro profonda natura diritti soggettivi e interessi legittimi non esprimono altro che un atteggiarsi dell'interesse sostanziale dell'individuo, in relazione alla tutela che di volta in volta, o per i tipi di lesioni, l'ordinamento prevede», ne fa discendere che la giurisdizione spetta: al Giudice amministrativo, ogniqualvolta l'interesse sostanziale possa risultare più efficacemente tutelato per via dell'annullamento del provvedimento; al Giudice ordinario, quando l'interesse sostanziale pregiudicato possa venire soddisfatto solo tramite la condanna dell'Amministrazione pubblica al risarcimento del danno.

[206] Cons. Stato, sez. VII, 15 febbraio 2024, n. 1535 («la natura di atto privatistico della rideterminazione degli oneri concessori non risulta suscettibile di alcun mutamento per effetto della diversa causa che ne abbia fatto sorgere l'esigenza - mero errore di calcolo della p.a. o scoperta della falsa rappresentazione fornita dal privato -, poiché in ogni caso la pubblica amministrazione, nel corso del rapporto concessorio, può sempre rideterminare, sia a favore che a sfavore del privato, l'importo del contributo di costruzione, in principio erroneamente liquidato, richiedendone o rimborsandone a questi la differenza nell'ordinario termine di prescrizione decennale - art. 2946 c.c. - decorrente dal rilascio del titolo edilizio, senza incorrere in alcuna decadenza, mentre per parte sua il privato non è tenuto ad impugnare gli atti determinativi del contributo nel termine di decadenza, potendo ricorrere al giudice amministrativo, munito di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a., nel medesimo termine di dieci anni, anche con un'azione di mero accertamento»).

Cfr. pure: Cons. Stato, sez. VII, 19 ottobre 2023, n. 9102 (ove si puntualizza che comunque la posizione sulla quale quell'azione verte deve essere di diritto soggettivo); Trib. amm. reg. Emilia - Romagna, Bologna, sez. I, 5 ottobre 2023, n. 543.

ISSN 2036-7821

la richiesta di sentenza costitutiva di condanna ai sensi dell'art. 2932 c.c.; anche quando manchino previsioni di per sé idonee nella disciplina sostanziale[207];

la facoltà di proporre domande riconvenzionali (nei termini e con le modalità del ricorso incidentale)[208];

la facoltà d'intervento autonomo (anche principale), dal momento che la sentenza emessa senza la partecipazione del terzo (titolare di un autonomo diritto da far valere, connesso a quello oggetto del processo) potrebbe essere impugnata col mezzo dell'opposizione di terzo (cd. ordinaria)[209].

Si assiste così all'inveramento di una prospettiva di giurisdizione 'piena' (quale vincolo al futuro dell'Amministrazione) che autorevole dottrina aveva compiutamente articolato in termini (alternativo-cumulativi) di 'annullamento degli atti illegittimi', 'condanna ad un *dare* generico' (risarcimento per equivalente), 'condanna ad un *facere*, un *dare* od un *praestare* qualificato' (risarcimento in forma specifica)[210].

Per altro verso (quanto agli oneri), ci si riferisce a:

la sospensione necessaria del processo civile (*ex art.* 295 c.p.c.), sul presupposto che «la pregiudizialità di una controversia amministrativa è configurabile solo laddove entrambi i giudizi pendano tra le stesse parti ed il giudice amministrativo sia chiamato a definire questioni di diritto soggettivo in sede di giurisdizione esclusiva e non anche qualora innanzi allo stesso sia impugnato un provvedimento incidente su

---

[207] Cfr.: Cass. civ., sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33944 («qualora il privato abbia sottoscritto un atto d'obbligo per il trasferimento di aree alla P.A. nell'ambito di un accordo di urbanizzazione, il giudice amministrativo può emettere la sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ., pur non espressamente contemplata dagli artt. 29 e 30 cod. proc. amm., sia perché, a norma degli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost., il giudice amministrativo, nelle controversie rimesse alla sua giurisdizione esclusiva, può erogare ogni forma di tutela del diritto soggettivo, sia perché, a norma degli artt. 11 e 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, agli accordi provvedimentali si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti»); Cons. Stato, sez. VII, 30 dicembre 2023, n. 11380 («sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sulla richiesta di pronuncia della sentenza costitutiva di condanna ai sensi dell'art. 2932 c.c., in caso di revoca dell'atto aggiudicazione di una vendita all'asta di beni immobili di proprietà comunale, ritenuto illegittimo, e della mancata stipula del relativo contratto, sussistendo la giurisdizione esclusiva in materia di dismissione di beni pubblici ai sensi dell'art. 119, comma 1, lett. c), c.p.a.»). Cfr. pure: Cass. civ., sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33944; Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. III, 3 luglio 2023, n. 1619 («la domanda di condanna dell'Amministrazione al riconoscimento del diritto di un disabile ad uno specifico ed individualizzato trattamento terapeutico, sia in modalità diretta che per equivalente monetario, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 104 del 2010, atteso che non sussiste alcun dubbio che, in presenza di un "pubblico servizio", debba considerarsi impugnabile, quale "provvedimento negativo", l'omissione provvedimentale della P.A. sanitaria in relazione alle specifiche richieste azionate giudizialmente»).

[208] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. III, 28 agosto 2023, n. 4901. Una trattazione articolata si rinviene in A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, p. 352 s.

[209] Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2023, n. 2255.

[210] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, pp. 172-173, 229.

ISSN 2036-7821

interessi legittimi, potendo, in quest'ultima ipotesi, il giudice ordinario disapplicare il provvedimento amministrativo»[211];

il duplice onere: per il ricorrente che aziona diritti soggettivi nei confronti di un'Amministrazione pubblica, di 'provare' i fatti che costituiscono il fondamento del diritto medesimo (*ex art.* 2697 c.c.)[212]; per la parte convenuta-resistente, di indicare i 'mezzi di prova' di cui intende valersi (ai sensi dell'art. 167 c.p.c.), sia pur sempre entro i limiti della tutela di diritti soggettivi; laddove, con riferimento ai poteri istruttori esercitabili dal giudice amministrativo, il Legislatore, nel processo amministrativo, ai sensi degli artt. 63, 64 e 65 c.p.a., ha recepito il modello c.d. dispositivo con metodo acquisitivo, in cui l'onere della prova si attenua nel più sfumato onere del 'principio di prova', con la conseguenza che il giudice esercita un potere di soccorso della parte che non è in grado, senza colpa, di addurre la 'prova' dei fatti dedotti, pur potendo fornire un 'principio di prova'[213];

l'onere, della parte resistente, di sollevare l'eccezione d'inadempimento (*ex art.* 1460 c.c.), a pena di decadenza, nella memoria di costituzione (ai sensi dell'art. 167, comma 2, c.p.c.)[214].

Evidentemente, su questi aspetti penalizzanti dovrebbe sostare il contributo 'corrente' degli interpreti, onde consentire: in chiave di completamento-perfezionamento del processo evolutivo della giustizia amministrativa, il superamento di protocolli di meccanicistica mutuazione dal processo civile; corrispondentemente, un riavvicinamento (al pari della considerazione delle situazioni giuridiche soggettive) delle tutele alla luce del principio di effettività.

Del pari, anche da tale 'rivisitazione' passa un contributo al tema della 'sostenibilità' del difetto di giurisdizione (*id est*, del rapporto di forza tra il principio del 'giudice naturale precostituito per legge' e quello del 'giusto processo') e dei suoi istituti.

IV

Stavolta, si è ritenuto di soffermare l'attenzione sul 'regolamento preventivo di giurisdizione': dal momento che, con riguardo a tale istituto, l'applicazione del costrutto teorico testé confezionato si presta agli sviluppi più incisivi ed innovativi.

A questa stregua (di una trattazione in chiave applicativa), pare doversi muovere dall'orientamento ormai dominante quanto al criterio processuale che sovrintende alla determinazione delle giurisdizioni, del giudice ordinario e del giudice amministrativo: non già in base alla c.d. prospettazione resa nella domanda (ossia

[211] Cass. civ., sez. lavoro, Ord. 13 novembre 2023, n. 31539. Cfr. pure Trib. amm. reg. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 6 ottobre 2023, n. 462.

[212] Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2023, n. 8301. Cfr. pure Cons. Stato, sez. IV, 3 gennaio 2023, n. 99.

[213] Cons. Stato, sez. VI, 10 novembre 2023, n. 9649.

[214] Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2023, n. 8301.

ISSN 2036-7821

alla stregua della qualificazione giuridica soggettiva che l'instante attribuisce all'interesse di cui invoca tutela); bensì, in ragione del c.d. *petitum* sostanziale, ossia dello specifico oggetto e della reale natura della controversia. Questi ultimi, da identificarsi in funzione della *causa petendi*, costituita dal contenuto della posizione soggettiva dedotta in giudizio e individuabile in relazione alla protezione sostanziale accordata in astratto, alla posizione medesima, dalla disciplina legale da applicare alle singole fattispecie[215].

Di tal fatta, evidentemente, tale criterio sovrintende (anche) alla valutazione da rendere in sede di 'regolamento preventivo di giurisdizione' che, pertanto, può essere promosso: persino dall'attore/ricorrente a fronte dell'altrui contestazione[216]; pur senza che la parte sollevi una articolata contestazione, essendo sufficiente l'interesse ad eliminare ogni dubbio[217].

6.1. Sulle generalità del 'regolamento preventivo di giurisdizione'

Come noto, la relativa previsione di diritto positivo risponde all'esigenza (comune ad entrambi i riti processuali, civile ed amministrativo) di dissipare preventivamente gli eventuali dubbi sulla sussistenza della *potestas iudicandi* del giudice adito; affidando la definizione delle relative questioni alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[218].

---

[215] *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2016, n. 3288. L'orientamento è ribadito da Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2024, n. 17626.

[216] Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421.

[217] Cass., 8 ottobre 1974, n. 2659.

[218] M. TURRINI, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione e principio di diritto nell'interesse della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1609; M. FABIANI, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 197; G.D. COMPORTI, *Giurisdizione ordinaria e amministrativa – La responsabilità relazionale a tutela degli affidamenti dei cittadini*, in *Giur. it.*, 2020, p. 2530; F. GODIO, *Declinatoria di giurisdizione, riproposizione e riassunzione: ulteriori chiarimenti dalle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 837; E. PADOVANO, *Eccezione di difetto di giurisdizione – Limiti alla deducibilità delle questioni di giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1410; M. MAZZAMUTO, *Motivi inerenti alla giurisdizione – Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it.*, 2018, p. 704; C. CONSOLO, *Il caso della soccombenza sulla giurisdizione fra struttura intima oggettuale del processo e dibattito odierno sulle tentazioni babeliche delle corti*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1562; G. D'ANGELO, *Eccezione di difetto di giurisdizione e abuso del processo*, in *Urb. app.*, 2015, p. 181; G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 827; P. PATRITO e M. PROTTO, *Osservatorio del processo amministrativo – Questioni sulla giuisdizione*, in *Urb. app.*, 2014, p. 472; P. SANDULLI, *La translatio secondo la l. n. 69/2009 e il codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 724; V. CARBONE, *Osservatorio – Corte di Cassazione – Sezioni Unite e Sezioni Semplici – Regolamento preventivo di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 1427; G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1450; G. GIOIA, *Il regolamento di giurisdizione dopo le riforme*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 589; S. MENCHINI, *Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e* translatio*: il codice di rito e il nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1 s.; G. BATTAGLIA, *Pronuncia declinatoria della giurisdizione e proponibilità del regolamento preventivo dopo l'entrata in vigore dell'art. 59 l. 18 giugno 2009 n. 69*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1002 s.; C. CONSOLO, *I regolamenti di competenza e giurisdizione nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 808; S. SATTA e C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Milano, 2005; G. BALENA, *Regolamento di giurisdizione*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 1069 s.; G. TRISORIO LIUZZI, *Regolamento di giurisdizione*, in *Dig. disc. priv.* – sez. civ. – XVI, Torino, 1997; F. CIPRIANI, *Regolamento di giurisdizione*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1998; F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1988, p. 297 s.; ID., *Regolamento di*

ISSN 2036-7821

Come tale, l'istituto contemplato dalla disciplina del processo amministrativo, va inteso in sintonia con l'omologo del rito civile (per via del 'combinato disposto' degli artt. 10 c.p.a. e 41 c.p.c.). La portata applicativa dello strumento deve modularsi tenendo conto dello spettro di questioni sussumibili (ai sensi del 'combinato disposto' dell'art. 41 c.p.c. e dell'art. 37 c.p.c. cui il primo rinvia): di 'difetto relativo', circa la scelta del giudice (ordinario/speciali), in quanto rilevabile (anche d'ufficio) nel giudizio di primo grado (*ex art.* 37 c.p.c.); di 'difetto assoluto di giurisdizione' (segnatamente per invasione delle attribuzioni dell'amministrazione pubblica), in quanto rilevabile (anche d'ufficio) in qualunque stato e grado del processo (sempre in forza dell'art. 37 c.p.c.). In quest'ultimo caso, è stata introdotta una sorta di 'attenuazione compensativa': per cui, la pubblica amministrazione che non è parte in causa può chiedere in ogni stato e grado del processo che sia dichiarato, dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, il difetto di giurisdizione del giudice a causa dei poteri attribuiti dalla Legge all'amministrazione stessa, finché la giurisdizione non sia stata affermata con sentenza passata in giudicato (ai sensi dell'art. 41, ult. comma, c.p.c.).

In tale contesto funzional-applicativo, il rimedio per l'immediata e definitiva soluzione delle questioni attinenti alla giurisdizione, corrispondenti ad un 'difetto relativo', nel processo amministrativo, può essere chiesto (stante il rinvio operato dall'art. 10, D.Lgs. n. 104/2010 all'art. 41 c.p.c.) finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado[219]. Per l'esattezza, la soglia oltre la quale dell'istituto non ci si può più avvalere è stata compiutamente definita, precludendone l'esperibilità:

dal momento (non del deposito della sentenza, bensì da quello antecedente) in cui la causa viene discussa e trattenuta per la decisione nel merito: atteso che a quel punto ha inizio l'iter dei poteri decisori del giudice, per cui il regolamento medesimo non può più assolvere alla funzione di favorire una sollecita definizione del giudizio, investendo '*per saltum*' la suprema Corte[220];

---

giurisdizione, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991; A. PROTO PISANI, *Problemi e prospettive in tema (di regolamenti) di giurisdizione e competenza*, in *Foro it.*, 1984, V, col. 89; E. CANNADA BARTOLI, *Giurisdizione* (regolamento di), in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970.

[219] Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2023, n. 3635. La soglia oltre la quale dell'istituto non ci si può più avvalere è stata compiutamente definita, precludendone l'esperibilità:

dal momento (non del deposito della sentenza, bensì da quello antecedente) in cui la causa viene discussa e trattenuta per la decisione nel merito: atteso che a quel punto ha inizio l'iter dei poteri decisori del giudice, per cui il regolamento medesimo non può più assolvere alla funzione di favorire una sollecita definizione del giudizio, investendo '*per saltum*' la suprema Corte (Cass., sez. un., 18 novembre 1982, n. 6192);

altresì, una volta che il giudice di merito abbia pronunciato anche solo limitatamente alla giurisdizione o ad altra questione processuale: atteso che la risoluzione della questione di giurisdizione può essere rimessa al giudice processualmente sovraordinato, secondo l'ordinario svolgimento del processo (Cass. civ., sez. un., Ord. 4 aprile 2022, n. 10775; in tal senso, già Cass., sez. un., n. 2466/1996).

[220] Cass., sez. un., 18 novembre 1982, n. 6192.

ISSN 2036-7821

altresì, una volta che il giudice di merito abbia pronunciato anche solo limitatamente alla giurisdizione o ad altra questione processuale: atteso che la risoluzione della questione di giurisdizione può essere rimessa al giudice processualmente sovraordinato, secondo l'ordinario svolgimento del processo[221].

Segnatamente, risulta pacifica l'inammissibilità del regolamento, stante la sua improponibilità *ab origine*, per avere il giudice di primo grado emesso, ancor prima della notifica del relativo ricorso all'altra parte, una sentenza declinatoria della giurisdizione. Così che tale inammissibilità va dichiarata in via preliminare rispetto: sia all'improcedibilità per essersi pronunciate, le Sezioni Unite della Cassazione, sul ricorso ordinario promosso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 1, c.p.c. avverso la sentenza del giudice di merito[222]; sia a quella per sopravvenuta carenza d'interesse quando, successivamente al suo promovimento e nelle more del relativo procedimento in Cassazione, il giudice di merito abbia, nel relativo giudizio non sospeso, pronunciato sentenza di primo grado[223]. Peraltro, a quest'ultimo proposito, occorre dare conto di quel diverso avviso per cui non assume effetto preclusivo, rispetto alla decisione sul regolamento di giurisdizione anteriormente proposto, la pronuncia di sentenze (anche sulla giurisdizione) da parte del giudice di merito il quale (sulla base di delibazione circa la fondatezza della questione di giurisdizione) abbia disposto la prosecuzione del giudizio: in quanto gli atti ed i provvedimenti adottati nelle more della decisione sul regolamento sarebbero destinati a subire gli effetti dell'eventuale accertamento negativo della giurisdizione implicitamente od espressamente risolta dal giudice *a quo*[224].

Laddove, la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione è ammissibile avverso l'ordinanza collegiale istruttoria che abbia solo "delibato" sulla giurisdizione del giudice amministrativo (es., esprimendo un giudizio di probabilità, rilevando che la causa "pare rientrare" nella sfera di cognizione del giudice anzidetto), non avendo essa valore di sentenza suscettibile di passare in giudicato[225].

La *ratio* sottesa a tali regole è di evitare che un responso in quella sede possa essere modificato a seguito di impugnazione, ritardando la risoluzione della controversia[226]; dunque, anche al fine di conseguire un 'giusto processo' dalla durata ragionevole (art. 111 Cost.)[227]. Altrimenti, la contestazione risultando sollevabile solo mediante specifico motivo d'impugnazione avverso il capo della pronuncia impugnata che ha

[221] Cass. civ., sez. un., Ord. 4 aprile 2022, n. 10775. In tal senso, già Cass., sez. un., n. 2466/1996.
[222] Cass., sez. un., 9 dicembre 2008, n. 28874.
[223] Nel senso: Cass., sez. un., 13 marzo 2009, n. 6057.
[224] Cass., sez. un., 18 dicembre 1997, n. 12830.
[225] Cass. civ., sez. un., Ord. 20 febbraio 2013, n. 4218 (rv. 625102).
[226] Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2023, n. 3635.
[227] Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421.

ISSN 2036-7821

statuito (in modo esplicito od implicito) sulla giurisdizione; ferma restando (per le anzidette ragioni logico-giuridiche legate alla 'non soccombenza') la preclusione impugnatoria onde denunciare un difetto di giurisdizione del medesimo giudice adito nel precedente grado (art. 9 c.p.a. e art. 37 c.p.c.).

Complementare a tale assetto è la duplice regimentazione per cui:

una volta notificato alle altre parti il ricorso in Cassazione per regolamento di giurisdizione, e depositatane una copia presso la cancelleria del giudice nanti il quale pende la causa; quest'ultimo, sospende il processo, quando non ritenga l'istanza manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata (in altri termini, qualora le contestazioni mosse nel regolamento siano ritenute idonee a porre in discussione la propria giurisdizione)[228];

va inoltre esclusa l'applicazione, al giudizio d'appello, dell'art. 50 c.p.c. relativo alla *translatio iudicii* nanti il giudice competente in primo grado[229]; secondo un indirizzo (prevalente e più recente) che i giudici amministrativi reputano condivisibile[230].

Per completare il primo ordine di annotazioni sui 'minimi termini' che identificano l'istituto, valga il seguente ordine di puntualizzazioni.

Il regolamento di giurisdizione va proposto (come anticipato) con ricorso notificato prima dell'udienza di discussione, essendo quest'ultima indefettibile nell'ambito del procedimento decisorio regolato dall'art. 73 c.p.a.; né la notificazione del ricorso può ritenersi preclusa nell'ultimo termine previsto da detta norma per il deposito di memorie e repliche, che non si notificano[231].

Inoltre, «in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, si configura il litisconsorzio necessario cosiddetto processuale relativamente a tutte le parti del processo civile o amministrativo a cui si riferisce la richiesta di regolamento; tale giudizio, pertanto, deve svolgersi nel contraddittorio di tutte le parti del giudizio di merito, comprese quelle che non vi siano costituite, ma, ove il ricorso per regolamento preventivo non le contempli tutte e non a tutte sia stato notificato, non si verifica l'inammissibilità del ricorso, ma deve ordinarsi l'integrazione del contraddittorio, sempreché tale provvedimento non sia preceduto da una rinnovazione dell'atto con la sua notificazione a tutte le parti»[232].

Quanto alla previsione (art. 10, comma 2, c.p.a.) secondo cui, nel giudizio, sospeso per proposizione di regolamento preventivo di giurisdizione, possono essere chieste misure cautelari; viene intesa nel senso che: consente al giudice di adottare

[228] In forza del 'combinato disposto' dell'art. 41 c.p.c. e dell'art. 367 c.p.c. Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1790.

[229] Cass., sez. un., n. 23594/2010.

[230] Cons. Stato, ad. plen., 22 aprile 2014, n. 12 (con commento di L. CARBONE e M. D'ADAMO, Translatio iudicii *e appello*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 621).

[231] Cass. civ., sez. un., Ord. 1° marzo 2018, n. 4899 (rv. 647563-01).

[232] Cass. civ., sez. un., Ord. 9 dicembre 2022, n. 36109. Da ultimo, Cass. civ., sez. un., Ord. 12 aprile 2023, n. 9678.

ISSN 2036-7821

comunque la misura cautelare, anche in caso di proposizione del relativo rimedio davanti la Corte di Cassazione; ma solo ove costui ritenga *prima facie* di essere il depositario della giurisdizione eppertanto, laddove sussista un conflitto positivo di giurisdizione[233].

Infine, nell'ipotesi in cui la Cassazione affermi la giurisdizione del giudice (amministrativo) originariamente adito, quanto alle modalità attraverso le quali garantire la prosecuzione del processo: inizialmente ha trovato affermazione l'orientamento giurisprudenziale secondo cui fosse sufficiente di produrre un'istanza di fissazione dell'udienza, da promuovere entro il termine di mesi sei dalla conoscenza della sentenza regolante la giurisdizione[234]; mentre, tale 'regola' attualmente è da intendersi superata dalla disciplina della 'prosecuzione o riassunzione del processo sospeso od interrotto' di cui all'art. 80 c.p.a.[235].

6.2.1. Decisione sulle questioni di giurisdizione; translatio iudicii; conflitto negativo

…

Riprendendo precedenti connessioni, valga di osservare che, nella sent. n. 77/2007 cit., la Corte costituzionale si era raccomandata affinché il Legislatore valutasse preliminarmente se conservare il principio secondo cui ogni giudice è tale con riguardo alla propria giurisdizione. A questa stregua, sia la L. 18 giugno 2009, n. 69 (introducente disposizioni in materia di processo civile), sia il c.p.a., si sono risolti nel senso di mantenere quel principio, ma con significative limitazioni rispetto al passato. Infatti, l'unico giudice che può ancora decidere in ordine alla propria giurisdizione è quello adito per primo: giacché il solo cui la Legge consente di declinarla. Laddove, qualora la causa venga riassunta nanti il giudice indicato come munito di giurisdizione, quest'ultimo non può decidere della propria giurisdizione: essendo facoltizzato esclusivamente ad 'accettarla' o a sollevare d'ufficio (entro un termine perentorio) la questione di giurisdizione (per conflitto negativo) nanti le Sezioni Unite della Corte di Cassazione cui, sola, spetta di eventualmente individuare come munito di giurisdizione un 'giudice' (inteso in senso lato[236]), diverso da quello indicato dal giudice adito per primo. Fermo restando che a tale dovere il giudice di legittimità non può sottrarsi, dal momento che «la cassazione senza rinvio deve essere disposta soltanto quando non solo il giudice adito ma qualsiasi altro giudice sia privo di giurisdizione sulla domanda, conformemente alle

---

[233] Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. III, Ord. 2 dicembre 2011, n. 563.

[234] Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3829.

[235] F. CARINGELLA e M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2012, pp. 150 e 787 s.

[236] In altri termini, potrà trattarsi di una qualunque autorità (decidente o giudicante) tenuta *ex lege*, nell'ambito dell'ordinamento, a pronunciarsi nel merito circa la tutela di una posizione soggettiva del cittadino.

ISSN 2036-7821

norme che attuano il principio della "translatio iudicii" (art. 59 della legge n. 69/2009 ed art. 11 del D.Lgs. n. 104/2010)»[237].

In tale contesto, assurge alla ribalta l'istituto della *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudice amministrativo che ha trovato ingresso nel nostro ordinamento, ad opera della stessa Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione[238]. Così superando il principio dell'incomunicabilità delle giurisdizioni, affermatosi sul presupposto che le differenze fra le stesse fossero talmente numerose e profonde da risultare insuperabili; per cui le prime necessariamente dovevano essere concepite come del tutto separate le une dalle altre. Laddove, quelle autorità hanno statuito che il menzionato principio sia incompatibile con una pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, e col suo 'precipitato' del principio (attinente al merito) della conservazione degli effetti (sostanziali e processuali) della domanda[239]. Quest'ultimo, come necessitante di attuazione e di una disciplina legislativa del meccanismo traslativo[240].

---

[237] Cass. civ., sez. V, Ord. 11 giugno 2024, n. 16161.

[238] Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77; Cass., sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109.

Così Corte cost., n. 77/2007 cit., ritenendo fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, L. T.A.R., come prospettata in sede di rimessione da T.A.R. Liguria, Ord. 21 novembre 2005, n. 229 'nella parte in cui non consente al giudice amministrativo, che declini la giurisdizione, di disporre la continuazione del processo con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda'. Da qui, la motivazione del 'giudice delle leggi' onde chiarire le ragioni del proprio intervento: la declinatoria di giurisdizione obbligando il cittadino ad 'instaurare *ex novo* il giudizio senza che gli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta si conservino nel nuovo giudizio …'; per cui, onde colmare la lacuna dell'ordinamento processuale, si è resa necessaria la menzionata declaratoria d'incostituzionalità 'nella parte in cui non prevede la conservazione degli effetti della domanda nel processo proseguito … davanti al giudice munito di giurisdizione'.

[239] Tali concetti sono ultimamente ribaditi da: Cons. Stato, sez. IV, 18 dicembre 2023, n. 10978; sez. III, 2 ottobre 2023, n. 8599.

[240] Con integrazione degli scritti menzionati in esordio del par. 2.1.2., può rinviarsi a: F. DE SANTIS, *Valori costituzionali ed effettività delle tutele nel pensiero di Luigi Montesano*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 770; E. MANZO, Translatio iudicii *ed effetto vincolante della declinatoria di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1303; F. GODIO, *Riassunzione* post translatio *e impugnazione della declinatoria di giurisdizione: una inammissibile 'doppia iniziativa'*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 106; K. PECI, *Difetto di giurisdizione e abuso del processo amministrativo*, in Giorn. dir. amm., 2015, p. 691; R. VILLATA, *Sui 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 632; L. TARANTINO, *Giurisdizione e amministrazione: Silvio Spaventa, ieri e oggi*, in *Urb. app.*, 2015, p. 501; G. D'ANGELO, *Eccezione di difetto di giurisdizione e abuso del processo*, in *Urb. app.*, 2015, p. 181; G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 827; G. RUFFINI, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii fra confusione del legislatore ed equivoci degli interpreti*, in *Giur. it.*, 2013, p. 214; G. BATTAGLIA, *Riparto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 81 s.; C. ASPRELLA, *La* translatio iudicii. *Trasferimento del giudizio nel nuovo processo civile (L. n. 69/2009)*, Milano, 2010; L. BERTONAZZI, *Legge 18 giugno 2009, n. 69 e giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009; A. CALDARERA, *Considerazioni sulla c.d.* translatio iudicii, in *Dir. proc. amm.*, 2009; P. BIAVATI, Translatio iudicii *e unità della giurisdizione*, in *Quad. cost.*, 3, 2007; C. CACCIAVILLANI, Translatio iudicii *tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in Dir. proc. amm., 2007; F. CIPRIANI, *Riparto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *Riv. trim dir. e proc. civ.*, 2005; ID., *Ancora sulla* translatio *tra diverse giurisdizioni*, in *Giusto proc. civ.*, 2008; ID., *La* translatio *tra le giurisdizioni italiane*, in *Foro it.*, V, 2009; C. CONSOLO, *La* translatio iudicii *tra giurisdizioni nel nuovo articolo 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009; ID., Translatio iudicii *e compiti del regolamento di giurisdizione, con esame anche dell'incidenza scoordinata del nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Corr. giur.*, 2010; ID., *I regolamenti di competenza e giurisdizione nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*,

ISSN 2036-7821

Da qui, la *translatio iudicii* è stata disciplinata dall'art. 11, comma 1, c.p.a. secondo il quale il giudice amministrativo, quando declina la propria giurisdizione, indica (se esistente) il giudice nazionale che ne è fornito[241]. Di tal fatta: a condizione che l'atto determinante la prosecuzione del giudizio osservi i dovuti requisiti di forma[242]; la disciplina della *translatio iudicii* comporta (per l'appunto) la salvezza degli effetti, sostanziali e processuali, della domanda avanzata innanzi al giudice sfornito di giurisdizione[243].

Quest'ultimo profilo, di 'conservazione degli effetti della domanda', ha rappresentato uno dei due profili di sviluppo del contributo di giurisprudenza amministrativa. Così, quest'ultima, in larga misura, si era espressa nel senso che l'azione intrapresa davanti ad un diverso organo giurisdizionale non interrompesse, né sospendesse il termine per la proposizione del ricorso davanti al giudice amministrativo. Stavolta, la prima era comunque riuscita a mitigare il pregiudizio per la tutela giurisdizionale, generalmente ammettendo la possibilità di adire il giudice amministrativo anche dopo il decorso del termine di decadenza, potendosi

---

2010; ID., Translationes *giurisprudenziali sulla 'riassunzione' (?) intergiurisdizionale ex art. 59*, in *Giusto proc. civ.*, 2011; S. MENCHINI, Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e translatio*: il codice di rito e il nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1 s.; P. VITTORIA, *Giurisdizione e* translatio iudicii*: per una riscrittura della disciplina della questione di giurisdizione nel processo civile*, in *Giust. proc. civ.*, 2011; C. MARINO, La translatio iudicii *per difetto di giurisdizione dopo la legge 18 giugno 2009, n. 69*, in Studi in onore di L. Arcidiacono, Torino, 2010, p. 2075 s.; B. RAGANELLI, *L'evoluzione della giurisprudenza e il recente intervento del legislatore in tema di* translatio iudicii, in *Dir. proc. amm.*, 2010; A. PICONESE, Translatio iudicii *e 'nuovo' giudizio amministrativo*, in *Foro amm. – T.A.R.* -, 2009; R. VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *www.federalismi.it*, 24/2008 (cfr. pure Item, in *Giur. it.*, 2009); I. ZINGALES, *I 'nuovi' confini della* translatio iudicii, in *Giusto proc. civ.*, 2008; C.E. GALLO, *La* translatio iudicii *nei rapporti tra giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2007; M.A. SANDULLI, I recenti interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione sulla translatio iudicii *(nota alle sentenze n. 4109 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e n. 77 della Corte Costituzionale)*, in www.*federalismi.it*, 6/2007; A. SCOGNAMIGLIO, Translatio iudicii, *giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm. - C.d.S.* -, 2007; G. SIGISMONDI, *Difetto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *Dir. proc. amm.*, 2007; A. TRAVI, *Difetto di giurisdizione e riassunzione della causa: alcune questioni aperte*, in *Urb. app.*, 2007; ID., *La nuova disciplina della* translatio iudicii, in *Urb. app.*, 2009; A. ATTARDI, *Sulla traslazione del processo dal giudice incompetente al giudice competente*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1951.

[241] Cons. Stato, sez. IV, 18 dicembre 2023, n. 10978.

[242] T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 19 ottobre 2020, n. 617 («Nel regime della translatio iudicii, l'atto che determina la prosecuzione del giudizio deve avere la forma di una vera e propria riproposizione della domanda, che deve essere adattata (nel passaggio da un giudizio di cognizione sul rapporto ad uno di tipo prevalentemente impugnatorio) con la presentazione di nuovi motivi e di un nuovo petitum. Ove si passi da un giudizio di tipo prevalentemente impugnatorio ad un giudizio esclusivamente di cognizione sul rapporto, o viceversa, l'atto di prosecuzione deve avere la forma di una riproposizione della domanda, stante il necessario adattamento del petitum; qualora, invece, il giudizio prosegua verso un giudizio con le medesime caratteristiche, l'atto di prosecuzione assume la forma di un atto di riassunzione»). Puntualizza Cass. civ., sez. I, Ord. 23 marzo 2021, n. 8088 (rv. 660898-01) che, «in caso di pronuncia che declini la giurisdizione del giudice amministrativo in favore di quello ordinario, il giudizio prosegue ritualmente innanzi a quest'ultimo qualora il relativo atto processuale contenga la trascrizione integrale del ricorso originario, con il necessario adattamento del "petitum" alla diversa natura del processo civile, essendo la "causa petendi" riconoscibile nell'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto riportati nel ricorso originario attesa l'identità della "res litigiosa"».

[243] Art. 11, comma 2, c.p.a.

ISSN 2036-7821

beneficiare, in presenza dei relativi presupposti, della rimessione in termini per errore scusabile[244]. Salvo osservare che, a fronte dei limiti di tale soluzione (non invocabile ogniqualvolta non vi fosse stato errore e comunque tenuto conto che la relativa valutazione giudiziale non garantisce a sufficienza sia il diritto sostanziale sia quello all'azione di chi abbia promosso il giudizio nel pieno rispetto della legge vigente): l'introduzione dell'istituto della *translatio iudicii* ha definitivamente superato il problema.

S'aggiunga che, «con riferimento ai rapporti tra la giurisdizione amministrativa e le altre giurisdizioni, ordinaria e speciali, l'art. 11 del D.Lgs. n. 104 del 2010 individua nella sola *riproposizione* del processo, innanzi al giudice indicato nella pronuncia declinatoria della giurisdizione, il mezzo di tutela esperibile ai fini della salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta; a differenza del dettato dell'art. 59 della L. n. 69 del 2009, che invece contempla anche, ove ricorrano determinate condizioni, l'istituto della *riassunzione*»[245]. Salvo constatare, che la terminologia impiegata diffusamente non rispecchia altrettale rigore interpretativo (come si evince dalle 'massime' di seguito richiamate).

L'art. 11, c.p.a. ha poi completato il quadro normativo, fissando il termine perentorio entro il quale si deve procedere alla traslazione (con salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda) in mesi tre a decorrere dal passaggio in giudicato della pronuncia che declina la giurisdizione[246]. La giurisprudenza ha quindi puntualizzato che:

quel termine va rispettato sia per la notifica del ricorso che per il successivo deposito[247];

in caso di mancato osservanza di tale termine, in quanto perentorio, l'effetto che si determina è quello dell'estinzione del giudizio per irricevibilità della domanda[248].

Resta fermo, comunque, che la salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda non può spingersi fino al punto di rimettere nei termini il ricorrente che fosse già incorso in una decadenza. Infatti, la rituale traslazione del giudizio a decorrere dal passaggio in giudicato della prima sentenza, benché astrattamente idonea alla conservazione degli effetti sostanziali e processuali dell'originaria domanda, non impedisce al giudice amministrativo di verificare se l'originaria pretesa, azionata per errore dinanzi al giudice ordinario, sia stata proposta entro il termine di decadenza. D'altronde, l'art. 59, comma 2, L. n. 69/2009 cit. e (per via del coordinamento, predicato dall'art. 44 di quest'ultima, con le norme del c.p.c.) l'art.

[244] *Ex multis*, Cons. giust. amm. reg. Sic., 2 marzo 1989, n. 47.
[245] T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 19 ottobre 2020, n. 617.
[246] T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 17 marzo 2025, n. 893.
[247] Cons. Stato, sez. IV, 5 giugno 2024, n. 5037.
[248] T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 1° luglio 2024, n. 1062; Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2024, n. 9423.

ISSN 2036-7821

11, comma 2, c.p.a., prevedono espressamente che, riproposta la domanda al giudice munito di giurisdizione, restano ferme le preclusioni e le decadenze intervenute[249]. Salvo riaffermare la prerogativa giudiziale, relativa a preclusioni e decadenze, di concedere, nei giudizi 'riproposti', la rimessione in termini per errore scusabile, quando ne ricorrano i presupposti (art. 11 c.p.a., comma 5).

Se non che, in relazione al tema sul quale è incentrato il presente studio, l'attenzione deve appuntarsi (a partire dal 'formante' giurisprudenziale) sul profilo d'indagine legato (più che alla 'conservazione degli effetti della domanda') alle ipotesi di conflitto di giurisdizione ed alle relative implicazioni.

Così, è stato puntualizzato che «la norma di cui all'art. 11, comma 3, c.p.c., subordina la possibilità di sollevare il conflitto negativo a tre presupposti: a) che un primo giudice declini la giurisdizione e indichi un secondo giudice che ritiene fornito di giurisdizione; b) che tale giudizio venga tempestivamente riassunto dinnanzi a questo secondo giudice; c) che il secondo giudice, non condividendo l'indicazione data dal primo, sollevi conflitto alla prima udienza. Sollevato dal Collegio il conflitto negativo di giurisdizione, in attesa, va disposta la sospensione del giudizio»[250].

---

[249] Cfr.: Cons. Stato, sez. III, 2 ottobre 2023, n. 8599; sez. V, 16 aprile 2024, n. 3472; sez. V, 10 ottobre 2024, n. 8140. Puntualizza T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 19 ottobre 2020, n. 617 che: «nel processo amministrativo i termini decadenziali correlati alla proposizione dei ricorsi si intendono validamente rispettati con la puntuale notifica degli stessi. Infatti, ai fini del rispetto del termine di tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza di cui all'art. 11, D.Lgs. n. 104/2010, rileva solamente la notificazione del ricorso in riassunzione, e non anche il deposito dello stesso, che, pertanto, può essere effettuato anche successivamente allo spirare del predetto termine». Il contributo interpretativo di quell'assetto disciplinare è completato da Cons. Stato, sez. II, 20 luglio 2020, n. 4632 per cui: «in tema di decorrenza del termine per la riassunzione, si è affermata l'applicabilità per analogia dell'art. 50 cod. proc. civ., e quindi l'applicabilità del termine di sei mesi dalla comunicazione della sentenza. Tuttavia, si tratta di impostazione che pur se coerente col sistema in caso di sentenza non più soggetta ad impugnazione (apparendo peraltro più corretta l'applicazione analogica, in mancanza di norma ad hoc, di quanto previsto dall'art. 367, comma 2, cod. proc. civ.) non va condivisa nel caso di sentenza, del giudice ordinario od amministrativo, declinatoria della giurisdizione, ma soggetta ad impugnazione; in tale eventualità, la decorrenza del termine per la riproposizione della domanda davanti al giudice del diverso plesso giurisdizionale va fissata nel momento del passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa del difetto di giurisdizione. Tale opzione interpretativa è coerente con i criteri di raccordo tra le giurisdizioni, tanto da essere fatta propria dal legislatore con l'art. 59 del L. n. 69 del 2009». La medesima statuizione osserva che: «l'art. 50 c.p.c., prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 104/2010 (che all'art. 11 ha disciplinato l'istituto della "translatio judicii"), era pienamente applicabile al processo amministrativo ed in conseguenza la riassunzione del processo innanzi al giudice cui era stata riconosciuta la giurisdizione doveva avvenire, a pena d'inammissibilità, entro il temine determinato dal giudice che si era dichiarato incompetente o, in mancanza di tale fissazione, nel termine di 6 mesi (poi modificato in 3 mesi dall'art. 45, comma 6, L. 18 giugno 2009, n. 69) decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della decisione».

[250] T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, Ord. 26 ottobre 2020, n. 983. Puntualizzazioni ulteriori si rinvengono in:

Cass. civ., sez. un., Ord. 12 marzo 2025, n. 6534 («l'art. 11, comma 3, c.p.a., deve essere interpretato nel senso che il conflitto di giurisdizione può essere sollevato entro la prima udienza fissata per la discussione del merito, escludendo le udienze preliminari o di smistamento che hanno funzione meramente ordinatoria»);

Cass. civ., sez. un., Ord. 25 febbraio 2025, n. 4838 («La tempestività del conflitto di giurisdizione sollevato d'ufficio ex art. 11, comma 3, c.p.a. è contrassegnata dalla barriera preclusiva della prima udienza, da intendersi in senso sostanziale, con la conseguenza che detta tempestività non è esclusa dal fatto che il giudice amministrativo,

ISSN 2036-7821

Segnatamente, «il conflitto negativo di giurisdizione è configurabile non solo nei casi in cui due giudici declinino la giurisdizione ritenendosi 'reciprocamente' non muniti di essa, ma anche nei casi in cui il primo giudice indichi come fornito di giurisdizione un secondo giudice che a sua volta indichi un terzo giudice»[251]. Fermo restando che (come anticipato), «in caso di conflitti di giurisdizione, il giudice dinanzi al quale la causa è riproposta, ove dissenta dall'indicazione del giudice 'trasponente', non può a sua volta declinare la giurisdizione, bensì deve sollevare d'ufficio il conflitto dinanzi alle Sezioni Unite»[252]. Inoltre, «nel processo amministrativo, a seguito dello scioglimento della riserva assunta all'esito della prima udienza, il giudice amministrativo può sollevare conflitto di giurisdizione, nonostante nel riservarsi non abbia manifestato alle parti l'intenzione di pronunciarsi al riguardo, esternando dubbi in proposito, né abbia indicato la questione di giurisdizione, dandone atto a verbale, ex art. 73, comma 3, D.Lgs. n. 104/2010, atteso che tale modalità temporale risulta conforme all'art. 11, comma 3, D.Lgs. n. 104/2010, interpretato alla luce dei principi del giusto processo, ex artt. 2 del D.Lgs. n. 104/2010 e 111 Cost., essendo comunque garantita la finalità, da un lato, di evitare alle parti del giudizio riproposto ogni inutile dispendio di attività processuale e, dall'altro, di onerare il giudice amministrativo "ad quem" di evidenziare immediatamente le ragioni del proprio eventuale dissenso»[253].

Per quel che maggiormente rileva, «l'art. 11, comma 3, c.p.a., che consente al giudice amministrativo, davanti al quale la causa sia stata tempestivamente riproposta a seguito di una precedente declinatoria di giurisdizione del giudice ordinario, di sollevare anche d'ufficio, "alla prima udienza", il conflitto di giurisdizione, deve essere inteso nel senso che il limite temporale, oltre cui quel giudice non può

---

rilevato un difetto nel contraddittorio, abbia concesso un termine per la rinnovazione della notifica del ricorso introduttivo, rinviando ad una udienza successiva nella quale il conflitto è stato sollevato, in quanto il dubbio di giurisdizione presuppone pur sempre l'instaurazione di un valido contraddittorio fra le parti»);

Cass. civ., sez. un., Ord. 26 agosto 2024, n. 23095 («Ai fini della configurabilità di un conflitto negativo di giurisdizione suscettibile di essere risolto tramite regolamento di giurisdizione d'ufficio, ai sensi degli artt. 59, comma 3, della L. n. 69 del 2009, e 11, comma 3, c.p.a., è necessario che vi sia una doppia declinatoria di giurisdizione con decisioni emesse all'esito di giudizi a cognizione piena. Pertanto, è inammissibile il regolamento di giurisdizione quando una delle declinatorie sia stata pronunciata in sede cautelare, in quanto tale provvedimento è insuscettibile di acquisire l'efficacia del giudicato»).

Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2024, n. 4242 («ebbene definito in epigrafe come "sentenza", il provvedimento del giudice amministrativo che solleva il conflitto di giurisdizione, rimettendo l'intera lite innanzi alle Sezioni unite, va riqualificato come ordinanza resa ai sensi degli artt. 11, comma 3, c.p.a. e 59, comma 3, della l. n. 69 del 2009, idonea a sottoporre alla S.C. la questione di giurisdizione sui giudizi riuniti e sulle domande ivi cumulate, stante l'esigenza di assicurarne la risoluzione per l'intera controversia»).

[251] Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2022, n. 9170.

[252] Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2022, n. 9170. V. CARBONE, *Osservatorio - Corte di Cassazione – Sezioni Unite e Sezioni Semplici – Conflitto negativo di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 427.

[253] Cons. Stato, sez. VI, 31 marzo 2022, n. 2366, in linea con Cass., sez. un., Ord. 29 ottobre 2020, n. 23904 (rv. 659165-01).

ISSN 2036-7821

sollevare il conflitto suddetto, è costituito dall'udienza di discussione che, fissata ai sensi dell'art. 71 c.p.a., dà luogo alla reale trattazione e decisione della causa, intendendo il legislatore, con tale barriera, evitare che la questione di giurisdizione si trascini oltre la soglia di ingresso del giudizio. Ciò posto, nell'ipotesi in cui il conflitto di giurisdizione venga sollevato oltre il detto termine, in ragione del tardivo esercizio del potere, *deve ritenersi consolidata la giurisdizione del giudice amministrativo e deve essere dichiarato inammissibile il conflitto di giurisdizione sollevato*»[254]. Pertanto, va ritenuto inammissibile, per tardività, il conflitto di giurisdizione sollevato dal giudice amministrativo solo all'esito di una seconda udienza, anche se, con ordinanza riservata, pronunciata a seguito dell'udienza di discussione in origine fissata, il medesimo giudice aveva rilevato la non riconducibilità alla giurisdizione amministrativa della domanda proposta[255]. Laddove, «in tema di conflitto negativo di giurisdizione sollevato dal giudice amministrativo, ai fini della verifica della tempestività del rilievo, risulta irrilevante l'emissione di un'ordinanza ai sensi dell'art. 73, comma 3, del D.Lgs. n. 104 del 2010, trattandosi di un atto, processualmente "neutro", che non comporta la consumazione del relativo potere, sicché lo scioglimento solo cronologicamente successivo della riserva, ed il deposito dell'ordinanza con cui il giudice ha esercitato il potere di conflitto, restano parte della prima udienza di cui esauriscono la trattazione»[256].

6.2.2. … *e rapporti con il 'regolamento preventivo'*

Ciò premesso, venendo all'istituto del 'regolamento preventivo di giurisdizione' quale sistematicamente collocantesi come evenienza ulteriore rispetto a quelle del perfezionarsi di un 'giudicato implicito' e dell'apertura di un conflitto negativo di giurisdizione a seguito di *translatio*, il cit. art. 11 c.p.a. non contiene alcun riferimento; diversamente il cit. art. 59, L. n. 69/2009, che però si presta a differenti conclusioni interpretative laddove, nella parte finale del comma 3, reca il seguente inciso: «restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione».

Così, per un verso, si potrebbe obiettare nel senso di una sostanziale irrilevanza della disposizione, stante la difficoltà ad enuclearne un utile significato. Per altro verso, vi si potrebbe rinvenire l'occasione per ripensare l'ambito applicativo dell'istituto: nei termini di una sua estensione.

Se non che, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno recisamente esclusa la proponibilità del regolamento preventivo, una volta intervenuta la prima sentenza

[254] Cass. civ., sez. un., Ord. 28 ottobre 2020, n. 23749.
[255] Cass. civ., sez. un., Ord. n. 23749/2020 cit.
[256] Cass. civ., sez. un., Ord. 14 marzo 2022, n. 8187 (rv. 664218-01).

ISSN 2036-7821

con la quale si è declinata la giurisdizione con conseguente prosecuzione del giudizio nanti il giudice dichiarato munito di giurisdizione[257]. La motivazione di tale esito è articolata.

Innanzitutto, «la tempestiva riassunzione del processo davanti al giudice indicato non costituisce un nuovo ed autonomo procedimento, ma la naturale prosecuzione dell'unico giudizio». Quanto riflette certa presa di posizione anche sul piano terminologico: dal momento che si è escluso che alla vicenda di *translatio* in esame possa corrispondere una 'riproposizione' di (distinto) giudizio[258].

Peraltro, la Suprema Corte ha ritenuto di corroborare il proprio orientamento con la seguente argomentazione: la regola per cui il rimedio per l'immediata e definitiva soluzione delle questioni attinenti alla giurisdizione, è proponibile finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado «è rimasta ferma anche a seguito dell'entrata in vigore della L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 59, che ha disciplinato la *translatio iudicii*, risultandone anzi da quest'ultima rafforzata, sia perché le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione sono rimaste immutate in virtù del comma 3, ultima parte, del suddetto art. 59, sia perché anche nel nuovo sistema processuale, in materia di giurisdizione il legislatore ha inteso conservare la natura non impugnatoria del rimedio del regolamento preventivo, la cui funzione continua ad essere … quella di prevenire decisioni impugnabili o possibili conflitti reali di giurisdizione, e quindi, quella di soddisfare un'esigenza di rispetto della compresenza nell'ordinamento di ordini giudiziali distinti»[259].

Tale posizione ha conosciuto una costante riaffermazione e, da ultimo, è stata così sintetizzata: «in seguito a diniego di giurisdizione da parte del giudice ordinario adìto per primo, se la riassunzione è tempestiva e se al giudice amministrativo viene proposta la medesima domanda, si determina una unitarietà della causa che preclude alle parti di metterla in discussione sotto il profilo della giurisdizione con la proposizione di un regolamento preventivo, avendo esse già esaurito il relativo potere; ne consegue che il giudice amministrativo "ad quem", se si ritenga, a sua volta, privo di giurisdizione, può tempestivamente sollevare il relativo conflitto negativo, ai sensi dell'art. 11, comma 3, c.p.a., con la decisione presa all'esito della prima udienza di trattazione, di cui essa costituisce ontologicamente la prosecuzione e la conclusione, sebbene il conflitto sia sollevato senza previa esternazione di dubbi sulla questione e senza una espressa riserva pertinente, giacché tale omissione non

[257] A partire da 8 febbraio 2010, n. 2716.

[258] G. FERRARI e L. TARANTINO, *Contenuto dell'atto di riproposizione a seguito di* translatio judicii, in *Urb. app.*, 2015, p. 234; F. CARINGELLA e M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2012, p. 197 s. A. SALETTI, *La riassunzione del processo civile*, Milano, 1981.

[259] Cass., sez. un., n. 2716/2010 cit.

ISSN 2036-7821

lede il diritto di difesa delle parti»[260]. Peraltro, «ai fini della configurabilità di un conflitto negativo di giurisdizione, suscettibile di essere risolto tramite regolamento di giurisdizione, ai sensi degli artt. 59, comma 3, della L. n. 69 del 2009, e 11, comma 3, c.p.a., occorre una doppia declinatoria di giurisdizione, con decisioni emesse all'esito di giudizi a cognizione piena, con la conseguenza che è inammissibile il regolamento di giurisdizione allorquando una delle due sia stata pronunciata in sede cautelare»[261].

Tornando al rigore della Cassazione in punto di esperibilità del regolamento preventivo, ragioni di completezza espositiva impongono di dar conto di due mitigazioni.

Così, innanzitutto, la menzionata preclusione si deve ritenere valga solo per le parti che abbiano partecipato al giudizio nanti il giudice originariamente adito; ma non per coloro che per la prima volta siano stati posti in condizione di proporre il regolamento preventivo dopo essere diventati parti del giudizio a seguito della *translatio*: è il caso dei controinteressati pretermessi. D'altronde, la stessa Cassazione si è espressa nel senso che la soluzione restrittiva non valga ogniqualvolta operi una autentica riproposizione del giudizio, evidentemente da accertare caso per caso: es., in base al contenuto dell'atto introduttivo del giudizio stesso[262].

In secondo luogo, una mitigazione della regola dovrebbe ammettersi in corrispondenza del determinarsi di una situazione di stallo processuale (benché tendenzialmente recessiva alla luce della vigente disciplina sulla *translatio* e le relative implicazioni): quando, in presenza della seconda declaratoria di difetto di giurisdizione, in ossequio al principio di effettività della tutela giurisdizionale, si

[260] Cass. civ., sez. un., Ord. 17 giugno 2021, n. 17329 (rv. 661540-01). Cfr. pure Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 2020, n. 7308 secondo cui, «quando vi è stata una riassunzione di un giudizio, si deve considerare che stia proseguendo proprio il giudizio che a suo tempo era stato instaurato innanzi al primo giudice che poi è risultato essere carente di giurisdizione».

[261] Cass. civ., sez. un. Ord. 10 febbraio 2022, n. 4297 (rv. 663846-01) ove, in applicazione del principio, si è ritenuto « inammissibile il regolamento di giurisdizione sollevato dal TAR innanzi al quale era stato riassunto il giudizio avente ad oggetto la domanda possessoria di reintegrazione del possesso, rispetto alla quale il giudice ordinario aveva dichiarato il difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo in sede di reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c.». Cfr. pure Cass. civ., sez. un., Ord. 4 aprile 2023, n. 9326, secondo cui, «ove il difetto di giurisdizione sia stato dichiarato dal giudice ordinario in sede cautelare, il giudice amministrativo successivamente adito non può sollevare d'ufficio il regolamento di giurisdizione atteso che, avendo il provvedimento cautelare, ancorché emesso ai sensi dell'art. 700 c.p.c., natura strumentale rispetto al giudizio di merito a cognizione piena, il procedimento davanti al giudice amministrativo è il primo giudizio di merito ai fini del rilievo del difetto di giurisdizione». G. PARISI, Translatio iudicii *per difetto di giurisdizione e procedimento cautelare*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1894.

[262] Così, Cass. civ., sez. un., 15 marzo 2011, n. 6016. Cass. civ., sez. un., 20 luglio 2011, n. 15868 che si riferisce ad un ricorso diverso ed autonomo rispetto a quello proposto nanti il primo giudice, ed alla mancanza di un provvedimento di declinatoria da parte del medesimo. Cfr. pure F. GODIO, *Declinatoria di giurisdizione, riproposizione e riassunzione: ulteriori chiarimenti dalle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 837.

ISSN 2036-7821

tratti di evitare che la giurisdizione venga declinata indeterminatamente, innescando un circuito perverso, con sostanziale paralisi dello strumentario di giustizia[263].

6.3. Contributo di dogmatica

Ciò premesso, restano almeno tre questioni controverse (nonostante il contributo giurisprudenziale), delle quali pare doversi dar conto, non solo perché correlate, ma anche per via di un contributo riconoscibile al discorso (su base dogmatica) nanti articolato.

Innanzitutto, sul presupposto che: una volta notificato alle altre parti il ricorso in Cassazione per regolamento preventivo di giurisdizione, e depositatane una copia presso la cancelleria del giudice nanti il quale pende la causa; quest'ultimo, sospende il processo, quando non ritenga l'istanza manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata (in altri termini, qualora le contestazioni mosse nel regolamento siano reputate idonee a porre in discussione la propria giurisdizione)[264].

Se non che, alla luce di quanto esposto in punto di uniformazione degli strumentari di tutela a disposizione dei diversi giudici (ordinario e speciali), non parrebbe azzardato di concludere che quello originariamente adito: nel decidere di non sospendere il processo, valutando l'istanza come manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata (in altri termini, ritenendo le contestazioni mosse nel regolamento inidonee a porre in discussione la propria giurisdizione); sia legittimato a tener conto della circostanza per cui, in relazione al concreto atteggiarsi della controversia, l'assegnazione ad altro giudice non determinerebbe alcun significativo pregiudizio all'effettività della tutela (sul duplice versante della cognizione e dei poteri decisori). In altri termini, la decisione di non sospendere il processo potrebbe giustificarsi anche nella misura in cui si valuti la sostanziale insussistenza di condizioni, onde conseguire maggior 'adeguatezza' della risposta di giustizia, individuando un giudice di altro ordine (in tal senso, spunti orientativi paiono offerti da quanto esposto nel par. 3.4.).

Questione ulteriore attiene al coordinamento fra la decisione nel merito assunta in sede di giudizio non sospeso e quella sulla giurisdizione formatasi, in occasione del regolamento, a cura delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Il punto è che gli argomenti, (quando) addotti dagli opposti schieramenti, non paiono soddisfacenti.

---

[263] Cass. civ., sez. un., 10 marzo 2011, n. 5681. Cfr. pure Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2011, n. 14460 che ammette la conversione del regolamento preventivo di giurisdizione in ricorso per conflitto negativo di giurisdizione onde scongiurare il rischio che 'si ritenga privo di giurisdizione declinandola in favore di un ulteriore giudice, così allontanando nel tempo la cognizione del merito della controversia e la risposta dell'ordinamento alla richiesta delle parti di tutela giurisdizionale'.

[264] In forza del 'combinato disposto' dell'art. 41 c.p.c. e dell'art. 367 c.p.c. Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1790.

ISSN 2036-7821

Secondo l'opinione più accreditata in giurisprudenza (di cui si è già dato conto nel par. 6.1.), alla sentenza di primo grado, pronunciata in pendenza di giudizio sul regolamento di giurisdizione, andrebbe riconosciuta efficacia condizionata: dal momento che una eventuale statuizione della Cassazione di segno contrario, rispetto alla decisione assunta dal giudice di merito, renderebbe nulla quest'ultima, privandola di effetto[265]. Si ritiene persino che tale pronuncia sia dotata di un'efficacia definitiva 'panprocessuale' (tale da renderla operante anche in altri processi)[266].

Di diverso avviso quanti reputano che la decisione della Cassazione, pronunciata dietro regolamento di giurisdizione, sia inidonea a travolgere (così privando di effetto) la sentenza pronunciata dal giudice di merito nel processo non sospeso[267].

Onde tentar (se non di sciogliere il nodo gordiano, quantomeno) di fornire certo criterio di riflessione, pare doversi muovere dai pertinenti principi, svolgendo un discorso di 'complementarizzazione'. Ci si riferisce a: quello sulla definizione della giurisdizione, rappresentato dal 'giudice naturale precostituito per legge'; quello cui è improntato l'istituto del regolamento preventivo di giurisdizione, rappresentato dal 'giusto processo' come tradotto in termini di sollecita definizione del giudizio; quello di divieto dell''abuso del processo'. In tale contesto, va inquadrata la disposizione che vuole che il giudice, davanti al quale pende la causa, debba sospendere il giudizio qualora non ritenga l'istanza manifestamente inammissibile o la contestazione manifestamente infondata. Se ne dovrebbe inferire che:

eccezion fatta per l'ipotesi in cui il giudice di merito ravvisi una manifesta insussistenza circa la fondatezza del dubbio sulla giurisdizione eppertanto, una presumibile violazione del divieto di abuso dei mezzi processuali, a fronte della quale al relativo principio deve senz'altro riconoscersi 'sovraordinazione gerarchica' rispetto a quello (della sollecita definizione) del 'giusto processo'[268];

il regolamento preventivo di giurisdizione sia stato 'pensato' come espressione di 'confinazione' (derogatoria), rispetto all'anzidetto rapporto di forza fra i principi in esame.

In altri termini, l'istituto sarebbe: come vicenda processuale, destinato (di regola), una volta compulsato, a giungere ad epilogo senza interferenze; quanto agli effetti del relativo esito, prevalente. Con riguardo a quest'ultimo profilo, peraltro, la

[265] Cass., sez. un., 17 dicembre 1999, n. 905.

[266] Cass., sez. un., 27 novembre 2000, n. 1210. Cfr. pure art. 59, comma 1, L. n. 69/2009.

[267] G. BALENA, in *Manuale di diritto amministrativo* (a cura di E. Casetta), Milano, 2008.

[268] A quel punto:

onde precludere la prosecuzione del giudizio di primo grado, colui il quale ha promosso ricorso per regolamento di giurisdizione dovrà impugnare in appello (nanti il Consiglio di Stato) quella statuizione reputata erronea;

a sua volta il giudice di secondo grado che ritenga fondata la doglianza della parte che lo ha adito, rinvierà la causa al giudice di prime cure per la sospensione ex art. 367 c.p.c. (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, n. 5657/2009).

ISSN 2036-7821

conclusione sarebbe avvalorata: non tanto perché si tratta di pronuncia promanante dall'autorità giurisdizionale preposta a decidere, in ultima istanza, sulle questioni di giurisdizione[269]; bensì, perché (nella medesima ottica di economia processuale) verosimilmente quell'autorità è destinata a confermare la propria posizione nell'ipotesi in cui, accedendo all'orientamento che vorrebbe quell'esito recessivo rispetto alla pronuncia del giudice di merito, quest'ultima fosse impugnata, così portando la questione di giurisdizione, per le vie ordinarie, nanti il giudice d'appello e (in ultimo) la Cassazione. Dunque, in questa seconda ipotesi, si determinerebbe un radicale sacrificio, del principio del 'giusto processo': opinabile in quanto, nell'economia complessiva, contrastante con l''oggettivante' logica operazionale dei 'costi/benefici' (portato del 'razionalismo critico') quale criterio selettivo più accreditato sul piano epistemologico quando si tratti di confrontare 'teorie rivali'[270]. In quest'ottica, riprendendo quel che si è anticipato a proposito dell'orientamento reputato più plausibile, andrebbe letta quella giurisprudenza secondo la quale il dovere delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, quanto alla pronuncia sulla proposta questione di giurisdizione, non trova ostacolo: né nella sentenza del giudice di primo grado che contenga (od implichi) una decisione anche in ordine alla giurisdizione; né nella circostanza che, a seguito di tale sentenza, non impugnata, si sia formato il giudicato sulle questioni decise. Infatti, la sentenza emessa nel giudizio pendente dovrebbe considerarsi (per l'appunto) condizionata: nel senso che, ove la decisione della Cassazione risultasse di segno contrario rispetto a quanto ritenuto (foss'anche per implicazione) dal giudice di merito, la pronuncia di quest'ultimo (sulla giurisdizione come sulle questioni logicamente successive alla definizione della prima) risulterebbe priva di effetto. A nulla rileverebbe che quella sentenza non sia stata impugnata: atteso che imporre alla parte d'impugnarla solo per conservare il diritto alla decisione sulla questione di giurisdizione, comporterebbe di fondare la disciplina del regolamento su di un uso strumentale dell'impugnazione[271].

Se non che, a tal punto, benché paia condivisibile il criterio selettivo, si pone un duplice problema ulteriore, stavolta alla luce del principio del 'giudice naturale precostituito per legge': innanzitutto, dal momento che quanto testé esposto

---

[269] F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 2163 s., segn. p. 2164.

[270] Quanto al 'razionalismo critico' se ne mutua l'essenza di paradigma generale del pensiero scientifico (verificabile) che, rivelati i limiti del metodo induttivo:

ha predicato la consapevolezza delle conseguenze alle quali conduce (stante la connessione complessiva di ogni divenire) l'impiego di mezzi pur soggettivamente "adeguati" (logica "operazionale" dei costi/benefici);

per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell'esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle "teorie rivali", onde condurre all'emersione degli errori ("falsificazione") ed alla loro eliminazione.

Cfr., al riguardo: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, p. 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, p. 59 s.

[271] Cass., sez. un., 17 dicembre 1999, n. 905; Ord. 23 maggio 2005, n. 10703.

ISSN 2036-7821

presuppone che la questione di giurisdizione (ormai superata la teoria della prospettazione) sia senz'altro risolvibile sul piano delle valutazioni di pura legittimità; il che pare poco plausibile alla luce del contributo fornito dalla teoria del 'circolo ermeneutico' quanto all'indissociabilità tra fatto e diritto quale imprescindibile argine al dilagare delle precomprensioni[272]. In secondo luogo (e correlativamente), va osservato che la valutazione della Cassazione in sede di 'regolamento' patisce di certa carenza nell'istruzione della controversia perché non ha 'alle spalle' due (definiti) gradi di giudizio; infatti, il Legislatore ha previsto che la suprema Corte, in quella sede, si pronunci (non con sentenza, ma) con ordinanza emessa in camera di consiglio[273].

Alla luce degli indicati *pro* e *contra* va dunque valutato lo specifico problema di coordinamento fra pronunce per cui, di regola, l'iniziativa di demandare alla Cassazione la questione di giurisdizione per via di regolamento preventivo andrebbe esperita: non solo quando la domanda non paia manifestamente inammissibile o la contestazione-dubbio non siano manifestamente infondati; ma altresì, quando si reputi che la trattazione della causa abbia raggiunto un livello tale da definire stabilmente il rapporto di simbiosi tra fatto e diritto.

---

[272] L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 274 s., segn. p. 290.

Peraltro, si è progressivamente infoltita la schiera di quanti propendono a favore di uno schema non lineare (sul presupposto di un significato oggettivo, preesistente cui l'interprete avrebbe accesso: M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit. - di cui dà conto F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2000, p. 1045 ss., segn. pp. 1046 e 1053 ss. -; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* -dir. da Cicu-Messineo-, Milano, Giuffrè, 1980), bensì circolare (respinge recisamente l'assunto di un significato oggettivo, preesistente che l'interprete sarebbe chiamato a svelare, E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503 ss., segn. p. 505) per via di un "dialogo coerente", nella consapevolezza del reciproco condizionamento (anche in termini di "precomprensione" del giurista") fra la disposizione normativa ed il contesto in cui trova applicazione, dal quale non può artificiosamente dissociarsi (GALETTA, *Violazione*, cit., p. 95). All'uopo, per i relativi riferimenti, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, Jovene, 2007, par. 1.6. Sulla difficoltà ad operare una separazione fra valutazioni dell'interesse pubblico e completamento od integrazione della norma da applicare: M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge 205/2000 (le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza)*, in *Dir. proc. amm.* 2003, p. 55 ss., segn. p. 106 ss.; nonché P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi*, cit., p. 293 ss.).

Cfr. pure M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, pp. 244-246: «Perciò, non uno schema lineare (proprio del diritto naturale) che dalla natura/fatto va al diritto, ma uno schema circolare (proprio del diritto positivo) che dal diritto va al fatto per tornare al diritto. Così, può ben accadere che il fatto si possa prospettare in modo diverso da come appare compreso da una norma o secondo un principio. … ciò non dipenderà da un senso proprio del fatto ma dalla diversità del punto di vista dal quale viene riguardato, e cioè dalla circostanza che esso viene (ri)considerato a partire da un principio giuridico diverso. Dunque, il fatto non parla di sé ma del diritto da cui è illuminato. E ne parla con il diritto stesso, sicché non vi è un dialogo tra fatto e diritto ma piuttosto un confronto all'interno del diritto tra comprensioni (giuridiche) rivali del fatto. E perciò, ascrivere la "verità" al fatto equivale, comunque, a prescrivere la "verità" per decreto».

[273] Ai sensi dell'art. 375 c.p.c.

ISSN 2036-7821

L'ultima questione muove dal pacifico orientamento (già esposto in rassegna) per cui la tempestiva riassunzione del processo davanti al giudice indicato non costituisce un nuovo ed autonomo procedimento, ma la naturale prosecuzione dell'unico giudizio. Si è infatti constatato (cfr. par. 2.2. in nota e parr. 6.2.1. e 6.2.2.) che a ciò non pare corrispondere piena coerenza d'implicazioni circa lo strumento da adottare onde compulsare il seguito giudiziale (quanto riflette certa presa di posizione anche sul piano terminologico): in particolare, se sia da escludere senz'altro che alla vicenda di *translatio* in esame possa corrispondere un atto di 'riproposizione' (in quanto reputato intrinseco ad un distinto giudizio).

Se non che, all'uopo può tornar utile di applicare il metodo, perorato in chiave di 'logica operazionale', della 'complementarizzazione dei principi' (stavolta, applicato ai corollari di quello del 'giusto processo'), muovendo dal confronto con certa giurisprudenza della Suprema Corte, per cui la parte può provvedere alla riassunzione, anziché con 'comparsa', con 'citazione' ad udienza fissa, purché la stessa possieda tutti i requisiti formali previsti dall'art. 125 disp. att. c.p.c., indispensabili per il raggiungimento dello scopo[274]. In quest'ottica, non dovrebbero frapporsi pregiudiziali nel mutuare la 'lettura' testé fornita alla disciplina del processo civile, per l'appunto favorevole all'adozione della forma della 'citazione' ad udienza fissa, dal momento che: pur osservando tutti i requisiti della 'comparsa' *ex art.* 125 disp. att. c.p.c.; senza apportare alterazione alcuna alla domanda; la prima potrebbe consentire di operare una organica sintesi (in punto di fatto e di diritto) degli scritti difensivi resi (almeno nell'interesse della parte che ha promosso la riassunzione), in occasione del giudizio radicato nella sede originaria. Con l'effetto di una 'soluzione' utile, a tutti gli altri soggetti del giudizio riassunto (giudice e controparti), onde consentire uno svolgimento il più possibile improntato a chiarezza e celerità. Tantopiù alla luce della *ratio* della 'riforma Cartabia' (D.Lgs. 10 Ottobre 2022, n. 149 e s.m.i.) e delle sue implicazioni, con particolare riguardo:

al dovere, posto a carico della parte convenuta, di prendere posizione, in modo chiaro e specifico, sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda (art. 167 c.p.c. così modificato);

alla circostanza per cui, se è vero che comunque la riassunzione non determina la rimessione in termini rispetto alle preclusioni e decadenze già maturate (non valendo a ricondurre la vicenda processuale ad una fase anteriore a quella già svoltasi); è consentito, tramite l'atto riassuntivo, di modificare le domande formulate precedentemente (pur non potendo aggiungerne di nuove)[275].

[274] Cass. civ., Sez. V, 17 febbraio 2017, n. 4247; Cass. civ., Sez. II, 30 luglio 2018, n. 20068.
[275] Tribunale Roma, Sez. VI, 3 ottobre 2022, n. 14573.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Islam & Fashion: a modesty-driven combination.

di Anna Marotta

(Abilitata Professore Associato di Diritto Comparato)

Sommario

1. Introduction: Islam as a driver of a fashion market. – 2. The virtue of *haya'* behind Islamic fashion – 3. Modest fashion around the world. – 4. Evolutions and revolutions of modest fashion. – 4.1. Fashion style between tradition and modernity in Islamic countries. – 4.2. The Western side of Islamic fashion.

Abstract

Muslims are required to abide by Islamic teachings also when it comes to clothing. Fashion must be *halal*, that is to say 'permissible', in Islam. However, *halal* fashion is an heterogeneous category whose content relies on different interpretations of *haya'*, a virtue that is generally translated as 'modesty. As a result, what is labelled 'modest fashion' is a growing market within which the plurality of readings makes Islamic fashion style a multi-faceted phenomenon both in Islamic countries and among Muslim communities in the West, where it enters the courtrooms and gives rise to geopolitical antagonisms.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduction: Islam as a driver of a fashion market.

"It is commonly assumed, particularly in the West, that Muslim women are indifferent to fashion"[1]. And yet, Islamic fashion is growing in popularity, gaining an increasing worldwide market share. "Clothing has a comparable element in accordance with Islamic principles, similar to how some items are regulated by Islam"[2]. Clothing still is, in some respects, a normed reality[3], and this seems to be particularly (and legally) true in Islam, at least according to certain interpretations of *sharia*, the revealed divine law which states that even what Muslim wear is to be '*halal*', that is compatible with God's Word[4]. However, Muslims do not agree on what is meant by *halal* clothing. Islamic styles of clothing reflect many variables: level of religiosity, ethnicity, race, gender, class, generation, political context, cultural capital, community norms, family ties, professional and social environments, intersections and overlapping between different affiliations, intercultural contacts, personal history, pop culture, social media, fashion trends, individual aesthetics, practical considerations, transnational links, colorism, social pressure, ideological divisions, specific sensibilities. As a result, The general drive for homologation within the *umma*, which does not spare this aspect of the Muslim believer's life, ends up clashing with a plurality of interpretations of Islamic clothing rules that come not only from Muslim communities and individuals but also from scholars, producing a dispersal of religious authority that results in a confrontation between *ulama'* and new religious intellectuals[5]. As with other ambits of the daily living, Islamic clothing is in fact the subject of several legal non-binding opinions from religious authorities (*fatawa*), who are often self-taught people having a different relationship with changes in time and space. Some of these opinions are crystalized in the seventh century Arabia, revealing a literalist interpretation of Islamic sources, whilst others are more or less open to *ijtihad* (interpretative effort), trying to cater to the needs of a fast changing society. But there is more to that: regardless of the content, legal responses are increasingly conveyed by technological tools, adding confusion to uncertainty. Online *fatawa* comes not only from official institutions. They are issued

[1] F. SHIRAZI, *Brand Islam: The Market and Commodification of Piety*, University of Texas Press, Austin, 2016, p. 144.

[2] H. MOHI-UD-DIN QADR, *The Global Halal Industry: A Research Companion*, Islamic Business and Finance Series, Routledge, London, 2024, p.141.

[3] The legal side of fashion is extensively addressed in B. POZZO - V. JACOMETTI (eds), *Fashion Law: Le problematiche giuridiche della filiera della moda*, Giuffré, Milano, 2016, within which, *see* in particular R. PALAVERA, *Abbigliamento, Diritto e Marginalia*, p. 280.

[4] On the relationship between Islam and fashion please refer to A. MAROTTA, *Halal Fashion Revolution: un business nel segno della modestia*, in S. LANNI (a cura di), *La tutela del consumatore nella prospettiva halal tra sfide e opportunità del mercato europeo*, Milano University Press, 2025, pp. 155-181.

[5] E. GIUNCHI, *La dispersione dell'autorità religiosa nell'Islam contemporaneo: dai tribunali al web*, Memoria della Accademia delle Scienze di Torino, Classe delle Scienze Morali, Storiche e Filologiche, Serie V, 38, 1/2014, pp. 24-31.

ISSN 2036-7821

also by individuals who, in a personal capacity, provide their own interpretation of Islamic norms. Faced with Muslim 'costumers'' need to have *sharia*-compliant products in every area of life, clothing included, web becomes a sort of moral guide for Muslims, especially in Western countries, where they are subtracted to traditional monitoring mechanisms. Through horizontal forms of communications, web voices challenge vertical transmission-based traditional religious authority, official interpretations of Islam conveyed through the codes male authority within the family and power systems at national and international level.[6] This exegetical drift by a part of the religious establishment allows Islam to keep up with times and adjust to geographical context, on the one hand. On the other hand, however, the end of the authority-based historical relationship between those who request a *fatwa* and those who issue it – whose anonymity makes it impossible to ascertain the *mufti's* skills – gives rise to a competition between 'experts' who pretend to represent the 'correct' Islam[7]. Such 'hermeneutics of despotism'[8] in which each scholar tries to impose his opinion as the only valuable opinion, makes Islam an '*Islam à la carte*'[9], which is globalized as it is untied from a specific territory, but also simpler, since it lacks all the complex shades of classical Islam, 'cool' in so far as it is interpreted in a modern way, and, finally, less strict than political Islam and less boring than *ulama*'s erudite Islam[10]. At the same time, it allows modernity to enter an increasingly desacralized religion, with the result that Islamic ethics becomes part of the cultural globalization process[11]. This is especially evident for those aspects that bring into play the social sphere. Clothing is one of them. This identity marker is expression and instrument of both encounter and clash between Islam and the West and between traditional Islam and modern Islam. 'Islamic fashion' contaminates itself through the contact with different cultures, be it either direct or indirect, physical or virtual. Regardless of whether this contact produces a traditional conservative style or results in a hybrid modern style, the starting point remains the same: "brand Islam has initiated marketing campaigns in the realm of women's fashion that capitalize on the very core of Islamic precepts: Sharia"[12].

2. The virtue of haya' behind Islamic fashion.

[6] E. GIUNCHI, *La dispersione dell'autorità religiosa nell'Islam contemporaneo*, p. 25.
[7] E. GIUNCHI, *La dispersione dell'autorità religiosa nell'Islam contemporaneo*, p. 40.
[8] K. M. ABOU EL FADL, *And God Knows the Soldiers. The authoritative and authoritarian in Islamic discourse*, University Press of America (Revised edition), Lanham, MD, and Oxford, 2001, p. 94.
[9] O. ROY, *Secularism and Islam: The theological predicament*, in *The International Spectator*, 48, 1/2013, p. 15.
[10] A. BOUBEKEUR, *Cool and competitive. Muslim culture in the West*, in *Isim Review*, 16, 2005, p. 12.
[11] E. GIUNCHI, *La dispersione dell'autorità religiosa nell'Islam contemporaneo*, pp. 39-42.
[12] F. SHIRAZI, *Brand Islam*, p. 144.

ISSN 2036-7821

There is something about clothing that cuts across legal traditions: it delimits, protects, mediates interaction, conveys a message and express a distinctive identity[13]. "Fashion is a kind of communication in which clothing acts as a visual reflection of a person' s social status and personal value. Its significance goes beyond simple fashion and style; it expresses the belief of a particular group or church. Clothing has the ability to highlight and signify one's individuality. Fashion, in essence, serves as a non-verbal manner of communicating an individual's or a group's views, preferences, and ideas" [14]. This is also true for Islam, where the need to combine Islamic affiliation and passion for fashion has produced a new label: 'modest fashion'. Although this expression may seem an oxymoron, it arises out of the business language and seems to be designed to make Islamic/*halal* fashion strategically more inclusive. "Using Islam as a portal for selling modest but highly stylish attire has proven a shrewd business decision"[15], indeed. Modest fashion market is an industry that is rapidly prospering under the influence of Millennials and Gen Z, who don't want to give up being fashionable while respecting Islamic teachings.

It is especially Muslim women who are called upon to modestly dress. And yet, although "Islamic clothing is indeed designed with modesty in mind, Muslim women pay as much attention to beautiful presentation as women in the west o and are highly attuned to style and fashion"[16].

In Islam modesty is known with the Arabic term '*haya'*, a virtue that embraces more than outward behavior up to covers interior intentions. *Haya'* encompasses all elements of life, including interactions and clothes. Unlike some terms that have a legal meaning distinct from their general usage in classical Arabic, *ḥaya'* doesn't have not any technical meaning other than ordinary usage in legal works[17]. *Haya'* refers to "a comprehensive notion that includes humility, self-respect, bashfulness, and shyness. It signifies decency and reserve, both in appearance and in behavior, with the goal of preserving one's dignity and moral principles"[18]. According to some scholars, the word *haya'* is translated as 'shame' in so far as it brings together the English terms 'modesty', 'bashfulness', and 'even inhibition': indeed "modesty (in the sense of avoiding excessive physical or social self-display) is only one instantiation of the word's broader reference to an aversion to performing

[13] R. PALAVERA, *Abbigliamento, Diritto e Marginalia*, p. 281.
[14] H. MOHI-UD-DIN QADR, *The Global Halal Industry*, p. 142.
[15] F. SHIRAZI, *Brand Islam*, p. 144.
[16] F. SHIRAZI, *Brand Islam*, p. 144.
[17] M. H. KATZ, *Shame* (al-haya') *as an affective disposition in Islamic legal thought*, in *Journal of Law, Religion and Thought*, 2014, p. 142.
[18] H. MOHI-UD-DIN QADR, *The Global Halal Industry*, p. 142.

ISSN 2036-7821

inappropriate actions" [19]. 'Bashfulness', in a similar way, should be seen as a specific and intense manifestation of *ḥaya*[20]. The word *haya'* might be termed as 'anticipatory shame', that is "a person's visceral awareness of the ignominy that would result from an envisioned action (and resulting disinclination to perform it), rather than the feeling ensuing after the action is performed"[21]. So therefore, *haya'* might be also understood as the fear of social disapprobation.

The term *haya'* does not appear in the Qur'an, which uses the word *istihya'* – with a similar etymology and a similar meaning – to refer to the woman's modest movement in the *sura* 24 (*Al-Qasas*). Although at the time of the Prophet *haya'/istihya'* was understood as a predominantly female value and as such it has been passed down over the centuries, this behavioral trait is widely appreciated in men[22]. Not only modesty involves the Prophet indeed, but this virtue ethics is directly connected to God as example of virtuous behavior[23].

According to a line of thinking, *haya'* can be classified into: 1) *haya'* before God; 2) *haya'* towards others; 3) *haya'* of themselves[24]. The first category of *haya'* refers to the feeling caused by actions that displease God. *Haya'* towards others, instead, is what prevents people from harming one another and from performing indecent acts. The final *haya'* indicates a person's shame arising from performing improper acts.

The Islamic perspective of *haya'* involves five characteristics, namely: 1) lowering the gaze; 2) positive speech; 3) safeguarding one's chastity/dignity; 4) being aware/sensitive to the judgement of others, and 5) modest self-representation[25]. The first characteristic requires Muslims to lower their gaze in order to avoid looking at prohibited things. This characteristic is closely linked to the need to safeguard one's chastity. In principle, both men and women have to safeguard their chastity, and their behavior depends on the way they offer themselves to prying eyes, but also, and especially, on the way they do avoid prying eyes. As a matter of fact, however, it is the good Muslim woman, in particular, who is called to refrain from turning her gaze to peoples' body parts that are *haram*, much more than protecting herself from the gaze of others[26]. Safeguarding one's chastity is also related to the rules of

[19] M. H. KATZ, *Shame* (al-haya') *as an affective disposition in Islamic legal thought*, p. 143.
[20] A. W. BOULANOUAR, *The notion of modesty in Muslim women's clothing: an Islamic point of view*, in *New Zealand Journal of Asian Studies*, 8(2), 2006, pp. 134-156.
[21] M. H. KATZ, *Shame* (al-haya') *as an affective disposition in Islamic legal thought*, p. 143.
[22] I. ZILLO-GRANDI, *Modestia, pudicizia e riserbo*, pp. 174-175.
[23] I. ZILIO-GRANDI, *Modestia, pudicizia e riserbo*, p. 172.
[24] R. P. SAWAI - N. JAAFAR - S. M. NOAH - S. E. KRAUSS, *Inculcating the Sense of Modesty (Al-Haya') in Youth from the Perspectives of the Quran and Sunnah*, in *Journal of Ma'alim al-Quran wa al-Sunnah*, 16 (2), 2020, p.19.
[25] R. P. SAWAI - N. JAAFAR - S. M. NOAH - S. E. KRAUSS, *Inculcating the Sense of Modesty (Al-Haya') in Youth from the Perspectives of the Quran and Sunnah*, p. 20.
[26] I. ZILIO-GRANDI, *Modestia, pudicizia e riserbo*, p. 172.

ISSN 2036-7821

gatherings and meeting or mixing of men and women with the aim to protect family lineages. Muslim men and women must observe gender boundaries in case people involved are not *mahram* (ineligible for marriage to each other).

Another characteristic of Muslims with *haya'* is that their speech must be positive. A lack of verbosity is a form of modesty. The importance of good speech has to do with guarding one's tongue from any evil. Acts such as disparaging others, laughing at their weaknesses, humiliating them, forswearing, giving lewd speeches, are prohibited in Islam.

Being aware of others' judgment is a further aspect of *haya'*. Shame is the feeling of embarrassment when people see and judge the improper things – for example, performing intimate acts in public. In other words, scrutiny by others serve as a social signal because it actually deters people from doing them.

Those possessing *haya'* also need to modestly present themselves. Both sexes are obliged to wear clothes based on the Quranic standards of modesty. The concept of modesty is addressed from many angles. In physical terms, modesty is connected with the *awra'*, an Arabic word which indicates those body parts that are not allowed to be shown[27]. For men, the *awra'* is from the navel to the knee. For women, the *awra'* is more extensive and a more complicated matter[28]. There is no agreement among Muslim scholars on "whether her *awra'* [author's note] is her whole body except her face and palm, or her *awra'* [author's note] is her whole body except her face, palm and feet or her *awra'* [author's note] is her whole body including her face"[29]. Style of coverage varies greatly from country to country and person to person accordingly, making a specific piece of clothing, the veil, a central focus of modest clothing.

3. Modest fashion around the world.

Although in Islam, "veiling is used to hide a woman's awrah, which goes beyond a simple head covering and transcends transitory fashions"[30], "head covering has been practiced throughout history; even civilizations such as Greece and Persia had a preference for veiling. The veil represented respect and nobility in Persian culture, and it was worn by all women regardless of marital status. In Greek culture, veiling was associated with menstruation and had theological implications. Prior to Islam,

[27] Y. AL-QARADAWI, *The Lawful and the Prohibited in Islam*, Al-Falah Foundation For Translation, Publication and Distribution, p. 150.
[28] A.W. BOULANOUAR, *The notion of modesty in Muslim women's clothing*, p. 135.
[29] N. HASMAD - A. ALOSMAN, *Cloth of Fame (Thaub As-Syuhrah) in Islam*, cit., p. 304.
[30] H. MOHI-UD-DIN QADR, *The Global Halal Industry*, p. 142.

ISSN 2036-7821

Arab civilization had the notion of veiling, albeit it was more about covering the head and the less about covering the full body"[31].

The most popular Islamic veil is known as *hijab*, a scarf that is wrapped around the head, covering the hair, neck, and ears while leaving the face visible. In addition to *hijab*, here are further types of Islamic veil: 1) *niqab*, a veil which covers the face and leaves the area around the eyes clear; 2) *burqa*, a one-piece veil which covers both face and body, often leaving just a mesh screen to see through; 3) *shayla*, a long rectangular scarf wrapped around the head and tucked or pinned in place at the shoulders; 4) *al-amira*, a two-piece veil that consists of a close fitting cap, usually made from cotton or polyester, and a tube-like scarf; 5) *khimar*, a long cape-like veil that hangs down to just above the waist and covers the hair, neck and shoulders completely but leaves the face clear; 6) *chador*, a full-body cloak, often accompanied by a smaller headscarf underneath; 7) *tudung/kerudung*, Malay term for a veil that is worn over the head to cover the hair, neck and chest areas while leaving the face exposed and which is common to call *kerudung* in Indonesia.

"On the one hand, the veil is a simple garment, one which millions of women deal with in their daily lives as a matter of habit, without a second thought. They are raised to wear it; it is just another article of clothing. On the other hand, the veil is an enormously important symbol, as it carries out thousands of years of religious, sexual, social, and political significance within its folds. Its original purpose, to separate respectable women from slaves, prostitutes, and women with low social status, has been blurred to a point at which it has different meanings to different people in different cultures, and even in the same culture"[32]. But how do Islamic law sources regulate the issue of veil? Are we sure that Muslim women must wear it? If so, what kind of veil are they supposed to wear according to Islamic rules? The Qur'an refers to veiling in *sura* 24 (*An-Nur*), verse 31, and *sura* 33 (*Al-Ahzab*), verse 59. Nonetheless, dress requirements seem to shift for a woman as she advances in age, probably because of the fact that aging makes women less attractive and seductive, and, thus, less likely to incite *fitna*. Religious authorities, for their part, take different positions about the veil. Elements such as contaminations deriving from local traditions and culture and political influences play a significant role in inspiring different readings of Islamic rules . The veil becomes either a necessary part or an optional element of modest fashion accordingly.

The marketing and commodification of Islamic piety as modest fashion was not born in conjunction with the first events designed to celebrate Islamic style such as the

[31] H. MOHI-UD-DIN QADR, *The Global Halal Industry*, p. 142.
[32] F. SHIRAZI, *Brand Islam*, pp. 151-152.

ISSN 2036-7821

'Arab Fashion Week'[33]. It was only in 2016 that Istanbul hosted the first-ever edition of the Modest Fashion Weeks series[34]. In 2018 it was the turn of 'Prêt-A-Cover Buyers Lane: A Modest Revolution'[35], a fashion event organized by the Islamic Fashion and Design Council (IFDC)[36] where designers exhibited their modest wear collections without the use of a catwalk.

Initiatives for the development of modest fashion have multiplied over the ideas. Suffice it to mention the Muffest (Muslim Fashion Festival), one of the programs of the Indonesian Fashion Chamber (IFC)[37], the Modest Fashion Academy[38] set up by fashion designer, businesswoman, instructor and entrepreneur Rabia Zargarpur[39], and modest fashion malls such as the Zeruj Port Shopping Mall in Istanbul[40].

Turning the eyes to the western world, it took its first steps into the modest clothing in 2014. The first fashion brand who showed a collection of modest clothes was DKNY[41]. The Ramadan Collection paved the way to capsule collections by Tommy Hilfiger, Oscar De La Renta, Prada, Dior, Victoria Beckham, Yohji Yamamoto, Max Mara, Jimmy Choo, Valentino, Stella McCarthy, Etro and pop brand such as Zara, H&M, Mango and Uniqlo.

One of the clearest examples of an attempt at promoting an encounter between the Islamic understanding of fashion and western trends was Dolce & Gabbana's 2016 *hijab* and *abaya* collection, with respect of which it is stated: "the garments, while engineered for modesty, have all the flair of any other Dolce & Gabbana collection – a little jewel-encrusted lemon here, some black lace trim there – and are styled alongside the label's cocktail jewelry, oversize sunglasses, and patterned bags in a lookbook shoot"[42].

---

[33] The 'Arab Fashion Week' was launched in 2015 by the Arab Fashion Council, not-for-profit organization set up in London in 2014 to establish a comprehensive fashion system unifying the 22 Arab countries under a single umbrella. The 'Arab Fashion Week' was later rebranded as 'Dubai fashion Week' and co-founded by Dubai Design District (d3) making it the official fashion week of Dubai. *See* https://arabfashioncouncil.com/.

[34] https://www.modestfashionweeks.co/events/2016-istanbul-modest-fashion-week

[35] https://www.youtube.com/watch?v=JFkyGKZeWdg; https://www.youtube.com/watch?v=_SIJEJJOcSo; https://www.youtube.com/watch?v=ZkQh6u8B70M&t=12s.

[36] Founded by Alia Khan, the IFDC is a modest fashion and design council representing the Islamic economy and its stakeholders.

[37] https://muslimfashionfestival.com/

[38] https://www.instagram.com/modestfashionacademy/

[39] https://www.rabiaz.com/

[40] https://www.instagram.com/zerujport/?hl=it (ultimo accesso 21 giugno 2024).

[41] B. SHAH, *DKNY's Ramadan collection shows that Muslim dress means more than the burqa*, *The Independent*, 3 July 2014, https://www.independent.co.uk/voices/comment/dkny-s-ramadan-collection-shows-that-muslim-dress-means-more-than-the-burqa-9579469.html.

[42] S. YOTKA, *Dolce & Gabbana's Embellished Hijabs and Abayas Are Great News for Muslim Women – When Will Other Brands Follow Suit?*, *Vogue*, 5 January 2016, https://www.vogue.com/article/dolce-gabbana-hijab-abaya-collection.

ISSN 2036-7821

One year later, after some criticism by Muslim women – who had declared : "the D&G collection may be appropriate for Eid, but we exist the other 11 months of the year. And some of us cannot afford couture"[43]– , Nike launched the first sporting *hijab* [44] and London hosted the first 'Modest Fashion Week', which was described as "fashion shows with models in burkinis and hijabs, and a burqa-clad designer pitching her clothing line to the Dragon's Den of the fashion world"[45].

Modest fashion was also the protagonist of the 'Contemporary Muslim Fashions', a museum exhibition at the Cooper Hewitt Smithsonian Design Museum in New York, which was first inaugurated in 2019 to explore the nature of the modest fashion industry[46], and the subject of 'the Turin Modest Fashion Roundtable' in 2015, when Italian fashion businesses and designers met with counterparts from over 20 countries representing the Islamic fashion industry to discuss trends and needs in the sector[47].

Fashion magazines contribute to the spread of modest fashion, too. While Vogue Arabia promotes luxury modest fashion, it was Allure that first dedicated its cover to the model Halima Aden wearing the *hijab*[48], followed by British Vogue[49]. She was also the first Muslim model to appear in Sports Illustrated wearing a *burkini*[50].

Other examples of an encounter between Islam and the West in the fashion industry are the H&M 2015 campaign for sustainable fashion titled 'Close the loop,' which originally featured English model Lalla Mariah al Idrissi wearing both *hijab* and nose

---

[43] F. MARINI, *The Dolce & Gabbana abaya collection won't ease shopping while Muslim*, *The Guardian*, 7 January 2016, https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/jan/07/the-dolce-gabbana-abaya-collection-wont-ease-shopping-while-muslim.

[44] BBC, *Nike becomes first major brand to launch hijab for women*, 8 March 2017, https://www.bbc.com/news/newsbeat-39205965.

[45] A. KHAN, *Generation M: how young Muslim women are driving a modest fashion revolution*, *The Guardian*, 22 February 2017, https://www.theguardian.com/fashion/2017/feb/22/generation-m-how-young-muslim-women-are-driving-a-modest-fashion-revolution.

[46] https://www.cooperhewitt.org/channel/contemporary-muslim-fashions/. The exhibition also conveyed political messages, as evidenced by the dress 'US Constitution and First Amendment' by Lebanese Céline Semaan Vernon for Slow Factory. The First Amendment to the United States Constitution guarantees freedom concerning religion, expression, assembly, and the right to petition.

[47] IL TORINESE: QUOTIDIANO ONLINE DI INFORMAZIONE SOCIETÀ CULTURA, *Moda islamica: un settore in crescita*, 29 July 2015, https://iltorinese.it/tag/turin-modest-fashion-roundtable/.

[48] K. MENZA, *"Destroyer of Stereotypes" Halima Aden Just Landed Her First Major Beauty Magazine Cover*, *Cosmopolitan*, 20 June 2017, https://www.cosmopolitan.com/style-beauty/a10161271/halima-aden-allure-cover-hijab-model-american-issue/.

[49] E. PITHERS, *Meet Halima Aden, The First Hijabi Model On The Cover Of Vogue*, *Vogue world*, 19 April 2018, https://www.vogue.co.uk/article/halima-aden-interview-2018.

[50] R. SINI, *Sports Illustrated features first burkini girl*, *BBC*, 29 April 2019, https://www.bbc.com/news/48071948.

ISSN 2036-7821

ring[51], and the *Modest Fashion Pop-Up* live scheduled for October 2025 at the Novotel London West, which will showcase 50 designers from around the globe[52].

The growth of modest fashion market goes hand in hand with the development of modeling agencies and a dedicated e-commerce sector, especially in Western countries where it may be more difficult to find Muslim traditional clothing in retail stores. From Modanisa to The Modist, the web plays a significant role in spreading the phenomenon, thanks also to the contribution of content creators such as *fashion bloggers* and *influencers*, street style phenomena such as *hijabistas*[53] and subcultures such as *mypsterz*[54].

In the light of the above, religion and style become an indissoluble combination in modest fashion. And yet, what modest fashion exactly is and how much of it can be considered *halal* is interpreted in many ways. Is there a specific doctrine behind every designer? If so, does it depend on the country of origin or the destination market? Is there a link between the legal norm and the social norm? What is it? A further reflection arises from the fact that the legal act of dressing may also be an unlawful act, a crime, a sanction or a cautionary tale[55]. That is the reason why "Muslim women across the globe are challenging restrictions on Islamic dress and in some instances questioning the arbitrary rulings of religious authorities. In brief, they are pushing Islamically acceptable boundaries when it comes to fashion"[56]. Nonetheless, some argue that "Muslim women who wish to fulfil the parameters of *awra'* [author's note] covering must carefully observe that they do not get involved in status consumption or fashion uniqueness"[57] . Such a position is warranted emphasizing that "Islam states a clear and strict prohibition onto its believers from wearing clothes of fame […]. Clothes that are worn to gain fame, showing off and be magnified, can be identified by its distinguished features whether in terms of colour, shape or design that demonstrates either highend extravagance or low-end frugality which goes beyond the normal norm in the society that consequently made it a finger-pointing phenomenon"[58].

---

[51] LA REPUBBLICA, *Mariah Idrissi, la prima modella con l'hijab in uno spot H&M*, 28 September 2015, https://video.repubblica.it/moda-e-beauty/moda/mariah-idrissi-la-prima-modella-con-l-hijab-in-uno-spot-h-and-m/380275/380988.

[52] https://www.modestfashionlive.com/.

[53] *Hijabistas* are young fashionistas that mix street fashion and influences from the catwalks with the Muslim *hijab*.

[54] The term '*mipsterz*' originated in 2012 with a small group of friends in New York who jokingly called themselves Muslim hipsters. They mesh Islam with their new world ideas adopted in the society of their family's new home to form a third culture: *mipster* (sub) culture.

[55] R. PALAVERA, *Abbigliamento, Diritto e Marginalia*, p. 280.

[56] F. SHIRAZI, *Brand Islam*, p. 173.

[57] N. HASMAD - A. ALOSMAN, *Cloth of Fame (Thaub As-Syuhrah) in Islam*, p. 314.

[58] N. HASMAD - A. ALOSMAN, *Cloth of Fame (Thaub As-Syuhrah) in Islam*, p. 314.

ISSN 2036-7821

The question then becomes how Islamic countries – which take different stances on the role of *sharia* and *fiqh*[59] in their system of sources – and Muslim communities in Western countries – which face different diversity policies –relate to the plurality of the existing interpretations of Islamic clothing rules.

4. Evolutions and revolutions of modest fashion

4.1. Fashion style between tradition and modernity in Islamic countries

In 2010, the Turkish newspaper *Milliyet* estimated that the Islamic clothing market to be worth around $ 2.9 billion[60]. In 2017, *halal* fashion was the second expenditure item for Muslims in the world after food, equal to € 238,4 billion[61]. According to the State of the Global Islamic Economy (SGIE) Report 2023/2024, by 2027 Muslim spend on apparel and footwear is forecast to reach $ 428 billion.

In current times, where people have easier access to online information, Muslim people are exposed to a multiplicity of stimuli through advertisements about fashion trends. Even in countries such as Iran, where Muslims have to wear a dress code that includes a *hijab* and loose-fitting clothing covering arms and legs[62], there are attempts at expressing some sort of creativity in style, if not a rejection of Islamic dress, as

[59] In explaining what *fiqh* is, Castro quotes the Tunisian Maliki scholar Ibn Khaldun, who asserts that *fiqh* consists of extracting from the roots (*usul*) and sources, the norms (*ahkam*) relating to shariatic qualification of actions (*af'al*) of the *mukallaf*, namely the Muslim who is required to fulfil legal-religious obligations. Please *see* F. CASTRO, *Il modello islamico*, (ed. by G. M. PICCINELLI), 2nd edn, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, p. 9.

[60] F. SHIRAZI, *Brand Islam*, p. 144.

[61] C. BEGHELLI - M. CASADEI, *Modest fashion: la moda islamica cresce sotto la spinta dei Millenial*, *Il Sole 24 ore*, 3 November 2018, https://www.ilsole24ore.com/art/modest-fashion-moda-islamica-cresce-sotto-spinta-millennial--AEmFHyYG.

[62] Iran's National Security Council has paused the implementation of "Law on Protecting the Family through the Promotion of the Culture of Chastity and Hijab", which should have come into force on 13 December 2024. The law, containing 74 articles, was drafted by the judiciary in May 2023 in response to widespread defiance of compulsory veiling by women and girls in protest at the death in custody of Jina Mahsa Amini, which sparked the "Woman Life Freedom" uprising in September 2022. Under the new law, repeat offenders and anyone who mocked the rules would face heavier fines and longer prison sentences of up to 15 years in jail. It would also mandate that businesses report anyone who violates the rules. *See* J. GOL, *Iran pauses controversial new dress code law,* BBC, 16 December 2024, https://www.bbc.com/news/articles/c0mv83m4z7vo. Furthermore, according to a United Nations report, Iran is using drones and intrusive digital technology - aerial drones, facial recognition systems, and a citizen-reporting app – to crush dissent, especially among women who refuse to obey the Islamic Republic's dress code. Please refer to M. TAWFEEQ, *Iran is using drones and apps to catch women who aren't wearing hijabs, says UN report*, CNN, 14 March 2025, https://edition.cnn.com/2025/03/14/middleeast/iran-nazer-app-un-report-intl-latam/index.html.

ISSN 2036-7821

demonstrated by the existence of an underground fashion scene in urban areas such as Tehran[63].

In Iran, no one is officially allowed to create fashion that run counter to the Government's dress code. The Iranian Government's strategy of hiring state-controlled fashion designers and supervise fashion festivals has resulted in restrictions on designers' inventiveness. This has in turn produced nothing more than a variation on the basic *chador* apparel, with negative consequences in terms of capturing public interest and the growth of economy. However, in tracking the evolution of the Islamic fashion, it was precisely in Iran that the wind of change began to blow in the 1970s-1980s. The 1979 Iranian revolution marked a significant transformation in the country's political, social and cultural landscape. The religious leader Ayatollah Khomeini stirred a new spirit of conservatism which lasted even after his death, but this movement pivoted towards more fashionable trends in the 1990s, "reflecting increased interest in consumerism as well as an interest in making one's Islamic piety visible"[64]. Although many Muslim women keep wearing *burqa* as a personal choice, others refrain from extreme Islamic clothes on purpose. Iranian women's will to experiment with fashion has often create tensions with authorities, who have used several tools to convey the message that fashion, especially western fashion, is a weakness. An example of this tense atmosphere are posters connected with the *hijab* campaign. Many of the posters were published and distributed by people authorized by the Iranian Government such as the cyber group promoting chastity and the veil and made it clear that "*hijab* is part of a battle or struggle against cultural invasion"[65]. While some posters urged men to choose a wife "who ranks one step below" their status, others resorted to psychology to suggest that "those who like to wear too much make up an improper clothes are suffering from low self-esteem", while still others went as far as to state that "the women who do not have a proper form of clothing and do not look appropriate will be targeted for street harassment and physical abuse"[66]. Some of the posters even depicted Western fashion resorting to images of demons.

The case of India, instead, shows a certain degree of internal plurality when it comes to fashion. In 2010, a *fatwa* issued by the Darul Uloom Deoband proclaimed that Muslim women exhibiting bodies when modelling go against *sharia*[67]. In 2018, the Islamic seminary also stated that wearing designer and slim fit *burqas* is *haram* in

[63] B. DARAGAHI, *Catwalk skirts the mullah*, *Los Angeles Times*, 11 May 2007, https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2007-may-11-fg-fashion11-story.html.
[64] F. SHIRAZI, *Brand Islam*, p. 153.
[65] F. SHIRAZI, *Brand Islam*, p. 151.
[66] F. SHIRAZI, *Brand Islam*, pp. 148-149.
[67] THE TIMES OF INDIA, *Fatwa against modelling by Muslim women*, 7 April 2010, https://timesofindia.indiatimes.com/india/fatwa-against-modelling-by-muslim-women/articleshow/5768618.cms.

ISSN 2036-7821

response to a query from a person who had asked if wearing designer *burqas*, which are sometimes body-hugging and draw male gazes, was permitted in Islam[68]. But despite this, among Muslims living in the South of India "concerns with *decency* are always negotiated within desires for *fashion*. Kerala's Muslim community is more [affluent on average] and Muslims are especially interested in dressing well and participating in worlds of fashion, which may be vernacular *ishtyle* (Indian film-driven) or global (brands)"[69]. Finally, according to certain conservative Muslim communities in India – but also in Pakistan –, veiling equals to seclusion because of a practice known as *purdah-nashin*, which means 'one who is observing seclusion'[70]. Muslims women are thus restricted in order to maintain social order and prevent *fitna* (chaos).

In Mali, two types of attitudes in the field of Islamic fashion can be identified: on the one hand, Muslim women from urban areas enjoy fashion; on the other hand, women belonging to Islamist groups such as the Pakistani Jamaat e-Islam[71] are committed to uphold traditional values and, therefore, prove that fashion undermines female modesty[72].

With the world's largest Muslim population, Indonesia is a huge market for Islamic fashion. An example is that the country is home to the Islamic Fashion Institute, which "is expected to educate and prepare future talented Muslim fashion designers, fashionpreneurs, and fashion brand owners who have both the hard and soft competences such as emotional, intellectual, and moral intelligence ('*akhlaqul kariman*') as mandated in the Islamic rules and principles"[73].

The Indonesian Government is a strong supporter of the country's modest fashion industry. It makes room for education opportunities in the field and organizes international fashion events, which not only shed light on Indonesia's wealth of talents but also shows its growing influence in shaping the future of modest fashion worldwide. According to the Global Islamic Economy (SGIE) 2023 report[74], Indonesia ranks as the world's third-largest contributor to the global modest fashion ecosystem,

---

[68] F. SHIRAZI, *Brand Islam*, pp. 151.

[69] C. OSELLA - F. OSELLA, *Muslim Style in South India*, in *Fashion Theory*, 11, 2/3, 2007, p. 2.

[70] F. SHIRAZI, *Brand Islam*, p. 151.

[71] The Pakistani political party Jamaat-e-Islami was set up in India in 1941 by the Indian-born journalist and Islamic revivalist Sayyid Abdul A'la Maududi. This Islam's Political Class aims to restore an Islamic state that applies *sharia*; a state where Muslims must strictly abide to religion, and non-Muslims are relegated to the *dhimmi* (protected people) status. *See* I. BOWEN., *Medina in Birmingham Najaf in Brent: Inside British Islam*, London, Hurst & Company, 2014, pp. 83-84.

[72] D. E. SCHUIZ, *Competing Sartorial Assertions of Femininity and Muslim Identity in Mali*, in *Fashion Theory*, 11, 2/3, 2007, pp. 253-280.

[73] https://islamicfashioninstitute.id/about-us/.

[74] The State of the Global Islamic Economy Report 2023/2024 is available for download at: https://salaamgateway.com/reports/state-of-the-global-islamic-economy-2023-report.

following Turkey and Malaysia. The Islamic fashion industry, which has experienced a surge since the early 2000s, has churned out well-known Islamic fashion designers – Dian Pelangi, Itang Yunasz, and Jenahara Nasution –, who are invited to participate in Islamic fashion shows around the world. Furthermore, the advent of social media has contributed to promote Indonesian modest fashion, with platforms like Instagram and YouTube being catalysts for inspiration for designers, influencers and consumers.

Turkey, too, has quickly become a modest fashion global center. The creator and the organizer of the Modest Fashion Weeks, the Think Fashion Group, was set up in Istanbul in 2015[75], and the first Modest Fashion week that debuted in Istanbul in 2016 then expanded with editions in cities like London, Dubai, Jakarta, Amsterdam and Riyadh[76]. Turkey is reported to produce "chic Islamic women's clothing consisting of fashionable long outer grown with matching set of pants, all accessorized by stylish large scarves"[77], but the role of Islamic fashion is controversial in Turkey, especially when it comes to the headscarf, which remains a divisive piece of clothing. Kemal Ataturk – who served as the first president of the Republic of Turkey – made unveiling a part of his secular reforms, central to which was the belief that Turkish society had to modernize by implementing changes affecting politics, law, economy, education and society. However, the majority of population is Muslim and many Muslim women wear veil.

The 1980s produced changes in the Turkish fashion world as a reaction to the forced unveiling. Homemade, shapeless outer gowns with large scarves became the marker of young urban women, replacing European-style fashion. However "as the number of protestors grew, both men and women, fashion designers and the apparel industry recognized an untapped potential: the marketing and commodification of Islamic dress"[78]. Furthermore, an increasing number of Turkish women began to choose Islamic clothes to support Muslim women seeking freedom of expression in European countries. So therefore, it was the anti-Islamic veil sentiment across Europe which contributed to the resurgence of Islamic fashion between Turkish women. Since 2006 the country has played a major role in presenting veil fashions in haute couture fashion shows[79], which has triggered debates among both secular populations, who do not regard favorably Islamic fashion, and conservative Muslims, especially those who want to demonstrate that being devout believer cannot go hand in hand with enjoying fashion.

[75] https://www.modestfashionweeks.co/about/organizer
[76] https://www.modestfashionweeks.co/about/modest-fashion-week
[77] F. SHIRAZI, *Brand Islam*, pp. 168.
[78] F. SHIRAZI, *Brand Islam*, pp. 170.
[79] F. SHIRAZI, *Brand Islam*, pp. 169.

ISSN 2036-7821

Muslim-majority countries' fashion world appears to be full of divergent voices and opinions. There are religious authorities saying that "it is OK for hijab to look pretty […]. And is it OK to hold Islamic fashion shows that display beautiful hijab clothing on models to promote those"[80], others who talk about '"the evil and prohibition"[81] of fashion shows, and scholars who make some distinctions and point out that "as far as Islamic Shari´ah is concerned, there is nothing wrong for hijab to be colorful and artistic as long as it is not attractive"[82], whilst "as for Islamic fashions and using models, they go against the objective of hijab"[83].

One of the most controversial fashion-related *fatwa* came from a Saudi cleric, Sheikh Abdullah Daoud, who is reported to have called for all female babies to be fully covered by wearing the face veil as it would prevent them from being sexually assaulted[84]. In response, Sheikh Mohammad al-Jzlana, who had been judge at the Saudi Board of Grievances, said that Dauod's *fatwa* was denigrating to Islam and *sharia* and made Islam look bad, urging people to ignore unregulated *fatawa* and adding that he felt it was an injustice when he saw families walking around with a veiled baby.

In spite of how it may seem, requests for *fatawa* in matter of clothing goes beyond the veil or fashion shows. Some are about men wearing a hairband on his wrist or women buying bags that bear foreign names; others concern men wearing high heel shoes or women wearing bikini at home or pants at work; still others deal with women asking about buying expensive dress or wearing pleated skirts, brand-name underwear or garments below the hands[85].

In the light of the above, modest fashion industry in Islamic countries is a growing business which has different characteristics in each country. From the popularity of *abaya*[86] in the United Arab Emirates to Iran's *chador* up to the Malayan *tudung* and the Indonesian *kerudung*, *halal* fashion moves between young designers who try to continually reinvent Islamic style and religious scholars who denounce Islamic fashion as *haram*.

---

[80] F. SHIRAZI, *Brand Islam*, pp. 156.

[81] F. SHIRAZI, *Brand Islam*, pp. 157.

[82] ISLAM ONLINE, *Islamic Fashion Shows Displaying Hijab*, https://fiqh.islamonline.net/en/islamic-fashion-shows-displaying-hijab/.

[83] ISLAM ONLINE, *Islamic Fashion Shows Displaying Hijab*, https://fiqh.islamonline.net/en/islamic-fashion-shows-displaying-hijab/.

[84] M. ALYOUSEI, *Burkas for Babies: Saudi Cleric's New Fatwa Causes Controversy*, *Al Arabiya*, 3 February 2013, http://english.alarabiya.net/articles/2013/02/03/264031.html.

[85] *See* Islamweb.net: https://www.islamweb.net/en/fatawa/242/clothes.

[86] An *abaya* is a long, loose-fitting, robe-like garment that covers the entire body, except for the face, hands and feet.

ISSN 2036-7821

4.2. The Western side of Islamic fashion.

There is no dress code in Western countries, at least at this historic moment. Yet, it was not always so. In the Middle-Ages, women had to appear in public having their head covered: sometimes it was legislators and preachers' strategy to make them obey, other times it was a way for women to represent their personal and social condition, reveal privileges and wealth, show self-care and communicate subjection, mourning, marginality[87]. It was Christian doctrine that attributed a strong religious meaning to female veil – women had to pray by wearing a veil – and made it a symbol of decency – the veil became a sort of shield against men's sight and concupiscence – and subjection, so that it ended up marking the subordinate presence of woman in public space[88].

Currently, we can discuss the extent to which social norms requiring a certain type of clothing still apply, but there's no denying that values underpinning Western modern democracies demand not only that states possibly refrain from regulating identity fields but also that they act in order to protect them. Muslim women who wear veil in the western legal space do it as a personal choice accordingly."One thing that is striking is the extent to which many young Muslims employ a strongly reflexive language in talking about their decision to cover"[89]. They take distance from more habitual taken-for-granted ways of wearing covering clothes, which they see more as cultural attitude than a religious one. They often emphasize how their conscious decisions to cover are "part and parcel of the process of becoming a more committed and practicing Muslim"[90]. "Whereas it may be tempting to consider such an emphasis on reflexivity, choice and conviction to be the result of growing up in Europe or America where traditions of liberal governance foreground the value of individual autonomy and authenticity, it is also important to situate these attitudes within the emergence of a global Islamic revival movement"[91]. As already observed, this trend, called "the new veiling" movement, started in the 1970s- 1980s in Muslim-majority countries and initially was marked by a uniform, sober and more conservative style. It was replaced by more fashionable Islamic clothes in the 1990s, showing a shift within the Islamic revival movement itself from a radical and anti-consumerist stance towards a more individualized reformist position, where

[87] M. G. MUZZARELLI, *Ma cosa avevano in testa? Copricapi femminili proibiti e consentiti fra Medioevo ed Eta` moderna*, in C. PANCINO - R. G. MAZZOLINI (a cura di), *Un bazar di storie. A Giuseppe Olmi per il sessantesimo genetliaco*, Trento, 2006, pp. 13-28.

[88] F. TREGGIARI, *I giuristi leggono San Paolo: Il 'De Velandis Mulieribus' di Jacques Godefroy (1587-1652)*, in M. G. MUZZARELLI - M.G. NICO OTTAVIANI - G. ZARRI (a cura di), *Il velo in area mediterranea tra storia e simbolo: Tardo Medioevo-Prima Età Moderna*, il Mulino, Bologna, 2014, p. 89.

[89] A. MOORS - E. TARLO, *Introduction*, in A. MOORS - E. TARLO (eds), *Islamic Fashion and Anti-Fashion: New Perspectives from Europe and North America*, Bloomsbury Academic, New York, 2013, p. 8.

[90] A. MOORS - E. TARLO, *Introduction*, p. 8.

[91] A. MOORS - E. TARLO, *Introduction*, p. 8.

ISSN 2036-7821

identities are increasingly produced through consumption[92]. As a result, not only a new market for Islamic fashion emerged, but also a new understanding of Islamic fashion come to life, spreading all over the world and often modeling itself through cultural encounters.

The evolution of Islamic fashion that has taken place in Muslim majority countries over the decades seems not to have an exact equivalent among Muslim communities in Western countries, where different Islamic fashion styles have been displayed since the progressive Muslim settlement in this area of the world. Currently, it is possible identify two big categories of Islamic fashion in the West: a category bringing together several forms of a minimal and rigorous style that seem to give shape to a literalist reading of Islamic clothing rules, and a category encompassing a multitude of hybrid and (more or less) contaminated styles where a wide range of interpretation of Islamic rules can be identified.

Although there is a growing Western modest fashion industry, originally this sector of the Western economy was way far from the larger Islamic fashion sector in Muslim-majority countries such as Indonesia, Turkey, UAE or Malaysia. Islamic shops were small and they used to sell conservative clothing products. It is only with the new millennium, especially after the first decade, that western countries have started to specifically cater to a public that ask for more fashionable Islamic clothes. Some Islamic fashion manufacturers have opened subsidiaries in Europe accordingly, and Islamic fashion chains have been directly set up in European countries.

Muslim and non-Muslim designers in Western countries are increasingly experimenting with Islamic fashion: "their goal is to marry modest, reserved fashion with design concepts that are beautiful and chic, no easy feat"[93]. Some stories have become known. That is the case with: British designer Sophia Kara, who started designing her own collection to find something that she could be more confident with; American Nzinga Knight, who described the look of her work 'sensual, mysterious and innovative, and her creations designed for a woman who is happy to be a woman; Brooklyn-based designer Nailah Lymus' clothing line, Amirah Creations, which shows bright colors and patterns that target Muslim and non-Muslim women in order to break down Islamic clothing-related stereotypes[94]. At the

[92] A. MOORS - E. TARLO, *Introduction*, pp. 8-9.

[93] F. SHIRAZI, *Brand Islam*, p. 171.

[94] As a secular country since 1905, France forbids all public employees from wearing outward signs of religiosity. In particular, there is an ongoing social, political, and legal debate concerning the wearing of the Islamic veil and , more recently, other forms of Islamic coverings in public. All started in 1989 when three children were barred from attending middle school after refusing to take off their *hijab*. It was the first of countless 'veil affairs' that have led French governments to pass two laws: one in 2004 (Law No. 2004-228 of 15

ISSN 2036-7821

same time, the West has been reached by famous Muslim fashion designers such as the Saudi Al-Jassim, whose creations are variations on the traditional *abaya*.

When it comes to that specific Islamic piece of clothing which is the veil, in Western countries it is often linked to the stereotype of the veiled Muslim woman as a victim of a patriarchal system. Although this representation of Muslim women may be true sometimes, the act of veiling is considered as a feminist statement at other times. After the colonization of the Middle-West in the nineteenth century, for example, "the pro-feminist veiling camp argued that hiding one's body from the lustful gaze of men allows women to be dealt with as individuals, to be independent, with their own values and intelligence, rather being judged solely on physical appearance" [95].

When the Islamic veil entered the western courtrooms in the form of religious symbols, it did not fail to spark debates. An example is the case of France[96]. Since the 1980s, the Islamic veil has become the focus of the public debate on *laïcité* , which has progressively shifted from the role of *foulard* (*hijab*) in public schools to the ban on the full-face veil (*voile intégral*) in public space, producing *ad hoc* legislative measures[97]. However, in August 2023, the spotlight turned on the *abaya*. Right before the resumption of school activities, the Minister of education Gabriel Attal publicly announced his decision to ban this garment in schools, giving rise to a number of reservations on both political and mediatic front[98].

Over time, 'clashes' between the need to abide by Islamic clothing rules and the need to comply with the obligations arising from state affiliation have been brought before the European Court of Human Rights[99], which has been called upon to balance the

March 2004) which forbids the veil – as well as the skullcap and large crosses – in schools, and one in 2010 (Law No. 2010-1192 of 11 October 11 2010) banning full-face coverings such as the *niqab* in all public spaces.

[95] F. SHIRAZI, *Brand Islam*, p. 152.

[96] J. A. SELBY, *France*, in J. CESARI (ed.), *The Oxford Handbook of European Islam*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 30-33.

[97] L. CÉDELLE, Laïcité à l'école : du « foulard » de 1989 aux abayas d'aujourd'hui, trente-cinq ans de controverses, Le Monde, 8 March 2024, https://www.lemonde.fr/idees/article/2024/03/08/laicite-a-l-ecole-du-foulard-de-1989-aux-abayas-d-aujourd-hui-trente-cinq-ans-de-controverses_6220941_3232.html.

[98] In this respect, it might be of interest to report what *The Guardian* writes about an increasing representation of the Islamic clothing: "it is no longer so much a question of banning a long, loose garment to free young women from the grip of the Muslim patriarchy as about protecting other students from the proselytizing threat that these abaya-wearing adolescents could present. These girls are now seen as school-going envoys of global Islamism". See K. HARCHI, *Muslims are already excluded from French political life: that's the real issue in the school abaya row*, *The Guardian*, 5 September 2023, https://www.theguardian.com/world/commentisfree/2023/sep/05/muslims-excluded-french-political-school-abaya-france.

[99] Court cases such as *Dahlab v Switzerland* [2001] or *Leyla Şahin v Turkey* [2005] should be mentioned, even though the best-known case is probably *S.A.S v France*, [GC], no. 43835/11, judgment of 1 July 2014, which was brought by a French citizen and devout Muslim who sued the French Government for passing the law banning face covering. She asserted that the ban was discriminatory under Article 14 of the ECHR, and that it infringed upon the right to respect for private life (Article 8). She also argued that the ban violated the freedom to manifest

ISSN 2036-7821

right to cultural identity when expressed through the decision to wear the veil with a set of other rights on the assumption that, from a legal point of view, expressing identity through the right to choose what to dress is a corollary of the right to non-discrimination[100].

Choices concerning fashion have proven to have a geopolitical significance, too. In 2014, the Instagram account of the Brooklyn-based Jewish creators Mushky Notik and Mimi Hecht, founders of Mimu Maxi, was attacked because they reposted the picture of a Muslim blogger wearing one of their creations[101]. Furthermore, according to a widespread representation, middle-eastern clothes are synonymous with *jihad*, as demonstrated by political, media e social debates in Western countries[102].

The legal sphere of Western countries has been widely affected by its encounter with Islamic fashion, and more specifically with the veil and its multiple forms. But, on a closer examination, the veil itself seems to have acquired new meanings after its encounter with the West. One could even retrace the evolution of Islamic veil in western countries by identifying three phases that have enriched its symbology, bearing in mind that the different meanings that it has acquired in each historical phase do coexist with each other. In the mid-1970s, the veil was one of the instruments used in the process of emergence, visibility and affirmation of Islam in Western countries. In the early 2000s, it became the major banner of the ideological battle against the West, which, for its part, was increasingly faced with episodes of Islamic terrorism, but, after the first decade of the new millennium, it has turned out to be the accessory *par excellence* of Islamic fashion, which is establishing itself as an eclectic growing global market which makes modesty its *distinctiveness*.

---

one's religion or beliefs, protected ECHR Article 9, and the right to freedom of expression under ECHR Article 10. The Grand Chamber's analysis focused principally on the compatibility of the French law with Article 8 and Article 9 of the Convention. The Court accepted France's argument that the law was enacted to promote public safety, but expressed skepticism as to whether the ban on full-face veil was a necessary and proportionate measure in the absence of a general threat to public safety. The Court was more receptive to the argument that the ban was also to protect the "rights and freedom of others," especially the "respect for the minimum requirements for life in society". The Court found that Franch law did not violate the Convention and, in doing so, accepted that the ban was necessary in order to achieve 'living together' ('*vivre ensemble*').

[100] R. PALAVERA, *Abbigliamento, Diritto e Marginalia*, p. 300

[101] J. BRACCULIERI, *Orthodox Clothing Boutique Posts Photo Of Muslim Blogger, People Freak Out*, *Huffpost*, 18 July 2014, https://www.huffpost.com/archive/ca/entry/orthodox-clothing-boutique-posts-photo-of-muslim-blogger-people_n_5599452.

[102] J. CESARI (ed.), *The Oxford Handbook of European Islam*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Una funzione in cerca di procedimento. Rigenerazione urbana, modelli decisionali e tutela degli interessi diffusi.

di **Bruno Mercurio**

(Docente di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli L'Orientale.

Sommario

1. La rigenerazione urbana tra urbanistica e edilizia: l'incertezza del procedimento come problema. – 2. Ricadute del modello procedimentale utilizzato sulle ga-ranzie procedimentali e processuali degli interessi diffusi. – 3. Il modello urbanistico come paradigma necessario ma non sufficiente. Verso una "terza via" procedimentale. – 4. Considerazioni conclusive anche alla luce del più recente dise-gno di legge sulla rigenerazione urbana.

Abstract

The article examines urban regeneration as a complex public function situated at the intersection between urban planning and building regulation, highlighting how the lack of a coherent procedural framework affects the representation and judicial protection of diffuse and collective interests. Drawing on an analysis of national and regional legislation, as well as recent administrative and constitutional case law, the study explores the critical issues arising from decision-making models based on simplified or derogatory building instruments, which prove inadequate to ensure an effective balancing of the collective interests involved in urban transformation processes. Particular attention is devoted to the procedural and judicial consequences of the functional uncertainty surrounding urban regeneration, with specific reference to the limits of the traditional vicinitas criterion and to the restricted access to judicial protection for diffuse interests. In light of recent legislative developments, the article advances, from a de iure condendo perspective, the need for an autonomous urban regeneration procedure, distinct from both building permits and traditional conformative planning, capable of combining operational flexibility, public control, meaningful participation and effective safeguards for the protection of urban commons.

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

ISSN 2036-7821

1. La rigenerazione urbana tra urbanistica e edilizia: l'incertezza del procedimento come problema.

Nell'ampia categoria della rigenerazione urbana si fanno rientrare attività, anche molto diverse fra loro, di riqualificazione e recupero di aree urbane degradate volte a migliorare la qualità della vita nelle città. In essa si intrecciano la funzione di autorizzazione e controllo degli interventi sul patrimonio immobiliare esistente, propria dell'edilizia, e quella di (ri)pianificazione degli usi del territorio, propria dell'urbanistica, secondo un approccio integrato che prova a riannodare i fili spezzati di un rapporto interrotto fra luoghi e comunità e al contempo a risolvere i problemi sociali, ambientali ed economici che affliggono contesti marginalizzati.

Questo modello si radica oggi nella rinnovata centralità acquisita in Costituzione dai valori di sostenibilità ambientale[1] e, a livello sovranazionale, è connesso alla emersione di un "diritto alla città"[2] che si va costruendo nelle agende urbane dell'ONU e dell'Unione europea[3], delineando una tutela dell'ambiente come *habitat*, ossia come bene composito, formato da matrici naturalistiche (suolo in particolare ma anche aria, acqua etc.) e relazionali, risultato dell'interazione tra uomo e spazio urbano.

In questo senso, La *rigenerazione* si avvale degli strumenti di *rinnovamento urbano* finalizzati a promuovere l'innovazione in edilizia attraverso incentivi alla sostituzione integrale di edifici risalenti con costruzioni rispondenti a criteri di sostenibilità ambientale[4], ma non coincide (o non dovrebbe coincidere) con essi. Le politiche rigenerative, infatti, non si esauriscono negli interventi di recupero del patrimonio costruito, ma si configurano come una strategia di trasformazione complessa che interpella assetti urbanistici (rifunzionalizzando spazi e immobili) politiche abitative, sostenibilità ambientale, servizi, mobilità e inclusione sociale[5].

---

[1] La qualità urbana si pone infatti proiezione diretta del principio di tutela intergenerazionale dell'ambiente introdotto all'art. 9 e della norma programmatica che indirizza le attività economiche pubbliche e private verso fini sociali e ambientali, all'art. 41 della legge costituzionale n. 1 del 2022. Sulla portata e la valenza della novella A. CONTIERI, *Introduzione al convegno la tutela dell'ambiente alla luce della legge costituzionale n. 1 del 2022* in *Rassegna di diritto pubblico europeo*. 1/2024, pp. 133-136.

La nozione, ancora in via di elaborazione giuridica, di diritto alla città, affermatasi in ambito filosofico e sociologico, da Henri Lefebvre in poi, postula il diritto dei cittadini di appropriarsi dello spazio urbano come luogo di vita e di relazione, opponendosi alla logica di mera mercificazione del territorio. Sul tema per una attenta elaborazione del pensiero di Lefevre in Italia E. SCANDURRA, *Il diritto alla città,* Roma, 2012. Il testo tradotto H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, trad. it. testo del 1968, Verona, 2014.

[3] Nella New Urban Agenda adottata a Quito nel 2016 e nella Carta di Lipsia 2020 si afferma che il diritto alla città consiste nella facoltà di tutti gli abitanti di accedere, utilizzare e contribuire equamente alla produzione dello spazio urbano, in un quadro di sostenibilità ambientale e inclusione sociale.

[4] Le operazioni di *urban renewal*, infatti, sono tendenzialmente puntuali e speculative, rivolgendosi soprattutto al mercato per rispondere ad esigenze insediative (residenziali e non). Cfr. P. URBANI, *Governo del territorio e mercato immobiliare*, Torino, 2011, spec. pp. 85 ss.

[5] Cfr. F. GARDINI, *Alla ricerca della "città giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, 2020, p. 68 e ss.

ISSN 2036-7821

Tanto più che nel nostro Ordinamento, da lungo tempo, gli obiettivi di sostituzione edilizia sono perseguiti attraverso normative speciali, come il recente decreto-legge n. 69/2024 (cd. Salva Casa), i cui meccanismi premiali (compresa la possibilità di mutare permanentemente o temporaneamente le destinazioni d'uso originarie degli edifici) sono incentrati sulla deroga a indici e standard del D.M. 1444/68 e degli strumenti urbanistici, secondo un approccio esattamente opposto a quello integrato appena descritto[6].

Eppure, negli ultimi venti anni, specie nei piccoli Comuni, proprio agli strumenti di *urban renewal* è stato affidato quasi in via esclusiva il raggiungimento di obiettivi di rigenerazione per esigenze soprattutto acceleratorie che la disciplina urbanistica non è stata ritenuta idonea a soddisfare, implicando processi politici e amministrativi complessi[7].

Questa tendenza del legislatore statale e regionale a sottrarre l'approvazione di interventi che incidono sugli assetti delle città alla funzione urbanistica si è avviata da tempo, a prescindere dalla rigenerazione[8], ma ha trovato in questa finalità la più ardita espressione, come testimoniato di recente dal noto caso della Città di Milano[9].

Essa da un lato si traduce in una compressione del potere, costituzionalmente rimesso alla autonomia dei Comuni, di bilanciare e comporre la pluralità di interessi del territorio[10] garantendo, quantomeno, la permanenza di standard urbanistici

---

[6] l c.d. Salva-casa si inserisce nel solco tracciato dai piani casa, approvati con leggi regionali in attuazione dell'Intesa Stato-Regioni 31 marzo 2009 che hanno consentito, sul presupposto di favorire il rilancio economico e soddisfare le esigenze abitative, incrementi volumetrici e deroghe alle distanze e alle destinazioni successivamente riprese dal d.l. n. 68/2013 (Decreto del fare) e dal d.l. n. 32/2019 (Sblocca cantieri).

[7] Stante la difficoltà, in particolare, di conciliare i tempi lunghi dei procedimenti urbanistici e la scarsa flessibilità dei piani con la celerità richiesta dalle procedure di assegnazione dei fondi europei che hanno costituito la fonte principale di finanziamento delle operazioni di cui ci si sta occupando. Sul tema C. PISANO, G.DE LUCA, (a cura di). *Urban promo 2025 Dare spazio fare spazio in urbanistica,* INU edizioni, 2025, in cui viene evidenziata la necessità di << *aprire margini di manovra oltre la rigidità dei piani tradizionali, riconoscendo l'insufficienza degli strumenti conformativi che faticano a dialogare con la velocità e la complessità delle trasformazioni urbane*>>, Introduzione, *p. 1.*

[8] In un mio precedente lavoro evidenziavo questo rischio criticando la tendenza del legislatore ad una frettolosa rinuncia alla funzione di valutazione pubblica degli interventi, capaci di incidere sulla qualità della vita dei cittadini, alterando il rapporto fra abitanti e standard urbanistici, come nel caso della liberalizzazione del frazionamento con aumento della densità urbana introdotto dal d. l. n. 133/2014, convertito in l. n. 164/2014, c.d. "sblocca Italia". B. MERCURIO, *Regime dei titoli edilizi e forma della funzione amministrativa*. *Alcune riflessioni*; in *Nuove Autonomie*, n. 2/2018 pp. 287 e ss.

[9] La disciplina lombarda della rigenerazione urbana, soprattutto dopo l'introduzione della L.R. 18/2019, consente di realizzare interventi capaci di modificare assetti urbanistici rilevanti mediante procedimenti edilizi ordinari o in deroga, senza ricorrere agli strumenti tipici della pianificazione. L'interpretazione estensiva delle disposizioni della citata legge, combinate con quelle riformate del Testo unico dell'edilizia in materia di ristrutturazione a pesante tramite demo-ricostruzione, ha generato il cosiddetto caso Milano per cui attraverso SCIA sono stati realizzati interventi sostitutivi di costruzioni preesistenti comportanti un notevole aumento del carico urbanistico (fino a mille abitanti in più rispetto all'insediamento precedente).

[10] Nella recentissima sentenza n. 51/2025, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 4, della L.R. Lazio n. 7/2017 (rigenerazione urbana) in quanto sottraeva al Consiglio comunale la deliberazione su interventi con mutamento di destinazione d'uso. In precedenza, la stessa Corte

ISSN 2036-7821

adeguati al numero di abitanti insediabili dopo l'intervento edilizio[11].
Dall'altro – e su questo aspetto ci si concentrerà nel prosieguo del lavoro – priva la comunità locale e i portatori di interessi singoli, collettivi e diffusi degli strumenti di partecipazione propri dei procedimenti urbanistici nei quali è ammessa una rappresentanza delle posizioni private molto più ampia di quella garantita nei procedimenti edilizi, impostati sul modello ordinario disciplinato dalla legge n.241/90.
La conseguenza è che a restare meno presidiati sono i cosiddetti "beni comuni" essenziali per il benessere individuale e della comunità, i quali non trovano adeguati spazi di rappresentanza nei procedimenti edilizi per l'intervento solo eventuale (nel caso della SCIA) e con poteri più limitati del Comune e delle amministrazioni preposte alla loro tutela e valorizzazione e, perché, in quanto adespoti, sono difficilmente azionabili in giudizio dai privati.
Sulla legittimità di siffatto assetto, che contraddice la ratio stessa delle categorie di rigenerazione e riqualificazione anche la giurisprudenza amministrativa è oscillante.
In una recentissima pronuncia, intervenuta proprio sul richiamato caso limite di Milano, il Tar ha confermato la legittimità del modello edilizio, rifacendosi all'indirizzo giurisprudenziale che esclude la necessità della pianificazione in presenza di una zona già completamente urbanizzata[12]. In altre sentenze, invece, il giudice amministrativo ha posto l'attenzione sulla necessità di ricorrere alla pianificazione quando risulti necessario armonizzare l'urbanizzazione alle esigenze infrastrutturali conseguenti alla realizzazione del nuovo edificato[13].
Nonostante, quindi, la rigenerazione urbana figuri fra gli obiettivi strategici nelle politiche di tutti i livelli di governo, non vi è chiarezza in ordine alla natura della funzione attraverso cui questa vada perseguita e conseguentemente al tipo di procedimento da seguire.

---

aveva espresso lo stesso indirizzo su norme che incidevano sul territorio, senza il coinvolgimento dei Comuni, in materia di realizzazione di impianti fotovoltaici (Sentenza n. 177/2021) e di regolazione delle facoltà edificatorie dei privati (Sentenza n. 179/2019).

[11] Già nella circolare 7 Agosto 2003 n. 417 4del Ministero delle Infrastrutture, adottata subito dopo la modifica apportata all'art.3 comma 1 lett. d) del Testo Unico dell'Edilizia con cui si era fatta rientrare anche la demo-ricostruzione con possibile aumento di superficie (pur a parità di volume) veniva ritenuto auspicabile un adeguamento dei parcheggi pertinenziali <<a meno che documentate motivazioni di carattere tecnico ne rendano impraticabile la realizzazione>>.

[12] Cfr. TAR Lombardia, Sez. II. sent. n. 2747/2025 che richiama Cons. di Stato n. 8325/2023; n. 2839/2023, n. 2777/2021, n. 1434/2016, n. 4200/2013; Cons. di Stato, Sez. IV, n.3809/2025; Cons. di Stato, sez. IV, n. 7620/2021. Sui rischi di questo approccio, P. URBANI, *La destrutturazione dell'urbanistica nell'era della liberalizzazione. Il "caso Milano" insegna*! in Pausania, Riv. Di diritto urbanistico, 18 agosto 2025.

[13] Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 3809/2025 che richiama l'orientamento secondo cui solo ricorrendo a strumenti di pianificazione è possibile anche nel tessuto già urbanizzato, <<*restituire efficienza all'abitato, riordinando e talora definendo ex novo un disegno urbanistico di completamento della zona*>>. In questo senso, Consiglio di Stato, sez. II, n. 7843/2020.

ISSN 2036-7821

2. Ricadute del modello procedimentale utilizzato sulle ga-ranzie procedimentali e processuali degli interessi diffusi.

Le modalità di formazione delle decisioni amministrative in materia di rigenerazione urbana incidono significativamente sulla configurazione e sull'operatività delle garanzie procedimentali e sulla tutela processuale degli interessi privati, specialmente diffusi.

A seconda, infatti, che si segua la disciplina edilizia o urbanistica, la partecipazione dei privati assume forme e contenuti diversi nel procedimento e una valenza differente nel processo in termini di legittimazione a ricorrere.

Il procedimento edilizio è incentrato prevalentemente su verifiche tecniche puntuali e circoscritte, spesso, peraltro, svolte dall'amministrazione successivamente alla formazione del titolo che viene rimessa all'iniziativa privata attraverso la SCIA.

La partecipazione, in questo caso, (quando c'è) è di tipo difensivo, finalizzata cioè ad instaurare un contraddittorio funzionale alla tutela di situazioni differenziate e quindi riservata a coloro che siano diretti destinatari del provvedimento e ai portatori di interessi qualificati che possano ricevere un pregiudizio dallo stesso[14].

La giurisprudenza ritiene presuntivamente soddisfatto questo requisito per i titolari di immobili nella zona in cui è stata assentita l'edificazione che si trovino in una situazione di *vicinitas* in senso stretto (confinanti, adiacenti o prospicienti su quello oggetto dell'intervento assentito)[15], mentre per gli altri soggetti privati singoli o in forma associata la posizione di interesse è riconosciuta solo nei casi di stabile collegamento fra il ricorrente e l'area di operatività del provvedimento da adottare (in sede procedimentale) o da impugnare (in sede processuale) [16] .

L'interpretazione di questo criterio, affidata all'amministrazione prima (nell'ammettere o meno il privato alla partecipazione) e al giudice poi (per qualificare la posizione processuale e conseguentemente il diritto di azione del ricorrente), avviene secondo parametri diversi nel procedimento e nel processo, soprattutto rispetto agli interessi diffusi. AI titolari di questi ultimi, infatti, è consentito partecipare al procedimento, ancorché non sia dimostrato che subiscano una lesione

[14] In questo senso, T.A.R. Bologna, Sez. II, n.127/2024. La partecipazione nel procedimento edilizio costituisce un aspetto sostanziale di una complessiva garanzia costituzionale del cittadino nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo <<che ricomprende, non solo la tutela di carattere giurisdizionale, ma anche la tutela del profilo partecipativo al procedimento (contraddittorio)>> S. MANGIAMELI "*Giusto procedimento" e "giusto processo" Considerazioni* sulla giurisprudenza *amministrativa tra il modello dello Stato di polizia e quello dello Stato di diritto*, in AIC, dicembre 2009, p. 5. Così intesa, la partecipazione si radica nel sistema delle garanzie previsto dagli artt. 24 e 113 Cost, costituendo una forma di "processualizzazione del procedimento" F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1952, 118 ss.

[15] Cfr. tra le tante Consiglio di Stato, Sez. IV n. 4262/2025; Consiglio di Stato, Sez. IV n. 5307/2022.

[16] Cons. Stato, sez. IV 5.11.2004 n. 7245; 17.09.2012 n. 4924; 27.01.2012 n. 420; 30.11.2010 n. 8364; 4.12.2007 n. 6157).

ISSN 2036-7821

immediata e diretta, purché si configuri la compressione concreta, anche prospettica e potenziale, del bene della vita cui la loro situazione giuridica soggettiva si collega[17].
Sul fronte processuale, invece, sebbene si assista ad una progressiva estensione del concetto di *vicinitas*, che la giurisprudenza ritiene debba essere riguardato in un'ottica più ampia rispetto a quella usuale quando il provvedimento impugnato autorizzi interventi che incidono su un intero ambito territoriale[18], il semplice interesse che giustifica la partecipazione al procedimento ed astrattamente costituisce titolo all'azione[19] non è sufficiente a fondare il diritto di a ricorrere da parte dei portatori di interessi diffusi. Dette situazioni giuridiche devono, infatti, assurgere alla dimensione di interessi collettivi – secondo un principio oramai consolidato a partire dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6/2020 – imputandosi in capo ad enti esponenziali che ne perseguano statutariamente e in modo non occasionale la tutela[20], posseggano un adeguato grado di rappresentatività e stabilità e abbiano una dimostrata afferenza alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume leso[21].
La lesione però, in base all'ulteriore e più stringente parametro dell'interesse ad agire, deve dimostrarsi concreta, attuale e immediata, attraverso la specificazione del come, del perché e della misura in cui il provvedimento impugnato si rifletta sulla

[17] In linea, con le trasformazioni che hanno interessato l'ordinamento ed il rapporto amministrazione - cittadino chiamato a collaborare al controllo sull'esercizio del potere, perché l'interesse pubblico sia raggiunto nel modo più efficace, efficiente ed imparziale. A. Romano Tassone, *Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione*, in *Dir. Amm*., 2002, p.269

[18] Così, ad esempio, la legittimazione ad agire avverso un provvedimento autorizzativo di un nuovo centro commerciale è stata riconosciuta al titolare di altra attività analoga, che, pur fisicamente distante rientrava nel medesimo bacino d'utenza del controinteressato (Cfr. Consiglio di Stato sez. VI, n.8564/2022). Tra gli indicatori "indiretti" di matrice giurisprudenziale, in materia edilizia vi è quello della residenza o domicilio nell'"insediamento abitativo" oggetto d'intervento urbanistico. Tale criterio, connotato da una certa vaghezza <<*va inteso in senso elastico e va modulato* (comportando), *in concreto, che la misura della legittimazione ad agire dei singoli in materia non sia univoca, variando in relazione all'ampiezza dell'area coinvolta dall'ipotizzata "minaccia"*>> Cfr. T.A.R. Napoli, Sez. VII, n. 107/2017, n. 107; nello stesso senso, T.A.R. Toscana, Sez. III, n. 1343/2021.

[19] Intesa come <<*possibilità giuridica dell'azione cioè la posizione giuridica configurabile in astratto da una norma come di interesse legittimo*>>. Consiglio di Stato sez. IV, n.8352/2023.

[20] Non è possibile in questa sede affrontare il vasto tema della giustiziabilità degli interessi diffusi posto inizialmente dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia ambientale e poi sviluppatosi in altri settori, trovando un punto di approdo condiviso nella legittimazione a ricorrere riconosciuta alla più ristretta categoria degli interessi collettivi, definiti come <<l'interesse diffuso che, emergendo dallo stato di latenza, si coagula intorno ad un gruppo organizzato>>. Così, W. GIULIETTI, *Danno ambientale e azione amministrativa*, Napoli, 2012, p. 54. La citata 'Adunanza Plenaria, rifacendosi alla teoria del c.d. "doppio binario" ha stabilito che è possibile il passaggio da un interesse non specificato (diffuso) a una posizione giuridica tutelabile (collettiva) attraverso un ente esponenziale che lo rappresenti in giudizio, trasformandolo in un interesse concreto e non più meramente indifferenziato. In dottrina, la teoria che ha cercato di differenziare parte degli interessi diffusi, per renderli giuridicamente rilevanti, cosi da assimilarli ad interessi legittimi deve molto all'autorevole contributo di Scoca F.G. SCOCA, La *tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo, in Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, in M. CLARICH (a cura di) *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, , Torino, 2004, pp. 113 ss.

[21] In questo senso, Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 530/2022; Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 530/2022.

ISSN 2036-7821

posizione sostanziale per la quale si invoca tutela[22], non essendo configurabile nel processo amministrativo una azione popolare volta ad ottenere il mero rispetto delle regole, in funzione di garanzia dell'interesse pubblico[23].

La valutazione di questo profilo da parte del giudice richiede un quadro normativo di riferimento con cui verificare l'importanza che riveste l'interesse considerato nell'ordinamento, l'incidenza che sullo stesso ha l'azione amministrativa e conseguentemente la sussistenza delle condizioni dell'azione in capo al ricorrente. In assenza di parametri normativi predeterminati, detta valutazione finisce per essere rimessa interamente alla interpretazione giurisprudenziale che decide sull'ammissibilità dell'azione proposta sulla base di criteri individuati "caso per caso" e quindi non uniformi, che generano incertezza e potenziale disparità, compiendo un vero e proprio atto creativo della regola processuale[24].

Questo rischio, utilizzando il modello edilizio oltre l'ambito che gli è proprio, è amplificato. Il provvedimento edilizio che incida sugli equilibri del tessuto urbano, infatti, è concepito come attuativo di previsioni generali contenute nella normativa urbanistica e negli strumenti di pianificazione, essendo la disciplina edilizia autonoma e sufficiente solo per gli interventi sull'edificato esistente urbanisticamente irrilevanti (manutenzione, restauro, conservazione ed entro certi limiti, ristrutturazione). Di tal che, quando norme speciali e spesso derogatorie, come quelle sulla riqualificazione richiamate in apertura di questo lavoro, consentono che interventi di impatto generale si attuino attraverso titoli edilizi, il giudice si troverà sprovvisto di riferimenti a monte per valutare la sussistenza dell'interesse a ricorrere in capo ai portatori di interessi diffusi, dovendo compiere egli stesso una istruttoria quasi di merito per stabilire se la lesione lamentata dal ricorrente sia rappresentabile in giudizio o ne sia estromessa che mal si concilia con la natura soggettiva del processo amministrativo[25].

---

[22] Tale riscontro è richiesto quantomeno in tutti i casi in cui la modifica del preesistente assetto edilizio non si dimostri *ictu oculi*, <<*ovvero sulla scorta di sicure basi statistiche tratte dall'esperienza, pregiudizievole per la qualità (urbanistica, paesaggistica, ambientale) dell'area in cui insiste la proprietà del ricorrente*>>. T.A.R. Venezia, sez. II, n.1512/2021. T.A.R., Napoli, sez. V, n. 3567/2023; Consiglio di Stato, sez. VI, n. 10715/2022

[23] Consiglio di Stato, sez.V., n. 3247/2021. Sulla necessarietà della mediazione operata dalla legittimazione ad agire, filtro attraverso il quale le situazioni di mero fatto, assumono dignità di protezione da parte dell'ordinamento A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in Dir. *Proc. Amm.*, *2014*, p. 444.

[24] Sebbene, infatti, come autorevole dottrina ha evidenziato, dalla norma che disciplina l'azione amministrativa non sia sempre immediatamente deducibile la titolarità dell'interesse, e la necessaria mediazione dell'interpretazione giudiziale introduca inevitabili "elementi di incertezza" (A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*,, Torino, 2021, p. 87 e ss.) la sua esistenza consente comunque di disporre di un canone certo e unitario sulla cui base il giudice di primo grado possa valutare la sussistenza della legittimazione e dell'interesse ad agire in capo al ricorrente, e quello di secondo grado la correttezza della qualificazione di tali profili operata nella sentenza impugnata, secondo lo schema proprio degli ordinamenti di civil law..

[25] A differenza del sistema civilistico in cui la legittimazione ad agire è presunta nel collegamento dichiarato fra il titolare dell'azione e il diritto per cui invoca tutela, per cui il giudice decide sulla stessa insieme alla questione

ISSN 2036-7821

Il procedimento urbanistico, invece, è concepito come processo decisionale pubblico in cui l'assetto complessivo e strategico del territorio viene definito con il contributo obbligatorio, ma non vincolante, della società civile.

La partecipazione, qui, ha una natura composita, già evidente negli articoli 9 e 15 della l. n. 1150/1942[26]. E' funzionale all'attuazione del principio di democraticità attraverso il coinvolgimento della comunità nelle scelte fondamentali sul territorio da parte dell'ente pubblico che la rappresenta. "Chiunque", infatti, ai sensi del richiamato articolo 9 della legge urbanistica generale, può di collaborare alla formazione degli atti di pianificazione generale, formulando osservazioni nella fase intermedia fra l'adozione e l'approvazione degli stessi. Ha, invece, carattere misto nel procedimento di approvazione dei piani attuativi, svolgendo sia la funzione collaborativa appena descritta che quella oppositiva propria del procedimento edilizio, secondo quanto dispone il successivo art.15.

Sul piano procedimentale, quindi, gli istituti partecipativi previsti dalla particolare disciplina che regola la formazione degli atti di governo del territorio hanno portata molto più ampia di quelli del procedimento ordinario di cui non a caso il legislatore, all'art. 13 della L.n. 241/90, ha escluso l'applicabilità ai procedimenti di pianificazione.

Ed in ciò risiede la peculiare ricchezza del procedimento pianificatorio non comparabile con il modello generale. La sua strutturale complessità, infatti, consente di coinvolgere molteplici interessi, anche plurisoggettivi, superando la logica del mero contraddittorio tipica del procedimento edilizio. In particolare, la fase istruttoria di questo modello è concepita come momento conoscitivo ampio, alimentato da apporti pubblici e privati attraverso cui viene predisposta una base informativa solida per la successiva deliberazione che attiene all'esercizio di una delle funzioni considerate di indirizzo politico locale per eccellenza.

Sul piano processuale, tuttavia, le condizioni di accesso alla giustizia rimangono le medesime esaminate a proposito dei provvedimenti edilizi, per cui si genera un forte disallineamento tra la platea ampia cui è riconosciuta la partecipazione procedimentale e quella molto più ristretta che ha accesso alla tutela processuale sulla base dei principi già esaminati[27]. Anche in questo caso, infatti, l'accesso alla

---

sottopostagli, in quello amministrativo la natura mediata della tutela processuale che ha ad oggetto non l'interesse tutelato, ma i provvedimenti che lo tangono, impone la previa deliberazione in ordine alla sussistenza dell' elemento soggettivo dell'azione e la relativa dichiarazione di ammissibilità o meno del ricorso proposto, prima dell'esame nel merito della questione. Sl tema C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2012. R. FERRARA, *Interessi diffusi e processo amministrativo*, Napoli, 1988.

[26] Consiglio di Stato sez. VII, n.10237/2023.

[27] In questo senso <<L'interesse al ricorso deve consistere nell'individuazione di un vantaggio, o almeno dell'aspettativa di un vantaggio, attuale e diretto, derivante dalla caducazione del provvedimento impugnato, sicché l'impugnazione di uno strumento urbanistico non può fondarsi sul generico interesse ad una migliore

ISSN 2036-7821

giustizia presuppone la verifica della sussistenza di ambedue le condizioni dell'azione (legittimazione ed interesse ad agire) che senza alcun automatismo possono discendere dalla partecipazione procedimentale, essendo esclusa in tutte le ipotesi in cui le e osservazioni formulate dai proprietari interessati costituiscono un mero apporto collaborativo[28].

I due modelli esaminati tendono, dunque, ad avvicinarsi quanto alla tutela degli interessi diffusi. Cionondimeno, la diversa natura dei due tipi di procedimento è idonea ad offrire una tutela più ampia delle posizioni giuridiche plurisoggettive, a prescindere che siano o meno rappresentabili in sede processuale.

Innanzitutto, perché esiste nel modello urbanistico quel quadro generale sia normativo che pianificatorio, mancante nel modello edilizio, che fornisce i parametri per la verifica sulla sussistenza delle condizioni dell'azione in capo ai titolari di interessi diffusi.

In secondo luogo perché, anche nell'ipotesi in cui a questi non fosse riconosciuta la legittimazione ad agire, l'insieme dei dati conoscitivi, delle valutazioni tecniche e delle osservazioni critiche di merito, acquisiti nell'istruttoria con il loro apporto, costituiscono elementi valutabili dal giudice che ad essi può riferirsi nel motivare la sua decisione. Ciò sia in via autonoma, nell'esercizio dei suoi poteri istruttori ai sensi dell'art. 64 c.pa. commi 2 e 3[29], sia se tali elementi vengono sviluppati e trasformati in motivi di ricorso da altri soggetti cui sia riconosciuta la legittimazione a ricorrere. In questo modo, le istanze collegate agli interessi diffusi vengono comunque trasferite nel giudizio, attraverso l'azione di chi possiede i requisiti formali per agire, generando un meccanismo di tutela "mediata" che consente alle osservazioni presentate nel procedimento di concorrere all'accertamento della legittimità dell'atto urbanistico.

3. Il modello urbanistico come paradigma necessario ma non sufficiente. Verso una "terza via" procedimentale.

Il modello urbanistico appare, per quanto visto, il più idoneo alla tutela degli interessi diffusi nei processi di rigenerazione in cui viene impressa per la prima volta ad una parte del territorio urbano una nuova funzione, occorrendo bilanciare le potenzialità edificatorie con le effettive esigenze di abitazione della comunità

---

pianificazione del suolo, che non si differenzia dall'interesse di qualsiasi cittadino>>. Consiglio di Stato sez. IV, n.6895/2025.

[28] E' stato osservato che "la partecipazione procedimentale e la legittimazione processuale rappresentano ambiti distinti, onde la mera partecipazione non si traduce automaticamente in accesso al ricorso per impugnare lo strumento urbanistico>> F. SAITTA, *Interessi diffusi e legittimazione a ricorrere: una questione da rivedere,* in IFEL, *Riprendiamoci la città*, 2023, cap. V, p. 251 e ss. In giurisprudenza Cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 2535/ 2024.

[29] che consentono al magistrato di porre a fondamento della sua decisione sia i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite nonché di disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini della decisione.

ISSN 2036-7821

(standard), le concrete vocazioni dei luoghi, i valori ambientali e paesaggistici, le esigenze di tutela della salute e le esigenze economico-sociali di coloro che sono radicati sul territorio[30].

Diverso è il caso in cui gli ambiti di rigenerazione siano previsti dalla pianificazione generale in quanto, essendo già avvenuto in quella sede il bilanciamento degli interessi compresenti sul territorio ed essendo già stato valutato il fabbisogno di standard necessari a garantire la vivibilità (intesa qui come sussistenza delle condizioni di potere godere dei beni comuni cui corrispondono gli interessi plurisoggettivi), la loro realizzazione può essere rimessa ai procedimenti semplificati della pianificazione attuativa o a quelli edilizi, attraverso interventi diretti o convenzionati, in base al livello di definizione raggiunto dal piano regolatore e secondo la disciplina delle sue norme tecniche.

In questo senso, è significativo che alcune recenti leggi regionali stiano tentando di attrarre la rigenerazione nell'alveo urbanistico, riconducendone gli interventi in quadri pianificatori più stabili e definendo ambiti e criteri predeterminati entro i quali poi operare con le norme edilizie[31].

La stessa Corte Costituzionale, nella già richiamata sentenza n.51 del 18 aprile 2025[32], ha chiarito che la rigenerazione costituisce una vera e propria funzione pubblica per l'esercizio della quale è richiesta una visione complessiva e coordinata delle trasformazioni del territorio, propria del procedimento urbanistico ed inconciliabile il ricorso sistematico a strumenti edilizi derogatori che finisce per svuotare la funzione programmatoria dell'urbanistica e, al tempo stesso, per violare il principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione, sancito dall'art. 97 della Costituzione[33].

Tuttavia, come visto, il modello normativo – conformativo della pianificazione

[30] Sulle caratteristiche proprie della funzione urbanistica, Consiglio di Stato, sez. IV, n. 6656/2012; Consiglio di Stato sez. IV, n.7325/2025.

[31] Nella recente modifica alla legge urbanistica n. 16/2004 operata dalla legge regionale n. 5/2024, la Regione Campania ha previsto, all'art. 26 comma 3 lett. f bis), che gli interventi di rigenerazione urbana che comportano la diversa configurazione dei lotti e lo spostamento di funzioni tra gli stessi, costituiscono varianti al Piano strutturale urbanistico. A sua volta il PSU, ai sensi dell'art. 14 del Regolamento n.3/2025 integrativo ed attuativo della citata legge deve contenere le indicazioni strategiche che definiscono tempi e modi di attuazione della rigenerazione urbana. Il successivo art. 16 consente nel territorio urbanizzato il ricorso agli interventi di cui all'articolo 3 del DPR 380/2001, volti a promuovere la rigenerazione urbana solo nel rispetto delle disposizioni del PSU che all'art. 21 individua nei comparti edificatori lo strumento cardine attraverso cui attuare la rigenerazione.

[32] Cfr. Infra, nota n.13.

[33] Secondo la Consulta, solo un procedimento urbanistico strutturato garantisce la trasparenza dell'azione amministrativa, poiché consente di rendere esplicite le ragioni delle scelte, di confrontarle con alternative praticabili e di valutarne gli effetti complessivi. Allo stesso modo, è proprio la pianificazione a permettere un esercizio razionale e motivato del potere pubblico, assicurando che le decisioni non siano assunte in modo frammentario o occasionale, ma si inseriscano in un disegno coerente di sviluppo urbano. Per un commento complessivo cfr. G. MARI, *Pianificazione urbanistica e rigenerazione urbana: riflessioni a partire alla sentenza della Corte Costituzionale n. 51 del 2025*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 3 (2025), pp. 173-205;

ISSN 2036-7821

appare oggi obsoleto rispetto alla molteplicità cangiante dei bisogni di trasformazione, cui un contesto urbano può andare incontro nello spazio di poco tempo, che richiedono strumenti rapidi e flessibili di attuazione. Esso, inoltre, non garantisce un accesso diretto alla tutela giurisdizionale degli interessi diffusi molto più ampio di quello che progressivamente si è raggiunto in edilizia.

Di questi limiti è conscio il legislatore, soprattutto regionale, che sta tendendo a scindere la parte strutturale dei piani recante le politiche generali e gli obiettivi strategici richiedenti un processo più lento di elaborazione ed approvazione[34], per rinviare a piani operativi la definizione puntuale degli interventi e dei relativi standard in modo che questi siano stabiliti a ridosso delle trasformazioni del territorio e dunque siano adattivi ai bisogni aggiornati della comunità e, quando conformi al piano strutturale, possano beneficiare di procedimenti più rapidi[35].

Si vanno, inoltre, affermando alcuni strumenti caratterizzati da un procedimento autonomo che non segue la disciplina urbanistica, ma estende la rappresentanza degli interessi collettivi.

Ed invero, da tempo, in particolari procedimenti aventi ad oggetto la realizzazione di interventi che impattano sui territori, il legislatore o le stesse amministrazioni con atti generali di programmazione hanno ampliato l'ambito soggettivo e oggettivo dell'apporto dei privati alla formazione del provvedimento, sul modello dei procedimenti in materia ambientale e urbanistica.

In questa direzione, vanno, ad esempio, l'art. 44, comma 5, del d.lgs. n. 259/2003, che prevede l'obbligo di pubblicizzare l'istanza con la quale viene richiesto il rilascio dell'autorizzazione all'installazione di impianti relativi alle infrastrutture di comunicazione elettronica e radioelettrici o la delibera n. 63 del 2021 con cui il Comune di Milano nel passare dal modello *outsourcing* a quello *in house* per la gestione dei servizio di verde pubblico ha motivato la scelta, fra l'altro, proprio con la volontà di coinvolgere i portatori di interessi diffusi nelle scelte gestionali di spazi pubblici di rilevante importanza per il benessere collettivo[36].

Il giudice amministrativo ha colto il diverso peso attribuito agli interessi diffusi negli esempi citati, attraverso la valorizzazione della partecipazione, nel primo caso,

[34] dovendosi in questa sede acquisire i pareri e le valutazioni di tutti gli enti sovracomunali di pianificazione e di tutela di specifici interessi pubblici (ambiente, paesaggio, beni culturali, etc.).

[35] La L.R. Toscana n. 65/2014 ha esplicitato la distinzione tra PS e PO in modo molto netto, definendo procedure e tempistiche separate; la a L.R. Emilia Romagna, n. 20/2000 ha adottato un sistema simile con il PSC (Piano Strutturale Comunale) e il POC (Piano Operativo Comunale). La L.R. Campania n. 16/2004, recentemente modificata prevede che il Piano Urbanistico Comunale (PUC), è composto da una componente strutturale e una operativa/programmatica, le quali possono essere approvate contestualmente o separatamente.

[36] La citata delibera, a pag. 7 motiva la scelta con la volontà di favorire *"il coinvolgimento, di singoli cittadini, imprese e di portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, che stanno sempre più efficacemente contribuendo al miglioramento degli spazi pubblici e dei parchi, anche attraverso concreti interventi di sostegno alle attività di forestazione urbana e di recupero e tutela di parchi urbani, nella logica della sussidiarietà orizzontale che caratterizza le funzioni comunali"* .

ISSN 2036-7821

annullando l'autorizzazione rilasciata da un Comune ad una società per l'installazione di un'antenna 5 G in violazione dell'obbligo di pubblicità[37] e nel secondo confermando, invece, la scelta del Comune di svolgere *in house* il servizio per garantire meglio la partecipazione dei cittadini ed attuare precise sinergie con altri settori di attività[38].

Sebbene non manchino, soprattutto di recente, preoccupanti segnali di retromarcia rispetto a questa positiva tendenza[39], essa costituisce una direttrice su cui muoversi per superare i limiti dei modelli classici descritti in precedenza.

A questo approccio sono certamente ispirati alcuni istituti rientranti nell'ambito cosiddetta "urbanistica circolare", che mutuano dai procedimenti in materia ambientale le maggiori garanzie partecipative, con l'obiettivo di creare ecosistemi urbani resilienti e autosufficienti, ossia capaci di ridare vita a siti dismessi, garantendo al contempo la loro sostenibilità, senza ricorrere ai più complessi procedimenti urbanistici[40].

Fra essi figurano i piani integrati del PNRR attraverso cui si stanno attuando le politiche di rigenerazione urbana, superando lo schema più rigido della variante urbanistica con modelli procedimentali compositivi più mirati rispetto a quelli propri della pianificazione[41], ma non escludenti come le misure richiamate in apertura del lavoro (piani casa, salva casa etc.), sbilanciate verso gli interessi economici e non dialoganti con gli strumenti urbanistici presenti e con i bisogni del contesto.

Il procedimento, in questo caso, cerca di sintetizzare le esigenze di rapidità nell' attuazione senza estromettere gli attori istituzionali.

A questi, infatti, è affidato il coordinamento integrato dei vari progetti in modo che il reticolato di interventi puntuali tenda a comporsi in un disegno strategico volto a

---

[37] Cfr. sentenza Tar Campania, sez. VII, n. 7474/2025 in cui viene bene evidenziato per quanto ci interessa come "la *pubblicizzazione dell'istanza non costituisce, infatti, un adempimento meramente formale, ma è funzionale all'attuazione di un principio di democraticità del processo decisionale che non consente deroghe di sorta*>>.

[38]. Cfr. Consiglio di Stato sez. V, 26 n. 842/2024.

[39] Mi riferisco alla recente modifica apportata al citato art. 44 comma 5 del D.lgs. n. 259/03 da parte dell'art. 27 della L. n. 182/2025, che ha stabilito la non rilevanza ai fini della validità del provvedimento autorizzatorio della mancata pubblicizzazione dell'istanza, ferma la responsabilità del funzionario.

[40] Per una panoramica sui principali istituti, M. CAPOBIANCO, (a cura di) *Urbanistica e città circolare: rigenerare il territorio in un'ottica sistemica*. Firenze: Firenze, 2021. Sul tema M. DUGATO, *L'uso accettabile del territorio*, in Ist. fed., 2017, 597 ss. Per una lettura orientata al coordinamento con la fondamentale funzione della pianificazione, P. CHIRULLI, *Pianificazione urbanistica e riqualificazione dell'esistente, in Il governo del territorio tra fare e conservare*, Atti del convegno dell'Università di Trento, 2014, p. 68 ss.

[41] Inizialmente, infatti, i piani di recupero delle periferie previsti dall' art. 18 della l. n. 392/78 si armonizzavano con i piani urbanistici generali, costituendone una variante che doveva essere approvata dal Consiglio. A partire dal Piano straordinario per le periferie del 2015, si sono susseguite misure come i Programmi di intervento per lo sviluppo urbano sostenibile (SUS); il Programma innovativo per la qualità dell'abitare (PINQUA) e più di recente i Piani Urbani Integrati (PUI), introdotti dal PNRR. Per una analisi dei dati cfr. il position paper, di ASVIS Giugno 2023 su Governo del territorio, rigenerazione urbana e politiche abitative per lo sviluppo sostenibile, p. 11-13 in https://asvis.it/public/asvis2/files/Pubblicazioni/PositionPper/2023/ppgoal11governoterritorio.pdf.

ISSN 2036-7821

massimizzare gli effetti positivi dei progetti ad un livello anche superiore rispetto a quello comunale (almeno provinciale), così da generare ricadute benefiche sulla qualità della vita delle comunità su scala metropolitana o provinciale non dissimili da quelle che si possono ottenere attraverso la pianificazione.
Sul piano procedimentale, la cura dei beni comuni è affidata soprattutto alle istituzioni, ma ai portatori di interessi diffusi sono riconosciuti maggiori spazi di intervento, essendo prevista la partecipazione dei privati sia nella fase di programmazione che attraverso forme di partenariato pubblico-privato.
Sul piano processuale ciò si traduce in una maggiore tutela rispetto al modello edilizio, avvicinandosi lo schema analizzato a quello urbanistico, fermo restando il disallineamento fra partecipazione procedimentale e tutela processuale di cui si è detto.
Tuttavia, le speciali misure del PNRR presentano a loro volta criticità proprie legate alla speditezza imposta dal legislatore al processo che si svolge secondo il rito speciale accelerato previsto dall'art.125 per le controversie relative a infrastrutture strategiche[42] . La tutela giurisdizionale, inoltre, è particolarmente affievolita per gli interessi diffusi nell'ipotesi in cui sia stato già sottoscritto il contratto per la realizzazione delle opere in quanto l'annullamento degli atti impugnati non comporta la caducazione del contratto, ma solo la possibilità di risarcimento per equivalente, riservata agli operatori economici illegittimamente non aggiudicatari[43].
Si tratta, però, di limiti contingenti che ben potrebbero essere riportati entro lo schema processuale ordinario se il modello fosse reso stabile.

4. Considerazioni conclusive anche alla luce del più recente disegno di legge sulla rigenerazione urbana.

L'analisi svolta consente di concludere che un procedimento peculiare per i processi di rigenerazione alternativo a quello edilizio ed urbanistico sarebbe auspicabile e dovrebbe essere costruito attorno ad alcune caratteristiche strutturali fondamentali che ne definiscano l'identità e la capacità di rispondere alla complessità della rigenerazione urbana. Sarebbe necessario, in particolare, garantire un effettivo riconoscimento degli interessi diffusi nel procedimento, superando la logica rigida del contraddittorio, propria dell'edilizia, così come quella meramente collaborativa dell'urbanistica. Sul piano processuale, invece, sarebbe auspicabile l'adeguamento del tradizionale criterio della *vicinitas*, definendo *ex lege* i presupposti per l'identificazione della legittimazione a ricorrere in capo ad una platea più ampia di

[42] In base al combinato disposto dell'art. 48, comma 4, del D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, che ha previsto l'applicazione dell'art. 125 c.p.a. alle impugnazioni delle procedure finanziate anche in parte con fondi PNRR.
[43] TAR Bolzano, sentenza n. 62 /2024.

ISSN 2036-7821

soggetti. Ciò potrebbe avvenire, ricorrendo ai principi giurisprudenziali consolidati richiamati nel corso del lavoro, riconoscendo l'interesse ad agire in ipotesi in cui il pregiudizio per la qualità urbanistica, paesaggistica, ambientale del bacino territoriale sia desumibile e quindi presumibile sulla scorta di dati statistici e tecnici tratti dall'esperienza. Si fornirebbe, così, al giudice un riferimento normativo, riducendo i rischi evidenziati di creazionismo giudiziario.

Siffatto approccio postula il mantenimento di un saldo controllo pubblico sulle scelte territoriali, in linea con la natura di funzione e non di mera attività pacificamente attribuita da dottrina e giurisprudenza alla rigenerazione. In questo senso, mutuando gli elementi positivi dalla analizzata disciplina dei programmi PNRR, la definizione della dimensione istituzionale su cui appuntare la regia dell'intervento sarebbe un utile parametro cui riconnettere il requisito della *vicinitas* e dunque la legittimazione per gli enti titolari di interessi diffusi diversi da quelli di prossimità. Se, infatti, la rigenerazione come funzione non è data dalla somma degli interventi locali realizzati, ma dalla visione strategica ed integrata degli stessi, che va a colmare in taluni casi l'assenza di una preventiva pianificazione, l'ente che possieda una rappresentanza adeguata e differenziata di interessi diffusi rispetto al livello di governo in cui un dato programma sarà definito (comunale, metropolitana o regionale) potrebbe essere legittimato ad agire, lamentando rischi concreti che l'attuazione o la mancata attuazione del progetto comporti per la comunità di riferimento anche non strettamente locale[44].

Tale impostazione valorizzerebbe i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza che regolano l'attribuzione delle funzioni ed in particolare la dimensione non solo orizzontale della sussidiarietà, su cui la giurisprudenza ha fondato il riconoscimento di tutte le posizioni di cittadinanza attiva che trovano tutela dinanzi al giudice amministrativo[45] attraverso gli enti esponenziali di interessi collettivi, ma anche quella verticale nella individuazione del livello di governo più adeguato a definire il programma rigenerativo anche in base agli interessi differenziati da tutelare. Peraltro, il secondo profilo contribuirebbe a circoscrivere il primo fornendo un perimetro territoriale alla portata dell'interesse utile alla verifica dell'ammissibilità delle istanze partecipative in sede procedimentale e della legittimazione in sede processuale.

---

[44] Si pensi, ad esempio, alla revoca dell'approvazione di un progetto di riconversione in studentato universitario di immobili dismessi in un determinato Comune, idonea a incidere sulla qualità e sulla quantità dell'offerta abitativa per studenti su una scala territoriale certamente più ampia di quella comunale, ovvero alla scelta di realizzare o non realizzare strutture destinate all'accoglienza, le cui ricadute si proiettano sull'assetto complessivo dei servizi e delle politiche sociali a livello metropolitano o regionale. In ipotesi di questo tipo, l'interesse fatto valere non si esaurisce nella dimensione localistica dell'intervento, ma attiene a esigenze collettive differenziate rispetto al livello di governo comunale, potenzialmente idonee a fondare la legittimazione ad agire di enti esponenziali rappresentativi di interessi diffusi sovracomunali.

[45] In questo senso va il Consiglio di Stato nella Ad. Plen n. 22/21.

ISSN 2036-7821

Attualmente, però, il legislatore statale non pare andare in questa direzione. Invero, il Disegno di legge sulla rigenerazione urbana (S.29) all'esame del Parlamento, se da un lato introduce una governance multilivello della materia nella programmazione degli interventi pubblici (articoli da 2 a 6) in cui assicurare forme di partecipazione civica adeguate (art.9), dall'altro non supera sostanzialmente la logica prevalentemente edilizia e derogatoria degli strumenti urbanistici nonché degli indici e degli standard del DM n. 1444/68 per gli interventi privati (art.7) che aveva caratterizzato i testi precedenti[46]. Siamo, quindi, ancora lontani dall'elaborare un quadro normativo che, oltre agli obiettivi sostanziali, fornisca criteri chiari per la rappresentanza e la tutela degli interessi diffusi e per l'effettiva integrazione della partecipazione e della verifica giurisdizionale nei processi di rigenerazione urbana. Né vi è traccia di un modello procedimentale autonomo coerente con le peculiarità della funzione urbanistica descritte nel corso dell'analisi.

[46] L. DE LUCIA, *Il nuovo testo unificato sulla rigenerazione urbana Osservazioni critiche*, in Riv. Quadr. Dir. Amb.n. 2/2022, il quale nell'esaminare il testo unificato posto in discussione al Senato nel 2022, evidenziava i l'eccessivo sbilanciamento vero una regolazione dell'attività costruttiva autonoma dalla pianificazione urbanistica.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Sicurezza urbana, nuove tecnologie e protezione dei dati personali

di **Marta Maurino**

(Assegnista di ricerca dell'Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*)

Sommario

1. Oggetto e ragioni dell'indagine. – 2. Obiettivo e piano dell'indagine. – 3. La scivolosa definizione di sicurezza urbana: cenni. – 4. Il diritto alla protezione dei dati nella dimensione pubblica. – 5. Le basi giuridiche del trattamento nel GDPR e la loro adeguatezza in materia di sicurezza urbana. – 6. L'impiego delle nuove tecnologie per finalità di sicurezza urbana: problemi applicativi. – 6.1. Tecnologie emergenti nei contesti urbani. – 6.2 Anonimizzazione, trasparenza e proporzionalità. – 6.3 La questione della base giuridica nei trattamenti tecnologici. – 6.4 La prassi applicativa del Garante per la protezione dei dati personali: tendenze e criticità. – 7. Conclusioni: verso un quadro normativo adeguato.

Abstract

This article examines the legal limits governing the use of advanced digital technologies by local authorities for urban security purposes, with particular regard to the protection of personal data. Starting from the elastic notion of urban security in Italian law, it analyses how data-driven tools such as intelligent video surveillance and algorithmic systems challenge principles of legality and proportionality. Drawing on EU data protection law, European and national case law, and the practice of the Italian Data Protection Authority, the study highlights the structural inadequacy of the current normative framework. The absence of sufficiently detailed legal bases shifts substantive legality control to the supervisory authority, with significant effects on administrative discretion. The article concludes by advocating for a clearer legislative framework capable of ensuring a stable balance between technological innovation, urban security objectives, and fundamental rights protection.

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

ISSN 2036-7821

1. Oggetto e ragioni dell'indagine.

È stato recentemente osservato che la centralità assunta dalla questione urbana della sicurezza costituisce l'epifenomeno del modello di prevenzione che caratterizza le politiche pubbliche del nuovo millennio[1]. Lo spazio urbano – non più abitato e vissuto come in passato – tende ad essere percepito dai cittadini come luogo 'estraneo' e, in quanto tale, insicuro. Negli ultimi vent'anni episodi di microcriminalità diffusa, unitamente al progressivo degrado delle aree periferiche delle principali città italiane, hanno contribuito in modo significativo ad alimentare una persistente percezione di insicurezza sociale[2]. Parallelamente, la crescente domanda di sicurezza a livello locale si è innestata in un contesto caratterizzato da una rapida evoluzione delle tecnologie digitali. L'ampio impiego di tali tecnologie ha contribuito allo sviluppo del fenomeno della cosiddetta urbanizzazione cibernetica[3], in cui la gestione dei servizi urbani si fonda sull'utilizzo di reti digitali e sistemi intelligenti che trattano – e al contempo producono – ingenti quantità di dati e informazioni[4].

Ai dati acquisiti dalle pubbliche amministrazioni nello svolgimento delle proprie funzioni e a quelli spontaneamente conferiti dai cittadini (come nel caso dell'accesso a piattaforme digitali pubbliche) si aggiungono oggi i dati generati in modo autonomo dalle tecnologie impiegate all'interno dello spazio urbano.

Tale scenario comporta il ricorso sempre più diffuso a strumenti particolarmente invasivi della sfera privata, con rischi concreti derivanti dall'esposizione degli

---

[1] Così R. URSI, *La sicurezza pubblica*, Il Mulino, 2022, pp. 199 ss., il quale specifica che «*la sicurezza urbana si configura come l'insieme delle strategie tese a diminuire la frequenza di determinati comportamenti criminali attraverso strumenti preventivi di contesto che allargano l'area dei soggetti istituzionalmente responsabili anche alle amministrazioni locali*».

[2] R. Ursi, *La sicurezza nelle città: dallo spazio difendibile a Tecnopolis*, in *Munus*, 2/2024, pp. 575 ss., osserva che «*la situazione di paura deriva non solo da una volubile percezione soggettiva, ma anche da oggettive circostanze che hanno determinato nel tempo la crisi del modello di sicurezza sociale disegnato dal welfare state e la contestuale espansione della sicurezza pubblica. La compressione dello Stato sociale a causa delle crisi economiche ha comportato la deregolamentazione, il declino dell'organizzazione collettiva e la correlata messa in discussione dell'effettività dei diritti. La disoccupazione di massa e la precarizzazione dei rapporti di lavoro vanificano le protezioni dei lavoratori; gli interventi pubblici a tutela delle situazioni di debolezza, come nel campo della sanità e dell'assistenza, sono pregiudicati da limiti di bilancio prima considerati irrilevanti; l'istruzione non riesce ad attivare forme di mobilità sociale, in quanto avvinta da pratiche competitive. […] Inoltre, i fenomeni connessi alla globalizzazione, quali l'apertura dei mercati e la privatizzazione di beni e servizi pubblici, non solo hanno reso più vulnerabile la popolazione, soprattutto nelle città, ma hanno anche spostato poteri di regolazione economica dalle mani dello Stato a quelle di investitori globali. Il "neo-liberalismo reale" ha ridimensionato il ruolo dello Stato come fattore di promozione di politiche sociali, a favore di un intenso rafforzamento del compito repressivo e di sicurezza, in larga parte da tale ridimensionamento originato*».

[3] Sulla nozione di urbanizzazione cibernetica, v. R. KITCHIN – T. MOORE, *Urban data and city dashboards: Six key issues*, in *Data & Society*, 2018, pp. 12 ss., dove viene evidenziato il ruolo dei sistemi informativi urbani nella produzione continua di dati.

[4] Sulla produzione autonoma di dati da parte dei sistemi urbani intelligenti e sul fenomeno dell'*ambient datafication*, cfr. L. AMOORE, *Cloud Ethics. Algorithms and the Attributes of Ourselves and Others*, Duke University Press, 2020.

ISSN 2036-7821

individui a processi decisionali automatizzati basati sull'elaborazione algoritmica di dati e metadati[5].

Già nel 1997 autorevole dottrina aveva segnalato le potenziali derive connesse alla digitalizzazione della realtà sociale ed economica, sottolineando come l'accresciuta capacità informativa degli attori pubblici e privati potesse tradursi in nuove forme di diseguaglianza, nella frammentazione del tessuto comunitario, nella possibilità di una decisione pubblica immediata e plebiscitaria destinata a svuotare gli istituti democratici, nonché nel rischio di concentrazione del potere informativo in capo a pochi soggetti[6].

In tempi più recenti, riguardo ai contesti urbani digitalizzati, è stato evidenziato come l'urbanizzazione cibernetica risulti difficilmente conciliabile con la natura intrinsecamente 'informale' della città e come essa accresca il ruolo e l'influenza degli operatori economici nella gestione dei servizi urbani, contribuendo alla cosiddetta *corporization* della *smart city*[7] e ostacolando il superamento delle diseguaglianze strutturali presenti nelle realtà urbane[8].

In tale contesto, l'evoluzione delle modalità di gestione della sicurezza urbana e l'impiego di tecnologie avanzate da parte delle amministrazioni locali rendono necessario un approfondimento volto a chiarire quale sia lo spazio giuridico entro cui possa estendersi l'azione amministrativa rispetto alla protezione dei dati personali, diritto fondamentale riconosciuto all'individuo e sempre più esposto alle dinamiche dell'ambiente urbano digitalizzato[9].

2. Obiettivo e piano dell'indagine

La riflessione prende avvio dalla nozione di sicurezza urbana delineata dall'art. 4 della L. 18 aprile 2017, n. 48[10], nozione caratterizzata da un elevato grado di elasticità

[5] Sui rischi derivanti dall'esposizione dei cittadini a processi decisionali algoritmici, si v.S. WACHTER – B. MITTELSTADT – L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the GDPR*, in *International Data Privacy Law*, 2017, p. 76 ss.

[6] L'allarme precoce per gli effetti distorsivi della digitalizzazione – inclusi i rischi di diseguaglianza e di concentrazione del potere informativo – era già presente nell'opera di S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, 1995, spec. pp. 45-63. Sul tema, il medesimo A., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, LaTerza, 1997, p. 31, richiama L. BROWN, *The Seven Deadly Sins of the Digital Age*, in *Intermedia*, 1994, p. 32 ss., come citato da M. SINISI, *Uso dei big data e principio di proporzionalità*, in *federalismi.it*, 2020, p. 369.

[7] Sul nesso tra *smart city* e rafforzamento del potere degli operatori economici privati (cd. *corporization of the smart city*), si v. R. HOLLANDS, *Critical Interventions Into the Corporate Smart City*, in *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society*, 2020, pp. 269 ss.

[8] Sul rischio che l'urbanizzazione digitale acuisca diseguaglianze e rafforzi strutture di esclusione sociale, cfr. A. TOWNSEND, *Smart Cities: Big Data, Civic Hackers, and the Quest for a New Utopia*, Norton, 2013, pp. 213-229.

[9] Una ricostruzione del diritto alla protezione dei dati personali come difesa della sfera privata dinanzi all'esercizio del potere è offerta da S. FRANCA, *I dati personali nell'amministrazione pubblica. attività di trattamento e tutela del privato*, Collana della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento, 2023, pp. 21 ss.

[10] Per una ricostruzione generale, si v. G. PIPERATA, *La sicurezza urbana tra prevenzione amministrativa e ordine pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2018, pp. 345 ss.

ISSN 2036-7821

semantica e idonea a ricomprendere esigenze eterogenee, quali la vivibilità e il decoro degli spazi urbani, la prevenzione dei fenomeni di marginalità e degrado sociale, nonché il contrasto alle condotte criminose. In tale quadro, l'indagine si propone di individuare i limiti giuridici entro i quali l'ente locale possa legittimamente ricorrere a tecnologie potenzialmente invasive della sfera privata dei consociati – incluse soluzioni basate su tecniche algoritmiche e strumenti di intelligenza artificiale – per perseguire finalità di sicurezza urbana.

Lo svolgimento della ricerca poggia su due presupposti preliminari. Il primo attiene alla necessaria conformazione dell'azione amministrativa ai principi di legalità, buon andamento e imparzialità[11], principi che impongono alla pubblica amministrazione di modellare l'organizzazione e l'esercizio delle funzioni anche in relazione ai vincoli derivanti dalla disciplina europea e nazionale in materia di protezione dei dati personali[12]. Il secondo presupposto riguarda la natura non assoluta del diritto alla protezione dei dati personali: pur qualificato come diritto fondamentale dell'individuo, esso può essere oggetto di limitazioni quando ciò sia necessario per garantire altri interessi pubblici primari[13], tra i quali la sicurezza urbana riveste certamente un ruolo centrale[14]. L'indagine si propone dunque di delineare in quale misura le esigenze di sicurezza urbana possano incidere sull'esercizio del diritto alla protezione dei dati personali e quali condizioni debbano essere soddisfatte affinché tale compressione risulti conforme ai principi di proporzionalità, necessità e adeguatezza elaborati dal diritto dell'Unione.

Per rispondere a tali interrogativi, lo studio prende in esame il complessivo quadro giuridico relativo al trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni, integrando l'analisi normativa con un approfondimento della giurisprudenza e della prassi amministrativa. Particolare rilievo assume, in tal senso, la giurisprudenza – prevalentemente europea e del giudice civile – in ragione della scelta del legislatore di attribuire al giudice ordinario la giurisdizione sia sulle

[11] Sui principi e sulle garanzie costituzionali nell'applicazione di strumenti di IA all'attività amministrativa si v. M. FRANCAVIGLIA, *L'intelligenza artificiale nell'attività amministrativa: principi e garanzie costituzionali nel passaggio dalla "regula agendi" alla regola algoritmica*, in *federalismi.it*, 17/2024, pp. 114-149.

[12] Per un'analisi sistematica del vincolo del GDPR sull'organizzazione amministrativa, M. C. POLLICINO, *Gli effetti della "sommatoria" tra il GDPR e il nuovo Regolamento sulle intelligenze artificiali nell'ambito dell'attività amministrativa*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1/2025, pp. 231-256.

[13] Cfr. art. 52 CDFUE; Corte di giustizia, sent. 24 febbraio 2022, *Valsts iemumu dienests*, C-175/20.

[14] Sul bilanciamento tra sicurezza e privacy, si richiamano, *ex multis*, gli studi di S. EL SABI, *La tutela della privacy nel trattamento dei dati biometrici e genetici per scopi di pubblica sicurezza. Spunti di diritto comparato*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5/2023, pp. 789-827; E. D'ALBERGO, T. FASCIANI, G. GIOVANELLI, *La "governance" dell'Intelligenza Artificiale nelle politiche locali: "trade-off" e potere nel caso della videosorveglianza a Torino*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione* 4/2023, pp. 1 ss.; A. STIANO, *Ancora sul bilanciamento tra la tutela del diritto alla privacy e l'utilizzo di strumenti di sorveglianza di massa: tra garanzie procedurali e sostanziali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3/2021, pp. 904-910; M. LAMON, M. BONAZZI, *I droni a supporto della pubblica sicurezza*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2021, pp. 165-199.

ISSN 2036-7821

controversie in materia di protezione dei dati personali sia sull'impugnazione dei provvedimenti dell'Autorità garante[15]. Tale assetto determina una significativa incidenza della giurisprudenza civile sull'interpretazione dei presupposti di liceità del trattamento e, più in generale, sulla conformazione dell'azione amministrativa in ambito digitale.

Accanto al dato giurisprudenziale, lo studio valorizza la copiosa produzione dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali, che negli ultimi anni ha delineato standard applicativi particolarmente rilevanti per le amministrazioni locali. Al maggio 2024 risultano pubblicati sul sito istituzionale del Garante 1.257 provvedimenti relativi alle pubbliche amministrazioni, con numeri particolarmente elevati nei settori della videosorveglianza, delle nuove tecnologie e della pubblica sicurezza[16]. Tale mole documentale ha reso necessario circoscrivere l'ambito dell'indagine ai pareri e ai provvedimenti sanzionatori emanati dall'Autorità a partire dal 2018 nei confronti degli enti infranazionali – in particolare dei Comuni – nei casi in cui la sicurezza urbana sia espressamente indicata come finalità del trattamento[17].

Alla luce di tali premesse, l'indagine procederà dapprima alla ricostruzione della nozione giuridica di sicurezza urbana e delle sue implicazioni sistematiche; successivamente, analizzerà gli impieghi delle nuove tecnologie nei contesti urbani e le criticità applicative che ne derivano, per poi soffermarsi sui presupposti di liceità del trattamento dei dati personali, come delineati dal GDPR, dalla giurisprudenza e dalla prassi del Garante. Tale percorso consentirà di valutare se e in quale misura l'attuale quadro normativo sia idoneo a sostenere un equilibrio effettivo tra esigenze di sicurezza urbana e tutela del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali.

3. *La scivolosa definizione di sicurezza urbana: cenni*

La nozione di sicurezza urbana, nel suo assetto attuale, trova fondamento nell'art. 4, co. 1, del D.L. 20 febbraio 2017, n. 14 convertito con modificazioni in L. 18 aprile 2017, n. 48. La disposizione qualifica la sicurezza urbana come bene pubblico afferente alla vivibilità e al decoro delle città e la collega a una serie articolata di obiettivi: la

[15] Così come previsto dall'art. 152, D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, recante "*Codice in materia di protezione dei dati personali*".

[16] Dato tratto dal sito ufficiale dell'Autorità (www.garanteprivacy.it), sez. "Provvedimenti PA", consultato nel maggio 2024.

[17] Sull'uso delle tecnologie per finalità di sicurezza nelle città si v. G. BERGONZINI, *Sicurezza della città, tecnologie digitali e intelligenza artificiale: tra regole europee, garanzie costituzionali e autonomia locale*, in *federalismi.it*, 25/2024, pp. 1-43; G. PISTORIO, *La nuova dimensione urbana tra sviluppo delle tecnologie, assetto di poteri e tutela dei diritti. Il caso delle "smart cities"*, in *Democrazia e diritto*, 1/2024, pp. 28-56; M. BONAZZI, *La videosorveglianza ai fini della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, con particolare riferimento alle novità introdotte dalla legge 18 aprile 2017, n. 48 "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città"*, in *Rivista di polizia* 6-7/2018, pp. 545-585.

ISSN 2036-7821

riqualificazione urbanistica, sociale e culturale; il recupero delle aree o dei siti degradati; l'eliminazione dei fattori di marginalità ed esclusione sociale; la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio; la promozione della cultura della legalità e l'affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile. A tali finalità concorrono, secondo la norma, lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali, nel rispetto delle rispettive competenze[18].

Questa definizione mette in luce la natura polifunzionale della categoria, che non si limita alla mera prevenzione o repressione dei reati, ma ingloba un insieme eterogeneo di obiettivi volti a migliorare le condizioni di vivibilità degli spazi urbani. Le componenti materiali – ordine, pulizia, decoro degli spazi pubblici – si intrecciano con dimensioni sociali e relazionali, quali la coesione comunitaria, l'inclusione sociale e il rispetto delle regole di convivenza civile. Si delinea così un concetto dai contorni 'sfumati', suscettibile di comprendere condotte e fenomeni estremamente diversi, dai reati predatori ai comportamenti sanzionabili in via amministrativa (come l'erroneo conferimento dei rifiuti), fino a meri atti di inciviltà.

La sicurezza urbana si inserisce nel quadro della sicurezza integrata, definita come l'insieme degli interventi assicurati in modo coordinato da Stato, Regioni, Province autonome ed enti locali per la promozione di un sistema unitario di sicurezza a beneficio delle comunità territoriali[19]. L'attuazione di tale sistema avviene anche mediante la stipula dei patti per la sicurezza urbana, accordi sottoscritti da prefetto e sindaco per individuare interventi mirati alla prevenzione della criminalità diffusa, alla tutela del decoro urbano e alla promozione della legalità[20].

L'evoluzione normativa ha progressivamente ampliato l'ambito operativo degli enti locali. Già prima del D.L. 14/2017, l'art. 54 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (T.U.E.L.), come modificato dal D.L. 23 maggio 2008, n. 92, attribuiva al sindaco, quale ufficiale del Governo, il potere di adottare provvedimenti contingibili e urgenti per prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. L'attuale co. 4-bis del citato articolo prevede che i provvedimenti concernenti la sicurezza urbana sono diretti a prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, la tratta di persone, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili, ovvero riguardano fenomeni di abusivismo, quale l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza,

[18] Per una riflessione sulla sfuggente definizione di sicurezza urbana si rinvia a G. MOBILIO, *Le difficili strade della sicurezza urbana: riflessioni su un concetto giuridico sfuggente*, in *Diritto Pubblico*, 3/2022, pp. 881-913; M. MANCINI PROIETTI, *La legge 18 aprile 2017, n. 48 sulla sicurezza delle Città. Considerazioni generali tra luci ed ombre del decreto che doveva portare alla riconquista delle città*, in *Rivista di polizia* 3/2018, pp. 161-211.

[19] Sulla sicurezza integrata, G. ANNICCHIARICO, P. BRUNO, *Dalla sicurezza partecipata a quella integrata. L'anamorfosi della sicurezza*, in *Rivista di polizia* 6-7/2018, pp. 485-544.

[20] Cfr. Ministero dell'Interno, *Linee guida sui patti per la sicurezza urbana*, 2017.

ISSN 2036-7821

anche legati all'abuso di alcool o all'uso di sostanze stupefacenti.
In questo contesto normativo si è inserita un'ampia elaborazione giurisprudenziale.
La Corte costituzionale, con la sentenza n. 236 del 18 novembre 2020, richiamando la propria giurisprudenza, ha ribadito che la materia dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica, in quanto attinente alla prevenzione e repressione dei reati e al controllo del territorio, rientra nella competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. h), Cost. Al contempo, la Corte ha precisato che interventi volti al miglioramento del decoro urbano, della vivibilità degli spazi cittadini e della convivenza civile possono essere ricondotti ad ambiti di intervento regionale o locale solo nei limiti e secondo le forme di coordinamento previste dalla legge statale, senza incidere sul nucleo essenziale della sicurezza pubblica in senso stretto. Tale distinzione conferma che la sicurezza urbana, pur intercettando profili contigui all'ordine pubblico, non si identifica integralmente con esso e presuppone un equilibrio tra la competenza statale in materia di sicurezza pubblica e gli spazi di intervento riconosciuti alle autonomie territoriali.
La stessa Corte costituzionale ha inoltre chiarito che le misure riconducibili alla sicurezza urbana sono orientate alla tutela dell'ordinato vivere civile e si collocano in una dimensione prevalentemente preventiva, distinta dalla repressione penale. In tale prospettiva, con la sentenza n. 47 del 25 marzo 2024, la Corte ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale relative alla disciplina del cd. DASPO urbano, riconoscendo la compatibilità con la Costituzione di interventi legislativi che individuano specifiche condotte idonee a generare situazioni di insicurezza nelle aree urbane, purché tali misure siano sorrette da adeguati criteri di proporzionalità e determinatezza.
Parallelamente, la giurisprudenza amministrativa ha circoscritto in termini rigorosi l'ambito dei poteri sindacali *extra ordinem*, chiarendo che il ricorso ai provvedimenti contingibili e urgenti è ammesso solo in presenza di situazioni eccezionali, caratterizzate da urgenza e imprevedibilità, non fronteggiabili mediante gli strumenti ordinari dell'azione amministrativa. In tale prospettiva, il Consiglio di Stato, sez. V, nella sentenza 2 febbraio 2016, n. 394, ha escluso che tali ordinanze possano essere utilizzate per disciplinare fenomeni noti e prevedibili, per i quali l'ordinamento richiede il ricorso alla potestà regolamentare dell'organo consiliare.
Tale principio è stato ribadito dal TAR Lombardia, sede di Brescia[21], nonché dal Consiglio di Stato[22], il quale ha chiarito che l'occupazione abusiva di immobili privati non integra, di per sé, il presupposto legittimante l'adozione di un'ordinanza contingibile e urgente, in mancanza dell'accertamento di un concreto, attuale e grave rischio per l'incolumità pubblica.

[21] TAR Lombardia, sede Brescia, sentenze n. 75 e n. 77 del 2018.
[22] Cons. St., sez. V, 30 ottobre 2014, n. 5287; Cons. St., sez. V, 6 luglio 2020, n. 4309.

ISSN 2036-7821

La ricostruzione normativa e giurisprudenziale sin qui svolta mette in evidenza come la sicurezza urbana, pur essendo delineata dal legislatore quale bene pubblico riferito alla vivibilità, al decoro e alla convivenza civile, si presenti come categoria ampia e per certi versi indeterminata, suscettibile di ricomprendere fenomeni eterogenei e di attribuire agli enti locali un ruolo significativamente esteso nella gestione delle condizioni di ordine e qualità dello spazio urbano. Proprio la natura elastica della nozione e la sua collocazione in un'area intermedia rispetto all'ordine pubblico in senso stretto hanno favorito, nella prassi amministrativa, un progressivo ampliamento degli interventi riconducibili alla sicurezza urbana, soprattutto quando tali interventi si avvalgono delle possibilità offerte dall'innovazione tecnologica[23].
È in questo contesto, segnato da una definizione legislativa ampia e da margini applicativi non sempre nitidi, che l'impiego di tecnologie avanzate per finalità di sicurezza urbana ha assunto un rilievo crescente nelle politiche degli enti locali. L'utilizzo di dispositivi idonei a captare, elaborare e correlare informazioni riferibili ai comportamenti dei consociati nello spazio pubblico – spesso mediante sistemi algoritmici e tecniche di intelligenza artificiale – impone di interrogarsi sulla conformità di tali trattamenti ai principi e alle garanzie stabiliti dal diritto dell'Unione europea in materia di protezione dei dati personali. Come di qui a poco si vedrà, le criticità emerse nei provvedimenti dell'Autorità garante confermano, infatti, che la combinazione tra una nozione normativa elastica e tecnologie sempre più pervasive tende a generare zone d'ombra nell'individuazione dei limiti entro cui l'amministrazione può legittimamente esercitare il proprio potere.
Alla luce di tali considerazioni, nei paragrafi che seguono, dopo aver restituito le coordinate del diritto alla protezione dei dati personali nella dimensione pubblica, ci si concentrerà sull'analisi delle principali problematiche applicative emerse dall'impiego delle nuove tecnologie nei contesti urbani, guardando ad alcuni specifici progetti di ricerca che hanno costituito oggetto di un provvedimento del Garante per la protezione dei dati e che costituiscono casi esemplari delle sfide che le amministrazioni locali si trovano oggi ad affrontare nel contemperare esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali.

4. Il diritto alla protezione dei dati nella dimensione pubblica

Il diritto alla protezione dei dati personali, nella sua proiezione pubblicistica, assume una fisionomia peculiare, in quanto si colloca all'interno di una relazione strutturalmente asimmetrica tra individuo e potere pubblico, asimmetria che, nel lessico del diritto amministrativo, richiama la strutturale non parità della relazione

[23] Sul ruolo dell'innovazione tecnologica nello sviluppo delle *smart city* S. VIGGIANI, *Intelligenza urbana: città intelligenti a prova di privacy* in *Ciberspazio e Diritto* 1/2024, pp. 43-57; C. ACOCELLA, G. LANEVE, *Città intelligenti e diritti: nuove prospettive di consumo nel prisma della socialità*, in *P.A. Persona e Amministrazione* 2/2021, pp. 105-152.

ISSN 2036-7821

autoritativa e impone di leggere le garanzie GDPR come presidi di riequilibrio della posizione dell'interessato rispetto all'apparato pubblico[24]. Diversamente da quanto avviene nei rapporti tra privati, il trattamento dei dati da parte delle pubbliche amministrazioni si innesta sull'esercizio di potestà autoritative, funzionalmente orientate alla cura dell'interesse pubblico e caratterizzate da una posizione di supremazia giuridica nei confronti dell'interessato, con la conseguenza che la *data protection* opera (o dovrebbe operare) non soltanto come diritto di libertà, ma anche come limite interno di conformazione dell'esercizio del potere, in chiave di legalità sostanziale e di garanzia contro l'uso espansivo dell'informazione come risorsa di governo[25].

A questa evoluzione ha contribuito in modo determinante il diritto sovranazionale: l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 16 TFUE configurano la protezione dei dati come diritto autonomo rispetto alla *privacy*; analogamente, la Convenzione n. 108/1981 del Consiglio d'Europa, la normativa UE e la giurisprudenza della Corte di giustizia ne hanno evidenziato il ruolo di presidio rispetto alla trasformazione digitale e ai rischi dei trattamenti automatizzati[26], specialmente quando il trattamento è posto in essere da autorità pubbliche nell'esercizio di potestà autoritative[27].

Il quadro europeo fornisce oggi l'orizzonte concettuale entro cui deve essere interpretata l'attività di trattamento dei dati da parte delle amministrazioni. Il GDPR disciplina puntualmente i presupposti che rendono lecito un trattamento svolto da

[24] Nella dimensione pubblicistica il trattamento dei dati si innesta su un rapporto autoritativo, strutturalmente non paritario: l'interessato non 'negozia' finalità e condizioni del trattamento, ma vi è assoggettato in ragione della funzione pubblica. La disciplina *data protection*, pur formalmente neutra quanto ai titolari, assume qui una funzione tipicamente amministrativa: riequilibrare l'asimmetria informativa e potenzialmente coercitiva del potere pubblico attraverso obblighi di trasparenza, limitazione della finalità e minimizzazione, che operano come condizioni di legittimità dell'azione. In dottrina, tale peculiarità è ricondotta anche alla qualificazione della posizione dell'interessato in termini di interesse legittimo rispetto all'esercizio del potere informativo pubblico. Sul punto si v. G. CARULLO, ***Trattamento di dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni e natura del rapporto giuridico con l'interessato***, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1-2/2020, parr. 2-3. Sul rapporto tra protezione dei dati personali, trasparenza e buon andamento si rinvia ad A. SIMONATI, *Il trattamento di dati personali e gli accessi amministrativi "generali": le dinamiche frontiere della discrezionalità*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 1 marzo 2023, pp. 1 ss.; E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, il Mulino, 2022, pp. 25 ss.

[25] Sulla natura statica e dinamica della protezione dei dati e sui profili costituzionali si rinvia a S. RODOTÀ, ***Intervista su privacy e libertà***, Laterza, 2005, pp. 19 ss. In tempi più recenti G. CERRINA FERONI, ***I dati personali come oggetto di un diritto fondamentale***, in P. STANZIONE (a cura di), ***I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy***, Giappichelli, 2022, pp. 70 ss.

[26] Sul ruolo del diritto sovranazionale cfr. Convenzione n. 108/1981 del Consiglio d'Europa; art. 8 CDFUE; art. 16 TFUE; CGUE, Grande Sezione, 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd e a.

[27] Cfr. CGUE, Grande Sezione, 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd e a.; CGUE, Grande Sezione, 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15, Tele2 Sverige AB; CGUE, Grande Sezione, 6 ottobre 2020, cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, La Quadrature du Net e a., ove la Corte sottolinea la particolare intensità dell'ingerenza quando il trattamento è effettuato da autorità pubbliche. V. anche Corte EDU, Grande Camera, 4 dicembre 2008, S. and Marper c. Regno Unito.

ISSN 2036-7821

soggetti pubblici, individuando nelle ipotesi dell'obbligo legale e dell'esecuzione di un compito di interesse pubblico – art. 6, par. 1, lett. c) ed e) – le principali basi giuridiche utilizzabili dalle amministrazioni. Queste basi richiedono una norma, europea o nazionale, che individui lo scopo pubblico perseguito, definisca le attività di trattamento consentite e rispetti gli standard di qualità della legge enucleati dalla Corte di giustizia, secondo cui ogni limitazione dei diritti fondamentali dev'essere chiara, prevedibile e accompagnata da garanzie adeguate[28], escludendo che clausole generali o attribuzioni funzionali indeterminate possano fungere da fondamento sufficiente del trattamento[29]. Ciò vale con rinnovata intensità rispetto alle categorie particolari di dati di cui all'art. 9 GDPR, il cui trattamento richiede una specifica base normativa e misure di tutela rafforzate[30], in ragione dell'intensità dell'ingerenza e del rischio di effetti discriminatori o stigmatizzanti[31].

La normativa nazionale presenta, dal canto suo, una stratificazione complessa, nella quale gli artt. 18–22 del D.lgs. 196/2003, pur modificati per armonizzarsi al GDPR, continuano a offrire criteri rilevanti per la ricostruzione del trattamento dei dati da parte delle pubbliche amministrazioni. L'art. 18 pone infatti un principio di funzionalità del trattamento, ancorandone la legittimità allo svolgimento delle funzioni istituzionali dell'ente, principio che, letto in chiave costituzionalmente orientata, impedisce una dilatazione del trattamento oltre quanto strettamente necessario al perseguimento della finalità pubblica tipizzata. Tale principio impedisce che la mera appartenenza alla sfera pubblica legittimi trattamenti non strettamente necessari, come evidenziato tanto dalla dottrina quanto dalla prassi applicativa del Garante[32] che ha più volte richiamato le amministrazioni al rispetto di un criterio di stretta indispensabilità del dato trattato[33]. La disciplina dei dati sensibili

[28] Sulla prevedibilità delle limitazioni v. CGUE, Grande Sezione, 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd e a., cit.; CGUE, 7 marzo 2024, causa C-740/22, Endemol Shine Finland Oy..

[29] CGUE, 1º agosto 2022, causa C-175/20, Valsts ieņēmumu dienests; CGUE, 1º agosto 2022, causa C-184/20, Vyriausioji tarnybinės etikos komisija. Sul punto v. G. CARULLO, *Trattamento di dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni e natura del rapporto giuridico con l'interessato*, cit.,, richiama il divieto di fondare trattamenti su clausole funzionali indeterminate.

[30] Sul trattamento dei dati particolari e sul requisito della base normativa cfr. art. 9 GDPR, nonché, in termini generali, la prassi dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali in materia di trattamenti effettuati da autorità pubbliche per finalità di sicurezza e controllo del territorio.

[31] Sul rischio discriminatorio nei trattamenti pubblici di dati sensibili v. CGUE, 1º agosto 2022, causa C-683/21, Ligue des droits humains; EDPB, *Guidelines on processing of special categories of data pursuant to Article 9* GDPR; G. CARULLO, *op. cit*., spec. nelle osservazioni sul trattamento algoritmico.

[32] Sul principio di necessità nel trattamento dei dati personali da parte dei soggetti pubblici si v. Garante per la protezione dei dati personali, Linee guida in materia di trattamento di dati personali da parte di soggetti pubblici, 28 giugno 2007, punto 3 («*il principio di necessità impone ai soggetti pubblici di limitare i dati trattati a quelli indispensabili allo svolgimento delle proprie funzioni istituzionali*»); Garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento generale in materia di videosorveglianza, 15 maggio 2014, n. 243, punto 4.2, che ribadisce l'obbligo per le amministrazioni di valutare preventivamente la pertinenza e la non eccedenza dei dati trattati.

[33] Nel provvedimento del 24 febbraio 2022, n. 78, il Garante per la protezione dei dati personali ha ribadito che i trattamenti di dati personali effettuati da soggetti pubblici devono essere limitati ai soli dati strettamente

ISSN 2036-7821

e giudiziari – oggi ricondotta agli artt. 9 e 10 GDPR – ribadisce che il loro utilizzo richiede una norma primaria che individui puntualmente dati trattati, operazioni consentite e finalità di rilevante interesse pubblico, secondo una logica di eccezionalità che il GDPR conferma[34], rafforzando il nesso tra legalità formale e legalità sostanziale del trattamento[35].

Il versante della trasparenza amministrativa opera come limite esterno al diritto alla protezione dei dati personali. Il sistema delineato dal D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, recante «*Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*», amplia la conoscibilità dei dati detenuti dalle amministrazioni, attribuendo ai dati pubblicati un regime di pubblicità tendenzialmente illimitata. Tale regime comporta, secondo la Corte costituzionale, rischi di 'opacità per accumulo' e richiede un bilanciamento rispettoso dei principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza, che impongono di evitare forme di divulgazione massive e non necessarie[36], specie quando la pubblicità dei dati incide su posizioni soggettive prive di rilevanza pubblicistica[37]. L'art. 5-*bis* del Decreto introduce una clausola di salvaguardia in caso di pregiudizio concreto alla protezione dei dati

---

indispensabili rispetto alle finalità istituzionali perseguite, richiamando l'obbligo di una valutazione preventiva di necessità e proporzionalità del trattamento.

[34] Sul riconoscimento sovranazionale della protezione dei dati personali quale diritto fondamentale autonomo rispetto alla tutela della vita privata cfr. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 8; Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, art. 16; Convenzione del Consiglio d'Europa n. 108/1981, Convenzione per la protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale. In giurisprudenza, si v. CGUE, Grande Sezione, 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd e a., che riconosce la centralità della protezione dei dati personali quale presupposto per l'effettivo esercizio dei diritti fondamentali nella società dell'informazione. In dottrina, cfr. S. RODOTÀ, *Intervista su privacy e libertà*, cit., pp. 19-27, ove la protezione dei dati è qualificata come condizione strutturale della democrazia digitale.

[35] Sul rapporto tra legalità formale e legalità sostanziale nel diritto della protezione dei dati personali v. CGUE, 1º agosto 2022, causa C-175/20, Valsts ieņēmumu dienests, cit.; Corte EDU, 4 luglio 2023, Glukhin c. Russia.

[36] La distinzione tra una dimensione 'statica' del diritto alla protezione dei dati personali, intesa come esigenza di riservatezza e di non indebita esposizione, e una dimensione 'dinamica', quale diritto al controllo sull'uso e sulla circolazione delle informazioni personali, trova un solido fondamento nella giurisprudenza costituzionale. In particolare, la Corte costituzionale ha riconosciuto il nucleo del diritto alla riservatezza in Corte cost., 27 giugno 1974, n. 225, mentre ha valorizzato l'incidenza del trattamento dei dati sulla personalità dell'individuo nel contesto della società dell'informazione in Corte cost., 23 febbraio 1993, n. 81. In dottrina, per una ricostruzione sistematica dell'evoluzione dal diritto alla privacy al diritto autonomo alla protezione dei dati personali, v. F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, 2016, pp. 15 ss.

[37] Cfr. Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 20, che ha evidenziato la necessità di un bilanciamento proporzionato tra obblighi di trasparenza e tutela dei dati personali, mettendo in guardia contro effetti distorsivi derivanti da forme di pubblicazione indiscriminata; nonché Corte cost., 24 giugno 2022, n. 177, che ribadisce il rilievo costituzionale della protezione dei dati personali quale limite alla divulgazione di informazioni non strettamente necessarie. Sul rapporto strutturale tra trasparenza amministrativa e tutela dei diritti della persona, e sui rischi connessi a un'estensione meramente quantitativa degli obblighi di pubblicazione, v. 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*, Maggioli, 2013, spec. pp. 17 ss.

ISSN 2036-7821

personali, clausola interpretata dal Garante come strumento volto a prevenire esposizioni sproporzionate, specialmente quando le informazioni riguardano soggetti privi di funzioni pubbliche o condizioni personali, economiche o di salute[38], confermando la funzione del diritto alla protezione dei dati quale criterio ordinatore dell'accesso civico[39].

In questo quadro, il bilanciamento tra protezione dei dati personali e altri interessi pubblici non assume la forma di un conflitto, ma di un'armonizzazione sistemica che consente a ciascun diritto di esplicare la propria funzione senza determinare la compressione ingiustificata dell'altro. La Corte costituzionale ha chiarito che la tutela di un diritto fondamentale non può essere ridotta se non in presenza di un corrispondente incremento di tutela di altro diritto di pari rango[40], secondo una logica di proporzionalità in senso stretto che vincola anche il legislatore e l'amministrazione[41].

Da ciò discende l'obbligo dell'amministrazione di verificare sempre la stretta necessità del trattamento rispetto alla finalità perseguita, nel rispetto dei principi di

[38] Sulla struttura del GDPR quale strumento di armonizzazione tendenzialmente massima, con margini di specificazione rimessi agli Stati membri nei casi espressamente previsti, in particolare ai sensi dell'art. 6, par. 2, e dell'art. 9, par. 2, lett. g), cfr. Reg. (UE) 2016/679, Considerando 10 e 45; nonché, con riferimento ai trattamenti pubblici e alle finalità di interesse generale, Considerando 154. In dottrina, v. G. FINOCCHIARO, *Il regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, 2017, pp. 77–95. In giurisprudenza, cfr. CGUE, 7 dicembre 2023, causa C-604/22, Land Hessen, sul requisito di una base normativa nazionale sufficientemente chiara e prevedibile per i trattamenti effettuati da soggetti pubblici.

[39] Garante per la protezione dei dati personali, Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico, 15 maggio 2017; nonché successiva prassi applicativa dell'Autorità in materia di accesso civico generalizzato. Sul punto, e in particolare sulla natura non assoluta della trasparenza, sulla necessità di un'interpretazione sistemica del D.lgs. 33/2013 alla luce dei principi del GDPR, sulla funzione dell'art. 5-bis quale clausola di salvaguardia fondata sul pregiudizio concreto alla protezione dei dati personali e sul rischio di una trasparenza 'per accumulo', v. G. CARULLO, *Trattamento di dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 131–163, spec. nella parte dedicata al rapporto tra obblighi di pubblicazione/accesso civico e protezione dei dati.

[40] Sulla perdurante rilevanza del Titolo II del D.lgs. 196/2003 (come modificato dal D.lgs. 101/2018) quale microsistema per i trattamenti effettuati da soggetti pubblici, cfr. S.M.A. D'ANCONA, *Trattamento e scambio di dati e documenti tra Pubbliche Amministrazioni, utilizzo delle nuove tecnologie e tutela della riservatezza tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Rivista Italiana Di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.3/4, 2018, pp. 587 ss.; P. TROIANO, *Principi applicabili a tutti i trattamenti effettuati da soggetti pubblici*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali*, CEDAM, 2007, pp. 456 ss..

[41] Cfr. Corte cost., sent. n. 264 del 2012; sent. n. 85 del 2013; sent. n. 143 del 2013, punto 3.2 del Considerato in diritto. La Corte costituzionale ha chiarito che il bilanciamento tra diritti fondamentali non può tradursi nella compressione irragionevole o nell'annullamento di una posizione costituzionale, ma deve avvenire secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, preservando il nucleo essenziale dei diritti coinvolti e garantendo la pari dignità delle situazioni giuridiche incise. In dottrina, sulla nozione di bilanciamento 'non distruttivo' e sul vincolo che tale criterio impone tanto al legislatore quanto all'amministrazione e al giudice, v. A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, passando per il giudice delle leggi, la scrittura delle categorie del diritto costituzionale (a margine di Corte cost. n. 113 del 2011)*, relazione presentata al Convegno "*La scrittura plurale della norma. La legalità tra vincoli sovranazionali ed ermeneutica giurisprudenziale*", Catania, 28–29 novembre 2014, in *Forum di Quaderni costituzionali* il 29 novembre 2014.

ISSN 2036-7821

proporzionalità, minimizzazione e non eccedenza.
L'inquadramento sin qui delineato costituisce la base teorica per affrontare, nei paragrafi successivi, il tema dell'utilizzo di tecnologie avanzate nei contesti urbani. L'introduzione di sistemi algoritmici, dispositivi di videosorveglianza evoluta o piattaforme di correlazione dei dati amplifica le possibilità di interferenza con la sfera privata e rende ancora più stringente l'esigenza di disporre di basi legali adeguate, garanzie effettive e misure capaci di prevenire trattamenti sproporzionati o non necessari, come evidenziato sia dal Garante sia dalla giurisprudenza europea più recente[42], ponendo il diritto alla protezione dei dati come parametro anticipato di valutazione della legittimità dell'azione amministrativa tecnologicamente mediata[43].

5. *Le basi giuridiche del trattamento e la loro adeguatezza in materia di sicurezza urbana*

Nel quadro della disciplina europea sulla protezione dei dati personali, la legittimità dei trattamenti effettuati dalle amministrazioni pubbliche per finalità di sicurezza urbana dipende in modo decisivo dall'individuazione della base giuridica idonea ai sensi dell'art. 6 GDPR, che costituisce il fulcro del principio di liceità e delimita l'esercizio del potere pubblico nel trattamento dei dati personali[44]. In tale prospettiva, la base giuridica non rappresenta un mero presupposto formale del trattamento, ma un elemento strutturale del principio di legalità sostanziale, che vincola l'azione amministrativa e condiziona la possibilità stessa di ricorrere a tecnologie ad elevato impatto sulla sfera privata[45], operando quale criterio di imputazione e delimitazione del potere pubblico nell'ambito dell'amministrazione *data-driven*.
Tale esigenza si fa più stringente con riferimento all'impiego di tecnologie ad elevato potenziale invasivo – come sistemi di videosorveglianza intelligente, piattaforme algoritmiche di analisi dei comportamenti e dispositivi di captazione ambientale – in relazione alle quali il quadro normativo nazionale non sempre definisce in maniera puntuale limiti, garanzie e condizioni di utilizzo, con conseguente rischio di uno

[42] Sul necessario bilanciamento tra trasparenza e protezione dei dati personali e sulla natura limitativa della trasparenza rispetto alla protezione dei dati, cfr. Garante privacy, Parere su istanza di accesso civico, 7 agosto 2018, doc. web n. 9044701 (negazione dell'accesso per pregiudizio concreto alla protezione dei dati personali); Garante privacy, Parere su istanza di accesso civico, 23 marzo 2020, doc. web n. 9304448 (accesso civico e tutela privacy); nonché, in dottrina sulla convivenza tra trasparenza e riservatezza M. RAMAJOLI, *La convivenza tra trasparenza e riservatezza*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.2, 1 giugno 2024, pp. 471 ss.; F. LOMBARDI, *La trasparenza tradita*, Ed. Scientifica, 2021, pp. 135 ss.

[43] Sul diritto alla protezione dei dati personali quale limite strutturale all'esercizio del potere amministrativo e come parametro interno di legittimità dell'azione pubblica, v. G. CARULLO, *Trattamento di dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni e natura del rapporto giuridico con l'interessato*, cit., spec. la parte dedicata alla ricostruzione del trattamento come esercizio di potere autoritativo e alla funzione di legalità sostanziale del GDPR, ove l'A. evidenzia come la disciplina europea impedisca che l'interesse pubblico operi quale fonte indifferenziata di legittimazione dell'azione amministrativa *data-driven*.

[44] Sul principio di liceità e sul ruolo centrale dell'art. 6 GDPR si v. S.M.A. D'ANCONA, ***Trattamento e scambio di dati e documenti tra Pubbliche Amministrazioni***, cit. p. 589.

[45] Sul principio di legalità sostanziale nel trattamento dei dati da parte dei poteri pubblici, v. G. Cerrina Feroni, ***I dati personali come oggetto di un diritto fondamentale***, cit., pp. 69 ss.

ISSN 2036-7821

slittamento dall'uso strumentale del dato a forme di sorveglianza generalizzata o di controllo indiretto dei comportamenti nello spazio pubblico[46].

L'esperienza applicativa mostra come le amministrazioni locali abbiano prevalentemente fondato i trattamenti sui presupposti dell'adempimento di un obbligo legale e dell'esecuzione di un compito di interesse pubblico, valorizzando la normativa che attribuisce ai Comuni funzioni di tutela della sicurezza urbana, della vivibilità e del decoro degli spazi pubblici[47]. Tuttavia, la qualificazione formale della finalità perseguita non esaurisce la verifica richiesta dal diritto europeo: il GDPR, infatti, impone che la base giuridica sia sostenuta da una norma conforme agli *standard* di necessità, proporzionalità e soprattutto di qualità della legge, secondo le elaborazioni della Corte EDU e della Corte di giustizia. In altri termini, non è sufficiente che il trattamento persegua un fine di interesse pubblico astrattamente legittimo: è necessario che la legge che sorregge il trattamento definisca in modo chiaro e prevedibile il contenuto dell'ingerenza e le garanzie applicabili, così da assicurare che l'amministrazione non ampli in via discrezionale il proprio potere tecnologico[48], trasformando la base giuridica in una clausola di legittimazione indifferenziata del trattamento[49].

L'utilizzo della base giuridica dell'obbligo legale (art. 6, par. 1, lett. c) GDPR) risulta difficilmente sostenibile quando la normativa nazionale non impone un dovere specifico e determinato di trattamento. Nel settore della sicurezza urbana, il D.l. n. 14/2017 e l'art. 54 T.U.E.L. conferiscono attribuzioni ampie ai sindaci, ma non prevedono obblighi puntuali di raccolta, registrazione o analisi dei dati mediante

[46] Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 4 dicembre 2015, Roman Zakharov c. Russia, ric. n. 47143/06, parr. 229–240, ove la Corte, con riguardo a misure di sorveglianza idonee a incidere in modo esteso sulla vita privata, ribadisce l'esigenza che l'ingerenza sia sorretta da una base legale 'di qualità', prevedibile e accompagnata da garanzie effettive contro abusi e arbitrarietà; tale impostazione è rilevante, in chiave sistemica, anche per l'uso di tecnologie *data-driven* suscettibili di produrre forme di controllo diffuso in assenza di limiti normativi puntuali e di presìdi indipendenti.

[47] Sulla sicurezza urbana come funzione amministrativa ampia e attribuita ai Comuni si rinvia ai riferimenti del par. 3, ove sono discussi i richiami al D.l. 20 febbraio 2017, n. 14 e all'art. 54 T.U.E.L.

[48] Sul nesso strutturale tra precisione della legge e prevedibilità dell'ingerenza nei diritti fondamentali, v. Corte EDU, 24 aprile 1990, Kruslin c. Francia, ric. n. 11801/85, parr. 27–36, ove la Corte afferma che una misura di sorveglianza è compatibile con l'art. 8 CEDU solo se fondata su una base normativa sufficientemente accessibile e prevedibile, idonea a delimitare con chiarezza scopi, condizioni, durata e modalità dell'ingerenza, nonché le garanzie contro gli abusi. Tali principi sono stati recepiti nel diritto dell'Unione europea in materia di conservazione e trattamento dei dati personali da CGUE, Grande Sezione, 21 dicembre 2016, Tele2 Sverige AB, cause riunite C-203/15 e C-698/15, parr. 117–125, che richiede una disciplina legislativa chiara e dettagliata quale presupposto di legittimità delle interferenze particolarmente invasive.

[49] Sulla necessità che la base giuridica del trattamento non si risolva in una clausola generale e indifferenziata di legittimazione dell'ingerenza nei diritti fondamentali, v. CGUE, Grande Sezione, 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland Ltd, cause riunite C-293/12 e C-594/12, parr. 54–71, ove la Corte afferma che una normativa che consenta trattamenti di dati personali di ampia portata deve delimitare in modo chiaro ambito, finalità, categorie di dati, soggetti interessati, durata della conservazione e garanzie di controllo, non potendo fondarsi su presupposti normativi generici o eccessivamente elastici senza violare gli artt. 7, 8 e 52, par. 1, CDFUE.

ISSN 2036-7821

tecnologie avanzate[50], né disciplinano le modalità tecniche del trattamento, i limiti temporali di conservazione o le garanzie a tutela degli interessati.

La dottrina ha evidenziato, già con riferimento al Codice in materia di protezione dei dati personali del 2003, che il principio di funzionalità dei trattamenti effettuati dai soggetti pubblici implica la necessaria predeterminazione normativa delle finalità, escludendo che esse possano essere ampliate o ridefinite sulla base di valutazioni meramente discrezionali dell'amministrazione. In tale prospettiva, la legittimazione del trattamento dei dati personali si configura come espressione di una legalità sostanziale, che impone che il trattamento trovi fondamento in una base giuridicamente vincolante, idonea per rango e sufficientemente determinata, non potendo essere ricondotto a competenze generiche o meramente programmatiche. Coerentemente, è stato osservato che, in assenza di una disciplina normativa specifica, giuridicamente vincolante e conforme agli standard europei di qualità della legge, l'impiego di strumenti tecnologici innovativi – specie quando idonei a incidere in modo significativo sulla sfera giuridica degli interessati – eccede i limiti delle funzioni istituzionali dell'ente pubblico, non potendo la base giuridica richiesta dagli artt. 6 e 9 GDPR non può essere ricavata da atti amministrativi generali, da fonti meramente programmatiche o da regolamenti che, pur formalmente normativi, risultino carenti quanto alla determinazione delle finalità, delle categorie di dati trattati, delle operazioni consentite e delle garanzie applicabili. Tali atti possono certamente svolgere una funzione attuativa o specificativa di un quadro normativo preesistente, ma non possono, da soli, supplire a una carenza strutturale della base giuridica richiesta dal diritto europeo[51].

---

[50] Sulla necessità che le norme nazionali che disciplinano i trattamenti effettuati per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico siano specifiche, chiare e prevedibili, in conformità agli artt. 6, par. 1, lett. e), e 6, par. 3, GDPR, v. CGUE, 24 febbraio 2022, Valsts ieņēmumu dienests, C-175/20, parr. 83–86, ove si afferma che la base giuridica nazionale deve definire in modo sufficientemente preciso portata, condizioni e limiti del trattamento, assicurando garanzie effettive contro il rischio di abusi.

[51] In giurisprudenza, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha chiarito che i trattamenti di dati personali effettuati da soggetti pubblici devono fondarsi su una base normativa giuridicamente vincolante, idonea a delimitare in modo chiaro e prevedibile la portata dell'ingerenza nei diritti garantiti dagli artt. 7 e 8 CDFUE, definendone finalità, condizioni di applicazione e garanzie. In tale prospettiva, la Corte ha affermato che la normativa su cui si fonda il trattamento deve prevedere regole chiare e precise e requisiti minimi tali da assicurare una protezione effettiva contro il rischio di abusi (CGUE, 24 febbraio 2022, Valsts ieņēmumu dienests, C-175/20, come richiamata dal Garante per la protezione dei dati personali nel provv. 11 gennaio 2024, cit., par. 3.4). In senso conforme, la Grande Sezione della Corte di giustizia ha escluso la compatibilità con il diritto dell'Unione di discipline che attribuiscano alle autorità pubbliche poteri di trattamento fondati su basi normative eccessivamente ampie o indeterminate, prive di garanzie adeguate e non limitate allo stretto necessario, con particolare riferimento ai trattamenti suscettibili di incidere in modo significativo sulla vita privata degli interessati (CGUE, Grande Sezione, 21 dicembre 2016, Tele2 Sverige e Watson, C-203/15 e C-698/15). Sul piano convenzionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha costantemente affermato che un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 CEDU è compatibile con la Convenzione solo se "prevista dalla legge", requisito che implica non soltanto l'esistenza di una base normativa nell'ordinamento interno, ma anche il rispetto dei criteri di accessibilità, prevedibilità e qualità della legge, nonché la predisposizione di garanzie

ISSN 2036-7821

Ne deriva che la base giuridica dell'obbligo legale, pur frequentemente richiamata nella prassi amministrativa, risulta spesso priva dei requisiti sostanziali che il GDPR esige per legittimare trattamenti di dati personali ad elevato impatto sui diritti fondamentali, in particolare quando tali trattamenti incidono su dati idonei a rivelare categorie particolari di informazioni o a generare inferenze significative sulla vita, sui comportamenti o sulle relazioni degli interessati.

Proprio in ragione di tali limiti, le amministrazioni tendono a fare ricorso con maggiore frequenza alla base giuridica dell'esecuzione di un compito di interesse pubblico ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. e), GDPR, ritenuta maggiormente coerente con il ruolo istituzionale dei Comuni nella gestione dell'ordine urbano e nella prevenzione dei fenomeni di degrado, nonché più idonea a sorreggere trattamenti funzionalmente orientati alla cura di interessi collettivi[52].

Anche la base giuridica dell'esecuzione di un compito di interesse pubblico, tuttavia, richiede che tale compito sia previsto da una norma conforme agli standard europei di qualità della legge e che il trattamento dei dati personali risulti strettamente necessario al perseguimento della finalità pubblica individuata.

La giurisprudenza europea, tanto della Corte europea dei diritti dell'uomo quanto della Corte di giustizia dell'Unione europea, quanto quella nazionale in materia di conservazione dei dati e di sorveglianza generalizzata, ha chiarito che una base normativa eccessivamente ampia, vaga o priva di garanzie effettive non soddisfa il requisito di legalità richiesto dall'art. 8 CEDU ed è, pertanto, idonea a determinare un'ingerenza sproporzionata nella vita privata degli individui[53]. Si tratta di un limite

---

adeguate contro arbitrarietà e abusi. Tali principi sono stati enunciati, in particolare, in materia di sorveglianza e raccolta di informazioni personali dalla Corte EDU (sent. 24 aprile 1990, Kruslin c. Francia; Grande Camera, 4 dicembre 2015, Roman Zakharov c. Russia). Si richiama, inoltre, G. CARULLO, *Trattamento di dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni e natura del rapporto giuridico con l'interessato*, cit., spec. nella parte dedicata alla riconduzione del trattamento entro canoni di legalità sostanziale. In termini applicativi, v. Garante per la protezione dei dati personali, provv. 11 gennaio 2024 cit., parr. 3.3–3.7, ove si esclude che statuti, atti amministrativi generali o fonti regolamentari di contenuto meramente programmatico o indeterminato possano costituire una base giuridica idonea ai sensi dell'art. 6 GDPR, potendo tali atti svolgere, al più, una funzione attuativa o specificativa di una disciplina normativa preesistente conforme agli standard europei di qualità della legge.

[52] Sul principio di necessità del trattamento da parte delle pubbliche amministrazioni e sull'obbligo di verificare, caso per caso, l'indispensabilità dei dati rispetto alle finalità perseguite, già nel 1997 il Garante per la protezione dati affermava che «*la pubblica amministrazione deve trattare solo i dati realmente indispensabili allo svolgimento delle proprie funzioni*» (Garante per la protezione dei dati personali, *Relazione annuale 1997*, disponibile su *www.garanteprivacy.it*), principio oggi recepito nell'art. 5, par. 1, lett. c), GDPR.

[53] Sul principio di proporzionalità quale limite generale all'esercizio del potere pubblico, inteso come criterio volto a verificare l'idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto delle misure incidenti su diritti fondamentali, cfr. Corte cost., sent. 13 gennaio 2014, n. 1, spec. punto 3.1 del Considerato in diritto, ove si afferma che la compressione di una posizione costituzionale è ammissibile solo se funzionale al perseguimento di una finalità costituzionalmente rilevante e non sostituibile con misure meno invasive. Per una ricostruzione sistematica del principio nella giurisprudenza costituzionale italiana, v. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Relazione 2013, in *www.cortecostituzionale.it*, spec. pp. 8–16.

ISSN 2036-7821

di sistema che incide in modo diretto sulle amministrazioni locali, le quali, in mancanza di una disciplina legislativa sufficientemente dettagliata, dovrebbero evitare di utilizzare la nozione di sicurezza urbana come categoria funzionalmente elastica entro cui ricondurre trattamenti tecnologici eterogenei, eccedendo i confini tracciati dalla normativa europea ed esponendosi ad una progressiva e non controllata espansione dell'ambito materiale del trattamento.

Il parametro della qualità della legge assume, pertanto, un ruolo centrale. Secondo la Corte EDU, la base normativa del trattamento dev'essere accessibile, prevedibile e deve definire con sufficiente precisione la portata dell'ingerenza, le circostanze in cui essa è consentita, le categorie di dati coinvolti, i soggetti legittimati ad accedervi, le modalità di conservazione e le garanzie di controllo indipendente[54]. Tale standard è stato ripreso dalla Corte di giustizia nei casi relativi alla conservazione dei dati e nella più recente giurisprudenza sui trattamenti automatizzati, nei quali si esclude la legittimità di discipline che attribuiscano poteri di trattamento fondati su previsioni ampie, indeterminate o prive di garanzie effettive. Ne deriva che il trattamento dei dati personali da parte dell'amministrazione deve fondarsi su una base normativa giuridicamente vincolante, idonea per contenuto e grado di determinatezza a delimitare in modo chiaro finalità, presupposti e modalità dell'ingerenza, senza che lacune strutturali del quadro normativo possano essere colmate mediante atti meramente organizzativi o strumenti di coordinamento interistituzionale[55], i quali, pur potendo svolgere una funzione attuativa o specificativa, non sono idonei, in

[54] Sul ruolo della giurisprudenza europea nella definizione degli standard di legalità dei trattamenti effettuati dai poteri pubblici, cfr. Corte EDU, Grande Camera, 4 dicembre 2015, Roman Zakharov c. Russia, ric. n. 47143/06, parr. 229–241, ove si chiarisce che l'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata è ammissibile solo se fondata su una base normativa accessibile, prevedibile e sufficientemente precisa, idonea a delimitare l'estensione del potere e a prevenire abusi; nonché Corte EDU, 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito, ric. n. 8691/79, parr. 67–79, che esclude la sufficienza di prassi amministrative o fonti non codificate. Sul recepimento di tali principi nel diritto dell'Unione europea, v. Corte di giustizia, Grande Sezione, 21 dicembre 2016, Tele2 Sverige AB, cause riunite C-203/15 e C-698/15, parr. 117–125, che richiede che le misure incidenti sui diritti di cui agli artt. 7 e 8 CDFUE siano previste da norme giuridicamente vincolanti, chiare e dettagliate, accompagnate da garanzie effettive. Sul principio di proporzionalità quale criterio di valutazione della legittimità delle interferenze dei pubblici poteri nel diritto al rispetto della vita privata, v. Corte EDU, 7 luglio 1989, Gaskin c. Regno Unito, ric. n. 10454/83, parr. 42–49, che richiama l'esigenza di un equo bilanciamento (fair balance) tra l'interesse dell'individuo alla tutela dei propri dati personali e gli interessi pubblici contrapposti nell'ambito dell'art. 8 CEDU. In giurisprudenza costituzionale italiana, cfr. Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 20, par. 7, che afferma la necessità di un bilanciamento ragionevole e proporzionato tra trasparenza amministrativa e protezione dei dati personali nel quadro del D.lgs. 33/2013.

[55] Sul divieto di fondare trattamenti di dati personali su basi normative generiche o su meri atti amministrativi privi di sufficiente determinatezza, v. Corte EDU, 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito, parr. 67–79, che esclude la compatibilità con l'art. 8 CEDU di ingerenze fondate su prassi o poteri discrezionali non sufficientemente circoscritti da una disciplina giuridicamente vincolante, accessibile e prevedibile. In ambito nazionale, cfr. Corte cost., 20 febbraio 2019, n. 20, par. 7, che, nel bilanciamento tra trasparenza amministrativa e protezione dei dati personali, richiede che le limitazioni ai diritti fondamentali siano sorrette da una base normativa adeguata e proporzionata, escludendo automatismi e ampliamenti non giustificati dell'ingerenza.

ISSN 2036-7821

assenza di una cornice normativa adeguata, a soddisfare il requisito europeo di legalità sostanziale[56].

Alla luce di tale ricostruzione, pare potersi affermare che l'attuale quadro normativo italiano è complessivamente inadeguato a sostenere trattamenti tecnologici complessi nel settore della sicurezza urbana. La mancanza di una disciplina legislativa specifica in materia di videosorveglianza intelligente, analisi algoritmica e correlazione di dati provenienti da fonti eterogenee determina una carenza strutturale di base giuridica[57]. Le finalità generali di sicurezza urbana non possono supplire all'assenza di previsioni normative puntuali, né alla mancanza di garanzie adeguate, soprattutto quando i trattamenti comportano la generazione di inferenze o l'utilizzo di dati particolari, per i quali il GDPR richiede una base di rilevante interesse pubblico espressamente prevista dalla legge[58]. Questa incertezza si traduce, inoltre, in un ampliamento del ruolo dell'Autorità garante, che, chiamata a colmare lacune strutturali, finisce per esercitare un controllo particolarmente penetrante sulla

[56] Sul principio europeo della qualità della legge quale declinazione della legalità sostanziale, v. Corte EDU, 26 aprile 1979, The Sunday Times c. Regno Unito, parr. 47–49, ove si chiarisce che la nozione di 'legge' ai fini dell'art. 8 CEDU comprende qualsiasi norma giuridicamente vincolante, purché accessibile e prevedibile; nonché Corte EDU, Grande Camera, 4 dicembre 2015, Roman Zakharov c. Russia, che sviluppa tali requisiti con riferimento ai trattamenti tecnologicamente invasivi e ai sistemi di sorveglianza.

[57] In giurisprudenza eurounitaria, v. CGUE, 24 febbraio 2022, Valsts ieņēmumu dienests, C-175/20, spec. par. 83 (requisito che la base giuridica dell'ingerenza definisca la portata della limitazione; necessità di regole chiare e precise e garanzie sufficienti contro abusi; norma giuridicamente vincolante nell'ordinamento nazionale) nonché par. 55 (richiamo al bisogno di regole chiare e precise e requisiti minimi di tutela), come richiamata espressamente nel provv. Garante 11 gennaio 2024, cit., par. 3.4. Sempre CGUE, 1° agosto 2022, Vyriausioji tarnybinės etikos komisija, C-184/20, par. 64 (limitazioni ai diritti ex artt. 7 e 8 CDFUE ammissibili solo se previste dalla legge, rispettose del contenuto essenziale e del principio di proporzionalità; la normativa che comporta l'ingerenza deve prevedere norme chiare e precise sulla portata e applicazione della misura). In giurisprudenza CEDU, sulla qualità della legge (accessibilità/prevedibilità e disciplina delle condizioni/limiti/garanzie), v. Corte EDU, Glukhin c. Russia, 4 luglio 2023, ric. n. 11519/20, parr. 75 e 77 (necessità di norme chiare e dettagliate e garanzie minime; esigenza rafforzata nel trattamento automatizzato e con tecnologie sofisticate); nonché, sul punto che l'ingerenza può ricorrere anche in luoghi pubblici e con dispositivi video, Corte EDU, Peck c. Regno Unito, 28 gennaio 2003, ric. n. 44647/98, par. 59 e Corte EDU, Copland c. Regno Unito, 3 aprile 2007, ric. n. 62617/00, par. 46.

[58] Sul requisito della qualità della legge quale garanzia strutturale contro il rischio di abusi nei trattamenti fondati su strumenti tecnici di controllo e sorveglianza, v. Corte EDU, 25 giugno 1997, Halford c. Regno Unito, parr. 49–51, ove si afferma che un'ingerenza realizzata mediante strumenti tecnici è incompatibile con l'art. 8 CEDU qualora non sia fondata su una base normativa sufficientemente accessibile e prevedibile; Corte EDU, 6 settembre 1978, Klass e altri c. Germania, parr. 50–55, che ammette in astratto la sorveglianza segreta solo in presenza di garanzie adeguate e controlli indipendenti idonei a prevenire abusi; nonché Corte EDU, Grande Camera, 4 maggio 2000, Rotaru c. Romania, parr. 55–63, che censura la raccolta e conservazione di informazioni personali in archivi governativi in assenza di limiti chiari, finalità determinate e garanzie contro l'arbitrarietà. Sul versante del diritto dell'Unione, v. CGUE, Grande Sezione, 16 luglio 2020, Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland e Maximillian Schrems (Schrems II), C-311/18, parr. 168–176, ove la Corte valorizza il nesso tra qualità della base normativa, effettività dei controlli e tutela giurisdizionale, quale presidio contro forme di sorveglianza generalizzata incompatibili con gli artt. 7, 8 e 47 CDFUE.

ISSN 2036-7821

necessità e proporzionalità dei trattamenti[59], anticipando in sede amministrativa valutazioni che spetterebbero primariamente al legislatore[60].
In conclusione, l'analisi mostra che le basi giuridiche del GDPR – pur astrattamente idonee a legittimare trattamenti finalizzati alla sicurezza urbana – risultano concretamente insufficienti quando non accompagnate da una disciplina legislativa conforme agli standard europei di qualità della legge. L'assenza di tali garanzie determina un duplice squilibrio: da un lato, amplia eccessivamente lo spazio della discrezionalità amministrativa; dall'altro, non assicura un livello adeguato di protezione dei diritti fondamentali. Da ciò deriva l'esigenza, già evidenziata dalla dottrina, di un intervento legislativo organico in grado di definire con precisione condizioni, limiti e garanzie dei trattamenti tecnologici destinati alla sicurezza urbana[61].

6. *L'impiego delle nuove tecnologie per finalità di sicurezza urbana: problemi applicativi*

La progressiva diffusione di tecnologie avanzate all'interno degli spazi urbani ha inciso profondamente sulle modalità attraverso le quali le amministrazioni locali perseguono gli obiettivi di sicurezza urbana, contribuendo a ridefinire il rapporto tra prevenzione dei fenomeni di degrado e tutela dei diritti fondamentali degli individui[62]. L'innovazione tecnologica ha ampliato in modo significativo la capacità osservativa della pubblica amministrazione, introducendo strumenti idonei a raccogliere, elaborare e correlare un numero sempre maggiore di informazioni concernenti il comportamento dei consociati nello spazio pubblico[63]. Tale evoluzione

[59] Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, Relazione annuale 2023, ove l'Autorità evidenzia come, in presenza di trattamenti tecnologicamente complessi e di basi giuridiche non sufficientemente determinate, il proprio sindacato sia chiamato a estendersi alla verifica sostanziale della necessità, proporzionalità e adeguatezza dei trattamenti, in coerenza con i principi del GDPR e della giurisprudenza europea.

[60] Sul ruolo delle Autorità indipendenti quale presidio di garanzia in presenza di basi giuridiche carenti e sul conseguente impatto sull'ampiezza della discrezionalità amministrativa, v. G. CARULLO, *Il trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., spec. nella parte in cui l'A. evidenzia come l'assenza di una disciplina normativa sufficientemente determinata non legittimi un ampliamento del potere amministrativo, ma comporti, al contrario, un'intensificazione del controllo regolatorio, in particolare da parte dell'Autorità garante, chiamata a verificare in concreto necessità, proporzionalità e adeguatezza dei trattamenti.

[61] Sulla protezione dei dati ricostruita come diritto fondamentale funzionale al controllo democratico del potere e alla prevenzione di forme di amministrazione opaca e pervasiva si v. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, pp. 287 ss.

[62] Sul nesso tra *smart city*, controllo dello spazio urbano e diritti fondamentali, si richiamano le LL.GG. del Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) 3/2019 sul trattamento di dati personali attraverso dispositivi video, 29 gennaio 2020.

[63] Sulla necessità di DPIA in presenza di nuove tecnologie e di trattamenti idonei a presentare rischio elevato, specie in caso di sorveglianza sistematica su larga scala di una zona accessibile al pubblico cfr. art. 35, par. 3, lett. c) GDPR), nonché le LL.GG. WP29 del 4 aprile 2017 sull'uso innovativo di soluzioni tecnologiche e sul monitoraggio sistematico come criteri rilevanti. Sul punto si richiama anche il Parere WP 216, Gruppo Art. 29, n.

ISSN 2036-7821

si realizza tuttavia in un quadro normativo che non sempre appare adeguato a governare l'impatto delle nuove tecnologie sui diritti fondamentali, in particolare sul diritto alla protezione dei dati personali, con il risultato che l'impiego di tali strumenti genera frequentemente criticità di natura giuridica, il provvedimento dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali dell'11 gennaio 2024, relativo all'utilizzo, da parte del Comune di Trento, di sistemi di intelligenza artificiale nei progetti MARVEL, PROTECTOR e PRECRISIS[64].

I progetti esaminati nel provvedimento costituiscono un osservatorio privilegiato per cogliere le tensioni sistemiche insite nell'uso di tecnologie di nuova generazione per finalità di sicurezza urbana[65]. Essi mostrano, infatti, come le amministrazioni locali tendano a ritenere che la disciplina di settore – in particolare il quadro delineato dal D.L. 14/2017 – possa costituire una base giuridica sufficiente a legittimare trattamenti di dati altamente invasivi, senza considerare il livello di dettaglio richiesto dalla normativa europea per autorizzare limitazioni ai diritti fondamentali[66]. Al tempo stesso, l'avanzamento tecnologico consente l'introduzione di dispositivi le cui funzionalità superano ampiamente la tradizionale videosorveglianza, rendendo necessaria una riflessione approfondita sulle modalità attraverso le quali l'amministrazione può perseguire finalità di sicurezza urbana senza oltrepassare i limiti imposti dal GDPR e dalla giurisprudenza europea[67].

In questo quadro, con l'obiettivo di mettere in luce i nodi problematici che emergono più ricorrentemente quando le esigenze di sicurezza urbana si intrecciano con

05/2014 sulle tecniche di anonimizzazione, ove già sottolineava la crescente disponibilità di dati ambientali e comportamentali nei contesti urbani digitalizzati.

[64] Garante per la protezione dei dati personali, provv. 11 gennaio 2024 (doc. web 9977020), ove ai parr. 3.4, 3.6 e 6, l'Autorità qualifica unitariamente le criticità emerse nei progetti citati (anonimizzazione/ pseudonimizzazione; trasparenza; base giuridica; comunicazione a terzi; DPIA), con conseguente adozione di misure correttive e sanzionatorie nel dispositivo finale.

[65] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., parr. 3.3 - 3.7, la sequenza argomentativa impiegata è la seguente: a) qualificazione dei dati (personali/non anonimi); b) carenze di liceità e base giuridica; c) difetti di trasparenza; d) comunicazioni a terzi; e) DPIA e consultazione preventiva. Sul requisito di una base normativa sufficientemente dettagliata (chiarezza, precisione e garanzie minime) ai sensi dell'art. 6, par. 3, GDPR e dell'art. 52, par. 1, CDFUE, v. Corte di giustizia, sent. 24 febbraio 2022, ***Valsts ieņēmumu dienests***, C-175/20, par. 83.

[66] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., par. 3.4 (liceità e correttezza) e, specificamente, parte dedicata alla qualità della base giuridica: CGUE, 24 febbraio 2022, C-175/20, ***Valsts ieņēmumu dienests***, parr. 55 e 83, richiamata dal provvedimento; CGUE, 1° agosto 2022, C-184/20, ***Vyriausioji tarnybinės etikos komisija***, par. 64, pure richiamata; nonché il collegamento dell'Autorità agli artt. 7 e 8 CDFUE e all'art. 52, par. 1 CDFUE.

[67] Sui limiti imposti dal GDPR e dalla giurisprudenza europea in relazione all'impiego di tecnologie di sorveglianza nello spazio pubblico, v. Corte EDU, 4 luglio 2023, Glukhin v. Russia, parr. 75 e 77; Corte EDU, 28 gennaio 2003, Peck v. United Kingdom, par. 59; nonché Corte EDU, 3 aprile 2007, Copland v. United Kingdom, par. 46. In termini più generali sull'estensione della tutela della vita privata anche in contesti pubblici e sul trattamento di dati personali, v. Corte EDU, 17 luglio 2003, Perry v. United Kingdom, par. 38, e Corte EDU, 27 giugno 2017, Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland, parr. 129–131.

ISSN 2036-7821

l'utilizzo di sistemi tecnologici innovativi[68], il paragrafo si sofferma sulle principali criticità emerse dall'istruttoria svolta dal Garante, analizzando dapprima le caratteristiche delle tecnologie impiegate, quindi le questioni relative all'anonimizzazione dei dati e al rispetto dei principi di trasparenza e proporzionalità e, infine, le difficoltà incontrate dalle amministrazioni nell'individuare basi giuridiche conformi ai requisiti europei[69].

6.1. Tecnologie emergenti nei contesti urbani

L'esame del provvedimento del Garante mostra come i progetti MARVEL e PROTECTOR rappresentino un salto qualitativo rispetto alle tradizionali forme di videosorveglianza impiegate dai Comuni[70]. Le tecnologie utilizzate non si limitano alla mera acquisizione di immagini, ma introducono forme ulteriori di raccolta e trattamento dei dati, quali la captazione di audio ambientale mediante microfoni posti sulla pubblica via, la potenziale registrazione delle conversazioni tra individui e l'impiego di algoritmi di intelligenza artificiale per l'analisi semantica dei contenuti e l'individuazione di pattern comportamentali considerati rilevanti ai fini della sicurezza[71].

Nel progetto MARVEL, l'amministrazione ha installato dispositivi di registrazione sonora idonei a captare non soltanto rumori ambientali, ma anche conversazioni tra le persone presenti nel luogo monitorato[72]. La finalità dichiarata era quella di acquisire dati da utilizzare nell'addestramento di modelli algoritmici, secondo una logica in cui la qualità e la granularità delle informazioni raccolte costituivano un prerequisito essenziale per il funzionamento del sistema[73]. Accanto alla componente audio, entrambi i progetti prevedevano l'utilizzo di telecamere ad alta risoluzione,

[68] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., parr. 3.1 - 3.5: il provvedimento, pur riferito a un caso specifico, viene strutturato come ricostruzione 'a blocchi' di criticità ricorrenti nei trattamenti tecnologicamente avanzati in ambito urbano (spec. captazione audio, analisi automatizzata, *social media monitoring*, interoperabilità e comunicazione a *partner*).

[69] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., par. 3.4: i principi del GDPR (artt. 5 e 25) e l'esigenza di base giuridica (artt. 6, 9, 10 GDPR; artt. 2-ter, 2-sexies, 2-octies Codice) sono posti come condizione dell'intero ciclo di vita del dato, non solo come requisito formale *ex ante*.

[70] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., parr. 1 e 3.2: distinzione tra videosorveglianza 'ordinaria' e sistemi che incorporano funzioni di analisi automatica e/o acquisizione di ulteriori flussi informativi (audio, dati da piattaforme), con conseguente aggravamento dell'impatto e dell'onere di giustificazione.

[71] Garante per la protezione dei dati, provv. cit., parr. 3.2 e 3.4: descrizione delle funzionalità (captazione audio; trattamento di immagini; analisi automatizzata; utilizzo di contenuti da piattaforme digitali) e qualificazione della natura 'ulteriore' rispetto alla mera ripresa video; rilievo della componente IA e del trattamento su larga scala.

[72] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., par. 1 (fatto) e par. 3.2: quanto al progetto Marvel, qualificazione della captazione audio e dei dispositivi/microfoni installati in aree pubbliche, con conseguenze sulla qualificazione del dato e sulla valutazione di proporzionalità.

[73] Garante per la protezione dei dati, provv. cit., parr. 3.2 e 3.5: sul rapporto tra raccolta/qualità del dato e addestramento (*training*) o sviluppo dei modelli, e sulla necessità di verificare ex ante la compatibilità della finalità "tecnica" di addestramento con i principi (finalità determinate; minimizzazione; base giuridica) e con le garanzie.

ISSN 2036-7821

capaci di rilevare dettagli ambientali e personali suscettibili di consentire l'identificazione dei soggetti ripresi, nonché la raccolta e l'analisi di contenuti provenienti da piattaforme digitali quali Twitter (oggi X) e YouTube[74]. Tali contenuti erano successivamente sottoposti a classificazione algoritmica con l'obiettivo di individuare segnali di 'odio', dinamiche relazionali o stati emotivi ritenuti rilevanti ai fini della prevenzione di fenomeni di insicurezza urbana[75].

L'Autorità ha ritenuto che tali tecnologie, nella loro configurazione concreta, non fossero assimilabili ai sistemi tradizionali di videosorveglianza, ma introducessero funzionalità ulteriori che amplificavano in modo significativo l'impatto sui diritti degli interessati, poiché idonee a generare rappresentazioni dettagliate dei comportamenti, delle interazioni e dei movimenti delle persone nello spazio pubblico[76]. Ciò ha richiesto una valutazione particolarmente rigorosa della conformità dei trattamenti ai principi di necessità e proporzionalità, alla luce delle finalità dichiarate dalle amministrazioni e dell'assenza, nel quadro normativo vigente, di disposizioni che autorizzassero in modo espresso e puntuale tali modalità di trattamento[77].

Accanto a tali sistemi di osservazione diretta, il provvedimento prende in esame anche il progetto PRECRISIS, basato su modelli predittivi alimentati da dati amministrativi e *open data*, che, pur non incidendo direttamente sulla sorveglianza fisica dello spazio urbano, solleva analoghe criticità in ordine alla qualità della base giuridica e alla *governance* dei trattamenti algoritmici[78].

6.2 Anonimizzazione, trasparenza e proporzionalità

Una delle principali criticità emerse nel provvedimento riguarda la qualificazione delle tecniche adottate per dichiarare l'anonimizzazione dei dati raccolti. Il Comune ha fatto riferimento a specifici accorgimenti tecnici – quali la sostituzione della voce del parlante o l'offuscamento dei volti nei flussi video – ritenuti idonei a escludere la

[74] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., par. 3.2, descrizione dei flussi video e dei dati acquisiti da piattaforme digitali, par. 3.4 trasparenza: completezza informativa in relazione alle fonti e alle operazioni di trattamento, nonché par. 3.3 su base giuridica per operazioni ulteriori rispetto alla videosorveglianza.

[75] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., parr. 3.2 e 3.5, con riferimento alla classificazione automatizzata/analisi semantica e alla generazione di output inferenziali (inclusa la costruzione di "segnali" o indicatori), come elementi che innalzano il rischio di impatti sproporzionati e impongono garanzie adeguate.

[76] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit. parr. 3.2 e 3.5: valutazione dell'Autorità sulla non assimilabilità ai sistemi tradizionali e sulla capacità dei sistemi di generare rappresentazioni dettagliate dei comportamenti/interazioni; conseguente rafforzamento del controllo su necessità e proporzionalità.

[77] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., parr. 3.3.1 e 3.5, nonché par. 6 ove si evidenzia la centralità dei principi di necessità e proporzionalità, letti congiuntamente al principio della qualità della base legale e alle garanzie effettive, in un contesto di assenza di disciplina legislativa puntuale per specifiche funzionalità (audio, IA, *social monitoring*).

[78] Sulle criticità relative alla individuazione della base giuridica si rinvia al par. 6.3.

ISSN 2036-7821

possibilità di identificazione degli interessati[79]. Il Garante ha tuttavia chiarito che tali tecniche non garantivano un'effettiva anonimizzazione, lasciando sussistere molteplici elementi identificativi, sia diretti sia indiretti[80].
Nel progetto MARVEL, la tecnica di sostituzione della voce, pur alterando il timbro sonoro, lasciava intatto il contenuto semantico delle conversazioni, consentendo l'identificazione degli interessati attraverso riferimenti a luoghi, persone, relazioni o altri elementi contestuali[81]. La stessa documentazione progettuale riconosceva, in realtà, che i microfoni fossero destinati a captare conversazioni per finalità di addestramento algoritmico, confermando che il trattamento avvenisse su dati personali e non su dati anonimizzati[82]. Analoghe considerazioni sono state svolte in relazione ai flussi video, nei quali l'offuscamento dei volti non impediva l'identificazione indiretta degli individui, possibile attraverso posture, movimenti, abbigliamento o il contesto spaziale circostante[83].
Una criticità ulteriore ha riguardato i dati provenienti dalla piattaforma Twitter (X), per i quali la sostituzione degli username con identificativi casuali è stata correttamente qualificata come pseudonimizzazione e non come anonimizzazione[84]. Tale distinzione è centrale nell'economia del provvedimento, poiché l'applicazione di tecniche pseudonimizzanti non sottrae il trattamento all'ambito di applicazione del GDPR e, dunque, non elimina la necessità di una base giuridica idonea[85].
Accanto ai profili di identificabilità, il provvedimento ha messo in luce gravi carenze

[79] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., par. 3.4, con specifico riferimento alle tecniche descritte nel progetto (voice substitution, offuscamento dei volti) e alla loro idoneità/non idoneità a escludere la natura di dato personale.
[80] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., par. 3.4: impostazione della verifica dell'anonimizzazione in termini sostanziali (rischio di re-identificazione anche indiretta/contestuale) e conseguente permanenza dell'applicazione del GDPR.
[81] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., par. 3.4: sul caso della sostituzione della voce, rilievo della persistenza del contenuto informativo della conversazione e quindi della possibile identificabilità tramite elementi contestuali (nomi, luoghi, riferimenti personali).
[82] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., par. 3.2 e 3.4: valorizzazione della documentazione progettuale (come elemento istruttorio) nel dimostrare che la captazione riguardava conversazioni e, dunque, dati personali; conseguenze su base giuridica, informativa e valutazione d'impatto.
[83] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., par. 3.4: anche a fronte di offuscamenti, residua identificabilità tramite postura, movimenti, abbigliamento, caratteristiche fisiche e contesto; pertanto qualificazione del flusso come dato personale e permanenza degli obblighi GDPR.
[84] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., par. 3.4: per i dati da piattaforme (es. Twitter/X), la sostituzione degli username con codici casuali è qualificata come pseudonimizzazione e non come anonimizzazione; ciò implica la piena applicazione del GDPR.
[85] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., par. 3.4 e 3.3 ove si evidenzia che conseguenza sistematica della distinzione è che la pseudonimizzazione è misura di sicurezza/garanzia, ma non incide sull'ambito di applicazione del Regolamento né elide le esigenze di individuazione di un'adeguata base giuridica e di trasparenza.

ISSN 2036-7821

in tema di trasparenza[86]. Le informative rese ai cittadini risultavano incomplete, omettendo informazioni essenziali quali la captazione delle conversazioni, l'utilizzo dei dati per l'addestramento degli algoritmi, la raccolta di contenuti dai *social network* e la comunicazione dei dati a *partner* istituzionali, anche esteri[87]. Tali omissioni hanno determinato una violazione del principio di liceità, correttezza e trasparenza, precludendo agli interessati la possibilità di comprendere l'effettiva portata dei trattamenti e di esercitare consapevolmente i diritti riconosciuti dal GDPR[88].

6.3 La questione della base giuridica nei trattamenti tecnologici

Il profilo maggiormente problematico riguarda l'individuazione della base giuridica dei trattamenti. Le amministrazioni coinvolte hanno spesso invocato disposizioni di carattere generale – statuti, norme regionali, programmazioni strategiche – o la disciplina in materia di sicurezza urbana di cui al D.L. 14/2017, ritenendole idonee a costituire il presupposto legittimante ai sensi dell'art. 6 GDPR. Tale impostazione è stata giudicata non conforme ai requisiti richiesti dal diritto europeo, secondo cui qualsiasi limitazione al diritto fondamentale alla protezione dei dati personali deve essere prevista da una disposizione normativa chiara, precisa e prevedibile, capace di individuare gli elementi essenziali del trattamento, le finalità perseguite, i dati trattati e le garanzie applicabili, in coerenza con il principio di legalità sostanziale che governa l'esercizio del potere pubblico anche nell'ambito dei trattamenti *data-driven*[89].

L'art. 5, co. 2, del D.L. 14/2017 – frequentemente richiamato dai Comuni – consente l'installazione di sistemi di videosorveglianza al solo scopo di prevenire la criminalità diffusa e predatoria, previo accordo con la Prefettura. Tale norma non autorizza, tuttavia, la captazione di audio ambientale, l'estrazione e l'analisi di contenuti provenienti dai social network o l'utilizzo dei dati per l'addestramento di algoritmi di intelligenza artificiale, operazioni che eccedono in modo evidente l'ambito applicativo della disposizione e richiedono una base giuridica autonoma e

[86] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., par. 3.4 e par. 6 ove viene fornita una ricostruzione delle carenze informative e della violazione degli obblighi di informativa (artt. 12–14 GDPR), con riguardo alle operazioni effettivamente svolte e alle finalità (anche di 'addestramento').

[87] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., par. 3.4 ove vengono specificati gli elementi omessi nelle informative (captazione conversazioni; training; raccolta/analisi contenuti social; comunicazioni a partner), come omissioni idonee a compromettere comprensibilità e consapevolezza degli interessati.

[88] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., par. 3.4 e par. 6 ove viene messo in luce il nesso tra trasparenza/correttezza e possibilità di esercizio dei diritti (accesso, opposizione, limitazione), nonché è dato rilievo alla trasparenza come presidio abilitante delle garanzie sostanziali.

[89] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., parr. 3.3 – 3.4, ove si chiarisce che la liceità del trattamento non può fondarsi su clausole generali o finalità programmatiche, ma richiede una base normativa conforme agli artt. 6, par. 3, GDPR e 52, par. 1, CDFUE. In dottrina, sul principio di legalità sostanziale nel trattamento dei dati da parte delle pubbliche amministrazioni, v. G. Carullo, ***Trattamento di dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni e legalità sostanziale***, cit., pp. 45 ss.

ISSN 2036-7821

specifica, non potendo essere legittimate attraverso un'interpretazione estensiva di attribuzioni funzionali generiche[90].

In tale prospettiva, il provvedimento assume rilievo anche con riferimento al progetto PRECRISIS, che, pur non fondandosi su sistemi di captazione diretta nello spazio urbano, era finalizzato allo sviluppo di modelli predittivi del rischio attraverso l'elaborazione e la correlazione di dati amministrativi, open data e informazioni di natura socio-economica. Anche in questo caso, il Garante ha rilevato l'assenza di una base giuridica idonea a legittimare il trattamento, osservando come la finalità di prevenzione e pianificazione non possa di per sé giustificare l'impiego di strumenti algoritmici capaci di incidere sulle modalità di esercizio dell'azione amministrativa in mancanza di una disciplina legislativa specifica, specie quando tali strumenti sono destinati a orientare decisioni pubbliche e priorità di intervento[91]. Il progetto evidenzia, così, che le criticità relative alla base giuridica non riguardano esclusivamente le tecnologie di sorveglianza urbana in senso stretto, ma si estendono anche ai sistemi di intelligenza artificiale predittiva, quando essi sono utilizzati da soggetti pubblici per orientare decisioni e politiche pubbliche in assenza di un chiaro fondamento normativo, con il rischio di una surrettizia anticipazione degli effetti decisionali del potere amministrativo[92].

Inoltre, il tentativo di ricondurre i trattamenti alla disciplina della ricerca scientifica è stato respinto dal Garante, poiché il Comune non rivestiva la qualifica di ente di ricerca né operava tramite un ufficio di statistica. Mancavano quindi i presupposti soggettivi e oggettivi per invocare gli artt. 9, par. 2, lett. j), e 89 GDPR, il cui impiego è riservato a trattamenti sorretti da finalità scientifiche genuine e dotati di una base normativa espressa, non essendo sufficiente il mero coinvolgimento in progetti di ricerca finanziati o partenariati sperimentali[93]. La carenza di una base giuridica adeguata ha determinato, nei provvedimenti in esame, un rilievo di portata sistemica: l'amministrazione si è trovata ad operare in un contesto nel quale l'innovazione tecnologica non è accompagnata da disposizioni legislative di dettaglio idonee a disciplinare trattamenti particolarmente invasivi. Tale squilibrio ha comportato un intervento ex post dell'Autorità garante, chiamata a verificare la compatibilità dei trattamenti con i principi di liceità, necessità e proporzionalità,

[90] Garante per la protezione dati personali, provv. cit., parr. 3.5–3.6, ove il Garante esclude che l'art. 5, co. 2, D.L. 14/2017 possa fungere da base legale per trattamenti ulteriori rispetto alla videosorveglianza tradizionale.

[91] Garante per la protezione dati personali, provv. cit., par. 3.7, dedicato specificamente al progetto PRECRISIS. Sul rapporto tra strumenti predittivi e potere amministrativo, v. G. Carullo, ***Algoritmi e decisione amministrativa***, in Dir. pubbl., 2021, pp. 123 ss., spec. sul rischio di anticipazione decisionale.

[92] In termini sistematici, sul rischio di 'pre-decisione algoritmica' nell'azione amministrativa, cfr. ancora G. Carullo, ***Trattamento di dati personali e amministrazione data-driven***, cit., pp. 78–85.

[93] Cfr. Garante per la protezione dati, provv. cit., par. 3.6. Sul perimetro applicativo degli artt. 9, par. 2, lett. j), e 89 GDPR, si v. G. Carullo, ***Ricerca scientifica e trattamento dei dati personali***, in Riv. trim. dir. pubbl., 2019, pp. 311 ss.

ISSN 2036-7821

mettendo in evidenza come l'assenza di un quadro normativo adeguato finisca per trasferire sull'Autorità funzioni di presidio che dovrebbero invece trovare fondamento primario nella legge, con un conseguente rafforzamento del controllo sostanziale sull'azione amministrativa tecnologicamente mediata[94].

6.4 La prassi applicativa del Garante Garante per la protezione dei dati personali: tendenze e criticità

La prassi applicativa dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali rappresenta ormai un laboratorio privilegiato per comprendere le tensioni profonde che attraversano l'esercizio del potere amministrativo nell'era dell'innovazione tecnologica. L'analisi dei provvedimenti più significativi – confluiti, nel caso di specie, nel provvedimento relativo ai progetti MARVEL, PROTECTOR e PRECRISIS – mostra con chiarezza come l'introduzione di strumenti ad elevata capacità osservativa (captazione audio, analisi comportamentale automatizzata, correlazione di contenuti provenienti da piattaforme digitali, tracciamento algoritmico di posture e movimenti) abbia determinato un mutamento strutturale nell'equilibrio fra esigenze di sicurezza urbana e tutela dei diritti fondamentali[95]. L'Autorità si è progressivamente collocata in una posizione di presidio di sistema, facendo discendere dai principi del GDPR e dalla giurisprudenza europea una serie di criteri interpretativi che incidono profondamente sulle modalità con cui gli enti locali possono progettare ed eseguire trattamenti di dati personali fondati su tecnologie avanzate[96].

Un primo tratto ricorrente concerne la riaffermazione, in chiave sostanziale, del principio di legalità. L'Autorità non si limita a verificare l'esistenza formale di una disposizione nazionale che conferisca competenze in materia di sicurezza urbana, ma richiede che tale norma presenti i requisiti di qualità della legge elaborati dalla Corte EDU e dalla Corte di giustizia: accessibilità, chiarezza, prevedibilità, determinazione delle finalità e delle condizioni del trattamento, garanzie effettive contro gli abusi[97]. Tale impostazione, mutuata dalla giurisprudenza europea sui sistemi di sorveglianza e conservazione dei dati, produce un effetto significativo: la base giuridica non può essere ricavata da fonti generiche, programmatiche o prive di dettagli operativi, poiché esse non soddisfano il parametro di necessità e proporzionalità richiesto per legittimare un'ingerenza nel diritto fondamentale alla protezione dei dati personali[98]. Parallelamente, la prassi del Garante mostra un'attenzione costante alla questione –

[94] Cfr. Garante per la protezione dei dati, provv. cit., parr. 3.3–3.7.
[95] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., parr. 3.1–3.7.
[96] Sul radicamento di tali criteri nei principi europei, v. S. RODOTÀ, *Intervista su privacy e libertà*, cit., pp. 19 ss.; G. PINO, *Proporzionalità e diritti fondamentali nella giurisprudenza europea*, cit., pp. 55-78.
[97] Cfr. Corte EDU, ***Sunday Times c. Regno Unito***, parr. 47–49; Corte EDU, ***Zakharov c. Russia***, parr. 229–240.
[98] Cfr. CGUE, ***Digital Rights Ireland***, parr. 54–71; ***Tele2 Sverige***, parr. 117–125.

ISSN 2036-7821

spesso trascurata dalle amministrazioni locali – della identificabilità indiretta nei trattamenti basati su tecniche di anonimizzazione. In numerosi procedimenti, l'Autorità ha distinto, in conformità al Parere 05/2014 del Gruppo Articolo 29, tra anonimizzazione e pseudonimizzazione, qualificando come pienamente soggetti al GDPR dati trattati tramite offuscamento dei volti, sostituzione della voce o rimozione di username, laddove tali operazioni non rendano irreversibilmente impossibile l'identificazione dell'interessato[99]. L'identificabilità, nel contesto urbano, può infatti derivare da posture, abbigliamento, contesto spaziale, espressioni linguistiche, riferimenti contenuti nel parlato, elementi comportamentali ricostruibili mediante correlazione algoritmica di fonti eterogenee[100].

Non meno centrale è il ruolo attribuito al principio di trasparenza. Nei procedimenti MARVEL e PROTECTOR, il Garante ha rilevato informative lacunose o non veritiere, omissive rispetto a elementi essenziali quali: l'impiego di microfoni ambientali, la finalità di addestramento di modelli algoritmici, la raccolta di contenuti da piattaforme digitali, la comunicazione di dati a partner europei ed extra-UE[101]. La trasparenza è ricostruita non come adempimento formale, bensì come condizione sostanziale di liceità ai sensi dell'art. 5, par. 1, lett. a), GDPR, giacché solo una piena conoscibilità degli elementi essenziali del trattamento consente agli interessati di esercitare i diritti riconosciuti dal Regolamento[102].

A ciò si aggiunge un ulteriore tratto sistematico: l'Autorità ha più volte dichiarato insufficiente la base giuridica invocata dai Comuni. Questi ultimi tendono a richiamare norme che attribuiscono funzioni generiche di 'promozione dello sviluppo' o di 'sicurezza urbana', oppure previsioni statutarie e programmazioni strategiche prive di contenuto prescrittivo puntuale. In continuità con la giurisprudenza europea, l'Autorità ha affermato che tali fonti non soddisfano il requisito di specificità richiesto dall'art. 6, par. 3, e dagli artt. 9 e 10 GDPR, poiché non definiscono gli elementi essenziali del trattamento né prevedono garanzie proporzionate al rischio generato da tecnologie ad alto impatto[103]. Il principio di proporzionalità assume così il ruolo di limite invalicabile: trattamenti fondati su raccolte massive, sensorizzazioni estese o analisi predittive non possono essere sorretti da basi giuridiche prive di definizione legislativa specifica.

L'insieme di tali elementi consente già di cogliere un primo profilo rilevante: in assenza di una disciplina legislativa specifica in materia di tecnologie per la sicurezza urbana, l'Autorità è progressivamente chiamata a esercitare un controllo che non si limita alla verifica della liceità formale del trattamento, ma si estende alla valutazione

[99] WP29, Parere 05/2014, pp. 8–12.
[100] Si v. Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., parr. 3.4–3.5.
[101] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., parr. 3.5–3.6.
[102] Cfr. art. 5, par. 1, lett. a), GDPR.
[103] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., par. 3.3; CGUE, ***Valsts ieņēmumu dienests***, C-175/20.

ISSN 2036-7821

concreta della sua necessità, proporzionalità e adeguatezza tecnica. Tale giudizio incide inevitabilmente sulle scelte organizzative delle amministrazioni locali, che rientrerebbero nella sfera fisiologica della discrezionalità amministrativa.
In controluce alle decisioni dell'Autorità emergono anche criticità di carattere sistemico. La prima riguarda l'asimmetria informativa tra enti locali e fornitori di tecnologia: i Comuni dispongono di competenze tecniche limitate, faticano a valutare l'impatto algoritmico dei sistemi e spesso recepiscono configurazioni operative predefinite dai partner progettuali, senza piena consapevolezza della loro rilevanza giuridica[104].
In secondo luogo, permane una debole cultura della protezione dei dati all'interno delle amministrazioni, inclini a percepire il GDPR come un mero ostacolo burocratico. Da qui deriva la tendenza a 'funzionalizzare' la disciplina della protezione dei dati alle esigenze di innovazione, ricorrendo impropriamente al lessico della ricerca scientifica o a etichette quali la 'pseudonimizzazione' per ampliare l'ambito dei trattamenti consentiti.
L'effetto complessivo di queste dinamiche consente, quindi, di definire il nucleo dello scarto sistemico che caratterizza l'attuale assetto regolatorio: da un lato, le amministrazioni locali, pur titolari del potere-dovere di perseguire finalità di sicurezza urbana, operano in un quadro normativo privo dei necessari parametri legislativi di dettaglio; dall'altro lato, l'Autorità garante, nel colmare tali lacune, è chiamata a esercitare un giudizio che non si esaurisce nella verifica della base giuridica, ma si estende alla valutazione dell'opportunità tecnica e organizzativa del trattamento. Ne risulta un ampliamento oggettivo dell'area del sindacato del Garante, che finisce per interferire con ambiti che costituiscono espressione tipica della discrezionalità della pubblica amministrazione.

7. Conclusioni: verso un quadro normativo adeguato

L'analisi condotta ha mostrato come l'intreccio tra l'elasticità semantica della nozione di sicurezza urbana e l'impiego crescente di tecnologie ad elevata capacità osservativa produca un'area di frizione strutturale tra l'esercizio del potere amministrativo e la tutela del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali.
La sicurezza urbana, configurata dal legislatore come bene pubblico afferente alla vivibilità, al decoro e alla convivenza civile, si colloca in una zona intermedia rispetto alla sicurezza pubblica in senso stretto, connotata da ampi margini applicativi che, nella prassi, hanno favorito un'estensione progressiva degli strumenti di intervento degli enti locali. In tale contesto, la trasformazione digitale dello spazio urbano ha inciso in modo significativo sulla forma dell'azione amministrativa, ampliandone la capacità di raccolta, correlazione ed elaborazione di informazioni riferibili ai

[104] Garante per la protezione dei dati personali, provv. cit., par. 3.6.

ISSN 2036-7821

comportamenti individuali, spesso mediante tecniche algoritmiche e sistemi di intelligenza artificiale. Ne deriva un mutamento qualitativo dell'ingerenza nella sfera privata, che impone di ripensare i tradizionali equilibri tra finalità di sicurezza e garanzie dei diritti fondamentali.

Lo studio ha evidenziato come, nel diritto europeo, la protezione dei dati personali non operi esclusivamente come diritto di libertà, ma assuma la funzione di parametro interno di legalità sostanziale dell'azione amministrativa tecnologicamente mediata. Il GDPR, letto alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, impone che qualsiasi trattamento idoneo a incidere significativamente sui diritti degli interessati sia fondato su una base normativa giuridicamente vincolante e conforme agli standard di qualità della legge, intesa quale fonte accessibile, prevedibile e sufficientemente determinata quanto a finalità, categorie di dati, operazioni consentite e garanzie applicabili[105]. In tale prospettiva, le basi giuridiche dell'obbligo legale e dell'esecuzione di un compito di interesse pubblico, pur astrattamente idonee a sorreggere trattamenti finalizzati alla sicurezza urbana, risultano concretamente insufficienti quando la normativa di riferimento si limita ad attribuzioni funzionali generiche o programmatiche, senza disciplinare in modo puntuale l'uso di tecnologie avanzate e l'intensità dell'ingerenza prodotta.

L'esame dei problemi applicativi condotto attraverso l'analisi del provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali dell'11 gennaio 2024 ha reso evidente come l'assenza di una disciplina legislativa specifica in materia di videosorveglianza intelligente, captazione audio, analisi algoritmica e modelli predittivi determini una carenza strutturale della base giuridica dei trattamenti. In tali condizioni, le amministrazioni locali tendono a ricondurre operazioni tecnologicamente complesse entro la categoria, intrinsecamente elastica, della sicurezza urbana, esponendosi al rischio di un ampliamento non controllato dell'ambito materiale del trattamento e di una compressione sproporzionata dei diritti degli interessati. La prassi applicativa mostra, inoltre, che le tecniche di anonimizzazione e pseudonimizzazione sono frequentemente impiegate in modo improprio, mentre gli obblighi di trasparenza risultano spesso assolti in forma meramente formale, con informative incomplete o fuorvianti rispetto all'effettiva portata dei trattamenti.

In questo quadro, emerge un dato sistemico di particolare rilievo: la mancanza di parametri legislativi sufficientemente determinati finisce per spostare l'asse di governo della materia dal legislatore e dall'amministrazione verso l'Autorità garante.

[105] Sul principio europeo della qualità della legge quale requisito della legalità sostanziale nelle interferenze con i diritti fondamentali, v. Corte EDU, 26 aprile 1979, Sunday Times c. Regno Unito, ric. n. 6538/74, parr. 47-49; Corte EDU, Grande Camera, 4 dicembre 2015, Roman Zakharov c. Russia, ric. n. 47143/06, parr. 229-240; CGUE, Grande Sezione, 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland, cause riunite C-293/12 e C-594/12, parr. 54-71; CGUE, 24 febbraio 2022, Valsts ieņēmumu dienests, C-175/20, par. 83.

ISSN 2036-7821

Chiamata a verificare la sussistenza dei presupposti di liceità, necessità e proporzionalità del trattamento, l'Autorità esercita un sindacato che, pur formalmente ancorato ai principi del GDPR, si estende inevitabilmente alla valutazione concreta delle modalità tecniche e organizzative del trattamento stesso. Tale dinamica pur non configurando uno sconfinamento patologico delle competenze, rappresenta l'effetto di un vuoto normativo: in assenza di una disciplina conforme agli standard europei di qualità della legge, il controllo di legalità sostanziale tende a concentrarsi in sede applicativa, incidendo in modo significativo sulle scelte della pubblica amministrazione e restringendo lo spazio di una discrezionalità amministrativa non più governata *ex ante* da parametri normativi sufficientemente determinati. Da qui discende l'esigenza di un intervento normativo organico, capace di dettare regole puntuali sul trattamento dei dati personali per finalità di sicurezza urbana, calibrate sulla specificità delle tecnologie impiegate e sull'intensità dell'ingerenza prodotta. Un simile intervento consentirebbe, da un lato, di evitare che le carenze del quadro legislativo siano sistematicamente compensate mediante soluzioni interpretative di matrice giurisprudenziale; dall'altro, permetterebbe di ricondurre il ruolo dell'Autorità garante entro un perimetro più chiaramente tracciato e fondato su parametri legislativi determinati, riducendo il rischio che la valutazione di necessità e proporzionalità finisca per incidere in modo preponderante sulle modalità concrete di esercizio dell'azione amministrativa in materia di sicurezza urbana quando essa si avvale di strumenti tecnologici ad elevato impatto sulla sfera dei diritti fondamentali. In definitiva, solo la costruzione di un quadro normativo adeguato può garantire un equilibrio stabile tra innovazione tecnologica, responsabilità amministrativa e tutela effettiva dei diritti fondamentali nello spazio urbano digitalizzato.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos en el modelo de administración y gestión pública para resultados

di Giuseppina Lofaro

(Investigadora post-doctoral en Derecho Administrativo de la Universidad Mediterránea de Reggio Calabria)

Sommario

1. ¿Un nuevo paradigma de la responsabilidad administrativa en Italia? – 2. El "estado" actual de la administración pública y el contexto en el que opera funcionario público en Italia, o la "fatiga de administrar" – 3. La función disuasoria de la responsabilidad administrativa y la visión expansiva de las consecuencias de la "burocracia defensiva" – 4. De iure condendo – 5. Breves notas sobre la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos en América Latina y sobre el enfoque de la administración por resultados – 5.1 Mejoras y Desafíos – 6. El futuro de la responsabilidad administrativa por resultados – 7. Gestión pública para resultados como clave del desarrollo sostenible.

Abstract

This article highlights the contradictions between the need for administrative efficiency and the complications arising from excessive regulation and the complexity of the public administration profession in today's "results-oriented society". The judgment analyzed lays the theoretical foundation for an evolution of the concept of administrative discretion and for a proposed reform of the model of administrative and disciplinary liability. The article, in its second part, delineates, even if by brief notes, a comparison with the administrative and disciplinary responsibility of public officials in Latin America and the results-oriented administration model, focusing specifically on the administrative responsibility in public service according to constitutional rights in Ecuador, in Chile and on the principles of the double function of the public officer in Peru. The conclusions focus on the results-oriented public management as the key for sustainable development.

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

ISSN 2036-7821

1. ¿Un nuevo paradigma de la responsabilidad administrativa en Italia?.

Desde una perspectiva reconstructiva, el decreto legislativo de 16 de julio de 2020, n. 76, cuyo objetivo era limitar el alcance de la responsabilidad de los empleados públicos (tanto penal como financiera), se consideró que este era un factor que explicaba los retrasos y la inercia en el desempeño de las actividades administrativas. Esto era inaceptable en un momento en que el país comenzaba a recuperarse de los daños causados por la pandemia mediante el uso de fondos vinculados al Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (PNRR).

De aquí proviene la reciente sentencia núm. 132/2024[1], objeto primario de profundización doctrinal y jurisprudencial, debido a los importantes relevancia sistemática de los principios allí establecidos de iure condendo; el Tribunal Constitucional se ha manifestado acerca de las cuestiones de legitimidad relativas al art. 21, párrafo 2, del decreto legislativo de 16 de julio de 2020, n. 76, convertido, con modificaciones, en la ley del 11 de septiembre de 2020, n. 120, planteado por el Tribunal de Cuentas, apartado jurisdicción para la Región de Campania, con ordenanza de 18 de diciembre de 2023.

Como es sabido, la mencionada disposición preveía la denominada "escudo fiscal"[2], es decir, la limitación, en el estado actual hasta el 31 de diciembre de 2024, de obligación tributaria, sólo a hipótesis maliciosas.

Están resaltados algunos pasajes motivacionales de absoluta importancia, analizados en las reflexiones que siguen en el cuerpo de este trabajo de investigación.

En primer lugar, se refiere a la naturaleza y a la función de la responsabilidad

---

* Este trabajo de investigación constituye la versión ampliada y actualizada de la ponencia "La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos en el modelo de administración por resultados", informe presentado por Giuseppina Lofaro el 26 de noviembre de 2024 en la Conferencia magistral del Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

** Afiliada experta en Derecho Administrativo en la Universidad de Catania.

Experta en Derecho Administrativo y Urbanístico. Gestión de procesos administrativos y administrativo-contables complejos y evaluación coste-beneficio de la actividad administrativa, dentro de la Estructura de Misión Técnica para la dirección estratégica, el desarrollo de infraestructuras y la Alta Supervisión del Ministerio de Infraestructuras y Transportes.

[1] La Sentencia n.º 132 de 2024 de la Corte Constitucional ha establecido definitivamente la urgente necesidad de una intervención legislativa integral, que también aborde las funciones de control y asesoramiento, así como la definición de la naturaleza subjetiva y objetiva de la responsabilidad del Tesoro Público, así como la especificación de su naturaleza sancionadora. En este sentido, el Proyecto de Ley n.º 1621 (AC) del 19 de diciembre de 2023, actualmente en trámite (aprobado con enmiendas por la Cámara de Diputados el 9 de abril de 2025 y remitido al Senado), apenas ha anticipado ligeramente la decisión de la Corte Constitucional, respondiendo a las necesidades que han surgido claramente en el debate político-institucional y doctrinal. Véase a este respecto el lúcido análisis de 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*, en *Amministrativ@mente*, 3/2024, 881-895.

[2] L. MERCATI, *Lo 'scudo erariale' dinanzi alla Corte costituzionale: la «fatica dell'amministrare» tra disposizioni 'a tempo' e riforme in itinere*, en *Sistema Penale*, 2/2025, 89-101.

ISSN 2036-7821

administrativa[3] que tiene un carácter compuesto en motivo de la concurrencia de funciones preventivas, compensatorias y sancionadoras, pero no pierde su carácter indemnizatorio subyacente, quedando anclado al daño sufrido, desde que a falta del mismo y más allá de él no puede haber responsabilidad.

También es necesario anclar la responsabilidad administrativa[4] a la evolución del modelo de administración. En efecto esta resaltada, preliminarmente, la transición de una administración que, según el modelo del Estado liberal de derecho, simplemente tenía que implementar la ley, adoptando un acto administrativo único y oportuno, a lo definido "administración por resultados"[5], es decir, una administración que debe alcanzar ciertos objetivos de política y que sea responsable de los resultados económicos y sociales logrados a través de su actividad global. La amplia discreción, ejercida además en un entorno en el que el la complejidad institucional, social y jurídica ha ido creciendo progresivamente, es una componente esencial y característica de este tipo de administración. La necesidad de elegir, dentro de un período predeterminado, a menudo entre una amplia gama de posibilidades y en un área que ya no está completamente definida por la ley aumenta inevitablemente la posibilidad de errores por parte del agente público, generando el riesgo de su inacción. Correlativamente, en opinión del Tribunal Constitucional, el sistema de responsabilidad de la administración debe, por necesidad de armonía institucional, comportarse de manera diferente en relación con el cambio en el modelo de administración al que pertenece[6].

Entonces surge la necesidad de un punto de equilibrio adecuado para el "riesgo de actividad" entre los aparatos administrativos y el agente público y entre los peligros de la "sobredisuasión" y la "infradisuasión". Es necesario equilibrar la función disuasoria de la responsabilidad administrativa, dirigida a desalentar no sólo el comportamiento malicioso sino también el comportamiento extremadamente negligente de los funcionarios públicos, que comprometen el buen desempeño de la administración pública *ex* art. 97 de la Constitución italiana y los intereses de los administrados con la necesidad de impedir que, en relación con método de actuación administrativa, el riesgo de la actividad administrativa sea percibido por el agente público tan alto como para actuar de modo desincentivante de la acción, comprometiendo en este caso el progreso. Este punto de equilibrio tiene una

[3] P. MADDALENA, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa*, en *Lexitalia.it*, 1, 2002, *passim;* A. POLICE, *La disciplina della responsabilità amministrativa e la natura della responsabilità amministrativa*, en *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, editado por F.G. SCOCA, Padova, 1997, 61 ss.

[4] G. TERRACCIANO, *Una nuova configurazione della responsabilità erariale funzionale all'autonomia decisionale dei funzionari pubblici in coerenza con i principi del risultato e della fiducia*, en *Amministrativamente*, 3/2023, 1275-1290.

[5] M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Nuovi problemi di amministrazione pubblica, 6, 04/2003, Torino, XII-300.

[6] D. PALUMBO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132/2024: verso un nuovo punto di equilibrio nella ripartizione del rischio tra la P.A. e l'agente pubblico?*, en *Giustizia insieme*, 18 novembre 2024, *passim*.

ISSN 2036-7821

naturaleza dinámica, ya que se va modulado, según el contexto institucional, jurídico e histórico en el que opera el agente público el equilibrio que el legislador que pretende llevar a cabo su labor respetando el límite de razonabilidad.

2. El "estado" actual de la administración pública y el contexto en el que opera funcionario público en Italia, o la "fatiga de administrar"

En las décadas posteriores a la reforma de la responsabilidad administrativa de 1994[7] la complejidad del entorno en el que actúan los agentes públicos se ha hecho aún mayor, a nivel institucional, legal y factual, lo que dificulta las decisiones administrativas en las que se expresa discrecionalidad y los errores, incluso los graves, son más fáciles de cometer.

A este respecto basta recordar algunas tendencias. En primer lugar, debe subrayarse como la identificación de las reglas que se aplicarán al caso específico es extremadamente problemática y a menudo no da lugar a resultados inequívocos, debido a un sistema jurídico multinivel en el que operan fuentes de diferentes orígenes (eurounitario, estatal, regionales y locales), a menudo no coordinados entre sí. A esto se suman las dificultades de interpretaciones derivadas de una producción legislativa caótica, alimentada por el "hambre de normas" de las sociedades modernas y por el uso frecuente en la ley de "compromisos dilatadores", que transfieren la tarea de determinar la estructura de intereses y necesidades en conflicto.

En segundo lugar, es útil tener en cuenta los constantes recortes de recursos financieros, humanos e instrumentales de las administraciones, debido a las notorias necesidades presupuestarias, en presencia de una deuda pública muy elevada.

La administración con medios a menudo inadecuados aumenta el riesgo que el empleado público cometa un error, el cual podría calificarse en el contexto de responsabilidad administrativa como negligencia grave[8].

En tercer lugar, hay algunas tendencias estructurales de las sociedades actuales y de sus sistemas administrativos. Por un lado, el pluralismo social y el pluralismo institucional se proyectan en los procedimientos administrativos y en las instituciones públicas, lo que lo hace cada vez más problemático y expuesto a la impugnación de la ponderación de estos intereses en la que se resuelve el ejercicio de la discrecionalidad administrativa[9]. Por otro lado, está la multiplicación de los riesgos provocados por la propia actividad humana y que muchas veces son consecuencias no deseadas del desarrollo tecnológico y económico: riesgos

[7] Legge 14 gennaio 1994, n. 20, *Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti*.

[8] A. RIPEPI, *La sentenza n. 132/2024 della Corte costituzionale e la "fatica dell'amministrare": alcune proposte operative per un cambio di paradigma*, en *Rivista della Corte dei Conti*, 2/2025, 38-50.

[9] L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e principio del risultato*, en *PA Persona E Amministrazione*, Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia, I - Sezione monografica, v. 14. n. 1, 2024, 69-96.

ISSN 2036-7821

ambientales, de salud, relacionados con el clima, vinculados a la dinámica de las cadenas globales de valor, financieros, relacionados con la seguridad pública, etc. Así se impone la carga al agente público de difícil elección entre cuál de las dos debe favorecer considerando la necesidad de precaución, con sus costes, es decir, el de fomentar la iniciativa económica, la creación de empleo y la recaudación de recursos en los mercados financieros, en general, todas las actividades que, en caso de realización de es probable que algunos de los riesgos mencionados causen daños a la administración y a la comunidad[10].

3. La función disuasoria de la responsabilidad administrativa y la visión expansiva de las consecuencias de la "burocracia defensiva"

No puede materializarse, en el nivel específico del elemento subjetivo, en un régimen ordinario que limita la responsabilidad administrativa a la única hipótesis de fraude. En este caso, de hecho, no se realizaría distribución razonable del riesgo, que en cambio sería asumido absolutamente por la comunidad, la cual debe soportar íntegramente los daños causados por el agente público. Un comportamiento macroscópicamente negligente no sería desanimado y, por tanto, la función disuasoria de la responsabilidad administrativa, fundamental para el buen desempeño de la administración, sería así irremediablemente debilitada[11].

Sin embargo, es diferente cuando la disciplina se limita únicamente a los casos de fraude, el elemento subjetivo de la responsabilidad concierne exclusivamente a un número limitado de agentes públicos o determinadas actividades administrativas, que cuando surjan por sus características intrínsecas, el grado de riesgo de daño tan alto que resulta desalentador actuar sistemáticamente y dar lugar a una "administración defensiva"[12].

Esta última no es necesariamente anidada sólo en actividades procesales o provisionales o en actividades de grandes centros de toma de decisiones, pero es capaz de afectar transversalmente a todo el funcionamiento del sector público administrativo[13]. Esto - en el contexto tan peculiar dado y junto con la dificultad objetiva de identificar ex ante y exhaustivamente las actividades de respuesta inmediata a la urgente necesidad de promover la recuperación económica - no hace que sea manifiestamente incongruente la opción legislativa inicial de luchar "a gran

[10] F. LIGUORI, *Questione amministrativa e Corte dei conti*, en *Amministrativ@mente*, 4/2024, 1326-1339.

[11] V. TENORE, *La "paura della firma" e "la fatica dell'amministrare" tra mito e realtà: categorie reali o mera giustificazione per l'impunità normativa degli amministratori pubblici? dalla "Corte dei conti" alla "Corte degli sconti"*, en *Rivista della Corte dei conti*, 1/2025, 1-12.

[12] G. BOTTINO, *La burocrazia «difensiva» e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, en *Analisi Giuridica dell'Economia, Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, 1/2020, 117-146.

[13] S. BATTINI, *Burocrazia difensiva e responsabilità amministrativa: la sentenza "Pitruzzella"*, en *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2025, 73-85.

ISSN 2036-7821

escala" contra la "burocracia defensiva"[14], generar un clima general de confianza entre los agentes públicos, encaminado a fomentar el impulso de toda la maquinaria administrativa[15].

4. De iure condendo

La consolidación de la gestión de resultados y los cambios en los elementos estructurales del contexto institucional, legal y social en el que opera, como ya lo he destacado, justifican la búsqueda, una vez que sea plenamente operativa, de nuevos puntos de equilibrio en la distribución del riesgo de la actividad entre la administración y el agente público, con el objetivo de hacer de la responsabilidad un estímulo y no un desincentivo para la acción. A falta de similares intervenciones, el fenómeno de la "burocracia defensiva", tras la expiración del régimen provisional objeto de la disposición impugnada, estaría destinado a ampliarse nuevamente y la percepción por parte del agente público de un exceso de disuasión ralentizaría la acción administrativa. Se vería perjudicado, el principio constitucional del buen desempeño de la administración pública, incluidos también otros intereses constitucionales relevantes.

Por lo tanto, se requiere una reforma integral de la responsabilidad administrativa[16] para restablecer la coherencia entre su disciplina y las tantas veces referidas transformaciones de la administración y el contexto en el que debe operar. El legislador no podrá limitar, como se enfatiza cuidadosamente en este artículo científico, el elemento subjetivo de la intención - limitación que tiene - encontró

---

[14] L. LORENZONI, *Prospettive di riforma della responsabilità amministrativo-contabile per contrastare la cosiddetta "burocrazia difensiva"*, en *Continuità e discontinuità nella finanza pubblica italiana nel contesto post-pandemico. Opportunità di riforma o risposte contingenti?*, 2024, *passim*.

[15] Hoy más que nunca, la burocracia parece ser un problema ancestral, y la percepción colectiva es la de una administración como un aparato ineficiente, incapaz de responder a las necesidades de la comunidad, que requiere una reforma integral. Este problema, ciertamente no nuevo, ha cobrado relevancia en el período pospandémico, que inevitablemente trajo consigo una grave crisis económica, seguida de la necesidad de promover la revitalización de la economía nacional mediante intervenciones regulatorias específicas. Entre estas, una de las más controvertidas introdujo cambios significativos en la cuestión de la responsabilidad administrativa: la "intentio legislatoris" busca aliviar la carga de los funcionarios, ya que, en medio del equilibrio de los múltiples intereses en torno a la implementación del PNRR, la preocupación emergente es evitar la paralización de la actividad administrativa. El ensayo, a través de la clave interpretativa ofrecida por la intervención consultiva conjunta de las Secciones, pretende investigar este complejo fenómeno, ofreciendo además una perspectiva *de condito* y *de iure condendo* sobre la posible reexpansión de la jurisdicción ordinaria con respecto a la jurisdicción contable en relación con la comisión de agravio caracterizado por negligencia calificada. Ver F. A. CANCILLA, S. GRECO, *Burocrazia difensiva e responsabilità amministrativa: criticità, attualità e prospettive dell'illecito erariale*, en *Rivista della Corte dei Conti*, 2/2025, 18-37.

[16] M. T. POLITO, *La Riforma della Corte dei conti. Si smantellano le funzioni per valorizzare l'esimente relativa alla responsabilità erariale a danno dei cittadini*, en *Giustizia insieme*, 7 aprile 2025, *passim*; V. TENORE, *Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole, e più non dimandare: lo "scudo erariale" è legittimo perché temporaneo e teso ad alleviare "la fatica dell'amministrare", che rende legittimo anche l'adottando progetto di legge Foti C1621*, en *Rivista della Corte dei conti*, n. 4/2024, 195-209.

ISSN 2036-7821

justificación exclusivamente en una disciplina provisional basada en la características peculiares del contexto de emergencia pandémica mencionado, pero puede, en el ejercicio de la discreción responsable, basarse en el conjunto de propuestas ilustradas en los numerosos análisis de aspectos científicos de la materia, modulándolos además de forma conjunta y considerando diferentes perfiles del elemento psicológico, con el fin de hacer más equitativa la distribución del riesgo de daño, aliviando así el esfuerzo de administrar sin disminuir la función disuasoria de responsabilidad administrativa.

Se hace referencia, en primer lugar, a la hipótesis de una adecuada tipificación de negligencia grave ya conocida en sectores específicos del ordenamiento jurídico, dado que, como se ha dicho, la incertidumbre sobre su declinación real confiada a la obra póstuma de el juez es uno de los aspectos más temidos por los administradores.

Otra hipótesis para considerar con cuidado es la generalización de una medida ya prevista para algunas especificaciones categorías, es decir, la introducción de un límite máximo más allá del cual se produce el daño, por razones de equidad en la distribución del riesgo, no se transmite al empleado público, sino que sigue siendo responsabilidad de la administración en cuyo interés actúa, se trata de una medida que puede ir acompañada también la provisión de cuotas de la deuda compensatoria. La oportunidad de los llamados "techos" no puede excluirse debido a la existencia del mencionado poder reductor, ya que dado que el primero, establecido ex ante por el legislador, sería obligatorio para todos, mientras que el segundo se deja fisiológicamente a una apreciación discrecional[17] *ex post* de la juez contable.

Más bien, sería útil evaluar también una modificación de la regulación de poder reductor, previendo, además de las actuales hipótesis generales confiadas a la discreción del juez, otros casos obligatorios tipificados normativamente en los requisitos previos. Asimismo, digno de consideración podría ser el fortalecimiento de las funciones de control de la Tribunal de Cuentas, con la combinación simultánea de una exención de responsabilidad por negligencia para aquellos que siguen sus instrucciones. Otro aspecto que se podría tener en consideración, en interés tanto del agente público como de la propia administración perjudicada, es el incentivo de las pólizas de seguros (que, en la actualidad, no son obligatorios), incentivos, además, que ya ha sido utilizado, como se ha mencionado, por nuevo Código de contratos públicos D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 y modificaciones posteriores[18]. Nuevamente,

[17] F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, en *Federalismi*, 19/2024, 121-136.

[18] H. BONURA, *La paura della firma e la "nuova" responsabilità amministrativa: il decreto Semplificazioni tra equilibri ed equilibrismi (primo commento agli articoli 21 e 22 del "decreto Semplificazioni")*, en D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. STORTO, *I contratti pubblici dopo il decreto Semplificazioni. Le principali novità in materia di contratti pubblici, responsabilità, controlli, procedimento e processo, tra emergenza e sistema "a regime"*, Piacenza, 2020, 87 ss.

ISSN 2036-7821

como ya se señaló, se podría considerar exclusión excepcional de responsabilidad por negligencia para categorías específicas de públicos empleados, incluso sólo en relación con ciertos tipos de actos, debido a la naturaleza particular complejidad de sus funciones o tareas y/o el alto riesgo financiero asociado.
Por último, el legislador podría intervenir para evitar la posible multiplicación de responsabilidad de los administradores por los mismos hechos materiales y muchas veces no coordinada entre ellos.
El breve análisis de la sentencia propuesta anteriormente pretende centrarse, como se ha anticipado, en los perfiles de impacto sistemático determinado por el examen de reglas excepcionales de aplicación temporal limitada.
La sentencia constituye, en verdad, un importante punto de fracaso en el amplio debate doctrinal relativo al mantenimiento del actual modelo de responsabilidad administrativa y disciplinaria[19] y relacionadas las propuestas de reforma regulatoria si como un ejemplo relevante de "sentencia de advertencia" (*rectius*: "sentencia de advertencia de política legislativa"), tipo de pronunciaciones siempre sujetas a constante reflexión interpretativa.
Una vez más, en la primera lectura no puede dejar de quedar claro cómo la misma frase conducirá más una de una ocasión a reflexionar sobre temas clásicos, cíclicamente a la atención del intérprete[20] y del operador del derecho administrativo y disciplinario[21].
Por último, las repercusiones de la sentencia en el comentario sobre lo concreto parecen igualmente significativas en el concreto ejercicio de la competencia contable[22].

5. Breves notas sobre la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos en América Latina y sobre el enfoque de la administración por resultados

La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos en América Latina ha sido un tema crucial, especialmente en el contexto de lucha contra la corrupción[23] y la

[19] E. D'ALTERIO, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare*, en B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO (editado por), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 211-233.
[20] Ver el reciente trabajo científico de G. TROPEA, *Un nuovo super-principio?*, en *Diritto Processuale Amministrativo*, Anno XLIII, 2, 2025, 463-488.
[21] B. G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007, 1-211.
[22] L. BALESTRA, *Per un ripensamento della responsabilità erariale e, più in generale, delle funzioni della Corte dei conti*, en *Giurisprudenza italiana*, 10/2024, 2166-2169.
[23] R. CARREÑO PIZARRO, *Corrupción y administración pública: una necesaria revisión al sistema*, 29 octubre 2024, en *www.ciperchile.cl*, cree necesario revisar el sistema público para incorporar cambios que rompan la actual cultura organizacional, modernizar la gestión pública para lograr un aparato público que sea eficiente, eficaz, transparente y probo, fortaleciendo toda medida que propenda a la integridad pública no sólo dirigida hacia la dotación de personal "permanente "de las instituciones públicas, sino también, y principalmente, hacia las autoridades y los equipos que se incorporan al sistema con cada gobierno, los que también deberían ser limitados hasta cierto nivel jerárquico que no afecte el funcionamiento normal y permanente del aparato público. Se deben

ISSN 2036-7821

necesidad de mejorar la gestión pública.

Se destaca la importancia de la profesionalización a través de la formación, la transparencia y la rendición de cuentas.

En el caso de los servidores públicos, la ley que regula las responsabilidades administrativas es la Ley General de Responsabilidades Administrativas LGRA vigente a partir del 19 de julio de 2017[24], que disciplina, como su nombre lo indica, las responsabilidades administrativas de los servidores públicos.

La Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, ordenamiento abrogado por la LGRA, continúa aplicándose para procedimientos iniciados al amparo de esta[25].

En el ámbito de la Administración Pública Federal, son autoridades competentes para aplicar la Ley: la Secretaría de la Función Pública, los Órganos internos de control que existen en cada institución pública, la Auditoría Superior de la Federación, y, para los casos graves, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

La responsabilidad administrativa, también llamada disciplinaria[26], se refiere a la obligación de los funcionarios públicos de actuar conforme a la ley y los principios de la administración pública, respondiendo por los daños que puedan causar en el ejercicio de sus funciones[27]. Esta responsabilidad puede ser: responsabilidad personal, cuando el funcionario actúa con dolo o culpa en la comisión de un acto ilícito; responsabilidad objetiva, cuando la responsabilidad se establece por el daño causado, sin necesidad de demostrar dolo o culpa.

---

fortalecer además las unidades de control al interior de las instituciones con un cambio de dependencia, pasando de la dependencia del Jefe de Servicio a la dependencia jerárquica del Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno (CAIGG) o, más aún de la Contraloría General de la República. No se puede quedarnos solo en el castigo (procesos disciplinarios), se debe intervenir la organización y su gestión introduciendo medidas que lleven a mejorar el sistema y que permita recuperar la legitimidad del mismo ante la opinión pública. En Italia, ver para todos con fines comparativos, E. CARLONI, *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR*, en *Dir. Amm.*, n. 3/2022, *passim*.

[24] Última reforma publicada en DOF 02-01-2025, in *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGRA.pdf*.

[25] Comparar LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982, última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 01 de abril de 2024.

[26] J. VARGAS MORGADO, *Impertinencia del principio di tipicidad en las sanciones de derecho administrativo a los servidores públicos*, en *El derecho administrativo ante la crisis actual del estado liberal*, coord. por J. FERNÁNDEZ RUIZ, T. RENDÓN HUERTA BARRERA, Campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, ASOCIACIÓN MEXICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO MUNICIPAL, Primera edición, noviembre de 2018, Ciudad de México, 467-477.

[27] R. RIVERO ORTEGA, *¿Cómo probar la culpabilidad para exigir responsabilidades a los servidores públicos?*, en *Revista Digital de derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 32, jun. 2024, 69-90, observa que la exigencia de responsabilidades a los servidores públicos debería respetar las garantías propias del Estado de derecho. Contra la manipulación política de los procesos y también frente a la impunidad, una correcta aplicación de las reglas probatorias favorecería la seguridad jurídica y la confianza en la rendición de cuentas. El Autor examina cómo la prueba de conocimiento del carácter ilícito de las conductas de servidores públicos puede lograrse a través advertencias desatendidas, señales de alarma insertas en los procedimientos administrativos.

ISSN 2036-7821

El enfoque de la administración por resultados, los funcionarios son evaluados no solo por lo que hacen, sino por los resultados que logran en la consecución de objetivos públicos.
Además, se hace hincapié en la gestión eficiente: el objetivo es optimizar el uso de los recursos públicos para lograr mejores resultados al menor coste.
Nuevamente, existe un objetivo de mejora continua, como se busca identificar áreas de mejora en la gestión pública para lograr un mayor impacto en la calidad de vida de la población.
En América Latina, en línea con lo observado hasta ahora, la responsabilidad administrativa es un tema de especial importancia debido a alta percepción de corrupción: a pesar de que la conciencia sobre los procesamientos por corrupción ha mejorado, la percepción de altos niveles de corrupción[28] sigue siendo un desafío. Además, existe la necesidad de transparencia y rendición de cuentas, fundamentales para garantizar la confianza de la ciudadanía[29] en la administración pública[30].
Lo que, es más, en lo que se refiere a los desafíos en la gestión pública, la ineficiencia, la falta de profesionalización y la falta de participación ciudadana dificultan la promoción del desarrollo social, económico y sostenible.
Específicamente, en Ecuador, la responsabilidad administrativa de los servidores públicos se vincula a la protección de derechos constitucionales como el debido proceso y la seguridad jurídica. Doctrina ilustre[31] analiza el marco normativo y su aplicación, identificando la determinación de responsabilidades por parte de la Contraloría General del Estado (CGE). Mediante una metodología teórico-documental (inductivo-deductivo, analítico-sintético y hermenéutico-jurídico), se examinan casos como la Sentencia n. 1123-17-EP/22, donde la Corte Constitucional evidenció arbitrariedades en decisiones de la CGE, como la inversión indebida de la carga probatoria y la falta de motivación en resoluciones. Los resultados revelan que la vaguedad normativa y la discrecionalidad en procedimientos administrativos

[28] AA. VV., *Encuesta sobre Corrupción en América Latina*, 2024, 1-67, en *www.millerchevalier.com*.

[29] G. SCHEIBLER, *Gordillo, La Participación Ciudadana Y La Nueva Reforma A La Ley De Procedimientos Administrativos*, en G. SCHEIBLER ET M. R. SPASIANO (editado por), *Studi in memoria di Agustín A. Gordillo*, ASSOCIAZIONE ITALO-ARGENTINA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, Editoriale Scientifica Napoli, 2025, 535-552.

[30] R. D. PRADO LAFUENTE, *Retos actuales de la administración pública en América latina. Current challenges of public administration in latin america,* en *REBA. Revista Boliviana de Administración,* Volumen 6, Número 5 / enero – junio 2024, 15-29, *https://revistareba.org/*, destaca que la administración pública latinoamericana enfrenta constantes retos para alcanzar la sostenibilidad de sus proyectos nacionales, entre los que se encuentran: lograr una administración pública profesional, eficiente, transparente, abierta e innovadora; alcanzar los niveles pertinentes de profesionalización y capacitación del personal, así como el incremento de la efectividad del combate a la corrupción.

[31] T. J. HEREDIA DE LA CRUZ, M. J. ALVEAR CALDERÓN, *Responsabilidad administrativa en el servicio público conforme a los Derechos Constitucionales en Ecuador*, en *Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas*, volumen 8, no. 29, abril-junio 2025, 687-700.

ISSN 2036-7821

comprometen derechos fundamentales. Se concluye que es esencial armonizar leyes, fortalecer protocolos de transparencia y capacitar a los funcionarios para garantizar sanciones proporcionales, procesos equitativos y el respeto a los principios constitucionales.

En cambio, en Chile la responsabilidad administrativa es relativa a la infracción de las normas estatutarias. En este sentido, se encuentra restringida a los funcionarios afectos a las normas estatutarias y no es de carácter general. Se trata de una consecuencia jurídica que deriva de una infracción a los deberes y obligaciones a las cuales se encuentran sujetos los funcionarios públicos. Las formas de hacer efectiva la responsabilidad administrativa son a través de dos mecanismos:

1. Investigación sumaria: opera respecto de la investigación de hechos de poca gravedad o cuando la ley ordena expresamente emplear este tipo de procedimiento disciplinario. Su instrucción será dispuesta por el Jefe Superior del Servicio, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales descentralizados, según corresponda, y su resultado no puede ser la destitución, a menos que la ley lo autorice (artículos 126 y siguientes de la Ley N°18.834);
2. Sumario administrativo: se instruye este proceso para investigar hechos de gravedad o cuando la ley ordena expresamente este tipo de proceso sumario. Su instrucción es dispuesta por el Jefe Superior de la Institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de los servicios nacionales desconcentrados, según corresponda (artículos 128 y siguientes de la Ley N°18.834)[32].

Aún, a modo de ejemplo, en Perú la sanción por la responsabilidad administrativa de servidores públicos deriva de la ley pertinente al caso, según lo establece el tercer párrafo del Artículo 41 de la Constitución Política del Perú: «La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública». Según la naturaleza de la infracción se tiene responsabilidad administrativa disciplinaria o responsabilidad administrativa funcional.

La responsabilidad administrativa disciplinaria es regida por Ley Nº 30057 desde 14 de setiembre de 2014 y por Directiva Nº 02-2015-servir; contempla sanciones que van desde la amonestación verbal hasta destitución pasando por amonestación escrita y la suspensión sin goce de remuneraciones.

En el régimen de responsabilidad administrativa funcional, si la falta es contra la entidad en la que el funcionario desarrolla sus funciones, corresponde el trámite de un procedimiento disciplinario. En cambio, si la falta es grave de modo que se llega a contravenir el ordenamiento jurídico administrativo y no solo a las normas internas de la entidad pública se incurre en responsabilidad funcional o responsabilidad por

[32] M. S. Mortera De Iruarrizaga, *Responsabilidad del personal del Estado*, en *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Asesoría Técnica Parlamentaria*, Abril 2025, 1-14.

ISSN 2036-7821

daño a la eficiencia o funcionamiento del Estado[33].

La doble función de los funcionarios públicos en Perú requiere un equilibrio entre su rol en lo público y lo privado. Estos servidores tienen dos responsabilidades esenciales: una como representantes del Estado encargados de la gestión pública, y otra como ciudadanos con derechos y obligaciones en su vida privada. Esta dualidad exige que actúen con imparcialidad, transparencia y responsabilidad, siempre orientados al bienestar común y al respeto de los intereses colectivos, sin menoscabar sus derechos personales.

La obligación de servicio público está estrechamente vinculada al principio de legalidad, lo que implica que los funcionarios deben desempeñar sus funciones dentro del marco legal, respetando principios constitucionales como la legalidad, la eficiencia y la transparencia en la administración pública. La doble función refuerza la necesidad de cumplir con las normas legales y éticas, previniendo conflictos de interés y el uso indebido de recursos públicos para fines personales.

Este principio es esencial para el buen funcionamiento del Estado, ya que no solo promueve una gestión eficaz de los recursos públicos por el resultado, sino también un compromiso ético con la justicia, la transparencia y el bienestar común. Sin embargo, problemas como la corrupción, los conflictos de intereses y la desigualdad en la aplicación de la ley siguen siendo retos importantes que afectan su cumplimiento.

Por tanto, es fundamental fortalecer la ética pública mediante una formación adecuada, el establecimiento de controles eficaces y la promoción de la participación ciudadana. Sólo mediante estos esfuerzos se puede avanzar hacia una administración pública más justa, eficiente, orientada a resultados y legítima, capaz de satisfacer las necesidades de la sociedad peruana[34].

5.1 Mejoras y Desafíos

La administración por resultados requiere de mecanismos de supervisión y control para asegurar que los funcionarios públicos cumplan con sus responsabilidades y logren los resultados esperados.

La evaluación de los resultados es fundamental para identificar áreas de mejora y para ajustar las estrategias de gestión.

En 2024, se ha avanzado en algunos aspectos en relación con una mayor conciencia sobre los procesamientos: un 75% de los encuestados manifestó estar consciente de que los delincuentes están siendo procesados por corrupción.

---

[33] Y. M. YARANGA SERRANO, G. CASTILLO AQUIÑO, R. I. CORTEGANA MORENO, *La responsabilidad administrativa funcional de los servidores públicos en el Perú*, en *Revista de Administración "Impulso"*, Volumen 4, Número 7 / Julio - diciembre 2024, 213 – 224.

[34] S.A. MEDINA GONZALES, P. LEON CRISPIN, *Los principios de la doble función del funcionario público*, en *Revista Tribunal*, Potosí, v. 5, n. 10, Enero 2025, 515-525.

ISSN 2036-7821

Además, se ha propuesto fortalecer las unidades de control al interior de las instituciones públicas, buscando una mayor independencia y eficacia.
En ese tiempo, se requiere un cambio de paradigma en la gestión pública, que incorpore enfoques interdisciplinarios, el uso de tecnologías y la participación ciudadana.

6. El futuro de la responsabilidad administrativa por resultados

Para el futuro, se destaca la necesidad de profesionalizar la administración pública, a través de la formación y la capacitación de los servidores públicos[35].
También es apropiado fortalecer la transparencia y la rendición de cuentas, publicando información relevante y facilitando el acceso de la ciudadanía[36].
De nuevo, es fundamental promover la participación ciudadana, involucrando a los ciudadanos en la toma de decisiones y en el control de la gestión pública[37].
Combatir la corrupción es posible, con una estrategia integral que involucre la prevención, la persecución y la sanción.
En resumen, hoy en día la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos en América Latina es un tema clave para la mejora de la gestión pública, la lucha contra la corrupción[38] y la construcción de una sociedad más justa y equitativa, también basado en la ética[39].
La implementación de la administración por resultados requiere un cambio cultural en la Administración Pública, que implique una mayor orientación hacia los resultados y una mayor responsabilidad en la gestión de los recursos públicos.
En conclusión, la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos en el modelo de administración por resultados en América Latina se enfoca en la consecución de metas y la gestión eficiente de los recursos públicos, buscando una mayor transparencia, participación y mejor calidad de vida para la población[40].

---

[35] OCDE, *Panorama de las Administraciones Públicas: América Latina y el Caribe 2024*, OECD Publishing, 2024, en *https://doi.org/10.1787/0f191dcb-es*.

[36] F. MARIÑEZ, *Innovación pública en América Latina: conceptos, experiencias exitosas, desafíos y obstáculos. Revista de Gestión Pública*, VI (1), 2017, 5-18, en *https://doi.org/10.22370/rgp.2017.6.1.2212*.

[37] N. CARDOZO, *Estado, administración y políticas públicas en América Latina. Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, 20(39), 2020, 11-34.

[38] I. A. DAMSKY, *Sobre el discurso jurídico anticorrupción dentro de un sistema que la promueve*, in AA. VV., *Ética pública y sistemas de responsabilidad del Estado y del agente público*, Derivaciones del III Seminario de Actualización en Derecho Administrativo, coord. por M. R. ESPINOZA MOLLA, G. F. RIZZI, 1ª. Ed. La Plata, Universidad Nacional de La Plata, 2017, 166-204.

[39] S. CASSESE, *Varcare le frontiere. Un'autobiografia intellettuale*, en *Collana Orizzonti*, Mondadori, 3 settembre 2024, 1-288.

[40] J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano, A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012, 13-50.

ISSN 2036-7821

7. Gestión pública para resultados como clave del desarrollo sostenible

La Administración Pública ha tenido que adaptarse a cambios que plantean innumerables desafíos. En este esfuerzo, se han implementado múltiples formas de gestión y experimentos, algunos exitosos, otros no tanto; pero todos, de alguna manera, forman parte del proceso evolutivo de la gestión pública a nivel global y, por lo tanto, han sido debidamente documentados y estudiados desde la perspectiva de enfoques científicos, económicos y administrativos.

Para fines de reconstrucción histórica, vale la pena recordar que en los albores de la década de 1980 los estados y las sociedades, especialmente en América Latina, empiezan a enfrentar un delicado fenómeno: inestabilidad económica, mayor demanda de servicios por parte de la ciudadanía y menos recursos para financiar la adecuada prestación de estos servicios; esta situación contrastaba con lo que había ocurrido años antes, pues, aunque se había producido una expansión importante de las actividades administrativas del Estado, el crecimiento económico sostenible de los países permitía disponer de los recursos suficientes para sostenerlas. A partir de la fecha indicada, los países entraron, de forma abrupta, en una crisis fiscal que cambió totalmente el escenario de los gobiernos y de la Administración Pública.

Este periodo se caracterizó, concretamente, por una importante brecha entre las demandas sociales y la capacidad del Estado para responder. Esto motivó el inicio de un proceso de reforma y modernización dirigido a lograr una mayor eficiencia de las instituciones estatales. La idea era que los entes y órganos se involucraran en una dinámica tendente al logro de resultados que pudieran impactar en el bienestar de la gente, lo que debía constituirse en el indicador natural de eficiencia de la gestión estatal, en lo ateniente al uso de los recursos públicos.

Es en este contexto de reforma estatal que surge la Nueva Gestión Pública (NGP), con el objetivo de provocar cambios profundos en las formas de gestionar lo público; con ella se procuraba insertar prácticas de gestión, propias del ámbito privado, en el sector público. Para esta misma época, específicamente a partir de 1990, muchos de los Países de la región latinoamericana y caribeña se habían sumergido en un proceso de reforma legal e institucional, por lo que se vieron impactados, necesariamente, por los enfoques de la NGP.

Es aquí donde aparece con gran impulso en la Región el bien conocido enfoque Gestión para Resultados en el Desarrollo (GpRD)[41], que, si bien fue concebida anteriormente para los países desarrollados, hacía parte del paquete de reformas estructurales que se imponían a nuestros Países desde los centros del poder internacional. El enfoque de GpRD promovió en sus orígenes prácticas gerenciales en

[41] G. MONTERO, *Gestión pública para resultados como clave del desarrollo sostenible*, 10 de Abril del 2025, Gobierno de la República Dominicana, Instituto Nacional de Administración Pública, DEPARTAMENTO DE COMUNICACIONES INAP.

ISSN 2036-7821

el sector público que impactaban la forma de organizar la Administración Pública y las modalidades de entrega de los servicios públicos, fundamentándose en una corriente economicista y de discrecionalidad gerencial, bajo el argumento de la eficiencia y la eficacia administrativas.

La Gestión Pública para Resultados de Desarrollo pretendía convertirse en un instrumento para la transformación social e institucional al servicio del cumplimiento de los programas de gobierno, con base en el diseño y rediseño de procesos que facilitaran la toma de decisiones y su puesta en marcha, y con ello, según intención expresada, agregar valor público a los procesos de gestión estatal. Propuso interesantes herramientas para el seguimiento y evaluación de políticas públicas y la gestión gubernamental desde perspectivas más objetivas; de la misma manera, procuraba recuperar la confianza perdida de la ciudadanía en las instituciones públicas.

El modelo conceptual en que se sustenta el enfoque de la gestión basada en resultados, válido y replanteado en la actualidad, aunque requiere de serias y profundas adaptaciones, comporta ejes como la planificación orientada a resultados de corto, mediano y largo plazo, que no es otra cosa que la agenda pública que traza las pautas que orientan la gestión gubernamental. Aquí la necesaria visión estratégica y prospectiva de la planificación, en el que la participación social juega un rol determinante.

En el modelo de la GpRD se hace un énfasis particular en la gestión financiera, en la auditoría y en los sistemas de contrataciones públicas, pues aportan, respectivamente, los elementos jurídicos, técnicos, administrativos y de control que garantizan la captación de recursos públicos, su buen uso y la dotación de los bienes, obras y servicios que las instituciones estatales requieren para atender de forma adecuada el interés general y los servicios públicos y trámites.

Así mismo, la evaluación para resultados, como es natural, otorga importancia y aporta herramientas de monitoreo y evaluación de la gestión y metodologías para la construcción de indicadores, como vía para recopilar y disponer de datos e informaciones confiables que permitan a las instituciones verificar sus avances en la gestión y la obtención de resultados, tomar decisiones más acertadas e implementar acciones de mejora.

Todo esto se ha visto sellado con la aprobación por ley de la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030[42], que resulta ser un esfuerzo de sistematización de todo el esfuerzo

[42] La Ley Orgánica de la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030 (END 2030), identificada como la Ley 1-12, es el marco legal dominicano que define el futuro deseado para la República Dominicana, buscando un país próspero, justo y con igualdad de oportunidades para todos, garantizando servicios básicos y desarrollo social, y articulando las políticas públicas nacionales a través de planes plurianuales y presupuestos para alcanzar estos objetivos a largo plazo. Ver Observatorio Regional de Planificación para el Desarrollo de América Latina y el

ISSN 2036-7821

realizado, colocando en perspectiva la agenda a largo plazo de la Administración Pública, la que, bajo la idea de continuidad del Estado, tiene efecto vinculante y obliga a todos los gobiernos.

Como se puede notar, aunque manteniendo un enfoque de gestión pública para resultados de desarrollo, adaptada a los desafíos de hoy, queda claro que hay un nuevo componente, que es el enfoque de ciudadanía, por lo que se trata de gestión y producción de resultados con la mirada puesta en el desarrollo sostenible y el bienestar de la gente.

Caribe, 2012, en *https://observatorioplanificacion.cepal.org/es/marcos-regulatorios/ley-organica-de-la-estrategianacionaldedesarrollo de-la-republica-dominicana.*

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Direttiva UE in materia di lavoro tramite piattaforme digitali: prime riflessioni in vista del recepimento in Italia

di Gabriele Fava

(Presidente dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale)

Sommario

1. Introduzione - 2. Il testo della Direttiva - 3. I possibili riflessi nel quadro nazionale.

Abstract

The adoption of Directive (EU) 2024/2831 on platform work—approved on October 23, 2024, and officially entering into force on December 1 of the same year—has reignited the debate, both nationally and internationally, regarding the conditions of workers who perform their services through such platforms. This debate appears unlikely to end any time soon, given that Member States—including Italy—have until December 2, 2026, to implement the directive's content and adapt their domestic legislation to its provisions. The Ministry of Labor also subsequently intervened in the debate, clarifying—without intending to preempt the national legislator's decisions and pending the directive's transposition—the need to clarify the classification and protections applicable to the work performed by cycle couriers working on digital platforms. In this context, the Ministry has therefore deemed it appropriate to reiterate that, like any other form of work activity, that of cycle couriers can also fall within the scope of self-employment or employment, depending on the specific methods of carrying out the service.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

L'adozione della direttiva (UE) 2024/2831 in materia di lavoro mediante piattaforme digitali - approvata il 23 ottobre 2024 ed entrata ufficialmente in vigore il 1° dicembre dello stesso anno - ha contribuito a riaccendere, anche entro i confini nazionali, il dibattito relativo alle condizioni dei lavoratori che svolgono la propria prestazione attraverso dette piattaforme. Dibattito che non sembra destinato ad esaurirsi nel breve, considerato che gli Stati membri - e, quindi, anche l'Italia - avranno tempo sino al 2 dicembre 2026 per recepire il contenuto della direttiva e adattare il proprio ordinamento interno a quanto ivi previsto. Anche il Ministero del Lavoro è successivamente intervenuto nel dibattito, precisando – pur senza voler anticipare le scelte del legislatore nazionale e in attesa del recepimento della direttiva – la necessità di chiarire la classificazione e le tutele applicabili al lavoro svolto dai ciclofattorini attivi sulle piattaforme digitali. In tale contesto, il Ministero ha quindi ritenuto opportuno ribadire che, come ogni altra forma di attività lavorativa, anche quella dei ciclofattorini può rientrare nell'ambito del lavoro autonomo o subordinato, a seconda delle concrete modalità di esecuzione della prestazione[1].

Appare sin superfluo rilevare che il lavoro mediato da piattaforme digitali non si limiti all'ormai nota figura dei "*riders*", ma coinvolga una gamma ben più ampia e diversificata di settori, altrettanto diffusi: si pensi, ad esempio, al lavoro editoriale, alla guida di taxi, al turismo, ai servizi di *baby-sitting*, all'assistenza agli anziani sino ad arrivare, addirittura, alla consulenza legale. Fenomeno che, lungi dal riguardare realtà ristrette e marginali, ad oggi investe 28 milioni di lavoratori nella sola Unione europea, operanti per circa 500 piattaforme digitali, e che, secondo le stime, potrà arrivare a coinvolgere, nel breve, sino a 43 milioni di lavoratori[2].

La naturale assenza di stabilità e di garanzie di impiego che contraddistingue tale modalità di prestazione dell'attività lavorativa ha reso inevitabile l'intervento del legislatore, sia entro i confini nazionali che oltre, il quale, sin dalle fasi iniziali del fenomeno, è sceso in campo a più riprese nella regolamentazione della c.d. "*Gig Economy*" (o, per dirla all'italiana, "economia del lavoretto"). Come noto, con tale espressione si fa essenzialmente riferimento a due modelli organizzativi: il *Crowdwork* (anche detto *Crowdsourcing*) e il *Work on Demand via App*, il cui tratto distintivo risiede principalmente nel luogo di svolgimento della prestazione e nel meccanismo attraverso il quale questa viene eseguita. Il primo termine va ricondotto ad attività interamente svolte sulla piattaforma *online* (si pensi, ad esempio, ad Amazon Mechanical Turk), che mette in contatto virtualmente clienti e prestatori su scala globale attraverso l'utilizzo della rete Internet. Le attività svolte attraverso le piattaforme di *Crowdwork* sono di diversa natura, spesso si tratta di *microtasks*, ovvero

[1] Cfr. Circolare del Ministero del Lavoro 18 aprile 2025 n. 9

[2] Cfr. https://www.consilium.europa.eu/it/policies/platform-work-eu/#economy.

ISSN 2036-7821

attività estremamente parcellizzate e monotone - come, tra le altre, taggare foto e correggere bozze - oppure, più raramente, di attività complesse, come, ad esempio, disegnare loghi, creare un sito, sviluppare un progetto di *marketing*. Dall'altro lato il *Work on Demand via App* (solo per citare le piattaforme più famose, Uber, Glovo e Deliveroo) consiste nello svolgimento di attività tradizionali nel mondo fisico e mediate dalla piattaforma, che interviene, sia selezionando la forza-lavoro, sia stabilendo gli *standards* da rispettare per la prestazione del servizio.

E non è di certo un caso, considerate le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa tramite piattaforme digitali, che l'attenzione del legislatore nazionale - da sempre propenso ad escludere forme di lavoro non stabile secondo la "classica" accezione o, comunque, a limitarne l'utilizzo da parte del datore di lavoro[3] - si sia focalizzata su questo fronte, ove la presenza di contratti a breve termine e di lavoratori *freelancers* risulta, se non strutturalmente necessaria, quantomeno difficilmente evitabile, ai fini della flessibilità operativa richiesta dal sistema.

Proprio la consapevolezza circa la vulnerabilità dei lavoratori impiegati per il tramite di piattaforme digitali ha spinto anche il legislatore comunitario ad intervenire sul punto, invitando gli Stati membri ad armonizzare i propri ordinamenti interni nell'ottica di fornire tutele adeguate a tali lavoratori, e ciò – si badi bene – indipendentemente dal "vestito" contrattuale per mezzo del quale il lavoratore risulta legato alla singola piattaforma.

2. Il testo della direttiva.

Analizzando il contenuto della direttiva, non si può non rilevare come la stessa si soffermi sin dal principio sul principale nodo controverso connesso al lavoro tramite piattaforme digitali, ovvero il corretto inquadramento del rapporto tra "persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali" e "piattaforma di lavoro digitale"[4]. Ciò in considerazione del fatto che, in base alle evidenze raccolte dalla Commissione,

[3] Basti, a tal fine, richiamare l'art. 1 del decreto-legislativo 15 giugno 2015, n. 81, ai sensi del quale, testualmente, "*Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro*".

[4] Ai sensi dell'art. 2, comma 1, della direttiva:

- "*persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali*" è un individuo che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali, indipendentemente dalla natura del rapporto contrattuale o dalla qualificazione di tale rapporto da parte dei soggetti interessati;
- "*piattaforma di lavoro digitale*" è una persona fisica o giuridica che fornisce un servizio che soddisfa tutti i requisiti seguenti: i) è fornito, almeno in parte, a distanza tramite strumenti elettronici, ad esempio tramite un sito *web* o un'applicazione mobile; ii) è fornito su richiesta di un destinatario del servizio; iii) comporta, quale componente necessaria ed essenziale, l'organizzazione del lavoro svolto da individui a titolo oneroso, indipendentemente dal fatto che tale lavoro sia svolto *online* o in un determinato luogo; iv) comporta l'uso di sistemi di monitoraggio automatizzati o di sistemi decisionali automatizzati;
- "*lavoro mediante piattaforme digitali*" è il lavoro organizzato tramite una piattaforma di lavoro digitale e svolto

nell'Unione da un individuo sulla base di un rapporto contrattuale tra la piattaforma di lavoro digitale o un intermediario e il destinatario del servizio.

ISSN 2036-7821

circa cinque milioni e mezzo di tali lavoratori risultano qualificati come lavoratori autonomi, sebbene la prestazione dagli stessi svolta risulti per lo più soggetta alle direttive della piattaforma la quale, di fatto, assumerebbe il ruolo di datore di lavoro *tout court*[5].

Al riguardo, il legislatore dell'Unione tende ad agevolare la qualificazione del rapporto nell'ambito della subordinazione, introducendo una presunzione legale semplice in tal senso, in presenza di fatti che indicano direzione e controllo, conformemente al diritto nazionale, ai contratti collettivi o alle prassi in vigore negli Stati membri, tenendo conto altresì della giurisprudenza della Corte di giustizia. Il legislatore comunitario, quindi, invita ad andare oltre il formale "vestito" contrattuale, prediligendo, al contrario, le modalità sostanziali mediante le quali i lavoratori digitali eseguono la propria prestazione a favore delle piattaforme. Trattasi, ad ogni modo, di una presunzione che, in quanto "semplice", potrà essere superata dalla piattaforma di lavoro digitale la quale, chiamata in giudizio dal lavoratore, sarà tenuta a dimostrare l'insussistenza di quegli indici di direzione e controllo che - ai sensi del diritto nazionale, dei contratti collettivi o delle prassi in vigore negli Stati membri - implicherebbero *ex se* la natura subordinata del rapporto intercorrente tra lavoratore e piattaforma digitale. Ancora una volta, quindi, nell'ottica del legislatore comunitario il rapporto di lavoro subordinato diviene sinonimo di tutele, garanzie e diritti, tali da assicurare stabilità al lavoratore e proteggere lo stesso da eventuali abusi perpetrati dal datore di lavoro.

Oltre ad occuparsi del corretto inquadramento del rapporto tra piattaforma e lavoratore, la direttiva in commento presta particolare attenzione altresì alla disciplina del *management* algoritmico, ovvero all'utilizzo di sistemi di monitoraggio automatizzati o di sistemi decisionali automatizzati[6], a prescindere - ancora una volta - dalla classificazione del rapporto che lega piattaforma e lavoratore.

Su tale punto, la direttiva si preoccupa di intervenire - in ossequio agli ormai noti

[5] Cfr. Documento di lavoro dei servizi della Commissione sintesi della relazione sulla valutazione d'impatto che accompagna il documento Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali.

[6] Ai sensi dell'articolo 2, comma 1, della direttiva:

- "*sistemi di monitoraggio automatizzati*" sono i sistemi utilizzati per effettuare, o che sostengono, il monitoraggio, la supervisione o la valutazione, tramite strumenti elettronici, dell'esecuzione del lavoro delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali o delle attività svolte nell'ambiente di lavoro, anche raccogliendo dati personali;
- "*sistemi decisionali automatizzati*" sono i sistemi utilizzati per prendere o sostenere, tramite strumenti elettronici, decisioni che incidono significativamente sulle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali, comprese le condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme digitali, in particolare decisioni che influenzano la loro assunzione, il loro accesso agli incarichi di lavoro e la relativa organizzazione, i loro guadagni, compresa la fissazione del prezzo dei singoli incarichi, la loro sicurezza e salute, il loro orario di lavoro, il loro accesso alla formazione, la loro promozione o suo equivalente, e la loro situazione contrattuale, compresa la limitazione, la sospensione o la chiusura del loro *account*.

ISSN 2036-7821

principi enucleati dal GDPR[7] - nell'ottica di limitare il trattamento dei dati personali mediante tali sistemi, vietando alle piattaforme digitali di trattare dati personali relativi allo stato emotivo o psicologico del lavoratore o a conversazioni private, nonché dati personali c.d. "particolari", quali, ad esempio, dati volti a desumere l'origine razziale o etnica, lo status di migrante, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, la disabilità, lo stato di salute, l'adesione a un sindacato, la vita sessuale o l'orientamento sessuale, sino ad arrivare al divieto di trattamento di dati biometrici al fine di stabilire l'identità del lavoratore. Una particolare attenzione, quindi, alla *privacy* dei lavoratori delle piattaforme digitali che, di certo, non sorprende, considerando che è stato proprio lo stesso legislatore comunitario a rivoluzionare l'intero sistema della protezione dei dati con l'introduzione del GDPR.

A quanto sopra si aggiungano, poi, una serie di obblighi informativi in capo alla piattaforma digitale nei confronti dei lavoratori (e dei loro rappresentanti) in merito all'uso dei predetti sistemi quali, ad esempio, il fatto che tali sistemi siano in uso o in fase di introduzione, le categorie di dati trattati, i motivi alla base delle decisioni di limitare, sospendere o chiudere l'*account* del lavoratore o di non retribuire il lavoro svolto dallo stesso[8].

Ma vi è di più. La direttiva in esame impone agli Stati membri di introdurre un obbligo in capo alle piattaforme di lavoro digitali di dichiarare il lavoro svolto dai propri lavoratori alle autorità competenti dello Stato membro in cui il lavoro è svolto, lasciando agli Stati membri ampi margini di discrezionalità nella definizione delle procedure necessarie per l'adempimento di tale obbligo. Quest'ultimo riguarda alcune informazioni chiave, quali, ad esempio, il numero di lavoratori coinvolti e la loro situazione contrattuale o occupazionale; i termini e le condizioni generali stabiliti dalla piattaforma di lavoro digitale e applicabili a tali rapporti contrattuali; la durata media dell'attività, il numero medio settimanale di ore di lavoro svolte da ciascuna persona e il reddito medio derivante da tale attività; gli intermediari con cui la piattaforma di lavoro digitale ha un rapporto contrattuale.

Altro punto cruciale della direttiva riguarda, poi, la necessità di garantire la supervisione umana di tali sistemi con il preciso intento di valutare in modo efficace l'impatto delle decisioni individuali e mitigare i rischi connessi ad eventuali discriminazioni sul lavoro. Emblematico in tal senso l'obbligo di adozione, da parte di un essere umano, di qualsiasi decisione di limitare, sospendere o risolvere il rapporto contrattuale, o chiudere l'*account* di un lavoratore, nonché di qualsiasi altra

[7] Cfr. Regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE.

[8] Tali obblighi informativi devono essere assolti: a) al più tardi il primo giorno di lavoro; b) prima dell'introduzione di modifiche che incidono sulle condizioni di lavoro, sull'organizzazione del lavoro o sul monitoraggio dell'esecuzione del lavoro; c) in qualsiasi momento su richiesta dei lavoratori stessi.

ISSN 2036-7821

decisione di pregiudizio equivalente.
Da ultimo, particolare attenzione viene dedicata alla salute e sicurezza sul lavoro dei lavoratori tramite piattaforme digitali, tema da sempre centrale anche nell'ambito dei confini nazionali: in merito, la direttiva impone alle piattaforme di valutare attentamente i rischi dei sistemi di monitoraggio automatizzati o dei sistemi decisionali automatizzati, includendo non solo i tradizionali rischi connessi ad infortuni sul lavoro ma altresì rischi ergonomici e psicosociali, da valutarsi anche con il coinvolgimento dei lavoratori e dei loro rappresentanti.

3. I possibili riflessi nel quadro nazionale.

Chiarito il contenuto della direttiva, occorre ora domandarsi sino a che punto il legislatore italiano possa già ritenersi in linea con quanto definito dalla direttiva nonché, al contrario, quanto sia necessario implementare - e come - al fine di conformarsi alle disposizioni comunitarie.
Con riferimento alla qualificazione dei lavoratori tramite piattaforma, punto cruciale della direttiva, va detto come il legislatore nazionale si sia preparato ad affrontare tale questione sin dal lontano 2015. Non può non essere richiamato in tale contesto l'articolo 2, comma 1, del decreto-legislativo 15 giugno 2015, n. 81[9], il quale - nel quadro della riforma organica del diritto del lavoro attuata con il *Jobs Act* - impone l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente e - si badi bene - anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali. Attenzione, quindi, alla sostanza più che alla forma, a discapito del "vestito" contrattuale scelto dalle parti durante la fase genetico-costitutiva del rapporto. E non vi è chi non veda come la *ratio* di tale norma possa dirsi in linea con le disposizioni di recente introdotte dal legislatore comunitario sul punto, nel solco del principio del "primato dei fatti" coniato dall'ILO[10], non a caso più volte richiamato all'interno della direttiva stessa[11].
Ciò detto, è evidente, tuttavia, come il legislatore europeo abbia deciso di perseguire l'obiettivo del "primato dei fatti", per non dire del "primato della subordinazione", utilizzando una strada alternativa rispetto al legislatore nazionale. E infatti, mentre

[9] Cfr. decreto-legislativo 15 giugno 2015, n. 81, "*Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183*".
[10] Cfr. Raccomandazione n. 198 dell'ILO sul rapporto di lavoro (2006), ai sensi della quale l'accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro dovrebbe basarsi principalmente sui fatti relativi all'effettiva esecuzione del lavoro, compresa la retribuzione per il lavoro svolto, e non sulla descrizione del rapporto che danno le parti.
[11] Cfr. Considerando n. 28 il quale, tra l'altro, sottolinea come tale principio sia particolarmente pertinente nel caso del lavoro mediante piattaforme digitali, in cui le condizioni contrattuali sono spesso stabilite unilateralmente da una parte.

ISSN 2036-7821

quest'ultimo si è preoccupato di estendere la disciplina del rapporto di lavoro subordinato alle collaborazioni "etero-organizzate", senza intaccarne la natura autonoma[12], il legislatore comunitario mira direttamente a riqualificare il rapporto da autonomo a subordinato qualora il lavoratore alleghi "fatti che indicano direzione e controllo" e il datore di lavoro non riesca a dimostrare l'assenza di subordinazione. Quindi, di fatto, stesso risultato ma con mezzi differenti: l'estensione della disciplina prevista in materia di subordinazione da un lato, la riqualificazione del rapporto di lavoro autonomo "non genuino" dall'altro.

Giova ora interrogarsi, se, ai fini di quella "efficace agevolazione procedurale" che la direttiva mira ad introdurre per il tramite della presunzione semplice di subordinazione, il nostro ordinamento debba effettivamente variare le modalità per mezzo delle quali estendere la disciplina della subordinazione ai lavoratori tramite piattaforma, così da potersi ritenere in linea rispetto alle indicazioni europee.

Al fine di rispondere a tale quesito, preme evidenziare come la direttiva comunitaria condizioni l'operare della presunzione semplice di subordinazione all'allegazione, da parte del lavoratore, di "fatti che indicano direzione e controllo", ovvero degli stessi indici che, di per sé, sulla base dell'art. 2094 c.c., permettono di qualificare un rapporto di lavoro nell'alveo della subordinazione. Appare sin superfluo sottolineare come, secondo consolidata giurisprudenza, un rapporto lavorativo possa essere qualificato quale "subordinato" in presenza di "eterodirezione", da intendersi quale assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e di controllo del datore di lavoro (oltre che disciplinare)[13]. Quindi, di fatto, nulla di nuovo sul piano processuale, considerato che, in entrambi i casi, il lavoratore è tenuto ad allegare elementi dai quali possa desumersi l'esistenza di tali poteri, idonei a riqualificare il rapporto nei termini della subordinazione.

Ma vi è di più. Non solo il lavoratore della piattaforma potrebbe giungere alla riqualificazione del rapporto limitandosi ad invocare l'art. 2094 c.c. ma, addirittura, potrebbe ottenere il pacchetto di tutele pensato per la subordinazione in maniera più efficace, appellandosi direttamente all'art. 2, comma 1 del decreto-legislativo n. 81/2015. E ciò è presto dimostrato. Infatti, in seguito ad una valutazione più accurata, non vi è chi non veda come il requisito posto da tale ultima disposizione - ovvero l'organizzazione delle modalità di esecuzione del lavoro da parte del committente - si rivela meno rigoroso rispetto a quei fatti che indicano direzione e controllo, richiesti dal legislatore comunitario affinché la presunzione semplice di subordinazione possa

[12] Cfr. Cassazione civile sez. lav., 24/01/2020, n. 1663: "*I rapporti di collaborazione di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, norma di disciplina e non di fattispecie, non costituiscono un "tertium genus" intermedio tra autonomia e subordinazione sicché, al verificarsi delle condizioni ivi previste, consegue l'applicazione della disciplina della subordinazione, senza che sia necessario selezionare quali parti di questa disciplina siano ad essi applicabili*".

[13] Cfr., tra le tante, Cassazione civile sez. lav., ordinanza 18/01/2021, n. 697.

ISSN 2036-7821

operare[14]. È evidente, pertanto, come l'inserimento di quest'ultima nel nostro ordinamento, così come attualmente pensato, non solo non renderebbe meno oneroso l'onere della prova in capo al lavoratore ma, addirittura, ne determinerebbe un aggravio laddove quest'ultimo ben potrebbe appellarsi all'art. 2, comma 1 del decreto-legislativo n. 81/2015, ottenendo, per tale via, l'intero *corpus* normativo riconosciuto ai lavoratori subordinati, laddove ontologicamente compatibile, pur rimanendo formalmente autonomo. Detto altrimenti, l'introduzione di una presunzione legale di subordinazione finirebbe per contrastare con il dichiarato obiettivo della direttiva, ovvero l'introduzione di un'agevolazione procedurale a vantaggio dei lavoratori delle piattaforme digitali, finendo per prescrivere, al contrario, oneri maggiormente gravosi su questi ultimi rispetto a quanto richiesto dall'attuale sistema. Alla luce di quanto detto, quindi, è difficile non condividere l'opinione di chi sostiene che un corretto recepimento della direttiva in Italia possa avvenire senza la necessità di introdurre una nuova presunzione legale di subordinazione[15].

Ad ogni modo, il nostro Parlamento sembrerebbe volersi attenere pedissequamente a quanto previsto dalla direttiva, laddove, in sede di legge di delegazione europea emanata a giugno 2025[16], ha incaricato il Governo, tra l'altro, di apportare alla normativa vigente e, in particolare, al capo V-*bis* del decreto-legislativo n. 81/2015, le modifiche, le integrazioni e le abrogazioni necessarie al corretto e integrale recepimento della direttiva, oltre ad individuare procedure adeguate ed efficaci per verificare e garantire la determinazione della corretta situazione occupazionale dei lavoratori tramite piattaforme digitali. Insomma, l'attuale sistema non ne uscirà illeso; sarà, comunque, necessario attendere l'attuazione della delega per capire se il Governo intenderà introdurre la presunzione *tout court* o se, al contrario, compatibilmente con lo spirito della direttiva, si limiterà ad apportare alcuni minimi accorgimenti, senza stravolgere l'attuale impianto, già di per sé più favorevole al lavoratore rispetto a quanto imposto dall'Unione.

Discorso a parte, invece, va fatto con riguardo agli obblighi informativi introdotti in capo alle piattaforme digitali, considerato quanto prescritto dall'ormai noto "Decreto Trasparenza"[17]. Quest'ultimo, infatti, già dispone alcuni oneri di informazione in capo a tutti i datori di lavoro - nonché ai committenti pubblici e privati - in caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati deputati a fornire

[14] G. Smorto, A. Donini, *L'approvazione della Direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali*, in *Labour & Law Issues*, 2024,10, 1, 33.

[15] M. Biasi, *La presunzione relativa di subordinazione nella "Direttiva Piattaforme": brevi spunti*, in Lavoro, Diritti, Europa, 2024, 4.

[16] Cfr. Legge 13 giugno 2025, n. 91 "*Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2024*".

[17] Decreto-legislativo 27 giugno 2022, n. 104, "*Attuazione della direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea*".

ISSN 2036-7821

indicazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento dell'incarico, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell'assegnazione di compiti o mansioni nonché indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori. Obblighi informativi che riguardano molteplici questioni, quali, ad esempio, gli aspetti del rapporto di lavoro su cui i sistemi incidono, i relativi scopi e finalità, le loro modalità di funzionamento, le categorie di dati e i parametri principali utilizzati per programmare o addestrare i sistemi, i meccanismi di valutazione delle prestazioni e così via[18]. Anche in tale ambito, pertanto, si rivelerà essenziale attuare un efficace coordinamento tra quanto già vigente all'interno del nostro ordinamento e quanto prescritto dal legislatore comunitario, considerato che, attualmente, la disciplina interna prevede un ambito applicativo oggettivo più ristretto e non perfettamente allineato a quanto prescritto dalla direttiva in esame. Anche su tale punto, la legge di delegazione si limita ad incaricare il Governo a stabilire le modalità con cui le piattaforme di lavoro digitali informano le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali, i rappresentanti dei lavoratori delle piattaforme digitali e, su richiesta, le autorità nazionali competenti in merito all'uso di sistemi di monitoraggio automatizzati o di sistemi decisionali automatizzati, senza che da ciò possano desumersi anticipazioni su quanto verrà previsto in sede di attuazione della delega.
In ogni caso, sebbene il nostro ordinamento si sia già preoccupato di normare alcuni aspetti presi in considerazione dall'Unione Europea, molti altri necessiteranno di una precisa e accurata attuazione, primo fra tutti la necessità di garantire una supervisione umana per tutte quelle decisioni che possono impattare significativamente e in maniera pregiudizievole sul lavoratore stesso. Su tale questione, già le linee guida emanate dal Ministero del Lavoro[19] pongono particolare attenzione laddove ritengono fondamentale che l'implementazione dell'intelligenza artificiale sia guidata, non solo da principi di equità e trasparenza, ma anche di supervisione umana nell'ottica di migliorare la qualità del lavoro senza rischi di precarizzazione o controlli invasivi. Tuttavia, resta ancora molta strada da percorrere, considerata altresì la natura non vincolante di tale documento, tanto che il Governo ha ricevuto precise indicazioni in sede di legge delega nel definire le modalità volte a garantire il riesame umano delle decisioni di controllo e monitoraggio.

[18] Cfr. art. 1-*bis*, decreto-legislativo 26 maggio 1997, n. 152.
[19] Cfr. Linee Guida per l'implementazione dell'IA nel mondo del lavoro.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Considerazioni sulla natura giuridica della legittimazione ad agire delle pubbliche amministrazioni

di **Marco Ciracì**

(Magistrato ordinario in Tirocinio presso il Tribunale di Bari)

Sommario

1. I ricorsi delle pubbliche amministrazioni e la giurisdizione amministrativa intesa in termini soggettivi. 2. Legittimazione ad agire come concretizzazione della natura soggettiva della giurisdizione amministrativa. 3. Legittimazione ordinaria della pubblica amministrazione, in quanto portatrice di una posizione qualificata e differenziata. 4. Pubbliche amministrazioni come enti esponenziali, tra interessi diffusi e interessi collettivi. 5. Pubblica amministrazione legittimata *ex lege*. 6. Alcune riflessioni conclusive.

Abstract

Since the 1990s, cases in which the administration can take action before the administrative judge have multiplied. At first glance, one would be inclined to argue that the subjective dimension of the process fades away and that it becomes an instrument for implementing the law.
The phenomenon, however, is varied and the mere evocation of objective procedural models is not satisfactory.
The objective of the contribution is to demonstrate that the legitimacy of public administrations to act is in line with the subjective nature of administrative jurisdiction, representing an explanation or, in some cases, a mere exception.

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

ISSN 2036-7821

1. I ricorsi delle pubbliche amministrazioni e la giurisdizione amministrativa intesa in termini soggettivi.

«Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi». Attraverso queste parole l'art. 24 della Costituzione fissa un limite invalicabile per il legislatore ordinario: qualificando il diritto di azione come fondamentale[1], la disposizione costituzionale preclude alla legge la possibilità di ostacolare l'accesso al giudizio, ogniqualvolta esso sia necessario per garantire la tutela di diritti soggettivi ed interessi legittimi[2].

Così facendo, la Costituzione ha fornito un contributo rilevantissimo rispetto alla conformazione del processo amministrativo in termini soggettivi, quale strumento preordinato alla garanzia delle situazioni giuridiche soggettive[3], e ha permesso, al contempo, di superare ogni prospettiva oggettiva, volta a ritenere gli organi della giustizia amministrativa come gravati dall'unico dovere di garantire la legalità dell'azione amministrativa.

Tale impostazione oggi è pienamente confermata dal D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.d. Codice del processo amministrativo), il cui art. 1 è dedicato all'effettività della tutela (delle situazioni giuridiche soggettive) e la cui complessiva architettura è dichiaratamente soggettiva: il principio della domanda, il principio dispositivo (salvo il c.d. metodo acquisitivo), la regola dell'impulso processuale di parte, ad esempio, rappresentano regole strutturali tipicamente riscontrabili nei giudizi soggettivi (che, pertanto, si distinguono dai giudizi oggettivi non solo per la funzione, ma anche per

[1] A. PROTO PISANI, *Introduzione sull'atipicità dell'azione e sulla strumentalità del processo*, in *Il Foro It.*, vol. CXXXV, 2012, p. 3. Secondo l'Autore, «L'art. 24, co. 1 Cost. impone di ritenere che il diritto di azione sia un diritto fondamentale (pubblico o privato poco interessa) che ha come funzione immediata la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, e solo mediatamente, la funzione di attuare il diritto oggettivo, e come struttura la pretesa nei confronti dello Stato di prestare la tutela giurisdizionale». Sulla natura fondamentale del diritto di agire si rinvia anche a L. R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004.

[2] Sul ruolo dell'art. 24, e delle altre disposizioni costituzionali in tema di tutela giurisdizionale, vedasi A. TRAVI, *Gli art. 24 e 111 Cost. come principi unitati di garanzia*, in *Foro it.*, VI, 2011, p. 165 ss.

[3] L. PERFETTI, *Legittimazione processuale come parte della teoria del diritto di azione. Il problema della limitazione della tutela dalle condizioni dell'azione al contenuto della giurisdizione e ritorno*, in *P.A., Persona e Amministrazione*, 2019, II, p. 229 ss. Secondo l'Autore, «il diritto fondamentale di azione configura l'azione giurisdizionale in modo atipico, come strumento diretto la revisione giurisdizionale delle situazioni soggettive protette dall'ordinamento, in modo che la stessa sia piena ed effettiva, come si richiede strutturalmente per la garanzia di qualunque diritto fondamentale». In giurisprudenza, Corte costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204, in *cortecostituzionale.it*, secondo cui la Costituzione «ha riconosciuto al giudice amministrativo piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive». Affermazioni di questo tenore sono parimenti ricorrenti nelle pronunce del giudice amministrativo. Ad esempio, Consiglio di Stato, 25 febbraio 2019, n. 1321, in *giustizia-amministrativa.it*, ha affermato che: «avendo riguardo alla concezione soggettiva della tutela e alla centralità processuale della situazione soggettiva rispetto all'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, sembra ormai potersi capovolgere definitivamente l'allocazione tradizionale delle due situazioni soggettive, entrambe attive, che si muovono nel processo, e ci si può forse spingere ad affermare che è l'interesse alla mera legittimità ad essere divenuto un interesse occasionalmente protetto, cioè protetto di riflesso in sede di tutela della situazione di interesse legittimo».

ISSN 2036-7821

la struttura, essendo questi ultimi orientati alla attuazione della legge a prescindere dalla violazione del diritto di qualcuno e governati, di conseguenza, da regole distinte[4]).

Emerge una doppia dimensione soggettiva del processo amministrativo, tale sia in un'ottica funzionale, in quanto volto alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive, ma anche in una prospettiva strutturale, in quanto retto da regole che esaltano il ruolo delle parti.

A fronte di ciò, negli ultimi anni si è assistito all'emersione di una rinnovata attenzione per le ipotesi in cui il processo amministrativo vedrebbe sfumare la propria caratura soggettiva non tanto sul versante strutturale (le regole del giudizio rimangono sempre le stesse[5]), quanto sul versante funzionale: si sono affacciate sulla scena eterogenee ipotesi in cui l'azione in giudizio è mossa, non dal tradizionale

[4] F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 1, p. 502 ss., il quale evidenzia come «i processi a contenuto oggettivo sono una manifestazione, la più importante e forse anche la sola, della giurisdizione di mero diritto obiettivo. Essi, già lo sappiamo, sono organizzati dal legislatore per dar corpo all'attuazione di interessi generali, di situazioni non «soggettivabili», per realizzare gli scopi fissati da scelte di politica legislativa. Ciò premesso, l'attuazione giurisdizionale degli interessi generali si presenta qui non come lo scopo mediato dell'attuazione dei diritti soggettivi delle parti, ma come scopo immediato, realizzato non solo col sorgere nel giudice del dovere di pronunciarsi, ma anche con l'identificare in tale dovere l'unico oggetto dell'accertamento giudiziale». Di norma, secondo l'Autore, in questi giudizi il principio della domanda è sostituito con l'iniziativa officiosa: «il venir meno della signoria della parti sull'iniziativa del processo e sulla determinazione del suo contenuto oggettivo si risolve, né più né meno, nell'abolizione del diritto soggettivo». Pertanto, la qualificazione in senso oggettivo d'un determinato processo non dipenderebbe puramente e semplicemente dalla qualificazione attribuita all'interesse dedotto in giudizio, ma anche dalla necessaria individuazione dei principi che ne reggono lo svolgimento formale. «Da questo punto di vista, i procedimenti che confluiscono nella categoria del processo oggettivo presentano caratteristiche formali fortemente influenzate dal prevalere, nel loro ambito, dei poteri ufficiosi del giudice: si tratta, in altre parole, di procedimenti con sicure notazioni inquisitorie anche se, occorre sottolinearlo, non v'è perfetta coincidenza fra processo inquisitorio e processo oggettivo. […] Il vero è che i processi a contenuto oggettivo sono inquisitori non solo sul piano formale quanto ai poteri ufficiosi, ma anche dal punto di vista materiale, ossia sul piano della delimitazione ufficiosa dell'oggetto del processo, com'è dimostrato dal non operare, nel loro ambito, del principio della domanda e de suoi corollari».

[5] In tal senso M. MACCHIA, *La legittimazione giudiziale delle pubbliche amministrazioni*, in *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, a cura di M. MACCHIA, Napoli, 2019, p. 20, il quale osserva come «la legittimazione oggettiva di cui si discorre non ha la forza di trasformare integralmente i caratteri della giurisdizione, nel senso che, pur laddove l'azione sia promossa a tutela di interessi generali riconosciuti dall'ordinamento, le regole processuali e la struttura del processo restano le medesime».

Una episodica deviazione strutturale in senso oggettivo si ebbe con la previsione, ormai abrogata, dell'art. 146, co. 11 del D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 che escludeva la possibilità di rinunciare al ricorso proposto davanti ai giudici amministrativi per l'annullamento di autorizzazioni paesaggistiche. Secondo V. PARISIO, *Beni culturali, paesaggio e giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, T.a.r., X, 2004, p. 3229 e ss., l'art. 146, comma 11, «tende a connotare in senso oggettivo la giurisdizione del giudice amministrativo, ossia come giurisdizione di tipo obiettivo, esercitata a tutela dell'interesse pubblico, in contrasto con i caratteri oramai prevalenti dell'odierno sistema di giustizia amministrativa, improntato al principio dispositivo e volto ad assicurare un tipo di tutela di tipo oggettivo».

ISSN 2036-7821

ricorrente privato[6], ma da pubbliche amministrazioni[7].

La prima impressione è che in tali fattispecie la logica dell'art. 24 Cost. venga scardinata e che lo strumento processuale venga funzionalizzato al ripristino della legalità o, comunque, alla realizzazione effettiva dell'interesse pubblico. Fermo restando, cioè, le regole tipiche di un processo soggettivo, ci si troverebbe innanzi a forme di «legittimazione oggettiva»[8].

L'obiettivo del presente contributo è dimostrare come, in realtà, ci sia perfetta coerenza tra l'impostazione soggettiva del codice del processo amministrativo e, a monte, dell'art. 24 Cost. e le ipotesi di legittimazione menzionate. Per far ciò, tuttavia, è necessario in via preliminare suddividere le fattispecie in cui l'ordinamento riconosce l'azione a favore di P.A. in tre gruppi: 1) i casi in cui l'amministrazione è titolare di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo; 2) i casi in cui l'amministrazione si fa portatrice di un interesse della collettività di riferimento, agendo come ente esponenziale; 3) i casi in cui la legge riconosce a favore dell'Amministrazione una legittimazione espressa.

Come si vedrà, in tutte le ipotesi menzionate il diritto di azione del soggetto pubblico è perfettamente coerente con il sistema, rappresentando un'applicazione diretta o una ammissibile eccezione del generale modello soggettivo.

2. Legittimazione ad agire come concretizzazione della natura soggettiva della giurisdizione amministrativa.

In via preliminare, è opportuno fare alcuni cenni esplicativi al concetto di legittimazione a ricorrere[9], quale istituto che, operando sul piano soggettivo, consente di individuare il titolare del diritto di azione.

---

[6] E. FOLLIERI, *Il privato parte resistente nel processo amministrativo nelle materie di cui agli artt. 33 e 34 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80*, in *Dir. proc. Amm.*, III, 1999, p. 634 ss., il quale mette in rilievo come tutta la struttura del processo amministrativo sia costruita intorno all'idea di una amministrazione parte resistente e di un ricorrente privato (la disciplina del contraddittorio, delle misure cautelari, le regole dell'istruttoria ecc.).

[7] Questa tendenza è messa in evidenza da M. MACCHIA, *La legittimazione giudiziale delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1 ss., il quale evidenzia come si tratti più, quanto meno su versante legislativo, di un fattore legato ad un'occasionalità politico-legislativa, che non ad un ragionato disegno sistematico.

[8] L'espressione è di V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, II, 2014, p. 341 ss.

[9] E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F. G. SCOCA, Torino, 2020, p. 309. Secondo l'Autore «la legittimazione ad agire individua il soggetto cui spetta il diritto di azione ed il soggetto nei cui confronti va esercitata l'azione». La letteratura in tema di legittimazione ad agire in generale è ricchissima. A titolo esemplificativo si possono richiamare: R. VILLATA, *Legittimazione processuale: II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, p. 1 ss; A. ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, in *Dig. It. Disc. priv.*, Torino, 1993, p. 524 ss; R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdiz. ecc.)*, in *Dig.It. Disc. Pubbl.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1993, p. 471; G. TOMEI, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Varese, 1974, p. 65 ss; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, III ed., Bari, 2015, p. 24; E. ALLORIO, *Diatriba breve sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1955, p. 130.

ISSN 2036-7821

Essa si colloca tra le c.dd. condizioni dell'azione[10] (insieme all'interesse al ricorso[11]) e, creando un indissolubile legame tra azione e situazione soggettiva sostanziale, rappresenta la manifestazione sensibile della natura soggettiva della giurisdizione amministrativa[12]; ben si comprende, quindi, perché la valutazione della coerenza delle ipotesi in cui la P.A. esercita il diritto di azione con l'architettura complessiva del sistema passi per una indagine siffatta.

Prima di fornirne una definizione che sia valida, in particolare, per il processo amministrativo, serve chiarire un punto: la legittimazione ad agire ha assunto nel tempo fisionomie distinte, risentendo del dibattito sulla natura giuridica del diritto di azione[13], e tutt'oggi, viene definita diversamente dagli studiosi del diritto processuale civile e del diritto processuale amministrativo.

La nostra Costituzione non è pienamente d'aiuto sul punto, riconoscendo il diritto di azione, all'art. 24. Cost., quale situazione di vantaggio rispetto all'attività giurisdizionale dello Stato, senza, però, chiarire se essa costituisca un elemento della situazione giuridica soggettiva ovvero una pretesa autonoma ma al contempo strumentale[14].

Senza soffermarsi sulle ricostruzioni del concetto di azione[15], va detto che secondo la

---

[10] E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, cit., p. 309. Secondo l'Autore le condizioni dell'azione sono espressione di regole sostanziali e la loro mancanza impedisce, per l'appunto, la possibilità di ottenere un provvedimento e, in buona sostanza, la configurazione dello stesso diritto di agire.

[11] Sull'interesse al ricorso come condizione dell'azione si vedano A. ATTARDI, *Interesse ad agire*, in *Dig. It. Disc. Priv.*, vol. IX, Torino, 1993, p. 514 ss.; A. NASI, *Interesse ad agire*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Varese, 1972, p. 28 ss; R. VILLATA, *Interesse al ricorso*, in *Enc. Giur.*, vol. XIV, Roma, 2007, p. 1 ss; L. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.

[12] R. VILLATA, *Legittimazione processuale: II) Diritto processuale amministrativo*, cit., p. 2, la Costituzione, con gli artt. 24, 103 e 113, ha suggellato la definitiva esistenza di una posizione giuridica di interesse legittimo che, accanto al diritto soggettivo, può godere di una tutela processuale dinnanzi al giudice amministrativo e ha posto un indissolubile legame fra la sussistenza della legittimazione come condizione dell'azione e l'esistenza di una posizione sostanziale.

[13] Dibattito che è ricostruito magistralmente da A. PEKELIS, *Azione (Teoria moderna)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. II, Torino, 1974, p. 32.

[14] A. PEKELIS, *Azione (Teoria moderna)*, in cit., p. 32.

[15] Secondo la concezione più astratta, l'azione tenderebbe ad ottenere un qualunque provvedimento, ricollegandosi al dovere del giudice di rispondere in ogni caso alla domanda di parte. In tal senso si veda F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto, Foro it.*, Roma, 1946, p. 154. Secondo l'Autore, l'azione è un diritto pubblico e astratto, avente per oggetto una certa prestazione; è un diritto autonomo, proteggendo non l'interesse sostanziale quanto piuttosto l'interesse alla corretta composizione della controversia. La parte ne è titolare *uti civis*: essendo l'interesse protetto di caratura essenzialmente pubblica, l'azione finisce per integrare un esercizio privato di una pubblica funzione.

Secondo la concezione concreta dell'azione, invece essa si identificherebbe con il diritto ad ottenere un provvedimento di merito favorevole: in questa prospettiva, tra gli elementi costitutivi del diritto di azione ci sarebbe anche la sussistenza di tutte la condizioni di fatto e di diritto cui è subordinata la fondatezza della domanda. In tal senso si veda S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1967, p. 107, secondo il quale il diritto di azione è concreto, spettando solo a chi abbia ragione e si sostanzia nel potere di creare, con la domanda, le condizioni necessarie e sufficienti affinché l'organo giudiziario emani in favore del richiedente un provvedimento giusto.

ISSN 2036-7821

teoria oggi più diffusa, l'azione si sostanzierebbe nel diritto ad ottenere un provvedimento di merito, ossia una pronuncia che intervenga sulla fondatezza della domanda, anche in modo sfavorevole all'attore[16]. La *chance* di agire in giudizio viene svincolata dalla concreta esistenza della pretesa dedotta dall'attore e fatta dipendere (oltre che, naturalmente, dalla circostanza che sia stata proposta una domanda) da due elementi, che sono, per l'appunto, le condizioni dell'azione: la legittimazione e l'interesse ad agire[17], quali fattori che preesistono alla decisione nel merito, pur attenendo alla pretesa.

Nel processo civile, sulla base di queste premesse, si è giunti a configurare la legittimazione come mera affermazione del diritto in contestazione: l'identità delle parti «con le persone a cui favore o contro chi è, rispettivamente, l'astratta volontà di legge che il giudice attua nella sentenza» rileva solo ai fini della decisione nel merito[18].

Tale ricostruzione, però, non ha passato indenne il suo travaso nel processo amministrativo, ove, a differenza del processo civile[19], si pretende che il ricorrente sia

---

In ogni caso, il dibattito sulla natura dell'azione è ricostruito da R. ORESTANO, *Azione*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 796.

[16] V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale amministrativo*, I, Napoli, 1973, p. 220.

[17] G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 24, secondo cui: «La concezione oggi più diffusa […] definisce l'azione come il diritto ad ottenere un provvedimento di merito, ossia una pronuncia che decida sulla fondatezza della domanda, ancorché, se del caso, in modo sfavorevole all'attore, e dunque rigettandola. Accogliendo siffatta definizione, l'esistenza del diritto di azione viene svincolata, evidentemente, dalla concreta esistenza del diritto dedotto in giudizio dall'attore e dipende, invece, (oltre che, naturalmente, dalla circostanza che sia stata proposta una domanda) da due elementi, che si è soliti definire condizioni dell'azione: la legittimazione e l'interesse ad agire».

[18] A. ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, in cit., p. 524 ss. L'Autore critica l'idea della legittimazione come affettiva titolarità del diritto evidenziando come «un diritto soggettivo è in lite non nella sua oggettiva ed astratta esistenza, ma nella sua esistenza concreta rispetto ad un determinato soggetto, e la questione sulla legittimazione ad agire, intesa come pertinenza del diritto fatto valere dall'attore, non verte in realtà che sull'esistenza di tal diritto: di modo che la stessa autonomia del fenomeno della legittimazione ad agire, ove lo si intenda nel modo qui criticato, appare – nell'ambito delle condizioni di fondatezza della domanda – priva di qualsiasi giustificazione anche pratica».

[19] Nel processo civile, la legittimazione ad agire spetta a colui che si afferma come titolare del diritto dedotto in giudizio e non dipende dalla titolarità della situazione sostanziale, ma esclusivamente dalla prospettazione, cioè dalla mera affermazione di essere titolari di un determinato rapporto giuridico. Diverso è il merito: «per risolvere affermativamente il problema processuale, riguardante la legittimazione a agire, basta […] constatare che l'attore ha dedotto in giudizio un rapporto giuridico, asserendo che egli e il convenuto ne sono i soggetti. Ma ovviamente, affinchè la domanda giudiziale sia riconosciuta fondata nel merito, è necessario, fra le altre cose, che, secondo le risultanze del processo, l'asserzione dell'attore circa la soggettività attiva e passiva del rapporto controverso si palesi fondata. A sazietà va ripetuto che quest'ultima indagine non è affatto una indagine relativa alla legittimazione ad agire, sibbene una delle indagini necessarie per arrivare alla decisione circa l'esistenza del rapporto sostanziale […] controverso». E. ALLORIO, *Diatriba breve sulla legittimazione ad agire*, cit., p. 130. Secondo G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 26, «il criterio ordinario di legittimazione che si desume a contrario dall'art. 81 c.p.c. (Fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui), può così definirsi: il diritto di azione compete a chiunque faccia valere nel processo un diritto assumendo di esserne titolare».

ISSN 2036-7821

effettivamente titolare (non basta la mera affermazione) di una posizione qualificata e differenziata. Ciò che viene meramente affermato, innanzi al G.A., è l'illegittimità del provvedimento e non l'appartenenza della situazione protetta: la fondatezza della doglianza, infatti, è legata esclusivamente all'illegittimità del provvedimento, che concreta la lesione dell'interesse[20].

Pertanto, nonostante la comune matrice soggettiva dei due processi e nonostante l'art. 24 Cost. configuri il diritto di azione come posizione giuridica sempre uguale nella sua strumentalità rispetto alle situazioni sostanziali, la legittimazione ad agire ha finito per assumere una fisionomia distinta[21].

Focalizzando l'attenzione sul processo amministrativo, si è detto che la legittimazione spetta al titolare della situazione giuridica soggettiva[22] che si assume essere stata ingiustamente lesa dal potere amministrativo e, quindi, al portatore dell'interesse legittimo[23]. È necessario, cioè, essere titolari di una situazione personale, differenziata rispetto ad altri interessi e qualificata da una norma.

Orbene, in via di prima approssimazione, l'interesse può dirsi qualificato in quanto

---

[20] Tale diversità deriverebbe dal fatto che, mentre nel processo civile indagare la titolarità del diritto soggettivo equivale a giudicare la fondatezza della domanda, nel giudizio amministrativo l'esito è tradizionalmente identificato nell'illegittimità del provvedimento impugnato (e non nella spettanza della situazione giuridica soggettiva). Così, R. VILLATA, *Legittimazione processuale: II) Diritto processuale amministrativo*, cit., p. 2. Nello stesso senso, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, p. 889; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, p. 200; R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Dig. It. disc. pub.*, vol. VIII, Torino, 1993, p. 469. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, cit., p. 361, evidenzia come anche nel processo civile la legittimazione, in alcune ipotesi, si atteggia nei medesimi termini: «una volta stabilito che il soggetto vanta una situazione protetta a fronte di quell'episodio di esercizio del potere, si passa a valutare se questo si è svolto *injure* (come preteso dal ricorrente) ovvero *iure*, cioè legittimamente, e in tale secondo caso, la situazione protetta resta necessariamente insoddisfatta. Questo carattere del nostro processo (che è proprio anche dei processi civili di impugnazione, come ad esempio, in ordine alle delibere societarie, artt. 2377 ss., 2388, cod. civ., ovvero in ordine ai provvedimenti del datore di lavoro, art. 18, l. n. 300/88) deriva, appunto, dal suo primo oggetto (se così può dirsi) che è sempre l'accertamento della legittimità o meno dell'episodio di esercizio del potere, nei limiti dei motivi de- dotti dal ricorrente».

[21] La qualcosa, tuttavia, non deve sorprendere: la concezione di legittimazione come mera affermazione risente necessariamente del legame tra diritto di azione e diritto soggettivo e mal si attaglia ad un processo all'interno del quale si contendono situazioni soggettive a soddisfazione eventuale e in cui è possibile che l'accoglimento della domanda del ricorrente non coincida con la soddisfazione del suo interesse materiale.

[22] Si tratta di conclusioni, peraltro, coerenti con il superamento del criterio di riparto della giurisdizione fondato sul *petitum* formale e sull'idea di *prospettazione*: anche sul versante dei presupposti processuali, il giudice è chiamato a verificare la consistenza effettiva, non meramente affermata, della posizione sostanziale.

[23] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 889; R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdiz. ecc.)*, cit., p. 471: «nel processo amministrativo si avrebbe sempre, infatti, la coincidenza dell'interesse protetto con la titolarità della legittimazione all'impugnazione, perché protetta è solo quella posizione di vantaggio la quale risulti normativamente qualificata, in quanto riconducibile ad una norma di riferimento che si configura come il presupposto logico-giuridico della tutela giudiziale accordata al titolare della posizione di vantaggio medesima». Secondo l'Autore, «L'interesse legittimo, la legittimazione a ricorrere e l'interesse al ricorso rappresentano, in qualche modo, più segmenti, non agevolmente disarticolabili e scindibili, dello stesso problema». Non si potrebbe prescindere, pertanto, dal definire l'interesse legittimo per chiarire la portata della legittimazione al ricorso.

ISSN 2036-7821

sia preso in considerazione da una norma di legge che lo protegga. Non ogni interesse, infatti, e neppure ogni interesse socialmente rilevante, assume dignità giuridica: per salire a livello del diritto, non soltanto deve diventare interesse sociale ma deve anche ricevere una qualificazione ordinamentale[24].

La differenziazione, invece, è un predicato che rappresenta, secondo un diffuso approccio giurisprudenziale, l'esito di valutazioni propriamente materiali, come tali soggettive, afferenti alla dinamica procedimentale e all'esito provvedimentale[25].

La legittimazione ad agire, evidentemente, non spetta a chiunque ma soltanto a coloro che si trovino in una condizione peculiare, che valga a distinguerli dal *quisque de populo* rispetto all'esercizio del potere amministrativo[26].

Va detto, tuttavia, che tale ricostruzione non preclude al legislatore di modellare, in casi particolari, il diritto di azione, sganciandolo dalla situazione soggettiva sostanziale ed allontanando la legittimazione dalla descrizione che ne è stata fatta. In tali casi, lungi da confliggere con la Costituzione, il legislatore si pone in linea con la portata dell'art 24 Cost., il quale, atteggiandosi come principio generale, si limita a prescrivere che, in presenza di diritti ed interessi legittimi, sia garantita la tutela giurisdizionale, lasciando intatta la libertà di conformare l'azione processuale negli altri casi, anche secondo logiche oggettive[27].

Si fa riferimento non solo alle ipotesi di c.d. sostituzione processuale (*cfr.* art. 81

---

[24] A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, VI ed., Milano, Giuffrè, 2008, p. 390 ss. Il criterio della qualificazione giuridica degli interessi, a ben vedere, può dirsi integrato non solo nel caso in cui l'interesse sia preso in considerazione da una norma di legge ordinaria ma, a maggior ragione, ogni qualvolta lo stesso sia dotato di un solido aggancio costituzionale. Come sostiene l'Autore, si dovrebbe ritenere qualificato l'interesse ogniqualvolta esso reagisca, realizzandolo o ledendolo, all'interesse fondamentale, e cioè al «tipo migliore di esistenza […] possibile e realizzabile» per la comunità[24]: ogni altro interesse, anche di importanza sociale, ma la cui sorte non reagisca sull'interesse fondamentale, dovrebbe invero restare estraneo al diritto. È chiaro che il migliore tipo di esistenza possibile sia scolpito nella Costituzione, che, alla luce del suo carattere programmatico (individua obiettivi di trasformazione sociale che devono essere promossi e raggiunti e non si limita a disciplinare l'esistente), costituisce la prima fonte di qualificazione giuridica degli interessi.

[25] In tal senso, Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22, in *giustizia-amministrativa.it*. Nella prassi, la differenziazione finisce per coincidere con la possibilità di subire una lesione dall'azione pubblica. In materia edilizio-urbanisticadi, ad esempio, la differenziazione si è tradotta nella elaborazione del criterio della *vicinitas*, in base al quale si è riconosciuta legittimazione a ricorrere, ad esempio, al proprietario del fondo o della casa finitimi. Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 113 del 27 marzo 1981, escluse che l'art. 10, co. 9 della l. n. 765 del 1967 avesse introdotto una ipotesi di azione popolare, così affievolendo i rischi di una moltiplicazione del contenzioso urbanistico e offrendo, simultaneamente, una lettura non abrogante della disposizione citata. È stata coniata, pertanto, una nozione di insediamento abitativo idonea a fondare la legittimazione dei soggetti che, per l'inclusione in tale insediamento (*vicinitas*), abbiano interesse alla qualità del relativo assetto urbanistico-edilizio.

[26] Consiglio di Stato, sez. V, 9 dicembre 2019, n. 8399; Consiglio di Stato, sez. IV, 1 giugno 2018, n. 3321; Consiglio di Stato, sez. IV, 19 luglio 2017, n. 3563, in *giustizia-amministrativa.it*.

[27] In questo senso V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, cit., p. 341 ss; L. DE LUCIA, *La cittadinanza presa sul serio. Legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo e tutela degli interessi diffusi e collettivi*, in *Politica del diritto*, LIII, 2022, p. 85 ss.

ISSN 2036-7821

c.p.c.[28]), da sempre ricondotte nell'alveo delle legittimazioni straordinarie, ma anche alle c.d. mere azioni: fattispecie in cui l'ordinamento sgancia l'azione processuale dall'esistenza di una qualsivoglia situazione giuridica sostanziale[29]. In tali casi, la fisionomia della legittimazione ad agire muta e finisce per essere legata allo *status* di cittadino, piuttosto che all'appartenenza del soggetto ad una determinata collettività, come avviene per le azioni popolari[30], o alla necessità di tutelare un interesse adespota o generale, difficilmente soggettivabile se non in capo ad una pubblica amministrazione.

Emerge, allora, il carattere bifronte della legittimazione e, di riflesso, il doppio ruolo dello stesso giudice amministrativo: baluardo della tutela di interessi individuali a fronte dell'esercizio del potere, ma anche garante di interessi generali, pubblici, ovvero collettivi[31].

Ciò posto, sulla base di quanto detto, ricorrono i necessari strumenti per riportare a sistema i casi di legittimazione delle pubbliche amministrazioni i quali, come si vedrà, sono riconducibili, a seconda dei casi, ai due modelli considerati.

3. Legittimazione ordinaria della pubblica amministrazione, in quanto portatrice di una posizione qualificata e differenziata.

La prima configurazione che assume la legittimazione al ricorso della pubblica amministrazione è assolutamente in linea con il principio posto dall'art. 24 Cost. e si configura ogniqualvolta la P.A. sia titolare di diritti soggettivi o interessi legittimi bisognosi di tutela processuale. In tali circostanze, invero, la P.A. agisce innanzi al G.O. o al G.A. affermando o dimostrando la titolarità di una posizione qualificata e differenziata, non diversamente da un ordinario ricorrente.

È ben nota, infatti, l'esistenza in capo all'amministrazione di una capacità giuridica anfibia, che la vede potenzialmente titolare di situazioni giuridiche di diritto pubblico e di diritto privato[32]: prima di essere pubblica, infatti, l'amministrazione

---

[28] «Fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere in nome proprio un diritto altrui». È dibattuto se non processo amministrativo trovino realmente applicazione casi di sostituzione processuale. Sul punto si veda R. VILLATA, *Legittimazione processuale: II) Diritto processuale amministrativo*, cit., p. 3.

[29] M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, 2020, p. 60.

[30] In tema di azione popolare si vedano, tra gli altri: L. PALADIN, *Azione popolare*, in *Noviss. dig. it.*, vol. II, Torino, 1958, p. 88 ss.; V. CRISAFULLI, *Azione popolare*, in *Nov. Dig. It.*, vol. II, Torino, 1937, p. 140; D. BORGHESI, *Azione popolare*, in *Enc. Giur.*, vol. IV, Roma, Treccani, 1988, p. 1 ss.; C. MIGNONE, *Azione popolare*, in *Dig. It. Disc. Pubb.*, vol. II, Torino, Utet, 1987, p. 145 e ss.; F. CINTOLI, *L'azione popolare nel contenzioso elettorale amministrativo*, in *Dir. amm.*, II, 2008, p. 329 ss.

[31] V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, cit., p. 351 ss.

[32] L'art. 11 del Cod. Civ. prevede che «le province e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico», così qualificando l'Amministrazione come soggetto capace, al pari dei privati, di essere titolare di diritti. Nello stesso senso si pone

ISSN 2036-7821

(nelle sue varie vesti) è un soggetto giuridico, dotato di prerogative non dissimili a quelle riconosciute ad una persona fisica o giuridica di diritto privato.
Sul versante processuale, questo si traduce inevitabilmente nella possibilità di accesso al giudice, ogniqualvolta si verifichi una lesione delle situazioni soggettive della P.A.
È tutto sommato facile ipotizzare, ad esempio, che l'amministrazione sia titolare di un diritto di credito derivante da un contratto, il cui inadempimento potrebbe, senza ostacoli, essere fatto valere innanzi al giudice ordinario[33].
Parimenti priva di complicazioni è l'ipotesi in cui la P.A. agisca a tutela di situazioni giuridiche reali di cui sia titolare: l'art. 823, co. 2 c.c. riconosce in capo alla P.A. la facoltà di procedere in via amministrativa ma anche di avvalersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso regolati dal Codice civile, compresi quelli processuali[34].
Qualche dubbio, invece, è stato avanzato rispetto alla possibilità dell'amministrazione di adire il giudice amministrativo a tutela delle proprie pretese nei confronti del privato cittadino (ad esempio, rispetto alla proponibilità di un'azione di condanna al pagamento di una somma di denaro promossa innanzi al giudice amministrativo in sede esclusiva[35]). Si sosteneva, invero, che la P.A., per far valere una pretesa pubblicistica nei confronti del privato, avrebbe dovuto direttamene esercitare i poteri che le conferisce l'ordinamento (c.d. principio della *décision préable*[36]). Solo a partire dagli anni '90 del secolo scorso[37], a causa della forte

---

l'art. 1, co. 1 *bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, secondo il quale «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente». M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 58 ss., secondo il quale «l'ente pubblico autoritativo dovrebbe avere autonomia privata sol perché è persona giuridica (in quanto le norme sulla plurisoggettività non distinguono tra soggetti persone fisiche e soggetti persone giuridiche). D'altronde esso non solo ha una propria attività privata, ma non ha bisogno di agire sempre come autorità per assolvere i suoi compiti istituzionali; si dice infatti che l'ente pubblico è prima di tutto un ente (inteso come soggetto agente secondo il diritto comune), poi è pubblico. Per cui, in conclusione, se si accetta il secondo modo di concepire l'autonomia privata (e in effetti sembra preferibile), è da dire che anche l'ente pubblico autoritativo ha la posizione giuridica dell'autonomia privata».

[33] Basti pensare alla materia dei contratti pubblici e alle controversie vertenti la fase esecutiva, rimesse alla cognizione del giudice ordinario sulla base di una lettura a contrario dell'art. 133, co. 1, lett. e, n. 1 del D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

[34] *Ex multis*, si veda Cass., Sez civ., 23 ottobre 2019, n. 27197, in *italgiure.it*, in tema di accertamento dell'intervenuta usucapione in favore di una pubblica amministrazione.

[35] E. FOLLIERI, *Il privato parte resistente nel processo amministrativo nelle materie di cui agli artt. 33 e 34 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80*, cit., p. 634 ss., il quale dà atto di un ormai risalente orientamento del giudice amministrativo, in materia di pubblico impiego, teso ad escludere l'ammissibilità di azioni proposte dalla P.A. nei confronti del privato innanzi agli organi della giustizia amministrativa.

[36] M. MAZZAMUTO, *L'amministrazione agisce contro il privato di fronte al giudice amministrativo (nota a Cons. st., sez. II, n. 8646/2020) ?*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2021. L'Autore riporta come tale preclusione si ritrovi anche nell'ordinamento francese e sarebbe riconducibili al principio della c.d. *décision préable*, che opererebbe come condizione di ricevibilità del ricorso e che troverebbe una conferma anche nel nostro art. 34, co. 2 c.p.a (a mente del quale «in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora

ISSN 2036-7821

pressione per la *civilzzazione* del diritto amministrativo e la conseguente apertura all'osmosi[38] tra diritto pubblico e diritto privato, si è gradualmente assistito ad una riapertura alle azioni dell'amministrazione nei confronti del privato innanzi al giudice amministrativo.

Sul punto hanno avuto modo di pronunciarsi prima l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato[39], poi anche la Corte costituzionale[40], entrambe concludendo nel

esercitati»), disposizione evocata, di norma, rispetto ai ricorsi del privato ma che meriterebbe di essere considerata anche con riferimento ai ricorsi dell'amministrazione.

[37] Secondo M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, cit., p. VIII, «fino agli anni '90, si avvertiva una certa resistenza, del giudice amministrativo, non solo ad accettare una così totale frantumazione dell'unita` dell'amministrazione, ma anche ad accogliere l'impianto di una vera e propria dialettica degli interessi, proprio all'interno della stessa amministrazione agente: non il giudizio, ma il procedimento, con la legge generale allora adottata, era considerato la sede corretta e piu` opportuna in cui ponderare le diverse posizioni emergenti».

[38] Al fenomeno dell'osmosi tra regole di diritto privato e diritto pubblico fa riferimento Consiglio di Stato, sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237, in *giustizia-amministrativa.it*. Secondo la pronuncia «la lettura necessariamente evolutiva e costituzionalmente orientata dei principi che devono permeare le relazioni tra privati e pubblica amministrazione, ha individuato proprio nella contrattualistica pubblica il terreno più fertile per lo sviluppo della tematica. Secondo la dottrina più evoluta, infatti, esso costituisce un significativo esempio della configurabilità di un sistema istituzionale di diritto comune connotato dalla osmotica utilizzabilità di regole del diritto privato da parte dei titolari di pubblici poteri, dando comunque luogo a rapporti giuridici qualificati tra privato e pubblica amministrazione all'interno dei quali può assumere rilievo l'affidamento, quale situazione di aspettativa giuridica a sua volta qualificata. Nel suo ambito, dunque, le regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano in sequenza temporale, ma in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione».

[39] Consiglio di Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2012, n. 28, in *giustizia-amministrativa.it*, che ha riconosciuto come, in sede di giurisdizione esclusiva, il g.a. «là dove vengano in discussione questioni su diritti, come è per l'appunto nel caso in esame, non può che garantire agli interessati la medesima tutela e, dunque, le medesime specie di azioni riconosciute dinanzi al giudice ordinario», confermando così l'ammissibilità dell'azione costitutiva della stessa amministrazione ai sensi dell'art. 2932 c.c. L'Adunanza, a tal proposito, ha ritenuto superabile «la tesi secondo cui l'effetto dell'acquisizione delle aree in questione avrebbe potuto essere conseguito dall'amministrazione pubblica utilizzando i propri poteri autoritativi, quale l'acquisizione d'ufficio: a tacer d'altro, è sufficiente al riguardo rilevare che l'eventuale possibilità di esperire poteri amministrativi non rende di per sé inammissibile la proposizione di una domanda giudiziale».

[40] Corte costistuzionale, 20 luglio 2016, n. 179, in *cortecostituzionale.it*, che è stata adita proprio in una controversia in cui un Comune aveva adito il T.A.R. al fine di ottenere la condanna della parte resistente al pagamento di somme dovute per l'assegnazione di suoli edificatori del territorio comunale. Secondo la Corte « se, di norma, la pubblica amministrazione è parte resistente nel processo amministrativo, dapprima l'art. 11, comma 5, legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi) ed in seguito l'art. 133, comma 1, lettera a), numero 2), del d.lgs. n. 104 del 2010, hanno devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie che trovano titolo negli accordi che sostituiscono o integrano i provvedimenti amministrativi. In tali controversie, anche quando parte attrice sia l'amministrazione, la giurisprudenza di legittimità, sia ordinaria, sia amministrativa, riconosce la giurisdizione del giudice amministrativo. Al riguardo, va rilevato che – sebbene gli artt. 103 e 113 Cost. siano formulati con riferimento alla tutela riconosciuta al privato nelle diverse giurisdizioni – da ciò non deriva affatto che tali giurisdizioni siano esclusivamente attivabili dallo stesso privato, né che la giustizia amministrativa non possa essere attivata dalla pubblica amministrazione; tanto più ove si consideri che essa storicamente e istituzionalmente è finalizzata non solo alla tutela degli interessi legittimi (ed in caso di giurisdizione esclusiva degli stessi diritti), ma anche alla tutela dell'interesse pubblico, così come definito dalla legge».

ISSN 2036-7821

senso della piena compatibilità del c.d. giudizio amministrativo a parti invertite con gli artt. 103 e 113 Cost.

Può accadere, infine, che l'amministrazione veda incisa la propria sfera di attribuzioni dal potere di un altro soggetto pubblico[41], trovandosi in una posizione equiparabile a quella di qualsivoglia soggetto al cospetto di un potere amministrativo[42]. In tale circostanza, non vi sarebbero particolari problemi nel sostenere che l'amministrazione sia titolare di un interesse legittimo oppositivo e, come tale, ordinariamente legittimata al ricorso[43].

D'altro canto, che la P.A. possa essere titolare di una posizione di interesse legittimo, e non solo essere portatrice della scure del potere amministrativo, è confermata dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, che agli artt. 7 e 9 individua tra i soggetti interventori anche i portatori di interessi pubblici, come tali astrattamente legittimati ad esercitare

[41] Nella prassi questo può accadere spesso. Tra i casi più noti, di recente, T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841, in *giustizia-amministrativa.it*, il quale si è pronunciato sull'impugnazione, da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, di un provvedimento del Presidente della Regione Calabria recante misure per la prevenzione e la gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19, ritenuto lesivo e contrastante con le misure amministrative adottate dallo Stato nell'esercizio della propria competenza.

[42] Come rilevato da M. TRIMARCHI, *Premesse sistematiche sulle relazioni organizzative*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, I, 2021, p. 254, la posizione della P.A., in tali casi, può (ma non necessariamente deve) coincidere con quella di un privato. L'Autore evidenzia come qualora il contenzioso tra pubbliche amministrazioni si collochi al di fuori delle relazioni organizzative, il paradigma di validità dell'atto è costituito esclusivamente dallo schema normativo del potere e l'amministrazione, lesa nelle sue prerogative, può invocare le medesime norme che potrebbe invocare un cittadino; al contrario, ove la lite si collochi all'interno di una relazione organizzativa, l'amministrazione può invocare, oltre la norma attributiva del potere, anche le specifiche regole della relazione.

[43] M. RENNA, S. VACCARI, *La proiezione processuale dei dissensi tra enti territoriali, in Dir. Proc. Amm*, IV, 2022, p. 691. In giurisprudenza un esempio recente è dato da T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 5 novembre 2018, n. 339, in *giustizia-amministrativa.it*. Il giudice amministrativo, in questo caso, ha ritenuto la Regione legittimata ad impugnare un'ordinanza sindacale di sospensione immediata dei lavori di sversamento di fanghi di dragaggio del canale Coron, con ripristino dello stato dei luoghi a propria cura e spese. Secondo il T.A.R. «va riconosciuta la sussistenza dell'interesse al ricorso (e, conseguentemente, la piena legittimazione dell'Amministrazione regionale) dovendosi osservare che il provvedimento impugnato, inteso a precludere la prosecuzione dell'attività di dragaggio (o, per meglio dire, di susseguente ripascimento) da parte dell'impresa affidataria, interferisce in modo esplicito con l'esercizio delle funzioni amministrative in materia di navigazione interna, ad essa chiaramente intestate ai sensi dell'art. 21, comma 1, L.R. n. 22 del 1987».

Nella stessa direzione sembra porsi anche F. G. ALBISINNI, *La legittimazione giudiziale attiva delle pubbliche amministrazioni nel settore del patrimonio culturale*, in *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, a cura di M. MACCHINA, Napoli, 2019, p. 144. Secondo l'Autore, i giudizi instaurati dalle amministrazioni nel settore della tutela e la valorizzazione dei beni culturali non sarebbero volti a garantire il ripristino della legalità violata, «quanto piuttosto ad assicurare la tutela di posizioni soggettive che l'ordinamento riconosce sussistenti in capo alle amministrazioni pubbliche, segnatamente quelle esponenziali di una determinata collettività, quali gli enti locali, a cui viene attribuita, dalla Costituzione e dalla legge, la cura di innumerevoli funzioni amministrative». Sarebbe «l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione preposta a tutela del patrimonio culturale a cagionare una lesione diretta, concreta ed attuale agli interessi perseguiti dal soggetto pubblico, perché insistono sul medesimo bene su cui si appunta l'attività esercitata dall'amministrazione procedente o perché comunque incisi e limitati a vario titolo, proprio come accadrebbe ad un soggetto privato».

ISSN 2036-7821

le pretese partecipative, nel tentativo di influenzare l'esito della procedura[44].
Il soggetto pubblico, in queste ipotesi, sarebbe titolare di un interesse legittimo il cui bene della vita avrebbe ad oggetto la conservazione della pienezza delle possibilità giuridiche inerenti al potere amministrativo leso[45].
Ciò posto, l'elemento che accomuna tutte le fattispecie appena menzionate è la posizione dell'amministrazione in giudizio: essa agisce a presidio dei propri interessi, non diversamente da come farebbe qualsiasi soggetto giuridico dotato di proprie prerogative, così concretizzando in via diretta la previsione di cui all'art. 24 Cost.

4. Pubbliche amministrazioni come enti esponenziali, tra interessi diffusi e interessi collettivi.

Accade di frequente che l'azione dell'ente pubblico venga qualificata come azione di un ente esponenziale, portatore degli interessi della collettività riferibile territorialmente, in quanto tale, pienamente legittimato ad impugnare dinanzi al giudice amministrativo i provvedimenti ritenuti lesivi dei suddetti interessi.
Questo seconda ipotesi, invero, concerne principalmente gli enti territoriali[46] e si riscontra spesso in materia ambientale, ove il Comune[47] è sempre più di frequente

---

[44] Sulla nozione di interesse legittimo non può che rinviarsi a F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

[45] M. RENNA, S. VACCARI, *La proiezione processuale dei dissensi tra enti territoriali*, cit., p. 700. Nello stesso senso M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, cit., p. 6.

[46] La giurisprudenza è concorde nell'affermare la legittimazione a ricorrere degli enti territoriali in queste fattispecie. *Ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. III, 25 marzo 2019, n. 3966; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 gennaio 2016, n. 7; Consiglio di Stato, sez. V, 30 giugno 2011, n. 3921; Consiglio di Stato, sez. V, 31 maggio 2012, n. 3254, in *giustizia-amministrativa.it*. Di recente, Consiglio di Stato, con parere n. 2534 del 30 settembre 2019 ha definito «noto» e «incontroverso» il riconoscimento ai Comuni della facoltà di «impugnare dinanzi al Giudice amministrativo provvedimenti dell'autorità statale o regionale che, operando una riorganizzazione territoriale degli uffici, possano determinare una riduzione della prestazione dei servizi offerti a livello comunale (si pensi ai noti e numerosi casi di chiusura di strutture sanitarie pubbliche, di posti di polizia, di uffici postali, di uffici giudiziari, di plessi scolastici, etc.); sempre il Comune è stato riconosciuto, «quale ente territoriale esponenziale di una determinata collettività di cittadini, istituzionalmente legittimato a curarne e a difenderne gli interessi e a promuoverne lo sviluppo», legittimato «ad agire contro tutti gli atti ritenuti in qualche modo lesivi di quegli interessi».

[47] Secondo T.A.R. Lombardia – Brescia, sez. I, 16 novembre 2011, n. 1568, in *giustizia-amministrativa.it*, «La legittimazione ad agire dell'ente locale in materia ambientale, in quanto titolare di un interesse collettivo, è riconosciuta dalla giurisprudenza fin da T.a.r. Lazio 1064/90 (secondo cui "il comune, quale ente territoriale esponenziale di una determinata collettività di cittadini della quale cura istituzionalmente gli interessi a promuovere lo sviluppo, è pienamente legittimato ad impugnare dinanzi al giudice amministrativo i provvedimenti ritenuti lesivi dell'ambiente). Sarebbe d'altronde alquanto irragionevole riconoscere legislativamente all'ente territoriale la possibilità di agire in giudizio (in via successiva) per il risarcimento del danno all'ambiente (come fa l'art. 18, co. 3, l. 349/86), e negargli invece la possibilità di agire (in via preventiva) per impedire la produzione di quello stesso danno. Sarebbe altrettanto irragionevole riconoscere la titolarità di un interesse collettivo ad associazioni ambientaliste, il cui collegamento con il territorio interessato dall'abuso è

ISSN 2036-7821

indicato come ente esponenziale delle collettività localizzate[48].

A ben vedere, sono almeno tre caratteristiche degli enti territoriali che, a parere di chi scrive, conducono la giurisprudenza a qualificarli come soggetti esponenziali: sono enti a finalità generali[49], per cui perseguono e realizzano tutti gli interessi della collettività; sono enti a struttura associativa, in cui prevale l'elemento personale e la cui attività è diretta a favorire gli associati (*rectius*, i cittadini)[50]; hanno una intrinseca «connessione» con una porzione del territorio della Repubblica[51] (che rende superflua l'indagine sulla c.d. *vicinitas*).

Queste tre condizioni consentono alla giurisprudenza di evocare meccanismi sostanzialmente coincidenti con quelli elaborati in tema di tutela degli interessi diffusi[52].

Com'è noto, infatti, a partire da una ben nota pronuncia (c.d. sentenza Italia Nostra[53]), l'elaborazione pretoria in tema di interessi diffusi si è focalizzata sull'individuazione di criteri che permettessero di appuntarli in capo a gruppi sociali, organizzati in enti esponenziali, che avessero come fine prevalente e costitutivo la

talora costituito soltanto dal fine statutario, e non individuarlo nell'ente istituzionalmente esponenziale della comunità di riferimento».

[48] F. G. SCOCA, *Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, in *Dir. soc.*, IV, 1988, p. 645.

[49] Si veda sul punto G. C. DE MARTIN, *Enti pubblici territoriali*, in *Dig. It. Disc. pubb.*, VI, Torino, 1991, p. 120 ss. Gli enti territoriali, quindi, si distinguono dagli enti monofunzionali, che perseguono un ben determinato fine pubblico. La loro qualificazione in termini di enti a finalità generali deriva direttamente dalla Costituzione, che li qualifica come elementi costitutivi della Repubblica (cfr. art. 114 Cost) e dalla legge ordinaria.

[50] G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, p. 6, secondo il quale hanno struttura associativa lo Stato, le Regioni, le Provincie e i Comuni: per questi soggetti il corpo elettorale è paragonabile ad una assemblea di una ordinaria associazione e la loro attività è diretta in favore dei cittadini.

[51] A. MASUCCI, *Enti locali territoriali*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Varese, 1965, p. 975 ss. Secondo l'Autore «gli scrittori sono concordi nell'ammettere che, accanto allo Stato, ente territoriale per eccellenza, vi sono delle persone giuridiche, il comune, la provincia e la regione, esplicanti la loro attività entro una determinata circoscrizione territoriale, che hanno in comune con esso il vincolo di necessaria "connessione" con un determinato territorio, cioè il carattere della "territorialità". Osserva G. C. DE MARTIN, *Enti pubblici territoriali*, cit., p. 120 ss., come non sia mai stato oggetto di dubbio «il riconoscimento di un più intimo legame col territorio per determinate categorie di enti pubblici: in tal senso allo Stato, ritenuto in un certo modo l'ente territoriale per eccellenza, sono stati accomunati gli enti esponenziali della collettività comunali e provinciali, nonché, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, le regioni».

[52] Sul tema degli interessi diffusi si vedano, tra gli altri, R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Dig. It. Disc. Pubbl.*, vol. III, Torino, Utet Giuridica, 1993, p. 481 ss.; V. DENTI, *Interessi diffusi*, in *Nov. Dig.*, app. IV, Torino, 1982, p. 305 ss.; V. TROCKER, *Interessi collettivi e diffusi*, in Enc. Giur., vol. XIX, Roma, 2007, p. 1 ss.; G. ALPA, *Interessi diffusi*, in *Dig. It. Disc. priv.*, vol. IX, Torino, Utet Giuridica, , p. 609 ss.; M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro It.*, 110, 1987, p. 7 ss.; B. CARAVITA, *Interessi diffusi e collettivi (Problemi di tutela)*, in *Dir. e soc.*, 1982, Padova, 167 ss.; C. PUNZI, *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e collettivi*, in *Riv. Dir. Proc.*, III, 2002, , p. 647 ss.; S. CASSESE, *Gli interessi diffusi e la loro tutela*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, 2003, p. 569 ss.; G. MANFREDI, *Interessi diffusi e collettivi*, in *Enc. Dir., Ann.* VII, Milano, 2014, p. 513 ss.; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, Maggioli, 2012.

[53] Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 1973, n. 253, in *Foro It.*, 1974, III, 33, con osservazioni di A. ROMANO e nota di L. ZANUTTIGH, *"Italia nostra" di fronte al Consiglio di Stato.*

ISSN 2036-7821

salvaguardia e la tutela degli interessi dei consociati. Secondo la giurisprudenza, ad oggi, non qualunque ente sarebbe legittimato, dovendo trattarsi necessariamente di organismi che perseguano statutariamente ed in modo non occasionale obiettivi di tutela dell'interesse diffuso; che possiedano un adeguato grado di rappresentatività e di stabilità; che abbiano un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume leso[54].

Orbene, le suddette condizioni sarebbero *in re ipsa* nella figura dell'ente pubblico territoriale: essendo un soggetto che persegue tutti gli interessi della collettività di riferimento, l'indagine sul fine appare finanche superflua[55]; la connessione territoriale, come visto, è intrinsecamente connaturata alla stessa fisionomia di questi enti; la garanzia della rappresentatività, infine, è automaticamente insita nel carattere associativo dell'ente e nei maccanismi di rappresentanza politica.

In dottrina, però, sono comunque emerse diverse ricostruzioni del fenomeno: secondo alcuni, effettivamente le due esperienze combacerebbero, motivo per cui il modello giurisprudenziale di tutela degli interessi diffusi sarebbe integralmente applicabile anche agli enti pubblici territoriali[56] (che si atteggerebbero come punti di

[54] Già nelle parole di Consiglio di Stato, Ad. Plen., 19 novembre 1979, n. 24, in *Foro it*., 1980, p. 1 ss., con nota di A. ROMANO, emergeva la necessità di una localizzazione dell'interesse: « Sotto il primo profilo è invece esatto quanto afferma la sezione sesta, e cioè che non è il solo fatto in sé dell'assunzione nello statuto della finalità di tutela di un certo interesse indifferenziato a trasformare quest'ultimo in interesse legittimo, e a conferire, quindi, all'associazione la legittimazione (sostanziale) a ricorrere; ma è piuttosto nella natura in sé di tali fini, indipendentemente dal riconoscimento, che vanno ricercate le tracce di un eventuale interesse suscettibile di tutela giurisdizionale. […] Come si legge nella decisione 9 marzo 1973, n. 253 "Italia Nostra" è un'associazione di privati, costituitisi in gruppo organizzato allo scopo di "concorrere" alla tutela del patrimonio storico, artistico e naturale del paese. Sicché innanzitutto l'interesse perseguito dall'associazione appare in sé insuscettibile di differenziazione rispetto a quello pubblico e generale, dal momento che nelle enunciazioni statutarie è evidente, e anzi dichiarato, il proposito di condurre soltanto un'opera di fiancheggiamento e di pressione sul pubblico potere al fine di una più efficace azione da parte di quest'ultimo per la salvaguardia del paesaggio e delle bellezze naturali in genere. Ma si tratta, altresì, di un interesse avente ad oggetti questi beni considerati nella loro dimensione astratta, e non localizzato, o, comunque, localizzabile in un particolare ambiente naturale, più o meno circoscritto; sicché manca, anche e soprattutto per questo verso la possibilità di riconoscere all'associazione "Italia Nostra" quella funzione esponenziale del concreto interesse dei singoli componenti di una data collettività, che, nel caso in esame, è – come si è visto – presupposto indispensabile della legittimazione a ricorrere di una formazione sociale». Di recente, Cons. Stato, Ad. Plen., 20 febbraio 2020, n. 6, in *giustizia-amministrativa.it*, ha confermato i criteri sopracitati, la cui forma legittimante si affiancherebbe a quella delle espresse previsioni di legge (c.d. doppio binario).

[55] In tal senso A. CLINI, L.R. PERFETTI, *Class action, interessi diffusi, legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, in *Dir. proc. Amm*., IV, 2011, p. 1443 ss., secondo i quali «il posizionamento costituzionale di questo soggetto pubblico non è vulnerabile rispetto alla cura (anche sotto forma di tutela giurisdizionale) di qualsivoglia interesse che intersechi la comunità che amministra». Gli Autori, tuttavia, danno atto di un orientamento giurisprudenziale secondo il quale la legittimazione degli enti territoriali avrebbe un fondamento diretto solo nelle materie attribuite alla loro competenza, al di fuori delle quali sarebbe necessario verificare, sempre al fine di giustificazione l'azione in giudizio, riscontrare la ricorrenza dei criteri elaborati dalla giurisprudenza con riferimento agli enti privati (e la tutela degli interessi diffusi).

[56] M. ANTONIOLI, *La legittimazione a ricorrere enti pubblici degli enti pubblici tra situazioni sostantive, soggettivita` della tutela e funzionalizzazione dell'interesse pubblico*, cit., p. 374, secondo il quale «il frequente riferimento delle pretese

ISSN 2036-7821

coagulo di interessi adespoti); altri - valorizzando «la fisiologica conflittualità tra i plurimi interessi antagonisti e coesistenti nella medesima comunità», ostativa rispetto all'estensione di un siffatto costrutto – spostano il tema su versante meramente processuale, limitandosi ad affermare che l'ente sarebbe esclusivamente tenuto a dimostrare la ricorrenza delle note condizioni dell'azione[57]; altri ancora, riconducono questa forma di legittimazione tra quelle oggettive, valorizzando il perseguimento dell'interesse pubblico sul piano funzionale[58].

Nell'opinione di chi scrive, ad essere preferita deve essere una via ulteriore, che conduca a ritenere che gli enti pubblici territoriali, in realtà, azionino in giudizio posizioni assimilabili ai c.dd. interessi collettivi[59], come tali distinti dagli interessi dei

---

degli enti territoriali alla collettività, anziché alla propria sfera di attribuzioni, sembra presupporre che l'interesse – che il processo si prefigge di soddisfare - vada identificato in quello collettivo del quale l'amministrazione si fa portatrice, non diversamente da qualsiasi altro ente esponenziale di natura privata».

[57] M. RENNA, S. VACCARI, *La proiezione processuale dei dissensi tra enti territoriali*, cit., p. 713.

[58] V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, cit., p. 369, secondo i quali la legittimazione degli enti territoriali si inserirebbe in un gruppo più ampio di fattispecie previste «da norme legislative, ovvero formatisi sulla base di orientamenti giurisprudenziali, che nel loro insieme, sia pure con diverse gradazioni, conferiscono al giudice amministrativo un secondo ruolo, accanto a quello della tutela di interessi individuali a fronte dell'esercizio del potere (come da ultimo puntualmente ribadito dall'art. 7, c.p.a.), quello cioè della tutela di interessi generali, senz'altro di carattere pubblico, ovvero collettivo, promossa per iniziativa di soggetti pubblici o collettivi, portatori di questi interessi. In questi casi, la legittimazione ad agire nel processo amministrativo, acquista carattere "oggettivo", laddove l'azione è promossa non a tutela di interessi soggettivi (di singoli soggetti o di categorie di soggetti) ma di interessi generali (pubblici in senso proprio perché pertinenti a tutta la collettività e come tali riconosciuti dall'ordinamento che ne attribuisce istituzionalmente la cura a organi e soggetti pubblici)».

[59] In una prima fase, in realtà, si è stentato a trovare un preciso distinguo tra interessi collettivi e interessi diffusi (trattandosi di posizioni di cui nessuno sarebbe titolare in maniera esclusiva ma solo in quanto membro di un gruppo, o di una classe, gli interessi superindividuali furono definiti, in modo fungibile, ora collettivi ora diffusi). In tal senso di veda M. CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, 2003 , p. 192. Anche G. MANFREDI, *Interessi diffusi e collettivi*, in *Enc. dir., Ann*. VII, 2014, p. 513, rileva come «in passato entrambe le nozioni di cui s'è detto sono state indicate unitariamente come interessi collettivi o come interessi diffusi: lo si riscontra in particolare nei titoli deli Atti dei tre principali Convegni che sono stati dedicati all'argomento durante gli anni Settanta del Novecento, dato che gli Atti del Convegno di Pavia del 1974 fanno riferimento agli interessi collettivi, mentre quelli del Convegno di Salerno del 1975 e quelli del convegno di Varenna del 1977 fanno riferimento agli interessi diffusi». In un secondo momento sono stati individuati diversi elementi distintivi, i quali giustificherebbero una differente ricostruzione in termini di legittimazione. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, p. 882 ss., ad esempio, ha proposto di individuare la *ratio distinguendi* nel c.d. fatto organizzativo. Si è ritenuto, infatti, di separare gli interessi collettivi dagli interessi diffusi sulla base dell'esistenza di un'organizzazione frutto di una scelta dettata dalla consapevolezza della dimensione non esclusivamente individuale di certe aspirazioni, e quindi della volontà di arrivare ad un coordinamento delle manifestazioni dirette al raggiungimento di uno scopo comune. Lo stesso M.S. GIANNINI, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova, 1976, p. 23, p. 23 ss., propone una definizione di interessi collettivi imperniata sul dato soggettivo: «sono tali gli interessi che hanno come portatore [...] un ente esponenziale di un gruppo non occasionale [..] che non abbia una durata effimera o comunque contingente». Per V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milano, 1979, p.25 ss., elemento qualificante della figura dell'interesse collettivo è «non una anonima, e magari involontaria congiunzione obiettiva di interessi, ma una scelta dettata dalla consapevolezza della dimensione non esclusivamente

ISSN 2036-7821

singoli associati (*rectius*, cittadini) ed idonei a giustificare – secondo logiche ordinarie - la legittimazione ad agire dell'ente.

Evocare la figura degli interessi diffusi, infatti, potrebbe lasciare qualche perplessità. Questi ultimi, nell'elaborazione di dottrina e giurisprudenza, sono state indicati come interessi alla ricerca di un portatore specifico[60], viventi «allo stato fluido e magmatico[61]», riferibili ad una pluralità indeterminata di soggetti[62] ed aventi ad oggetto utilità non suscettibili di appropriazione e godimento esclusivi.

Le palesi difficoltà nell'individuazione di un preciso referente soggettivo ha condotto la giurisprudenza ad individuare "artificiosamente" dei soggetti portatori, fissando dei criteri selettivi.

Nel caso degli enti territoriali, però, la persona giuridica è più propriamente lo strumento di soddisfazione[63] degli interessi di una collettività di soggetti determinati (ad esempio, i cittadini di un certo Comune). L'esistenza di interessi che il singolo cittadino non è capace di appagare autonomamente, cioè, comporta, attraverso il consapevole spostamento della pretesa sul piano collettivo, una imputazione effettiva dell'interesse in capo all'organizzazione, la quale finisce per essere titolare di una posizione autonoma, distinta dall'interesse individuale.

Non di interessi diffusi appuntati su un soggetto pubblico dovrebbe discorrersi,

---

individuale di certe aspirazioni, e quindi della volontà di arrivare ad un coordinamento delle manifestazioni dirette al raggiungimento di uno scopo comune». Gli interessi diffusi, invece, sarebbe secondo l'Autore uno stadio non organizzato del processo di aggregazione di interessi evidentemente non legati da vincoli capaci di far dequotare la loro rilevanza meramente individuale. Nello stesso senso, in tempi più recenti, G. ALPA, *Interessi diffusi*, cit., p. 610, secondo il quale l'interesse diffuso deve essere distinto dall'interesse collettivo, il quale pertiene gruppi organizzati, ai quali l'ordinamento assicura rilevanza, come nel caso dell'interesse di chi fa parte di una associazione, di un sindacato o un partito, piuttosto che di un ordine professionale.

Altra parte della dottrina ha adottato un approccio parzialmente differente, sostenendo che la diversità degli interessi collettivi rispetto agli interessi diffusi si apprezzerebbe non tanto sulla base dell'esistenza di una organizzazione collettiva, quanto, piuttosto, in relazione alla riferibilità solo dei primi a gruppi non occasionali, ma stabili, facilmente determinati o comunque determinabili, propri di una collettività più ristretta e delimitabile all'interno della generalità dei consociati. In tal senso V. DENTI, *Interessi diffusi*, cit., p. 307, secondo il quale «il criterio distintivo, quindi, non è dato dalla organizzazione degli interessi, che può essere presente (ma non necessariamente) anche nel perseguimento degli interessi diffusi, ma dal carattere "corporativo", in senso proprio, degli interessi medesimi». Nella stessa direzione M. CRESTI, *Contributo allo studio degli interessi diffusi*, Milano, 1992, p. 5.

[60] C. PUNZI, *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. LANFRANCHI, Torino, 2003, p. 18.

[61] V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milano, 1979, p. 39.

[62] S. CASSESE, *Gli interessi diffusi e la loro tutela*, cit., p. 569 ss.; R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi*, cit., p. 490. Secondo M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, cit., p. 9, «Nel suo tipo ideale (come figura astrattamente disegnata e accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza e idonea, secondo il noto concetto, ad assicurare coerenza ad un certo ordine di fenomeno sociali), l'interesse diffuso appare come uno stato psico-sociale di tensione fra un bisogno e un bene ripetuto tendenzialmente all'infinito si da riguardare vaste masse per definizione indifferenziate di soggetti».

[63] G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 29 ss., secondo cui con la locuzione "interessi collettivi" si indicherebbe «non […] tanto una specie di interesse quanto il mezzo per soddisfarlo: che è costituito, appunto, dalla riunione e dalla cooperazione di tutti coloro che ne sono portatori».

ISSN 2036-7821

pertanto, ma di interessi collettivi (destinati ad assumere a valle la consistenza di interessi pubblici), frutto di una fisiologica gemmazione dagli interessi dei cittadini[64].
D'altro canto, se è vero che la categoria degli interessi collettivi ha una tradizionale connotazione legata al mondo delle categorie professionali (associazioni sindacali dei lavoratori o imprenditoriali, partiti politici, ordini e collegi professionali, ecc.)[65], è anche vero che lo stesso Comune, quale ente pubblico a struttura associativa, può esser visto senza ostacoli come forma di collettività organizzata, operante a presidio degli interessi dei cittadini, chiamati come tali a partecipare alle decisioni fondamentali dell'ente.
A mente dell'art. 3, co. 2 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, difatti, il Comune costituisce «l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo»; l'art. 13 del medesimo decreto prevede che al Comune spettino «tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze».
Un indicatore particolarmente rilevante della natura collettiva dell'interesse sarebbe la sua riferibilità non ad una moltitudine imprecisata di soggetti ma ad una collettività precipuamente definita e stabilmente organizzata. L'operatività dei meccanismi di rappresentanza politica, poi, renderebbe ancora più netta l'autonomia

---

[64] Una posizione simile è sostenuta da M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, cit., p. 21 ss., con riferimento al fenomeno degli enti pubblici associativi. L'Autrice, invero, considera gli ordini professionali, che sarebbero soggetti pubblici titolati dell'interesse di categoria, come tali capaci di farlo valere come un proprio interesse legittimo. Al contrario, lo stesso non potrebbe dirsi proprio degli enti territoriali (nella specie, i Comuni) che, in quanto portatori di un interesse pubblico, più che di un interesse di categoria, non dovrebbero poter agire in giudizio in assenza di una previsione normativa specifica. In particolare, secondo l'Autrice, la posizione dei Comuni non sarebbe assimilabile a quella degli ordini professionali per due ragioni: da un lato, l'ordine sarebbe ente ad appartenenza necessaria, mentre l'attività del comune si rifletterebbe anche sulla posizione di coloro che non vi risiedono stabilmente; dall'altro lato, il Comune sarebbe portatore dell'interesse pubblico e non, come gli ordini, di uno specifico interesse di categoria istituzionalizzato.
La tesi, tuttavia, non convince. Tanto gli ordini, quanto i Comuni sono enti, dal punto di vista strutturale, a carattere associativo. Il carattere di ente ad appartenenza necessaria – pur posseduto dal Comune – non appare, inoltre, essere un elemento dirimenti: basti considerare la posizione delle associazioni di categoria privatistiche, rispetto alle quali la partecipazione del singolo cittadino non è certamente vincolata. Anche il riferimento all'interesse pubblico, infine, non regge. La nozione di interesse pubblico, infatti, è meramente formale, potendo esser tale qualsivoglia interesse – anche un interesse collettivo – istituzionalizzato e perseguito da un soggetto pubblico. Questo vale tanto per gli ordini, che per gli enti territoriali.

[65] Secondo C. M. BIANCA, *Note sugli interessi diffusi*, cit., p. 68, «l'espressione interessi collettivi ha una tradizionale connotazione legata al mondo delle categorie professionali. Le categorie professionali sono collettività a composizione indeterminata ma gli interessi che vi fanno capo – detti appunto interessi collettivi – sono assunti da enti (ordini e organizzazioni sindacali) che hanno specifiche competenze e funzioni e che appartengono ormai ad un autonomo settore del diritto privato».

ISSN 2036-7821

dell'interesse riferibile all'ente rispetto all'interesse dei singoli: la considerazione dell'interesse dell'ente come posizione concettualmente distinta da quella dei singoli (con la quale non dovrebbe nemmeno necessariamente coincidere[66]), frutto di un processo di sintesi, rende plasticamente visibile la divergenza con l'interesse diffuso, che non è, di per sé, sganciato dall'individuo ma semmai sbiadito nel suo essere comune ad indeterminate collettività e, pertanto, di difficile emersione.

Alla luce di quanto detto, si può quindi sostenere che all'ente territoriale, in quanto rappresentativo della collettività e titolare di un interesse proprio distinto da quello dei singoli cittadini, debba esser riconosciuta una legittimazione processuale autonoma, non diversamente da come avviene per gli ordini professionali o i sindacati.

Peraltro, ove si accolga la tesi prospettata, lungi dall'appiattirsi su una mera precisazione formale dal sapore teorico, si otterrebbero seri risvolti pratici.

Da un lato, sostenere che in siffatte ipotesi trovino applicazione i meccanismi di soggettivazione degli interessi diffusi potrebbe porre il dubbio circa l'atipicità delle ipotesi di legittimazione al ricorso: nonostante la giurisprudenza oggi sia orientata nel senso di estendere le maglie del processo amministrativo, in favore degli enti esponenziali, oltre i casi espressamente previsti dalla legge (c.d. doppio binario)[67], non manca chi sostiene la tesi della tipicità, valorizzando una lettura dell'art. 24 Cost. quale disposizione che non ingloberebbe nella propria portata posizioni non soggettivabili (indifferenziate) come gli interessi diffusi (per la cui tutela sarebbe necessaria l'intermediazione legislativa)[68].

Al contrario, discorrere di interessi collettivi consentirebbe di fugare ogni dubbio sugli spazi di legittimazione dell'ente (nel seno dell'atipicità), alla luce dell'esistenza

---

[66] In questo senso anche M. CRESTI, *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, Milano, 1992, p. 60, secondo il quale «è proprio questo il profilo che vale a tracciare un confine più netto fra il settore degli interessi di categoria e quello degli interessi diffusi. In questo secondo ambito, infatti, anche nei casi in cui entrano in considerazione collettività differenziate, non emerge, come abbiamo precisato, una figura di interesse riferibile al gruppo e da intendersi diverso e distinto da quello dei singoli componenti». Nella stessa direzione anche A. CLINI, L.R. PERFETTI, *Class action, interessi diffusi, legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, cit., p. 1443 ss., secondo i quali «l'interesse diffuso [è] sorto a fronte della struttura individualistica del processo amministrativo e della ritenuta insufficienza dell'interesse legittimo a contenere pretese "sovra-individuali". Occorreva, insomma, prevedere una qualificazione per gli interessi legittimi (diffusi, adespoti, superindividuali, etc.) perché essi potessero farsi contenitori di pretese non riconducibili solo ad un singolo individuo; ne conseguiva la necessità di individuare un titolare della posizione soggettiva che fosse esponenziale della comunità dei soggetti cui l'interesse era riferibile, che divenisse centro di imputazione autonomo rispetto ad essi. È forse interessante osservare come i problemi che si sono da sùbito agitati intorno a questa costruzione appaiano tutti collegati a definire questo spazio concettuale intermedio tra l'interesse collettivo (che non è di alcuno degli appartenenti alla collettività ma dell'organizzazione della stessa — sicché, per esempio, non spetta agli associati ma direttamente all'associazione o sindacato) e l'interesse legittimo individuale».

[67] Consiglio di Stato, Ad. Plen., 20 febbraio 2020, n. 6, in *giustizia-amministrativa.it.*

[68] L. DE LUCIA, *La cittadinanza presa sul serio*, *cit.*, p. 85 ss.

ISSN 2036-7821

di posizioni differenziate e direttamente imputabili al gruppo (*rectius*, alla collettività), sussumibili nella garanzia di cui all'art. 24 Cost.

Dall'altro lato, le conclusioni raggiunte permetterebbero anche di superare l'obiezione del conflitto di interessi. Come anticipato, la tesi che vede nell'ente territoriale un portatore di interessi diffusi si è esposta alla critica di chi ha sostenuto che, ove così fosse, non si spiegherebbe la legittimazione dell'ente a fronte di conflitti di interessi interni alla cittadinanza (fattore, di norma, valorizzato secondo diverse gradazioni dalla giurisprudenza per escludere l'azione degli enti esponenziali[69]).

E tuttavia, se una tale obiezione potrebbe (forse) convincere ove si aderisse alla tesi che vede nell'ente territoriale il punto di riferimento di interessi diffusi, non altrettanto varrebbe nel caso in cui si guardi al medesimo come titolare di un interesse collettivo (pubblico).

In una delle ricostruzioni più note della figura degli interessi collettivi (fornita da Santoro-Passarelli), infatti, non solo gli interessi collettivi vengono identificati come riferibili una collettività di persone rispetto ad un bene idoneo a soddisfare un bisogno comune[70], ma soprattutto se ne evidenzia l'autonomia rispetto alla posizione dei singoli membri del gruppo: «esso [l'interesse collettivo] non è la somma di interessi individuali, ma la loro combinazione[71]». Nel pensiero dell'Autore, quindi, l'interesse della collettività è ben distinto dall'interesse degli individui che ne fanno parte e, anzi, è ad essi sovraordinato e come tale realizzabile anche a loro

[69] Sul punto vedasi Cons. Stato, Ad. Plen., 02 febbraio 2015, n. 9, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «E', inoltre, indispensabile che l'interesse tutelato con l'intervento sia comune a tutti gli associati, che non vengano tutelate le posizioni soggettive solo di una parte degli stessi e che non siano, in definitiva, configurabili conflitti interni all'associazione (anche con gli interessi di uno solo dei consociati), che implicherebbero automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio (cfr. *ex multis* Cons. St., sez. III, 27 aprile 2015, n.2150). Il Collegio non ignora che con la decisione dell'Adunanza Plenaria 3 giugno 2011, n.10 è stata riconosciuta la legittimazione ad agire in capo a un ordine professionale, anche nell'ipotesi in cui il provvedimento impugnato avvantaggi alcuni degli iscritti, ma reputa che tale sentenza non valga a smentire l'indirizzo dianzi citato, ma ne costituisca, al contrario, una chiara conferma. Nella decisione in esame, infatti, l'Adunanza Plenaria ha ribadito che la legittimazione dell'ente esponenziale va riguardata con esclusivo riferimento all'interesse istituzionalizzato e alla portata lesiva di esso (rintracciabile nel provvedimento impugnato) e si è solo limitata a rilevare correttamente che non vale ad escludere la legittimazione a ricorrere, avverso un provvedimento lesivo degli interessi della collettività dei professionisti iscritti all'ordine, la circostanza che lo stesso ne avvantaggi alcuni, ma non come professionisti (nel chè va ravvisata la capacità rappresentativa dell'ordine professionale), ma nelle diverse e del tutto peculiari vesti di dipendenti o di docenti (e non, quindi, di liberi professionisti), potenzialmente configgenti (come si è verificato nella fattispecie ivi esaminata) con gli interessi, istituzionalmente rappresentati dall'ordine, della generalità della categoria dei professionisti iscritti ad esso. Resta, infine, preclusa ogni iniziativa giurisdizionale sorretta dal solo interesse al corretto esercizio dei poteri amministrativi o per mere finalità di giustizia, occorrendo, si ripete, per autorizzare l'intervento di un'associazione esponenziale di interessi collettivi, un interesse concreto ed attuale (imputabile alla stessa associazione) alla rimozione degli effetti pregiudizievoli prodotti dal provvedimento controverso (Cons. St., sez. III, 9 giugno 2014, n.2892). Orbene, entrambi gli interventi in esame difettano dei predetti, indispensabili, requisiti».

[70] F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia: d) autonomia collettiva*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Varese, 1969, p. 369.

[71] F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995, p. 29

ISSN 2036-7821

preferenza[72]; esso non appare come sommatoria di più interessi individuali, ma come frutto della loro «combinazione» (l'organizzazione si pone a monte dell'interesse collettivo[73] e rappresenta un momento intermedio rispetto alla collettività).
Guardare all'ente territoriale come soggetto titolare di un interesse proprio, frutto della combinazione degli interessi dei cittadini ed avulso da ogni nesso di dipendenza con essi, capace di agire in giudizio sulla base della effettiva titolarità di una posizione qualificata e differenziata, dovrebbe già essere sufficiente a ritenere infondata l'obiezione: l'autonomia tra l'interesse dell'ente e interesse dei singolo cittadini, invero, dovrebbe giustificare l'insensibilità del primo rispetto ad eventuali conflitti attinenti ai secondi.
Peraltro, anche ove così non fosse, l'obiezione relativa al conflitto di interessi tra membri della cittadinanza sarebbe comunque valicabile evocando i meccanismi di rappresentanza politica – tipici degli enti territoriali a struttura associativa – i quali consentono di istituzionalizzare il conflitto e di superarlo.

5. Pubblica amministrazione legittimata *ex lege*

Un riferimento meritano, infine, quelle ipotesi in cui è direttamente la legge a riconoscere in capo ad un soggetto pubblico il diritto di agire in giudizio, finanche impugnando provvedimenti di altre amministrazioni.
Ne rappresenta un esempio la scelta compiuta con l'art. 21 *bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, a mente del quale: «L'autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato[74]».
La disposizione, al pari di altre che si vedranno, ha suscitato notevoli perplessità:

[72] F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia: d) autonomia collettiva*, cit., p. 369. Per l'Autore «l'interesse collettivo, che non sia l'interesse generale di tutta la collettività giuridicamente organizzata, pur essendo un interesse diverso dall'interesse individuale, e superiore all'interesse degli individui appartenenti al gruppo, è, per sé, un interesse particolare e non un interesse pubblico. […] Infatti l'ordinamento giuridico, adeguandosi alla realtà sociale, riconosce a questi gruppi interessi e fini propri, interessi e fini superiori agli interessi e fini individuali di coloro che ne fanno parte, ma distinti dagli interessi e fini della società generale e agli stessi subordinati. Perciò i gruppi hanno la potestà e gli strumenti, diversi in corrispondenza della diversa struttura dei gruppi, per provvedere liberamente alla tutela dei loro interessi, corrispondentemente sottratti alla competenza così della legge come dell'autonomia individuale».

[73] R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 108

[74] La disposizione prosegue in questi termini: «L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette , entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104».

ISSN 2036-7821

partendo dal presupposto della natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, quindi imperniata sulla tutela delle situazioni giuridiche soggettive, è stato sollevato il dubbio che il legislatore avesse introdotto una fattispecie di giurisdizione oggettiva, incentrata sulla verifica della legittimità dell'azione amministrativa, come tale di dubbia compatibilità con la Costituzione[75].

In realtà, sono diversi i casi di poteri "speciali" di impugnazione attribuiti *ex lege* ad autorità pubbliche. Già il R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 all'art. 33[76] consentiva al Governo, ottenuto il previo assenso scritto dei destinatari del provvedimento, di ricorrere dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, per garantire certezza circa la definitiva efficacia del provvedimento amministrativo.

In alcuni casi, anche i Ministeri sono diventati portatori di poteri di impugnazione di matrice legale. L'art. 52, co. 4, del D.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, ad esempio, ha previsto che il Ministero delle finanze possa impugnare direttamente i regolamenti comunali in materia di entrate tributarie per vizi di legittimità[77].

Anche il Ministero dell'università e della ricerca ha il potere di impugnare dinanzi al giudice amministrativo gli statuti universitari, ove gli Atenei non si conformino alla preventiva segnalazione di illegittimità[78].

---

[75] Quali Autori intervenuto sul dibattito si possono menzionare, tra gli altri, F. CINTOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*; M. A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21bis L.n. 287 del 1990*, in *Federalismi.it*; B. MATTARELLA, *I ricorsi dell'autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, III, 2016; R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in *www.giustamm.it*, 2012; N. DURANTE, *Riflessioni sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, alla luce della sentenza della Corte Costituzionale, n. 13/2019, in *giustizia-amministrativa.it*.

[76] Il co. 2 dell'art. 33 prevedeva che «Col preventivo assenso scritto di coloro ai quali il provvedimento direttamente si riferisce, [il Governo] può invece provocare la decisione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. Ma se essi si rifiutino, si intenderà che vi abbiano rinunziato».

[77] Secondo Consiglio di Stato, sez. V, 29 agosto 2017, n. 4104, in *giustizia-amministrativa.it*, che ha richiamato a sua volta il proprio precedente del 17 luglio 2014, n. 3817, «l'articolo 52 del d. lgs. n. 446 del 1977 attribuisce […] al Ministero dell'economia e delle finanze una sorta di legittimazione straordinaria a ricorrere alla giustizia amministrativa, per l'annullamento dei regolamenti e degli atti in materia di tributi adottati dall'ente locale, per motivi di legittimità. Tale legittimazione, conferita al Ministero dalla norma citata, prescinde dall'esistenza di una lesione di una situazione giuridica tutelabile in capo allo stesso dicastero, configurandosi come una legittimazione ex lege, esclusivamente in funzione e a tutela degli interessi pubblici la cui cura è affidata al Ministero dalla stessa legge». Nello stesso senso anche Consiglio di Stato, sez. V, 15 gennaio 2018, n. 176, in *giustizia-amministrativa.it*.

[78] L'art. 6, co. 10, della l. 9 maggio 1989, n. 168, dispone in tal senso: "Il Ministro può per una sola volta, con proprio decreto, rinviare gli statuti e i regolamenti all'università, indicando le norme illegittime e quelle da riesaminare nel merito. Gli organi competenti dell'università possono non conformarsi ai rilievi di legittimità con deliberazione adottata dalla maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti, ovvero ai rilievi di merito con deliberazione adottata dalla maggioranza assoluta. In tal caso il Ministro può ricorrere contro l'atto emanato dal rettore, in sede di giurisdizione amministrativa per i soli vizi di legittimità. Quando la maggioranza qualificata non sia stata raggiunta, le norme contestate non possono essere emanate». Per un esame della fattispecie si rinvia a F. SPANICCIATI, *La legittimazione speciale del MIUR, del MEF e dell'ART*, in *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, a cura di M. MACCHINA, Napoli, 2019, p. 95 ss

ISSN 2036-7821

In altre circostanze, poi, la legge ha affidato anche ad autorità indipendenti ampi poteri di ricorso[79]. La Banca d'Italia e la Consob sono legittimate, in alcune ipotesi, ad impugnare le deliberazioni delle società vigilate[80]. Ancora, l'art. 37 del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modiche nella l. 22 dicembre 2011, n. 214, ha attribuito all'Autorità di regolazione dei trasporti il potere di impugnare i provvedimenti intervenuti nel settore del servizio taxi.

Infine, di grande attualità è l'art. 211 del D.lgs. 16 aprile 2016, n. 50, a mente del quale l'ANAC[81] è legittimata ad impugnare bandi e altri atti, anche generali, che riguardino contratti di rilevante impatto e siano considerati illegittimi nonché, previo espletamento di una fase consultiva, qualunque atto comunque ritenuto lesivo delle norme dettate dal codice dei contratti pubblici[82].

Orbene, soprattutto in dottrina, molto si è dibattuto sul fondamento e sulla natura di queste peculiari forme di legittimazione: sul versante sostanziale, ci si è domandati se realmente tali autorità potessero dirsi portatrici di un interesse qualificato e differenziato, legittimamente azionabile in giudizio in base al modello soggettivo delineato dagli artt. 24, 103 e 113 Cost. di giustizia amministrativa, o fossero, piuttosto, portatrici in interessi di per sé non soggettivabili e, pertanto, titolari di una legittimazione anomala; sul versante processuale, di riflesso, ci si è interrogati sulla natura oggettiva o soggettiva di tali peculiari forme di esplicazione del potere processuale.

Il fatto che gli speciali poteri di ricorso siano scolpiti dal diritto positivo, peraltro, non

[79] Già l'art. 9 della l. 5 agosto 1981, n. 416, attribuiva al Garante per l'editoria l'azione di nullità degli atti posti in essere in violazione dei divieti disposti dalla legge sull'editoria

[80] Ad esempio, l'art. 24 del D.lgs 1 settembre 1993, n. 385, dispone che: «Non possono essere esercitati i diritti di voto e gli altri diritti che consentono di influire sulla società inerenti alle partecipazioni per le quali le autorizzazioni previste dall'articolo 19 non siano state ottenute ovvero siano state sospese o revocate. I diritti di voto e gli altri diritti, che consentono di influire sulla società, non possono essere altresì esercitati per le partecipazioni per le quali siano state omesse le comunicazioni previste dall'articolo 20. In caso di inosservanza del divieto, la deliberazione o il diverso atto, adottati con il voto o il contributo determinanti delle partecipazioni previste dal comma 1, sono impugnabili secondo le previsioni del codice civile. L'impugnazione può essere proposta anche dalla Banca d'Italia entro centottanta giorni dalla data della deliberazione ovvero, se questa è soggetta a iscrizione nel registro delle imprese, entro centottanta giorni dall'iscrizione o, se è soggetta solo a deposito presso l'ufficio del registro delle imprese, entro centottanta giorni dalla data di questo. Le partecipazioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto sono computate ai fini della regolare costituzione della relativa assemblea».

[81] Per una analisi della legittimazione dell'ANAC si rinvia a O. SOLINA, La legittimazione speciale dell'ANAC, in *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, a cura di M. MACCHINA, Napoli, 2019, p. 65 ss. Sul tema si veda anche N. POSTERARO, *La nuova legittimazione dell'Anac (e la soppressione della raccomandazione vincolante all'esercizio dell'autotutela)*, in *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. A. SANDULLI, M LIPARI, F. CARDARELLI, Milano, 2017, p. 495 ss.

[82] In realtà, molto si discute sul carattere unitario, piuttosto che disgiunto, della legittimazione: i commi 1 *bis* e 1 *ter*, infatti, parrebbero introdurre due ipotesi separate di legittimazione al ricorso, ancorate a differenti presupposti. Analoghi dubbi sono stati sollevati circa l'art. 21 *bis* della legge n. 287 del 1990. I termini del dibattito sono riassunti da S. TRANQUILLI, *La legittimazione ad impugnare dell'ANAC*, in *Trattato sui contratti pubblici*, V, Milano, 2019, p. 565 ss.

ISSN 2036-7821

rende (nemmeno in questo caso) il dibattito ozioso e meramente teorico.
L'adesione alle tesi della giurisdizione di tipo oggettivo potrebbe far sorgere alcune perplessità sulla compatibilità costituzionale delle disposizioni menzionate, quantomeno ove si parta dal presupposto che gli artt. 24, 103 e 113 Cost. delineino un inderogabile modello soggettivo di tutele.
In particolare, un certo sviluppo ha avuto il suddetto dibattito con riferimento alla legittimazione dell'AGCM di cui all'art. 21 *bis* della legge n. 287 del 1990.
Secondo una prima ricostruzione, il potere dell'AGCM si inserirebbe negli ordinari binari del giudizio amministrativo, in quanto l'autorità agirebbe a tutela di un proprio interesse qualificato e differenziato[83]: si tratterebbe, in particolare, dell'interesse alla corretta attuazione del valore della concorrenza, che non sarebbe, secondo la prospettazione in esame, un mero interesse generale al rispetto della legalità, ma un interesse particolare e differenziato di cui l'autorità sarebbe diretta affidataria.
Tale posizione sembrerebbe esser stata avvallata anche dalla Corte costituzionale[84], che ha escluso che l'iniziativa processuale dell'AGCM rappresenti un «nuovo e generalizzato controllo di legittimità», in quanto limitata a particolari atti amministrativi, quelli cioè «che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato» e finalizzata ad una più completa tutela di quell'interesse[85].

---

[83] A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21bis L.n. 287 del 1990,* cit., p. 9, secondo cui «il nuovo potere dell'AGCM, più che come potere di azione nell'interesse generale della legge in uno specifico settore, effettivamente di difficile riconduzione all'interesse legittimo, deve essere visto come diretta e naturale espressione dell'interesse – pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato – alla migliore attuazione del valore "concorrenza", di cui è specifico affidatario, anche in contrapposizione con i diversi interessi, pubblici o privati, di altri soggetti, interesse leso dalla mera violazione della legge e dall'inosservanza dell'invito (parere) a rispettarla, e dunque direttamente soddisfatto dal ripristino della legalità violata nei termini all'uopo indicati». L'Autrice, richiamano la dottrina che propone l'introduzione nell'ordinamento interno di uno strumento di sindacato sulla legittimità dell'azione amministrativa analogo al modello comunitario della procedura di infrazione, sostiene che anche nell'ordinamento nazionale ciascuna autorità pubblica dovrebbe poter attivare il controllo giurisdizionale, anche nei confronti di altri enti pubblici, per far accertare la violazione delle norme che ne perimetrano le attribuzioni. Si richiama, a sostegno, l'obbligo di leale cooperazione di cui all'art. 120, co. 2, Cost.: l'adozione di un atto illegittimo comporterebbe la violazione dell'obbligo di leale collaborazione nei confronti dell'ente le cui attribuzioni sono state lese, il quale si ritroverebbe titolare di una legittimazione all'impugnazione dell'atto lesivo. L'AGCM sarebbe, allora, titolare di un interesse sostanziale protetto dall'ordinamento, nella specie di interesse legittimo e non vi sarebbe alcuna deroga in punto di legittimazione.

Una posizione simile è quella di F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato ex art. 2 bis L. 287 del 1990. Profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. Amm*., II, 2013, p. 471 ss. Secondo l'Autore, l'AGCM farebbe valere un interesse capace di configurarsi come vero interesse legittimo: tale interesse sarebbe la conseguenza della titolarità di un potere specifico di controllo, attribuitole proprio dall'art. 21 *bis*. L'interesse, in particolare, sorgerebbe allorquando la P.A. destinataria del preventivo parere non si adegui allo stesso, a seguito, cioè, della violazione dell'obbligo di conformarsi alla diffida della AGCM.

[84] Corte costituzionale, 14 febbraio 2013, n. 20, in *cortecostituzionale.it*.

[85] Anche nella giustizia amministrativa siffatta ricostruzione pare trovare sempre più riscontri. Di recente Cons. Stato, VI, 21 febbraio 2023, n. 1760, in *giustizia-amministrativa.it*, ha ritenuto che «il ricorso ai sensi dell'art. 21-bis, l.

ISSN 2036-7821

Il bene giuridico della concorrenza, per la sua particolare rilevanza, quindi, non potrebbe rimanere in una dimensione di mero fatto[86]: di qui la scelta legislativa di soggettivizzarlo in capo ad un'autorità indipendente (secondo uno schema ricostruttivo non molto diverso da quello prevalso in merito alla soggettivazione[87] degli interessi diffusi; l'unica particolarità deriverebbe dal fatto che, in questo caso, la natura di ente esponenziale è direttamente conferita dalla legge ad un soggetto pubblico qualificato), in virtù della necessità di limitare la «frequente dinamica amministrativa, che induce molte amministrazioni pubbliche a porre ostacoli al libero dispiegarsi della concorrenza, piuttosto che a una sovraordinazione dell'interesse alla concorrenza rispetto ad altri interessi pubblici[88]».

Sulla base di tali premesse, nonché valorizzando una recente pronuncia della Corte costituzionale[89] che ha qualificato l'AGCM come «portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato» e ne ha escluso l'assimibilità ad un organo giurisdizionale, si è anche sostenuto che l'applicazione dei principi generali dovrebbe far ritenere la legittimazione a ricorrere dell'AGCM non necessariamente bisognosa di una previsione legislativa, ma semplicemente il frutto della lesione diretta del suo scopo istituzionale[90].

Su un fronte contrario si inserisce chi sostiene che le norme menzionate configurino

---

n.287 del 1990 non configura un'ipotesi di "giurisdizione oggettiva", ma delinea piuttosto un potere d'azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche qualificate e differenziate, di matrice quindi soggettiva, sebbene provenga da un soggetto pubblico ad hoc che agisce a tutela di un determinato bene giuridico, la tutela della concorrenza e del mercato».

[86] R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in *www.giustamm.it*, 2012.

[87] M. ANTONIOLI, *La legittimazione a ricorrere enti pubblici degli enti pubblici tra situazioni sostantive, soggettivita` della tutela e funzionalizzazione dell'interesse pubblico*, cit., p. 398, secondo il quale «in base all'art. 21 *bis*, legge n. 287/1990, all'AGCM va riconosciuta la rappresentatività di un interesse diffuso, che si soggettivizza come interesse collettivo: un interesse al mercato – e nel mercato – al perseguimento (o alla conservazione) di un assetto concorrenziale: un interesse, ancora, pur concorrente con altri interessi coinvolti, pubblici o privati, come quelli intestati alle imprese concorrenti, la cui protezione viene sollecitata dall'authority, facendo valere una situazione soggettiva differenziata, in una posizione che non può ritenersi di terzietà o di indifferenza rispetto agli interessi coinvolti».

[88] B. MATTARELLA, *I ricorsi dell'autorità antitrust al giudice amministrativo*, cit., 2016.

[89] Si fa riferimento a Corte costituzionale, 31 gennaio 2019, n. 13, in *cortecostituzionale.it*, nella quale si è affrontata la tematica della possibilità, da parte dell'AGCM e più in generale delle altre autorità indipendenti, di sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale. La Corte ha evidenziato come la legittimazione a promuovere il sindacato di costituzionalità possa riconoscersi anche ad organi non incardinati in un ordine giudiziario, «ma sempre in presenza dell'essenziale requisito della terzietà». Nondimeno, nel caso dell'AGCM, «tale requisito manca», alla luce del fatto che l'autorità indipendente assumerebbe la posizione di parte nel processo amministrativo avverso i suoi provvedimenti, elemento intrinsecamente incompatibile con la posizione di giudice. L'AGCM, infatti, «al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (...), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale».

[90] N. DURANTE, *Riflessioni sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti, alla luce della sentenza della Corte Costituzionale*, cit..

ISSN 2036-7821

forme giurisdizione di diritto oggettivo, ovvero a tutela dell'interesse generale al rispetto della legge[91].

Si è detto, infatti, che non sarebbe possibile ritenere l'autorità realmente titolare di un interesse legittimo, «potendo (e dovendo) attivarsi per la tutela e realizzazione di un interesse generale alla concorrenza che, per un verso, finisce per coincidere con una sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività e, per altro verso, restando così generico, non soddisfa certo i caratteri di una situazione soggettiva imputabile ad un soggetto di diritto[92]».

Sempre riferendosi all'AGCM, si è evidenziato come la stessa non sia parte del rapporto con l'amministrazione, non faccia valere situazioni soggettive proprie, ed essendo ricompresa nello Stato-comunità e non nello Stato-apparato, non possa vantare la *suitas* di un interesse pubblico particolare né possa sostenere una peculiare e individuale posizione di interesse.

Parzialmente differente, infine, è la posizione di chi – ferma restando la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa – ha riscontrato nei peculiari poteri riconosciuti all'AGCM una forma di «legittimazione oggettiva», a presidio di interessi generali[93]. L'interesse tutelato, in questi casi, sarebbe riconosciuto come pubblico e di esso il soggetto agente sarebbe solo il portatore, agendo come una sorta di pubblico ministero.

A parere di chi scrive, i termini del dibattito paiono essere per molti frangenti sovrapponibili a quelli relativi alla discussione sugli interessi diffusi: un bene non facilmente individualizzabile - la concorrenza -, di cui stenta per l'appunto ad emergere la dimensione soggettiva, viene rimesso alla cura di un ente esponenziale, che però in questi casi è individuato dalla legge e coincide con un'amministrazione (una sorta di commistione tra il modello soggettivo degli interessi diffusi di matrice giurisprudenziale ed un modello oggettivo puro[94]).

Siffatta affermazione, tuttavia, non implica la necessaria adesione ad una impostazione soggettivistica: come anticipato, l'imputazione degli interessi diffusi in capo ad enti esponenziali rappresenta l'esito di un meccanismo artificiale, dal sapore oggettivo; l'ente privato viene individuato come punto di emersione di un interesse

[91] F. CINTOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit. S. TUCILLO, *La legittimazione processuale delle autorità indipendenti. Il caso Anac*, in *P.A., Persona e Amministrazione*, 2019, II, p. 186 ss. Nello stesso senso anche M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 153, secondo cui «Questa e altre analoghe previsioni legislative non trasformano gli interessi diffusi in situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo o di diritto soggettivo in senso proprio, ma hanno una rilevanza prettamente processuale».

[92] F. CINTOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit.

[93] V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo, cit.*, p. 314 ss.

[94] Cfr. M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, cit., p. 9 ss.

ISSN 2036-7821

soggettivamente indeterminato e non come propriamente titolare di una situazione giuridica propria.
Anche l'amministrazione, in tali ipotesi, non agisce in quanto titolare di una situazione giuridica soggettiva ordinaria (altrimenti la previsione legale sarebbe stata superflua, potendo operare automaticamente la garanzia di cui all'art. 24 Cost.) e non è tenuta a dimostrare la titolarità di una posizione qualificata e differenziata; piuttosto, essa si fa portatrice di un interesse diffuso (che assume, di conseguenza, la consistenza di interesse pubblico) all'interno del processo, secondo un meccanismo di imputazione che, seppur dotato di base legale, non si distanzia da quello emerso in giurisprudenza a partire dalla vicenda Italia Nostra.
Semmai, ove proprio si volesse sostenere che l'amministrazione sia titolare di una situazione giuridica soggettiva, bisognerebbe ammetterne la caratura meramente processuale; verrebbe in rilievo, cioè, un diritto all'esercizio dell'azione, che prescinderebbe dalla contestuale titolarità della situazione giuridica sostanziale. Com'è stato sostenuto, l'impressione è che l'ordinamento attribuisca all'amministrazione il potere di interpellare il giudice «per delegare a quest'ultimo l'individuazione dei modi di cura degli interessi loro assegnati […] nonché la risoluzione del conflitto tra soggetti pubblici». Le ipotesi di legittimazione straordinaria, pertanto, mirerebbero «a supplire ai fallimenti della leale cooperazione tra istituzioni amministrative» e sarebbero «l'effetto dell'assenza di efficaci circuiti politici-amministrativi[95]». Il giudice amministrativo, allora, finirebbe per essere portatore di un ruolo inedito, operando come «valvola di controllo[96]» sulla definizione dell'interesse pubblico prevalente nel caso concreto.
D'altro canto, sostenere che l'amministrazione, in questi casi, sia titolare di una situazione giuridica soggettiva in senso stretto, pertinente ad un bene della vita (la concorrenza), potrebbe suscitare non poche perplessità, tanto sul piano della partecipazione procedimentale (si dovrebbe ammettere il possibile intervento dell'AGCM in tutti i procedimenti volti all'adozione di misure potenzialmente lesive della concorrenza), quanto sui versante della tutela risarcitoria (che dovrebbe essere sempre garantita in favore dell'AGCM)[97].

6. Alcune riflessioni conclusive.

L'analisi compiuta consente di svolgere alcune riflessioni.
La prima è stata annunciata in premessa: la legittimazione dell'amministrazione

[95] In tal senso si veda anche M. MACCHIA, *La legittimazione giudiziale delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 21 ss.
[96] M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, cit., p. 81.
[97] Tali perplessità sono espresse da A. MOLITERNI, *La legittimazione ad agire dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, a cura di M. MACCHINA, Napoli, 2019, p. 40.

ISSN 2036-7821

sembra atteggiarsi come un fenomeno complesso e variegato ma in realtà non si distingue affatto dalla legittimazione riconosciuta alle persone fisiche o giuridiche di diritto privato.

Si è visto, infatti, come l'amministrazione possa agire a tutela di proprie situazioni giuridiche soggettive, in qualità di ente esponenziale o, secondo una logica più propriamente oggettiva, sulla base di una espressa previsione di legge. Nessuna differenza con la legittimazione degli ordinari ricorrenti privati per i quali, se certamente la giurisdizione opera come sede di tutela delle rispettive situazioni giuridiche soggettive, non sono escluse forme di legittimazione oggettiva.

Tanto per l'amministrazione, quanto per il privato, il processo si atteggia fisiologicamente come strumento di tutela di interessi, eccezionalmente come meccanismo di controllo dell'attuazione della legge o comunque dell'adeguata attuazione dell'interesse pubblico. D'altro canto, la stessa azione popolare è stata spesso intesa esercizio privato di pubbliche funzioni[98], a dimostrazione della possibile comunanza di posizioni tra l'amministrazione e il privato, entrambi chiamati – seppur in circostanze differenti – ad agire, oltre che per la tutela delle proprie situazioni soggettive, anche a presidio della corretta attuazione della legge.

La seconda conclusione attiene al ruolo del giudice rispetto all'amministrazione. Il proliferare di ipotesi di legittimazioni speciali dovrebbe condurre ad interrogarsi non solo (o non tanto) sul ruolo dell'amministrazione nell'ordinamento ma, piuttosto, sulla posizione di supplenza e di controllo che l'ordinamento riconosce al giudice amministrativo, attraverso l'ampliamento delle controversie dallo stesso conoscibili[99], nonché al processo, che da luogo di soddisfazione e di garanzia delle situazioni giuridiche soggettive diviene anche nuova sede di conformazione dell'interesse pubblico.

[98] Ad esempio, V. CRISAFULLI, *Azione popolare*, cit., p. 139.

[99] Il tema è riassunto magistralmente da L. TORCHIA, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, p. 189 ss., la quale rileva come «al giudice si finisce per chiedere, di conseguenza, un'opera di supplenza e di rimedio ad insufficienze altrui, che a volte può anche andare oltre i limiti del sindacato giurisdizionale».

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il rapporto di lavoro subordinato in ambito sportivo

di Gian Maria Piccioli

(Avvocato)

`

Sommario

1. Introduzione: il contesto storico – normativo della riforma. – 2. Il contesto della riforma: evoluzione normativa attraverso la giurisprudenza. – 3. La riforma introdotta dal D.Lgs. 36/2021. – 4. Le deroghe alla disciplina ordinaria del lavoro subordinato. – 5. Il correttivo del 2023. – 6. La contrattazione collettiva nel lavoro sportivo subordinato. – 7. Conclusioni.

Abstract

This paper aims to systematically analyze the evolution of the regulation of the subordinate employment relationship in the sports sector, with particular attention to the innovations introduced by the 2021 reform and the subsequent corrective of 2022. The analysis, which is part of the most recent doctrinal debate, aims to offer a critical reconstruction of the institution, highlighting its peculiarities compared to the general regulation of the subordinate employment relationship and the emerging application issues.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione: il contesto storico – normativo della riforma.

La disciplina del lavoro sportivo in Italia ha attraversato un lungo e complesso percorso evolutivo, caratterizzato da una progressiva stratificazione regolamentare dei rapporti tra atleti, società sportive e federazioni. Il quadro normativo che ha preceduto la riforma del 2021 si presentava frammentario e inadeguato rispetto alle esigenze di un settore in continua espansione e trasformazione.

Il contesto di riferimento della riforma deve essere inquadrato nell'ambito delle profonde trasformazioni che hanno interessato il mondo dello sport negli ultimi decenni. L'evoluzione da fenomeno prevalentemente amatoriale a industria economicamente rilevante ha reso evidente l'inadeguatezza di un sistema normativo che relegava la maggior parte dei lavoratori sportivi in una zona grigia di incertezza giuridica. La crescente professionalizzazione del settore, l'aumento dei volumi economici e la necessità di garantire tutele adeguate ai lavoratori hanno costituito i presupposti per l'intervento riformatore.

Storicamente nel nostro ordinamento non riveniamo una disciplina unitaria e specifica circa il rapporto di lavoro in ambito sportivo. Sino agli anni '80 del XXI secolo l'attività sportiva non assunse mai il rango di vera e propria attività lavorativa, gli atleti assumevano le vesti formali di "dilettanti", seppur in alcuni casi ricevessero compensi nella forma del rimborso spese od eventuali premi. In questo contesto la maggior parte delle realtà sportive si presentava nella forma della "Associazione Sportiva Dilettantistica" (ASD) senza però che vi fosse alcun inquadramento normativo a tutela dell'atleta.

Il panorama normativo pre-riforma era caratterizzato da una serie di criticità strutturali che rendevano urgente un intervento organico. La rigida distinzione tra professionismo e dilettantismo, cristallizzata

dalla Legge 23 marzo 1981, n. 91, aveva creato un sistema binario che non rifletteva la realtà di un settore caratterizzato da molteplici gradazioni di professionalità. La mancanza di una definizione giuridica del "lavoratore sportivo" aveva generato incertezze interpretative e applicative, con conseguenti disparità di trattamento e tutele inadeguate.L'emergenza pandemica da COVID-19 ha ulteriormente evidenziato le lacune del sistema, mettendo in luce le enormi disomogeneità tra categorie di lavoratori e la necessità di garantire forme di sostegno e protezione sociale anche ai lavoratori sportivi. Le misure emergenziali adottate, come quelle previste dall'art. 98 del decreto-legge n. 34 del 19 maggio 2020, hanno rappresentato un primo riconoscimento della specificità del lavoro sportivo e della necessità di tutele ad hoc.

Solamente con la L. 91/1981 venne introdotta nell'ordinamento della Repubblica la figura del lavoratore sportivo professionista, anche se limitatamente a sole quattro categorie di attività sportive: il calcio, il ciclismo, il golf e la pallacanestro. Tale

ISSN 2036-7821

fondamentale spartiacque introdusse importanti novità per gli atleti ricadenti nella categoria professionistica quali la stipula di un contratto con la società sportiva, l'applicabilità ad essi delle norme sul lavoro subordinato e la distinzione tra atleta dilettante e professionista, lasciando questa categorizzazione alle distinte federazioni. La dicotomia tra professionismo e dilettantismo, come evidenziato dalla Suprema Corte (Cass. civ. sent. n. 8976/2024), ha rappresentato per lungo tempo un elemento di criticità sistemica nell'ordinamento sportivo italiano, generando significative disparità di trattamento e zone grigie normative. Il *vulnus* dell'intervento normativo poc'anzi citato allo stesso tempo determinò un *continuum* nell'incerta regolamentazione degli atleti c.d. "dilettanti", sui quali spesso ricadeva l'applicazione di contratti atipici, specialmente collaborazione sportive dilettantistiche, corredate da compensi esenti da contribuzione sino ad una soglia prestabilita, stante l'assenza di chiare regole fiscali e previdenziali.

2. Il contesto della riforma: evoluzione normativa attraverso la giurisprudenza.

Per comprendere a pieno le modalità ed il contesto entro il quale è stata introdotta l'attuale normativa del lavoro sportivo di cui al presente intervento, occorre preliminarmente considerare l'apporto fondamentale fornito dalla giurisprudenza, di merito e di legittimità, la quale – seppur in assenza di una disciplina organica – ha avuto modo negli anni di delineare attraverso il proprio ufficio, ed in mancanza di una disciplina univoca, i confini applicativi del lavoro subordinato nel settore sportivo.

Già prima della riforma, la giurisprudenza di legittimità e di merito era intervenuta con una certa frequenza per distinguere i rapporti effettivamente subordinati da quelli solo formalmente autonomi, facendo leva sui criteri classici elaborati dalla dottrina e dal diritto del lavoro.

Punto fermo dell'orientamento giurisprudenziale consolidato era rappresentato dall'utilizzo proprio dei criteri generali per l'accertamento della subordinazione, anche in ambito sportivo. La Corte di Cassazione, in più occasioni, ha ribadito che, ai fini della qualificazione del rapporto, non assume rilevanza la denominazione formale attribuita dalle parti, bensì la concreta modalità di svolgimento della prestazione. In particolare, a memoria della Cassazione Civile, sez. lavoro del 15.02.2005, n. 3043, l'elemento decisivo per configurare la subordinazione anche nel settore sportivo è rappresentato dal potere direttivo, organizzativo e disciplinare esercitato dal datore di lavoro. Questo criterio vale anche nei casi in cui l'autonomia operativa del prestatore sembri ampia, come nel caso di allenatori, preparatori atletici o collaboratori tecnici.

La giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato che "*in tema di qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato, gli indici sussidiari della*

ISSN 2036-7821

subordinazione (quali l'osservanza di un determinato orario, la continuità della prestazione, l'inserimento nell'organizzazione aziendale, il coordinamento con l'attività imprenditoriale, l'assenza di rischio per il lavoratore e la forma della retribuzione) assumono valore decisivo e devono essere valutati globalmente come indizi della subordinazione stessa quando non sia agevole l'apprezzamento diretto del vincolo di subordinazione a causa delle peculiarità delle mansioni"[1].

Ancora, la Cassazione Civile, con la pronuncia della Sua sezione lavoro del 04.07.2002, n. 9640, aveva già evidenziato che la continuità della prestazione, l'inserimento stabile nell'organizzazione del club sportivo, e l'obbligo di rispettare le direttive tecniche e disciplinare, costituiscono tutte indici sintomatici della subordinazione. Tale impostazione è stata ribadita anche con riguardo ad atleti dilettanti formalmente inquadrati come collaboratori autonomi, ma nei cui confronti il giudice ha riconosciuto l'esistenza di un vincolo di subordinazione in base alle modalità di convocazione, alle regole federali da osservare ed alla dipendenza gerarchica dall'allenatore.

La giurisprudenza di merito ha fornito contributi significativi nell'elaborazione dei criteri di qualificazione del rapporto di lavoro sportivo. Il Tribunale di Firenze, con sentenza n. 398 del 7 giugno 2018, ha chiarito che "il rapporto di lavoro subordinato si caratterizza per l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, che si concretizza nell'inserimento del prestatore nell'organizzazione aziendale finalizzata al perseguimento degli scopi imprenditoriali". La stessa pronuncia ha precisato che "con riferimento all'attività di istruttore di nuoto, la natura subordinata del rapporto può essere desunta dalla messa a disposizione delle energie lavorative per le varie esigenze dell'impresa, dall'erogazione di un compenso in misura fissa che esclude qualsiasi rischio economico del prestatore, nonché dalla possibilità di organizzare l'attività sulla base della disponibilità manifestata dal lavoratore".

La Corte d'Appello di Napoli, con sentenza n. 1028 del 27 luglio 2022, ha ulteriormente specificato che "*nel caso di attività di istruttore sportivo presso un'associazione, la subordinazione può desumersi dall'inserimento costante nel ciclo produttivo aziendale, dalla necessità di garantire lo svolgimento regolare dei corsi secondo orari prestabiliti, dalla sottoposizione alle direttive del legale rappresentante o suoi delegati e dall'impossibilità di decidere liberamente quando espletare la propria attività*" 2. Quindi, come è possibile immaginare, una parte significativa della giurisprudenza di merito – Tribunali del Lavoro e Corti d'Appello – ha contribuito in maniera influente a "smascherare" forme di simulazione contrattuale nel settore sportivo, in cui l'uso – o l'abuso – di contratti di collaborazione, se non addirittura di "volontariato", veniva

[1] Cass. Civ., sez. lav. n. 16606 del 14.06.2024;
[2] Corte d'Appello di Napoli, con sentenza n. 1028 del 27 luglio 2022;

ISSN 2036-7821

impiegato per celare veri e propri rapporti subordinati.
Ad esempio, i tribunali di primo grado negli anni più volte hanno affermato che la presenza di orari fissi di allenamento, l'obbligo di partecipare agli eventi sportivi, l'uso esclusivo delle strutture societarie nonché la percezione fissa di un emolumento economico e conseguente mancanza di rischio economico, costituiscono tutti elementi propri del lavoro subordinato, operando così una riqualificazione giudiziale del rapporto in subordinato anche in assenza di contratto.
Il Tribunale di Bari, con sentenza n. 826 del 29 gennaio 2014, ha precisato che "*il rapporto di lavoro sportivo subordinato si caratterizza per il vincolo di soggezione personale del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, che si esplica nell'emanazione di ordini specifici e nell'esercizio di un'assidua attività di vigilanza e controllo sull'esecuzione della prestazione lavorativa*", sottolineando tuttavia che "*tale vincolo di subordinazione non può essere desunto automaticamente dalla semplice contumacia del convenuto, essendo necessario un puntuale accertamento in concreto degli elementi distintivi del rapporto di lavoro subordinato*"[3]. Un orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità ha chiarito la portata applicativa della Legge n. 91/1981. La Cassazione, con sentenza n. 9551 dell'11 aprile 2008, ha stabilito che "*l'art. 2 della legge 23 marzo 1981, n. 91 opera una distinzione tra le figure tassativamente indicate di sportivi professionisti (atleti, allenatori, direttori tecnico-sportivi), cui va applicata la medesima legge n. 91, e gli altri sportivi professionisti (quali, ad esempio, massaggiatori, medici sociali, ecc.) non indicati in detta disposizione, il cui rapporto di lavoro, qualora ne ricorrano gli estremi, è assoggettato invece alle generali norme regolanti il rapporto di lavoro subordinato*". La Cassazione, con sentenza n. 16849 del 1° agosto 2011, ha ulteriormente chiarito che "*per le altre figure di lavoratori sportivi contemplate nell'art. 2 (allenatori, direttori tecnico sportivi e preparatori atletici) la sussistenza o meno del vincolo di subordinazione deve essere accertata di volta in volta nel caso concreto, in applicazione dei criteri forniti dal diritto comune del lavoro. Ne consegue che, anche ove l'attività sia stata svolta a favore di una associazione dilettantistica (nella specie, con mansioni di massaggiatore e di assistenza per le esigenze della squadra di calcio), è configurabile una prestazione di lavoro subordinato*"[4].
Con l'entrata in vigore dell'art. 26, di cui ci si occuperà con maggior dettaglio in seguito, il quadro giurisprudenziale ha subito una importante evoluzione. In primo luogo, il legislatore ha riconosciuto espressamente l'esistenza del lavoro subordinato sportivo, anche nel dilettantismo, superando così ogni ambiguità normativa che costringeva i giudici ad operazioni di complessa analogia onde pervenire ad una riqualificazione del rapporto. In tal senso, si segnala che la nuova disciplina ha lo scopo di rendere trasparente il ricorso alla subordinazione, garantendo tutele minime

[3] Tribunale di Bari, sentenza n. 826 del 29 gennaio 2014;
[4] Cassazione, sentenza n. 9551 dell'11 aprile 2008;

ISSN 2036-7821

e certe ai lavoratori sportivi, anche come detto nei settori dilettantistici dove prima dominava informalità e precariato ammantato di diversa veste sostanziale.

3. La riforma introdotta dal D.Lgs. 36/2021.

Solamente nel 2021, successivamente all'evento pandemico da Covid-19 nel quale sono emerse le enormi disomogeneità tra categorie di lavoratori, si è giunti ad un primo intervento legislativo volto a "normalizzare" e normare le disomogeneità intervenendo sulle patologie del rapporto di lavoro in ambito sportivo.

Il D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 36, recante il nome di "*Riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici, nonché di lavoro sportivo*", rappresenta il culmine di un processo riformatore avviato con la Legge delega 8 agosto 2019, n. 86. La riforma si inserisce in un contesto più ampio di modernizzazione del diritto dello sport, volto ad allineare la disciplina italiana agli standard europei e alle esigenze di un settore in continua evoluzione.

Gli obiettivi primari dell'intervento normativo – macroscopicamente intesi - sono volti a superare (i)un solo spazio la rigida distinzione tra professionismo e dilettantismo, (ii) riconoscere il lavoratore sportivo anche nell'ambito dilettantistico e (iii) garantire tutele previdenziali, assistenziali ed assicurative a questi ultimi. Inoltre, colmando la lacuna sino a quel momento sulla quale mai si era ritenuto di intervenire, il governo "Conte II" ha provveduto ad introdurre anche la definizione di "lavoratore sportivo", includendo in tale nuova categoria atleti, allenatori, direttori tecnici, arbitri ed altri soggetti con ruolo in ambito sportivo.

Tra le novità di maggior rilievo del D.lgs 36/2021 troviamo certamente la possibilità di inquadrare i rapporti di lavoro in ambito sportivo come rapporti di lavoro subordinato, oltre alle collaborazioni coordinate e continuative. La riforma ha introdotto una disciplina organica che supera la frammentarietà del sistema precedente, stabilendo criteri chiari per la qualificazione dei rapporti di lavoro sportivo e prevedendo tutele specifiche per i lavoratori del settore.

Sempre in ambito di innovazione rispetto alla frammentarietà della disciplina pre 2021, preme a chi scrive evidenziare le singole e specifiche introduzioni di maggior rilievo giuridico e sociale dell'intervento in oggetto.

In ordine, l'art. 27 del D.lgs 36/2021 intervenendo sulla disciplina regolante il settore professionista ha previsto che, nel caso di lavoratore sportivo del settore professionistico il quale presta la propria attività in maniera prevalente, principale ovvero continuativa, il rapporto di lavoro alla base di tale attività si presupponga sempre quale rapporto di lavoro subordinato. Tuttavia, la prestazione potrà essere considerata anche autonoma nel caso ricorrano almeno uno dei requisiti dinanzi indicati: (i) l'attività è svolta nell'ambito di una singola manifestazione sportiva o di più manifestazioni tra loro collegate in un breve lasso temporale; (ii) l'atleta non è

ISSN 2036-7821

contrattualmente vincolato per quanto concerne la frequenza a sedute di preparazione o allenamento; (iii) la prestazione, pur avendo carattere continuativo, non supera le otto ore settimanali, cinque giorni ogni mese o trenta giorni ogni anno.
Quanto poi al settore dilettantistico, il successivo articolo 28, così come modificato dal D.lgs 120/2023 (sul quale ci si soffermerà nel seguito), prevede che il lavoro sportivo si presuma oggetto di contratto di lavoro autonomo, nella forma della collaborazione coordinata e continuativa (co.co.co.) nel caso in cui (i) la durata delle prestazioni non superi le 24 ore settimanali, escluso il tempo dedicato alla partecipazione a manifestazioni sportive, (ii) le prestazioni sono coordinate sotto il profilo tecnico – sportivo, in osservanza dei regolamenti delle Federazioni Sportive nazionali, delle Discipline sportive associate e degli Enti di promozione sportiva. Ma soprattutto, a garanzia di un ricorso non distorto allo strumento collaborativo in oggetto, e ad ovvia tutela del lavoratore, nel caso di superamento delle 24 ore settimanale, spetterà al committente dimostrare la natura autonoma del rapporto.
La riforma ha introdotto un sistema di presunzioni legali che facilita la qualificazione dei rapporti di lavoro sportivo, riducendo l'incertezza interpretativa che caratterizzava il sistema precedente. Tale approccio rappresenta una significativa innovazione rispetto alla disciplina generale del lavoro, dove la qualificazione del rapporto è rimessa all'accertamento giudiziale caso per caso.

4. Le deroghe alla disciplina ordinaria del lavoro subordinato.

All'art. 26, il Legislatore, del decreto sul c.d. "*Riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionisti e dilettantistici, nonché di lavoro sportivo*" ha voluto incidere introducendo specifiche deroghe che operino sul piano della differenziazione – per peculiarità – tra il rapporto di lavoro sportivo, da intendersi *latu sensu* sia professionistico che dilettantistico, ed il rapporto di lavoro subordinato così come principalmente normato nel Codice Civile e nello Statuto dei Lavoratori, introducendo quello che è stato definito dalla Suprema Corte (ord. n. 8901/2024) un sistema di "specialità nella specialità" al fine di rispondere all'esigenza di contemperare la tutela del lavoratore sportivo con le peculiarità ontologiche dell'attività sportiva, caratterizzata da elementi di aleatorietà e discontinuità intrinseci alla natura della prestazione, comunque ribadendo nei fatti, che la riforma del lavoro sportivo introdotta dal Decreto in esame ha rappresentato un punto di svolta nel riconoscimento e nella disciplina dell'intero settore sportivo, premettendo l'obbiettivo dichiarato dal legislatore di colmare l'atavico vuoto normativo e regolamentare che per decenni ha caratterizzato la materia[5].
In tale contesto, l'art. 26 riveste un ruolo centrale, in quanto disciplina il rapporto di lavoro subordinato sportivo, definendo così i tratti fondamentali di un regime

[5] F. Carinci, "Il nuovo diritto del lavoro sportivo", Giappichelli, Torino, 2023, p. 45.

ISSN 2036-7821

giuridico peculiare il quale si pone da un lato in continuità con la disciplina generale del lavoro subordinato[6] del nostro ordinamento, allo stesso tempo ne prende le distanze onde tener conto della specificità propria del settore sportivo[7].
Primariamente chi scrive intende evidenziare che il citato art. 26 del D.lgs. 36/2001 conferma esplicitamente la possibilità che le prestazioni rese dall'atleta lavoratore nell'ambito sportivo possano assumere la forma del rapporto subordinato di lavoro, tanto nel settore professionistico quanto in quello dilettantistico. La norma in esame stabilisce che alla figura del lavoratore sportivo subordinato si possano applicare, in linea generale, le disposizioni del diritto comune in materia di lavoro subordinato, "in quanto compatibili". Ciò comporta che i principi fondamentali della subordinazione – e quindi l'obbligo di diligenza, obbedienza e fedeltà del lavoratore, nonché il potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro – possano trovare applicazione anche nella disciplina giuslavoristica sportiva[8].
Tuttavia, proprio quest'ultima clausola di compatibilità tra le due discipline introduce una significativa apertura verso un adattamento delle regole generali alle peculiarità del contesto sportivo, che richiede forme di flessibilità regolamentare altrimenti difficilmente conciliabili con una rigida applicazione della disciplina lavoristica ordinaria[9].
Il medesimo articolo individua al suo interno una serie di elementi distintivi che caratterizzano il rapporto di lavoro subordinato in ambito sportivo, differenziandolo in modo netto dalla disciplina ordinaria prevista nel Codice Civile e nella legislazione sul lavoro, in particolare dal D.lgs. 66/2003 sull'orario di lavoro, L. 300/1970 e dal c.d. "Jobs Act".
Uno degli aspetti più rilevanti sui cui preme soffermarsi è il riconoscimento della stagionalità e discontinuità della prestazione lavorativa, in base alle quali – differentemente da quanto accade nei rapporti di lavoro ordinari ove la continuità temporale della prestazione incide quale elemento essenziale – nel rapporto di lavoro sportivo è fisiologica caratteristica dell'attività lavorativa quella di concentrarsi in specifici periodi dell'anno, basti pensare alla stagionalità di un campionato di calcio, con pause e fermi tecnici che riflettono le esigenze dell'organizzazione sportiva.
Analogamente, l'art. 26 riconosce la necessità di deroghe in materia di orari di lavoro dichiarando espressamente la non applicabilità delle ferme previsioni di cui al D.lgs. 66/2023; in questo senso, il legislatore, ha inteso salvaguardare le esigenze tecnico-sportive le quali richiedono certamente orari flessibili, compatibili con l'organizzazione di allenamenti, gare o trasferte.

[6] A. Vallebona, "Diritto del Lavoro", Giappichelli, Torino, 2023, p. 234.
[7] P. Tullini, "Il lavoro subordinato sportivo tra diritto comune e specialità settoriale", Dir. Rel. Ind., 2022, n. 2, p. 156.
[8] C. Cester, "Lavoro subordinato e autonomia nel diritto italiano", Giuffrè, Milano, 2018, p. 189.
[9] G. Marinelli, "La riforma del lavoro sportivo: tra flessibilità e garanzie", R.G.L., 2022, n. 3, pp. 455-478.

ISSN 2036-7821

Ancora, un ulteriore elemento di differenziazione rispetto alla disciplina ordinaria riguarda la possibilità per il lavoratore – certamente peculiare – di instaurare più rapporti di lavoro sportivo, anche contemporanei e con diversi soggetti, derogando al principio di esclusività seppur nel limite rinvenuto dalla Corte di Cassazione (sent. 9123/2024), coordinando tale previsione con i principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto nonché con le specifiche previsioni dei regolamenti federali in materia di conflitto di interessi. Di contro, nel lavoro subordinato ordinario, la pluralità dei rapporti è consentita solo in presenza di part-time compatibile in via eccezionale, mentre in ambito sportivo la compresenza di più rapporti, con la sola limitazione del rispetto dei regolamenti sportivi e della tutela della concorrenza leale, è espressamente ammissibile.

Ulteriori deroghe alla disciplina ordinaria riguardano la disciplina delle mansioni e dei trasferimenti, ove nel diritto del lavoro ordinario ogni variazione di mansione deve rispettare i limiti di cui all'art. 2103 c.c., nel lavoro sportivo la mobilità funzionale[10] è caratteristica spesso propria della prestazione: si pensi, ad esempio, all'atleta destinatario di una convocazione da parte di squadre diverse o, banalmente, al cambiamento di ruoli tecnici in base alle esigenze dell'allenatore o della squadra. Tale deroga peculiare è stata analizzata anche dalla giurisprudenza di merito evidenziando come essa debba essere interpretata alla luce del principio di ragionevolezza e proporzionalità (*ex multis* Tribunale di Roma, sezione lavoro, sent. 4567/2024).

Per quanto invece attiene al trasferimento del lavoratore, la disciplina lavoristica sportiva riconosce alcuni istituti peculiari ed a sé propri come la cessione del contratto, ad esempio il cd. "calciomercato", regolati da norme federali in chiara discontinuità con i principi del diritto comune[11], nel quale il trasferimento è ammesso solo in presenza di comprovate esigenze tecniche e con tutele per il lavoratore.

Anche in tema di cessazione del rapporto di lavoro sportivo ci si trova in presenza di elementi di specialità. Ciò in quanto mentre nella disciplina ordinaria vediamo l'istituto imperniato su rigide regole in tema di licenziamento e con la previsione di tutele crescenti o dell'eventuale reintegro, nel settore sportivo è ammesso che i contratti di lavoro abbiano una predeterminata durata e che cessino immediatamente al termine senza le conseguenze previste per i contratti a tempo determinato di natura ordinaria[12]. Quanto poi alla vicenda previdenziale, il lavoro sportivo subordinato si colloca in un quadro normativo decisamente articolato, che distingue tra lavoratori professionisti (soggetti all'obbligo di iscrizione all'INPS e all'INAIL) e lavoratori dilettanti per i quali è prevista l'iscrizione alla gestione separata

[10] G. Proia, "Manuale di diritto dello sport", CEDAM, Padova, 2022, p. 267.
[11] F. Carinci, "Il nuovo diritto del lavoro sportivo", cit., p. 123.
[12] A. Vallebona, "Diritto del Lavoro", cit., p. 456.

ISSN 2036-7821

dell'INPS[13]. Tale impostazione risponde alla necessità di assicurare una copertura contributiva minima, che sia compatibile con la discontinuità della prestazione e l'eventuale carattere marginale dell'attività[14].
Ancora in tema ad esempio di maternità, malattia e infortunio si è provveduto con l'intervento in parola, a riconoscerne le relative indennità con modalità ovviamente differenti rispetto al lavoro ordinario in quanto, come ad esempio di sportivi dilettanti, tali indennità possono essere erogate esclusivamente in presenza di specifici requisiti di contribuzione e con importi ridotti, presentando così una tutela complessiva meno incisiva.
Per quanto si è potuto sopra descrivere l'art. 26 del D.lgs. 36/2021 rappresenta un tentativo significativo di armonizzare la disciplina del lavoro subordinato con le caratteristiche proprie dell'attività sportiva contemperando le garanzie proprie del lavoro dipendente e la necessaria flessibilità operativa richiesta dal settore[15]. Il risultato è la definizione di una figura di lavoratore subordinato "attenuato", che pur mantiene i tratti fondamentali della subordinazione ma che prende sviluppo in un quadro normativo speciale, idoneo a regolare una realtà professionale connotata da elementi caratterizzanti di mobilità, stagionalità, prestazione fisica e norme federali.[16][17]

5. Il correttivo del 2023.

Come poc'anzi detto, con l'entrata in vigore del D.Lgs 36/2021 il legislatore ha avviato un processo organico di riforma della disciplina inerente il lavoro sportivo, in primis riconoscendo pienamente – per la prima volta – lo *status* giuridico del lavoratore sportivo sia esso professionista che dilettante, successivamente colmando un vuoto normativo – regolamentare che, per troppo tempo, aveva lasciato tali figure in una vuota incertezza normativa.
Tuttavia, l'attuazione della riforma ha subito una significativa revisione ad opera del successivo "correttivo" contenuto nel del D.lgs 5 ottobre 2022, n.163. Quest'ultimo non s'è limitato ad un adeguamento tecnico – normativo, bensì ha provveduto alla modifica di alcuni istituti centrale della riforma del 2021, recependo sia le osservazione delle varie federazioni sportive che degli enti del terzo settore, unitamente alle ricezione delle esigenze emerse in fase di prima attuazione, specialmente in tema di previdenza, fisco e contrattazione.
Tale intervento, pur collocandosi nel solco tracciato dalla legge delega n.86/2019, appare permeato da un approccio più pragmatico alla materia con l'obiettivo non

[13] G. Marinelli, "La riforma del lavoro sportivo: tra flessibilità e garanzie", cit., p. 467.
[14] G. Zilio Grandi, "La subordinazione nel lavoro sportivo dilettantistico", R.G.L., 2023, n. 2, pp. 221-240.
[15] F. Carinci, "Il nuovo diritto del lavoro sportivo", cit., p. 178.
[16] P. Tullini, "Il lavoro subordinato sportivo tra diritto comune e specialità settoriale", cit., p. 167.
[17] G. Proia, "Manuale di diritto dello sport", cit., p. 289.

ISSN 2036-7821

esclusivo di semplificare e chiarire il testo originario, ma anche di provvedere ad attenuare le rigidità della disciplina in funzione di una maggiore sostenibilità economica nei riguardi società sportive ed associazioni sportive dilettantistiche,un solo spazio dei cambiamenti apportati dalla riforma[18].

Posto in tale prospettiva, il "Correttivo" ha condotto l'opera di bilanciare il riconoscimento dei diritti dei lavoratori sportivi con la necessità di preservare l'equilibrio economico – finanziario degli enti per il tramite dell'introduzione di una maggior flessibilità e nuove soglie di esenzione contributiva ma non solo, si è provveduto ad introdurre forme contrattuali maggiormente adattabili alla realtà del dilettantismo sportivo.

Tra i punti salienti del cd. "Correttivo" si rivengono alcune novità di spiccato interesse sia giuridico che sociale. Ad esempio l'intervento in oggetto ha provveduto ad operare un ampliamento della nozione di "lavoratore sportivo", includendo in tale categoria anche figure atipiche con il "volontario retribuito mediante rimborsi forfettari" ed i "lavoratori impiegati a livello dilettantistico per attività complementari ed accessorie"[19]. Appare quantomai palese che tale allargamento delle maglie interpretative della categoria abbia il fine ultimo di regolarizzare tutte quelle collaborazioni rimaste *sine titulo nedum tutela.*

Di grande interesse innovativo è l'introduzione della collaborazione coordinata e continuativa sportiva a regime semplificato, applicabile al solo settore dilettantistico e, nella quale, i collaboratori non necessitano di verifica dei tradizionali requisiti di eterodirezione e continuità, venendo considerate di natura autonoma ex lege. Tale figura contrattuale ibrida seppur si avvicini alla subordinazione per alcuni aspetti, viene disciplinata in via speciale con esclusione di numerosi adempimenti burocratici[20].

Il correttivo ha inoltre introdotto significative modifiche al sistema delle presunzioni legali. In particolare, l'art. 28 del D.Lgs. 36/2021, come modificato dal correttivo, ha stabilito che nel settore dilettantistico la presunzione di autonomia opera fino al limite delle 24 ore settimanali, oltre il quale spetta al committente dimostrare la natura non subordinata del rapporto. Tale inversione dell'onere della prova rappresenta una tutela significativa per i lavoratori sportivi dilettanti, evitando che possano essere facilmente celati rapporti di lavoro subordinato sotto la veste di collaborazioni autonome.

Seppur non sia questa la sede per una approfondita disamina degli aspetti previdenziali e fiscali previsti ad opera del Correttivo 2023, occorre per maggior completezza farne una disamina veloce razionale dei profili di maggior rilievo, ciò in

[18] F. Carinci, "Il nuovo diritto del lavoro sportivo", cit., p. 201.
[19] G. Proia, "Manuale di diritto dello sport", Edizione aggiornata al Correttivo, CEDAM, Padova, 2023, p. 145.
[20] P. Tullini, "Le nuove co.co.co. Sportive: una zona grigia tra autonomia e subordinazione", Dir. Rel. Ind., 2023, n. 2, pp. 301-324.

ISSN 2036-7821

quanto l'introduzione di importanti esenzioni comporta chiaramente un aspetto di grande interesse, provvedendo ad introduttore (i) una soglia di esenzione IRPEF fino a 15.000 annui per i compensi erogati nel settore dilettantistico, con applicazione dell'imponibilità esclusivamente sulla parte eccedente, (ii) una soglia di versamento contributivo alla gestione separata INPS esclusivamente oltre i 5.000 euro annui, (iii) nessuna applicazione dell'INAIL nel caso di co.co.co salvo che nei casi di attività a maggior rischio infortunio definite con decreto ministeriale.
A fianco delle previsioni di cui sopra è d'uopo porre anche alcune semplificazioni amministrative che il legislatore ha introdotto la possibilità, per le società sportive dilettantistiche, di utilizzare il Registro Nazionale delle Attività Sportive Dilettantistiche (RASD) come canale unico per le comunicazioni obbligatorie relative ai lavoratori sportivi, parallelamente all'istituzione di un nuovo modello "UNILAV sport", semplificato e precompilato.
Il correttivo ha inoltre affrontato alcune criticità emerse nella prima fase di applicazione della riforma, introducendo maggiore chiarezza nella distinzione tra le diverse tipologie contrattuali e prevedendo meccanismi di transizione per i rapporti già in essere. Particolare attenzione è stata dedicata alla definizione dei criteri per l'applicazione delle nuove disposizioni ai rapporti di lavoro sportivo già costituiti, al fine di evitare incertezze interpretative e contenziosi.

6. La contrattazione collettiva nel lavoro sportivo subordinato.

La contrattazione collettiva nel settore sportivo presenta caratteristiche peculiari che la distinguono significativamente dalla contrattazione collettiva negli altri settori economici. Tale specificità deriva dalle particolari esigenze organizzative del mondo sportivo, dalla stagionalità delle attività, dalla mobilità dei lavoratori e dalla presenza di regolamentazioni federali che si intrecciano con la disciplina giuslavoristica.
Il quadro normativo della contrattazione collettiva sportiva si inserisce nel sistema generale disciplinato dagli artt. 2069 e seguenti del Codice Civile, ma deve necessariamente confrontarsi con le specificità introdotte dal D.Lgs. 36/2021 e dal successivo correttivo. La riforma del lavoro sportivo ha infatti riconosciuto espressamente il ruolo della contrattazione collettiva nella definizione delle condizioni di lavoro dei lavoratori sportivi, sia professionisti che dilettanti.La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che "*il rapporto fra contratti collettivi di diverso ambito territoriale deve essere regolato, non già in base ai principi di gerarchia e di specialità propri delle fonti legislative, ma di effettiva volontà delle parti sociali, in ragione di una reciproca autonomia delle due discipline*". Tale principio assume particolare rilevanza nel settore sportivo, dove spesso coesistono accordi nazionali, territoriali e aziendali che devono coordinarsi tra loro.Nel settore professionistico, la contrattazione collettiva ha tradizionalmente svolto un ruolo centrale nella definizione delle condizioni

ISSN 2036-7821

economiche e normative degli atleti. I contratti collettivi nazionali stipulati dalle federazioni sportive con le organizzazioni sindacali di categoria disciplinano aspetti fondamentali quali i minimi retributivi, l'orario di lavoro, le modalità di svolgimento delle prestazioni, i criteri per i trasferimenti e le cessioni dei contratti. Tali accordi devono necessariamente contemperare le esigenze di flessibilità richieste dall'attività sportiva con le tutele fondamentali dei lavoratori.La Cassazione ha precisato che gli accordi aziendali in deroga alle disposizioni di legge e dei contratti collettivi nazionali richiedono "necessariamente la sussistenza di specifici e indefettibili presupposti formali", tra cui la sottoscrizione da parte di associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative e il rispetto del criterio maggioritario. Nel settore sportivo, tale principio assume particolare rilevanza considerando la frammentazione delle rappresentanze sindacali e la specificità delle diverse discipline sportive.Un aspetto peculiare della contrattazione collettiva sportiva riguarda la disciplina dell'orario di lavoro. Come evidenziato dall'art. 26 del D.Lgs. 36/2021, il lavoro sportivo è caratterizzato da deroghe significative alla disciplina ordinaria dell'orario di lavoro. I contratti collettivi devono quindi definire modalità flessibili di organizzazione del tempo di lavoro che tengano conto delle esigenze di allenamento, delle competizioni, delle trasferte e dei periodi di riposo. La contrattazione collettiva ha il compito di bilanciare tali esigenze con la necessità di garantire adeguati tempi di riposo e di tutelare la salute dei lavoratori sportivi. Nel settore dilettantistico, la contrattazione collettiva assume caratteristiche ancora più specifiche. La riforma del 2021 ha infatti esteso il riconoscimento del lavoro subordinato anche al dilettantismo, creando la necessità di sviluppare strumenti contrattuali adeguati a realtà spesso caratterizzate da risorse limitate e da organizzazioni meno strutturate. I contratti collettivi devono quindi prevedere forme di flessibilità che consentano alle associazioni sportive dilettantistiche di operare in modo sostenibile, pur garantendo tutele minime ai lavoratori. La contrattazione collettiva nel settore sportivo deve inoltre coordinarsi con le regolamentazioni federali. Le federazioni sportive nazionali, le discipline sportive associate e gli enti di promozione sportiva emanano regolamenti che incidono significativamente sull'organizzazione del lavoro sportivo. I contratti collettivi devono quindi armonizzare le proprie disposizioni con tali regolamentazioni, evitando conflitti normativi che potrebbero compromettere l'efficacia degli accordi. Un elemento di particolare complessità è rappresentato dalla mobilità dei lavoratori sportivi. Il settore sportivo è caratterizzato da un elevato grado di mobilità, sia geografica che tra diverse società. I contratti collettivi devono quindi prevedere meccanismi che facilitino tale mobilità, garantendo al contempo la continuità delle tutele previdenziali e assistenziali. La disciplina delle cessioni dei contratti, tipica del settore sportivo, richiede un coordinamento tra contrattazione collettiva e

ISSN 2036-7821

regolamentazioni federali.La contrattazione collettiva sportiva deve inoltre affrontare la questione della stagionalità delle prestazioni. Molte discipline sportive sono caratterizzate da calendari stagionali che comportano periodi di intensa attività alternati a periodi di pausa. I contratti collettivi devono quindi prevedere modalità di gestione di tali periodi che garantiscano la sostenibilità economica per le società sportive e la continuità reddituale per i lavoratori.Un aspetto innovativo introdotto dalla riforma riguarda la possibilità per i lavoratori sportivi di instaurare rapporti di lavoro multipli contemporanei. Tale possibilità, espressamente prevista dall'art. 26 del D.Lgs. 36/2021, richiede un coordinamento tra i diversi contratti collettivi applicabili, al fine di evitare sovrapposizioni e conflitti normativi. La contrattazione collettiva nel settore sportivo deve inoltre confrontarsi con le specificità del sistema previdenziale e assistenziale. La riforma ha introdotto un sistema articolato che distingue tra lavoratori professionisti e dilettanti, prevedendo diverse forme di copertura previdenziale. I contratti collettivi devono quindi coordinare le proprie disposizioni con tale sistema, eventualmente prevedendo forme integrative di tutela.La giurisprudenza ha evidenziato l'importanza di una "lettura coordinata e sistematica delle diverse disposizioni, aventi pari dignità e forza vincolante" nella contrattazione collettiva. Tale principio assume particolare rilevanza nel settore sportivo, dove la complessità del quadro normativo richiede un approccio sistematico nell'interpretazione degli accordi collettivi.Un elemento di crescente importanza nella contrattazione collettiva sportiva è rappresentato dalla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori. Il settore sportivo presenta rischi specifici legati all'attività fisica intensa e alle particolari condizioni di svolgimento delle prestazioni. I contratti collettivi devono quindi prevedere misure specifiche di prevenzione e protezione, coordinandosi con la normativa generale sulla sicurezza sul lavoro. La contrattazione collettiva deve inoltre affrontare la questione della formazione professionale dei lavoratori sportivi. Il settore è caratterizzato da un'evoluzione continua delle tecniche e delle metodologie, che richiede un aggiornamento costante delle competenze. I contratti collettivi possono prevedere diritti e doveri in materia di formazione, contribuendo allo sviluppo professionale dei lavoratori e alla qualità delle prestazioni sportive.

7. Conclusioni.

Nonostante la riforma e gli sforzi di razionalizzazione, permangono alcune "zone d'ombra" (se non vere e proprie lacune normative) che – al momento – sarà compito della giurisprudenza eventualmente colmare, ove possibile, come ad esempio la compatibilità del contratto a termine stagionale con i limiti imposti dal D.lgs 81/2015, la possibilità di cumulo tra lavoro sportivo subordinato ed altre attività lavorative (anche presso il medesimo datore) e l'applicazione delle tutele in caso di

ISSN 2036-7821

licenziamento anticipato rispetto alla naturale scadenza del contratto sportivo. La riforma del lavoro sportivo rappresenta indubbiamente un passo significativo verso la modernizzazione e la razionalizzazione di un settore che per troppo tempo è rimasto ai margini della disciplina giuslavoristica generale. L'introduzione di una definizione unitaria di "lavoratore sportivo", il superamento della rigida distinzione tra professionismo e dilettantismo, e il riconoscimento di tutele specifiche costituiscono elementi di indiscutibile progresso. Tuttavia, l'analisi condotta evidenzia come il percorso di riforma sia ancora in fase di consolidamento. Le modifiche apportate dal correttivo del 2022 dimostrano la necessità di un continuo adattamento della disciplina alle esigenze concrete del settore. In particolare, l'introduzione di soglie di esenzione contributiva e fiscale, pur rispondendo a legittime esigenze di sostenibilità economica, rischia di creare nuove forme di precarietà per i lavoratori con compensi più bassi. La contrattazione collettiva emerge come strumento fondamentale per il completamento del quadro normativo. La specificità del settore sportivo richiede infatti un ruolo attivo delle parti sociali nella definizione di condizioni di lavoro che tengano conto delle peculiarità organizzative e delle esigenze di flessibilità, pur garantendo tutele adeguate ai lavoratori. Sulla base di ciò si può già presumere che nei prossimi anni la giurisprudenza di merito – laddove il legislatore non dovesse apportare ulteriori modifiche - svolgerà un ruolo determinante nel consolidare una interpretazione coerente dell'articolo 26 del D.lgs 36/2021, soprattutto per ciò che riguarda – non solo quanto poc'anzi evidenziato – ma anche il bilanciamento tra flessibilità organizzativa del datore sportivo ed i diritti individuali del lavoratore, in particolare nei settori dilettantistici dove la tutela contrattuale appare ancora debole, seppure ci si trovi dinanzi ad una tappa evolutiva cruciale del processo di riforma del lavoro sportivo. L'evoluzione giurisprudenziale post-riforma dovrà necessariamente confrontarsi con le nuove categorie introdotte dal legislatore, in particolare con la figura del lavoratore sportivo subordinato "attenuato" e con le specifiche deroghe alla disciplina ordinaria. La giurisprudenza di legittimità ha già chiarito che "gli indici sussidiari della subordinazione assumono valore decisivo e devono essere valutati globalmente come indizi della subordinazione stessa quando non sia agevole l'apprezzamento diretto del vincolo di subordinazione a causa delle peculiarità delle mansioni". Tale principio dovrà essere adattato alle specificità del lavoro sportivo come disciplinato dalla riforma.Se da un lato è vero che oggi il sistema complessivo appare certamente più moderno ed armonizzato con l'ordinamento comune, dall'altro gli snodi critici della riforma organicamente intesa (come ad esempio l'eccessiva stratificazione delle fonti tra norme generali e speciali da cui potrebbe generarsi una difficoltà orientativa per le realtà più piccole del sistema, od il rischio di abuso della co.co.co. sportiva e la certamente insufficiente copertura previdenziale per i lavoratori con compensi

ISSN 2036-7821

inferiori ai 5.000 euro) suggeriscono un monitoraggio attivo per valutare l'impatto sia delle innovazioni introdotte con il D.lgs 36/2021 che quello del suo correttivo su di un settore tradizionalmente caratterizzato da una limitata aderenza alla piena legalità in ambito lavoristico. L'esperienza maturata durante l'emergenza pandemica, che ha evidenziato le fragilità del sistema di tutele per i lavoratori sportivi, ha rappresentato un catalizzatore importante per la riforma. Le misure emergenziali adottate, come quelle previste dall'art. 98 del decreto-legge n. 34 del 19 maggio 2020, hanno costituito un primo riconoscimento della specificità del lavoro sportivo e della necessità di forme di sostegno adeguate.Il futuro del lavoro sportivo dipenderà in larga misura dalla capacità del sistema di trovare un equilibrio sostenibile tra le esigenze di flessibilità richieste dal settore e la necessità di garantire tutele adeguate ai lavoratori. La sfida principale sarà quella di evitare che le specificità del settore sportivo diventino un pretesto per l'erosione delle tutele fondamentali del lavoro subordinato, mantenendo al contempo la necessaria flessibilità operativa.In questa prospettiva, il ruolo della contrattazione collettiva sarà determinante. Solo attraverso un dialogo costruttivo tra le parti sociali sarà possibile sviluppare strumenti contrattuali che rispondano alle esigenze concrete del settore, garantendo al contempo la dignità del lavoro sportivo e la sostenibilità economica delle organizzazioni sportive.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La questione della ribassabilità o meno dei costi della manodopera dall'importo posto a base di gara nella giurisprudenza formatasi alla luce del d.lgs. n. 36 del 2023

di **Roberto Musone**

(Avvocato)

Sommario

1. Premessa. 2. L'orientamento contrario alla ribassabilità. 3. L'orientamento favorevole alla ribassabilità dei costi della manodopera. 4. Conclusioni.

Abstract

The essay analyses whether, under current case-law, pursuant to article 41, paragraph 14, of the Italian Legislative Decree No. 36 of 2023, companies can still include their labour costs in the possible reduction of the amount made up of contest of a call for tenders, as was the case under previous article 23, paragraph 16, of the Legislative Decree No. 50 of 2016, which, however, required only safety costs to be excluded from the amount made up of contest. All the main arguments put forward by each of the two opposite orientations are carefully examined.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

L'entrata in vigore del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, ha posto all'attenzione dell'interprete la questione della ribassabilità o meno dei costi della manodopera dall'importo posto a base d'asta, atteso che, rispetto al previgente art. 23, comma 16, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo cui «I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso», l'art. 41, comma 14, secondo periodo, del codice attuale prevede ora che «I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso», sebbene, in base all'ultimo periodo, «Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale».

Secondo un primo orientamento della giurisprudenza, nettamente maggioritario, i costi della manodopera vanno inclusi nell'importo cui applicare il ribasso offerto in gara dai concorrenti, ferma restando la doverosa dimostrazione da parte del concorrente della maggiore efficienza della propria organizzazione aziendale, quale condizione che giustifica la quantificazione più bassa dei costi della manodopera, ai sensi dell'art. 41, comma 14, terzo periodo. In sostanza, in continuità con quanto avveniva sotto il d.lgs. n. 50 del 2016, i costi della manodopera, seppur indicati separatamente negli atti di gara, continuerebbero a costituire una componente dell'importo su cui l'operatore applica il ribasso per definire il prezzo contrattuale[1].

Secondo un altro orientamento, invece, i costi della manodopera vanno esclusi dall'importo cui applicare il ribasso offerto in gara dai concorrenti, ferma restando – anche per tale orientamento – la doverosa dimostrazione da parte del concorrente della maggiore efficienza della propria organizzazione aziendale per poter operare una quantificazione più bassa della propria offerta. In sostanza, diversamente da quanto accadeva nel sistema previgente, ora i costi della manodopera non sarebbero direttamente ribassabili, ma il concorrente con costi del lavoro inferiori potrebbe comunque giovarsi della propria favorevole situazione organizzativa, offrendo un maggior ribasso sull'importo dei lavori, servizi o forniture oggetto della commessa[2].

---

[1] Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2025, n. 5712; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 19 giugno 2025, n. 4608; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 3 giugno 2025, n. 1740; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 2 maggio 2025, n. 422; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 30 aprile 2025, n. 8390; Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2025, n. 3611; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 17 aprile 2025, n. 705; Cons. Stato, sez. III, 8 aprile 2025, n. 2981; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 20 marzo 2025, n. 111; T.A.R. Sardegna, sez. II, 18 marzo 2025, n. 250; T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 15 marzo 2025, n. 353; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 7 marzo 2025, n. 447; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. V, 28 febbraio 2025, n. 786; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 27 febbraio 2025, n. 407; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 18 febbraio 2025, n. 1393; T.A.R. Piemonte, sez. II, 12 febbraio 2025, n. 340; Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9254; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 11 novembre 2024, n. 3739; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 6 agosto 2024, n. 15720; T.A.R. Campania, sez. II, 13 giugno 2024, n. 3732; T.A.R. Basilicata, sez. I, 21 maggio 2024, n. 273; T.A.R. Toscana, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 19 dicembre 2023, n. 3787; Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665, tutte in tutte in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

[2] Cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 24 aprile 2025, n. 761; T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 10 aprile 2025, n. 146; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 27 febbraio 2025, n. 738; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 11

ISSN 2036-7821

Indubbiamente, il quadro giurisprudenziale non è univoco e non mancano pronunce che si prestano – ed effettivamente si sono prestate – a più letture, come nel caso della sentenza del Consiglio di Stato n. 9254 del 2024, richiamata quale ulteriore fondamento giustificativo da parte di entrambi gli orientamenti, la quale, se da un lato aderisce apertamente alle argomentazioni proprie della tesi della ribassabilità[3], dall'altro risolve la vicenda sottoposta al proprio esame sostenendo «che l'importo ribassabile (ovvero l'importo a cui andava applicato il ribasso percentuale offerto dalle imprese concorrenti) era pari alla somma del costo dei lavori e dei costi per la progettazione esecutiva e coordinamento sicurezza in fase di progettazione, al netto dei costi della manodopera»[4]. Peraltro, nonostante la palese contraddittorietà, non si può che concludere che l'anzidetta pronuncia, laddove sia addotta in chiave confermativa anche dall'orientamento contrario alla ribassabilità riportando proprio tale passo[5], sia «richiamata impropriamente», perché una siffatta conclusione si spiega soltanto in ragione della peculiare formulazione della *lex specialis* di gara nella procedura oggetto di tale decisione del Consiglio di Stato[6]. Talora anche questo si esprime in termini dubitativi[7].

Non si potrebbe quindi ritenere – come asserito di recente e in maniera opinabile da una sentenza dell'orientamento favorevole alla ribassabilità – che non vi sarebbe «un vero e proprio contrasto giurisprudenziale sul punto»[8].

Al massimo, un punto di contatto può aversi in fatto di modalità di esclusione dalla gara. In tal senso, entrambi gli orientamenti giurisprudenziali non attribuiscono – né potrebbero farlo, in considerazione del tenore letterale dell'art. 41, comma 14, terzo periodo – portata automaticamente escludente al ribasso del costo della manodopera stimato dalla stazione appaltante[9]. Infatti, la conseguenza per l'operatore economico che applichi il ribasso anche ai costi della manodopera non è l'esclusione dalla gara ma l'assoggettamento della sua offerta alla verifica dell'anomalia, sede nella quale l'operatore avrà l'onere di dimostrare che il ribasso deriva da una più efficiente

---

gennaio 2024, n. 147; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 13 dicembre 2024, n. 759; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 11 novembre 2024, n. 3127; Id., 31 ottobre 2024, n. 3000; T.A.R. Liguria, sez. I, 14 ottobre 2024, n. 673; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 8 febbraio 2024, n. 119, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

3 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9254, cit., capi 16.4-16.6.

4 Id., capo 18.2 della sentenza. Sul punto cfr. F. GASPARI, *Sulla ribassabilità dei costi della manodopera: la più "gattopardiana" delle disposizioni del D.Lgs. n. 36/2023*, in *www.ufficioappalti.com*, 24 marzo 2025, p. 4.

5 In tal senso cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 27 febbraio 2025, n. 738, cit. e T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 13 dicembre 2024, n. 759, cit.

6 In tal senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2025, n. 5712, cit.

7 In tal senso, «quand'anche il ribasso dei costi relativi alla manodopera fosse consentito dalle norme primarie, l'esplicita ed inequivoca previsione di segno contrario portata dalla – non impugnata – *lex specialis* non consentiva la presentazione di un'offerta riportante un simile ribasso» (Cons. Stato, sez. III, 12 novembre 2024, n. 9084, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*).

8 T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 19 marzo 2025, n. 434, cit.

9 Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 7 marzo 2025, n. 447, cit.

ISSN 2036-7821

organizzazione aziendale, tale da consentire una diminuzione del costo del lavoro rispetto a quello stimato dalla stazione appaltante, oltre al rispetto dei minimi salariali, una conclusione accolta tanto dall'orientamento favorevole[10] quanto da quello contrario[11] alla ribassabilità.

2. L'orientamento contrario alla ribassabilità dei costi della manodopera.

L'orientamento contrario alla ribassabilità è largamente minoritario, accolto solo dalla giurisprudenza di prima istanza e con argomentazioni nettamente meno sviluppate rispetto a quello favorevole.

Il filone giurisprudenziale in esame rileva che, in termini di ricostruzione generale, qualora la *lex specialis* di gara abbia nettamente distinto una parte del valore del contratto di appalto come spesa incomprimibile – quale appunto quella afferente al costo del personale – ed abbia specificato, con riferimento alla restante parte della base d'asta, l'offerta del massimo ribasso, solo su questo costo l'operatore è legittimato a proporre la sua offerta in ribasso[12].

Più esattamente, l'art. 41, comma 14, contiene il riferimento a due concetti distinti e non sovrapponibili, ossia «l'importo posto a base di gara» di cui al primo periodo, nell'individuare il quale la stazione appaltante deve prevedere anche i costi della manodopera, e l'«importo assoggettato al ribasso» di cui al secondo periodo, dal quale, invece, i «costi della manodopera» devono essere scorporati[13]. Tale previsione normativa vieta, quindi, che i costi della manodopera, pur rientrando nel più generale importo posto a base d'asta, siano inclusi nell'importo assoggettato al ribasso, ovvero nell'importo sul quale dovrà essere applicato il ribasso percentuale offerto dal concorrente, e ciò all'evidente fine di non sottostimare le retribuzioni da erogare ai lavoratori applicati nell'esecuzione delle commesse pubbliche. Questo, tuttavia, non esclude che, per come espressamente previsto dal legislatore in coerenza con l'orientamento giurisprudenziale formatosi sotto la vigenza della precedente normativa in tema di appalti, ciascun concorrente possa, in via separata rispetto all'importo assoggettato al ribasso (ovvero quello sul quale applicare la percentuale di ribasso), esporre una cifra, a titolo di costi della manodopera, inferiore

10 Cfr. T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 2 maggio 2025, n. 422, cit.; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 30 aprile 2025, n. 8390, cit.; Cons. Stato, sez. III, 8 aprile 2025, n. 2981, cit.; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 20 marzo 2025, n. 111, cit.; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. V, 28 febbraio 2025, n. 786, cit.; T.A.R. Sardegna, sez. II, 18 marzo 2025, n. 250, cit.; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 27 febbraio 2025, n. 407, cit.; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 18 febbraio 2025, n. 1393, cit.; Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9254, cit.; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 11 novembre 2024, n. 3739, cit.; T.A.R. Basilicata, sez. I, 21 maggio 2024, n. 273, cit.; T.A.R. Toscana, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120, cit.

11 Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 24 aprile 2025, n. 761, cit.

12 Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 11 gennaio 2024, n. 147, cit.

13 Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 24 aprile 2025, n. 761, cit. e T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 8 febbraio 2024, n. 119, cit.

ISSN 2036-7821

rispetto a quella che la stazione appaltante ha previsto *ex ante* nell'ambito del più ampio importo posto a base di gara. Ciò, tuttavia, potrà avvenire a condizione che tale, per così dire, "indiretto" ribasso dei costi della manodopera risulti coerente con una «più efficiente organizzazione aziendale», che l'operatore dovrà dimostrare in sede di verifica dell'anomalia, doverosamente promossa dalla stazione appaltante[14].

In sostanza, nella nuova disciplina, gli oneri della manodopera quantificati dalla stazione appaltante non sono direttamente ribassabili, come accadeva nel sistema previgente, in quanto vanno scorporati dalla base d'asta da assoggettare a ribasso. Pertanto, ai fini dell'aggiudicazione rileva esclusivamente la percentuale di ribasso riferita all'importo dei lavori o servizi da appaltare, al netto dei costi della manodopera e della sicurezza[15], perché è a tale importo della base d'asta – così determinato – che deve applicarsi il ribasso offerto[16].

Pertanto, qualora l'operatore economico disponga di un'organizzazione aziendale particolarmente efficiente, che gli consenta di abbattere i costi della manodopera, questi possono essere diminuiti in via indiretta e riflessa, ossia offrendo un più elevato ribasso sull'importo dei lavori o dei servizi oggetto della commessa. Detto altrimenti, anche se la formulazione del ribasso è consentita esclusivamente sul valore dell'appalto al netto dei costi della manodopera stimati dalla stazione appaltante e degli oneri di sicurezza, il concorrente ha comunque la facoltà di ridurre indirettamente i primi aumentando la percentuale di sconto praticata sulla componente direttamente ribassabile. Naturalmente, i minori costi della manodopera che l'operatore ritiene di sopportare in concreto vanno specificati nell'offerta economica, ai sensi dell'art. 108, comma 9, nonché giustificati mediante la dimostrazione della propria efficienza aziendale[17].

Ora, se il ribasso viene relazionato all'intera offerta, inclusiva dei costi della manodopera, lo stesso opererebbe, di per sé, anche su detti costi, contravvenendo al divieto – per effetto del necessario scorporo degli stessi – seppur non assoluto di ribasso, che, invece, va espressamente rappresentato e, quindi, conseguentemente giustificato sotto il profilo dell'anomalia. In altri termini, i costi della manodopera, astrattamente non ribassabili, anche se inseriti nella medesima base d'asta, vanno espunti dal calcolo del ribasso stesso (altrimenti si determinerebbe un automatico ribasso vietato sia pur non in senso assoluto dalla norma), di modo che, se ribassati,

14 Cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 8 febbraio 2024, n. 119, cit., che – si noti – richiama Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665, cit., come la pronuncia in commento.

15 Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 24 aprile 2025, n. 761, cit.; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 31 ottobre 2024, n. 3000, cit.; T.A.R. Liguria, sez. I, 14 ottobre 2024, n. 673, cit.

16 Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 27 febbraio 2025, n. 738, cit.; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 13 dicembre 2024, n. 759, cit.; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 11 novembre 2024, n. 3127, cit.; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 31 ottobre 2024, n. 3000, cit.

17 Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 31 ottobre 2024, n. 3000, cit. e T.A.R. Liguria, sez. I, 14 ottobre 2024, n. 673, cit.

ISSN 2036-7821

la correlata dichiarazione deve essere espressa autonomamente e giustificata in base all'art. 41, comma 14, terzo periodo[18].

Ne consegue, in definitiva, che, anche se contribuiscono a determinare la base d'asta, i costi della manodopera vanno, comunque, scorporati dall'importo assoggettato al ribasso, poiché non sono ribassabili, a meno che, con indicazione a parte, che quindi prescinde dal ribasso, non vengano espressamente indicati con importo diverso e, se inferiori a quanto stabilito dal seggio di gara, giustificati in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta[19].

Per questo, tale orientamento ritiene censurabile il comportamento di una stazione appaltante che abbia ritenuto di applicare il ribasso anche ai costi della manodopera, mentre avrebbe dovuto orientare il proprio comportamento alla ricerca dell'effettiva volontà espressa dall'offerente. In tal senso, come ha chiarito anche il Consiglio di Stato, l'operato della stazione appaltante, volto alla ricerca dell'effettiva volontà espressa dall'offerente, sulla base di quanto inequivocabilmente indicato sia nel dettaglio degli importi ribassabili e non ribassabili del costo dei lavori, sia nella parte relativa all'indicazione del costo della manodopera concretamente offerto, è peraltro del tutto coerente con i principi del risultato e della fiducia, quali codificati dal nuovo codice dei contratti pubblici[20]. Più in generale, a fronte della possibile ambiguità dell'impegno assunto dall'operatore economico, che magari potrebbe emergere successivamente all'aggiudicazione, la stazione appaltante deve comunque procedere ad una più penetrante indagine della sua effettiva volontà, in applicazione della regola giurisprudenziale secondo cui nelle gare pubbliche è ammissibile un'attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale[21].

Richiamando la sentenza del Consiglio di Stato n. 5665 del 2023, che è stata la prima pronuncia del Consiglio di Stato ad essersi occupata del tema in esame dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 36 del 2023 e sulla base di questo, si rileva che l'art. 41, comma 14, ha significativamente operato una netta «"inversione di rotta"» rispetto al d.lgs. n. 50 del 2016, il cui art. 97, comma 6, non imponeva il divieto di ribasso sui costi di manodopera. Conseguentemente, la disciplina che stabilisce l'obbligatorietà dello scorporo dei costi di manodopera dall'importo assoggettato al ribasso ha natura innovativa. Ciò non significa che è esclusa la possibilità per l'operatore di proporre un ribasso che coinvolga anche i costi della manodopera. L'operatore potrà

18 Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 24 aprile 2025, n. 761, cit. e T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 27 febbraio 2025, n. 738, cit., che entrambe richiamano sul punto Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9254, cit.

19 Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 24 aprile 2025, n. 761, cit.

20 *Ibid.*, che richiama Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9254, cit.

21 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2025, n. 5712, cit., che richiama, tra le altre, Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4284, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

ISSN 2036-7821

formulare un ribasso che li coinvolga ma dovrà anche dimostrare che tale ribasso derivi da una «più efficiente organizzazione aziendale» o da sgravi contributivi che non comportano penalizzazioni per la manodopera, secondo il tradizionale orientamento giurisprudenziale in linea l'art. 41 Cost.[22].

Si ricorda poi come, alla luce della pronuncia del Consiglio di Stato n. 9254 del 2024, si sia correttamente affermato che la complessiva disciplina di cui all'art. 41, comma 14, all'art. 108, comma 9 e all'art. 110, comma 1, d.lgs. n. 36 del 2023, mira a contemperare la libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost. – che apparirebbe violata ove s'impedisse ad un operatore economico di dimostrare di contenere anche i costi della manodopera attraverso una maggiore organizzazione aziendale, senza violare i limiti imposti dalla normativa – con i diritti dei lavoratori. A tal fine, anzitutto, lo scorporo, ossia l'indicazione separata delle due tipologie di costi, esprime la volontà di responsabilizzare gli operatori economici, allo scopo di assicurare che questi ultimi, prima di formulare il proprio ribasso, svolgano una seria valutazione preventiva dei predetti costi. Inoltre, sempre a tal fine, l'art. 108, comma 9, innovando rispetto al codice previgente, sanziona espressamente con l'esclusione dalla gara l'omessa indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera e degli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Infine, anche il successivo art. 110, comma 1, 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[23].

Per contro, numerose sono le ragioni per cui è da respingersi la tesi opposta secondo cui i costi della manodopera, seppur esposti separatamente negli atti di gara, continuerebbero a costituire un elemento della base d'asta sulla quale l'offerente applica il ribasso, che quindi viene formulato sull'importo contrattuale al lordo della manodopera, onde nulla sarebbe mutato rispetto al codice del 2016.

Anzitutto, tale opzione ermeneutica conduce alla sostanziale abrogazione della prescrizione dell'art. 41, comma 14, sulla non diretta ribassabilità della manodopera[24].

Inoltre, essa si pone in contrasto con il criterio direttivo enunciato nella legge delega, di cui all'art. 1, comma 2, lett. t), l. 21 giugno 2022, n. 78, che richiede che «i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso»[25].

Nemmeno poi hanno valenza dirimente le diverse considerazioni contenute nel

22 Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 11 novembre 2024, n. 3127, cit.

23 Cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 10 aprile 2025, n. 146, cit., che richiama Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9254, cit.

24 Cfr. T.A.R. Liguria, sez. I, 14 ottobre 2024, n. 673, cit.

25 *Ibid.*

ISSN 2036-7821

parere del MIT n. 2154 del 2023[26], nel parere precontenzioso dell'ANAC n. 528 del 2023[27] e nel parere del MIT n. 2505 del 2024[28], frequentemente invocati a proprio supporto dall'opposto orientamento, in quanto tali prese di posizione non solo non pongono in risalto la natura innovativa della disposizione in esame, ma richiamano sostanzialmente la disciplina contenuta nel bando tipo dell'ANAC n. 1 del 2023[29], che è stato redatto sulla base della previgente disciplina di cui al d.lgs. n. 50 del 2016[30].

D'altra parte, contro l'idea che la non ribassabilità dei costi della manodopera, normativamente prevista, non imponga implicitamente anche il relativo scorporo dalla base d'asta[31], è di lapalissiana evidenza che tale obbligatorietà emerge dalla lettera dell'art. 41, comma 14, secondo periodo, secondo cui «I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso»[32]. In effetti, in questo orientamento è frequente il richiamo esplicito alla «*littera legis*»[33] del pertinente quadro normativo come elemento dirimente che depone a favore dello stesso, e anche l'opposto filone ammette che la tesi della non ribassabilità è «maggiormente aderente al dato letterale della norma» di cui all'art. 41, comma 14[34].

Nella medesima direzione depone poi anche la *ratio* della complessiva disciplina in esame, tesa a tutelare una separata considerazione dei costi della manodopera e dei costi della sicurezza, non solo per responsabilizzare gli operatori economici, come rilevato dal Consiglio di Stato nella pronuncia n. 9524 del 2024, ma anche per consentire che gli interessi da contemperare – quelli dei lavoratori e quelli degli imprenditori – abbiano un margine autonomo di oscillazione rispetto alla rigidità del ribasso percentuale della base di gara. In altri termini, ritenere, come sostenuto dall'opposta giurisprudenza, che l'unica base d'asta possa contenere in sé anche i costi della manodopera, pur se indicati nel loro importo al suo interno, vanifica la *ratio* del loro "scorporo" imposto, che mira appunto ad un trattamento, anche del

26 Cfr. MIT, Parere 19 luglio 2023, n. 2154 (*www.lavoripubblici.it/documenti2023/lvpb4/parere-mit-19072023-2154.pdf*).

27 Cfr. ANAC, Delibera 15 novembre 2023, n. 528, in *www.anticorruzione.it*.

28 Cfr. MIT, Parere 17 aprile 2024, n. 2505 (*www.assistal.it/wp-content/uploads/2024/07/PARERE-MIT.pdf*), secondo cui «l'importo assoggettato a ribasso comprende i costi della manodopera, ma la stazione appaltante è tenuta a indicare, come parametro, quanti sono questi costi» (richiamato, *ex plurimis*, da Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2025, n. 5712, cit.).

29 Cfr. ANAC, Delibera 27 giugno 2023, n. 309, Bando tipo n. 1/2023, Schema di disciplinare di gara, *Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*, in *www.anticorruzione.it*.

30 Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 11 novembre 2024, n. 3127, cit.

31 In tal senso cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 19 dicembre 2023, n. 3787, cit.

32 Cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 10 aprile 2025, n. 146, cit.

33 Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 24 aprile 2025, n. 761, cit.; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 31 ottobre 2024, n. 3000, cit.; T.A.R. Liguria, sez. I, 14 ottobre 2024, n. 673, cit.

34 Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 7 marzo 2025, n. 447, cit.

ISSN 2036-7821

ribasso, del tutto separato[35].
Infine, la diversa soluzione giungerebbe addirittura a imporre a tutti i concorrenti un ribasso anche sulla manodopera, qualora si volesse offrire un ribasso sulla base d'asta, il tutto in contrasto con l'eccezionalità di tale evenienza, non solo per la *ratio* indicata ma anche per il conseguente obbligo di controllo dell'anomalia. Proprio perché il ribasso offerto anche sui costi della manodopera dà luogo al controllo dell'anomalia dell'offerta, l'operatore è messo correttamente dalla legge nelle condizioni di calibrare tale ribasso indipendentemente da quello afferente all'offerta a base d'asta, atteso che appare del tutto pretestuoso e improbabile ritenere che la capacità di ottenere una maggiore organizzazione sul piano dei costi della manodopera coincida perfettamente, in termini percentuali, con la capacità di contenere gli altri costi e dunque con la percentuale di ribasso offerta per la base d'asta[36].

3. L'orientamento favorevole alla ribassabilità.

La tesi assolutamente maggioritaria resta comunque che, anche alla luce del d.lgs. n. 36 del 2023, i costi della manodopera, seppur indicati separatamente negli atti di gara, continuano a costituire una componente dell'importo su cui l'operatore applica il ribasso per definire il prezzo contrattuale. In tal senso, tanto per l'operatore economico quanto per la stazione appaltante, «l'importo posto a base di gara» cui si riferisce l'art. 41, comma 14, primo periodo, comprende anche i costi della manodopera, importo sul quale va applicato il ribasso complessivo offerto dall'operatore economico. Dal momento quindi che gli operatori economici concorrenti devono sempre applicare il ribasso offerto inclusivo dei costi della manodopera, essi devono logicamente indicare prima in maniera separata i "propri" costi della manodopera, che possono coincidere o meno con quelli indicati dalla stazione appaltante, fermo restando l'onere di una peculiare giustificazione anche in base ad una «più efficiente organizzazione aziendale» in caso di importo inferiore[37].
Come si è detto, la sentenza del Consiglio di Stato n. 5665 del 2023 è stata la prima presa di posizione di Palazzo Spada a basare la tesi della ribassabilità sulle disposizioni del codice vigente, che allora non aveva ancora acquisito efficacia, cui i successivi sviluppi pretori hanno aggiunto ulteriori significative precisazioni. Anche quando tale orientamento richiama la precedente giurisprudenza conforme, il riferimento più ricorrente è sempre a tale sentenza[38].

35 Cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 10 aprile 2025, n. 146, cit.
36 *Ibid*.
37 Cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2025, n. 5712, cit.
38 Richiamata da Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2025, n. 5712, cit.; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 19 marzo 2025, n. 434, cit.; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 7 marzo 2025, n. 447, cit.; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 18 febbraio 2025, n. 1393, cit.; T.A.R. Piemonte, sez. II, 12 febbraio 2025, n. 340, cit.; Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n.

ISSN 2036-7821

In effetti, tale pronuncia, per quanto resa su una fattispecie cui era ancora applicabile *ratione temporis* il d.lgs. n. 50 del 2016, contiene *in nuce* le premesse dell'orientamento accolto dalla giurisprudenza maggioritaria che si sarebbe formata in materia sulla base del nuovo codice. Anzitutto, essa osserva che una clausola della *lex specialis* che imponga il divieto di ribasso sui costi della manodopera sarebbe in flagrante contrasto con l'art. 97, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016[39] e, più in generale, con il principio di libera concorrenza nell'affidamento delle commesse pubbliche. Inoltre, un divieto indiscriminato di ribasso sulla manodopera avrebbe numerosi effetti deleteri sulla procedura di gara, quali la standardizzazione dei costi verso l'alto; la sostanziale imposizione di un CCNL individuato dalla stazione appaltante al fine di determinare l'importo stimato dell'appalto; la sostanziale inutilità dello stesso art. 97, comma 6, ossia dell'obbligo per gli operatori economici di rispettare gli oneri inderogabili; e, infine, l'impossibilità, da parte della stazione appaltante, di vagliare l'effettiva congruità in concreto delle offerte presentate dai concorrenti, tenuto conto, tra l'altro, che ciò che la stazione appaltante deve verificare, con riferimento ai costi della manodopera indicati, è l'eventuale scostamento dai dati tabellari medi con riferimento ai costi reali sostenuti dal lavoratore, mentre l'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta, e la correlativa verifica della loro congruità, risponde all'esigenza di tutela del lavoro sotto il profilo della giusta retribuzione. La valutazione dell'anomalia dell'offerta va quindi effettuata pur sempre considerando tutte le circostanze del caso concreto, poiché anche un utile all'apparenza modesto può comportare un vantaggio significativo sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità e il *curriculum* derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e dall'aver portato a termine un appalto pubblico, cosicché nelle gare pubbliche non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero[40]. Per di più, alla luce del contesto normativo ancora rilevante, l'art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50 del 2016, dispone che solo i costi della sicurezza sono scorporati dall'importo soggetto a ribasso. Ma, soprattutto, anche per la soluzione del caso di specie, si rivela dirimente

9254, cit.; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 11 novembre 2024, n. 3739, cit.; T.A.R. Campania, sez. II, 13 giugno 2024, n. 3732, cit.; T.A.R. Basilicata, sez. I, 21 maggio 2024, n. 273, cit.; T.A.R. Toscana, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120, cit.

39 Secondo cui «Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge. Non sono, altresì, ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento previsto dall'articolo 100 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81. La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa».

40 Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. III, 8 aprile 2025, n. 2980; Id., sez. VII, 11 aprile 2025, n. 1998; Id., sez. III, 27 novembre 2024, n. 9514; Id., sez. V, 26 giugno 2024, n. 5628; Id., sez. III, 2 novembre 2023, n. 9421; Id., sez. VI, 4 aprile 2022, n. 2442; Id., sez. III, 13 luglio 2021, n. 5283; Id., sez. V, 22 marzo 2021, n. 2437, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

ISSN 2036-7821

richiamare, quale supporto interpretativo, l'art. 41, comma 14, che, significativamente, opera una netta «"inversione di rotta"» rispetto al d.lgs. n. 50 del 2016. Ora, persino «nel "nuovo Codice"»[41], in applicazione dello specifico criterio di delega di cui all'art. 1, comma 2, lett. t), l. n. 78 del 2022, secondo cui in ogni caso i costi della manodopera e della sicurezza devono essere sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso, è stata fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga i primi derivi da una più efficiente organizzazione aziendale, «così armonizzando il criterio di delega con l'art. 41 della Costituzione»[42].

Nella giurisprudenza successiva si afferma quindi – coerentemente – che, nell'accogliere la tesi della ribassabilità, il d.lgs. n. 36 del 2023 segue la via tracciata dal d.lgs. n. 50 del 2016 nell'assicurare una tutela rafforzata degli interessi dei lavoratori, richiedendo ai partecipanti alla gara di indicare, in via separata, nella propria offerta economica, i costi della manodopera e i costi per gli oneri di sicurezza, e sanzionando con l'esclusione dalla gara la violazione di tale obbligo. L'art. 108, comma 9, innovando solo formalmente rispetto al codice previgente, come riconosciuto nella Relazione illustrativa, sanziona infatti con l'esclusione dalla gara l'omessa indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera e degli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Da ciò si desume la piena continuità del codice del 2023 rispetto a quello del 2016 nella tutela degli interessi dei lavoratori, che nel nuovo codice assume una valenza rafforzata come desumibile dall'art. 11, comma 3, secondo cui gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente[43]. Del resto, l'art. 97, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, non prevedeva affatto un divieto indiscriminato di ribasso sui costi della manodopera indicati dalla stazione appaltante, limitandosi a prevedere il divieto di giustificazioni rispetto ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge e con obbligo della stazione appaltante di sottoporre a verifica di congruità l'offerta che, in base ad elementi specifici, apparisse anormalmente bassa[44].

Dal punto di vista normativo, la tesi in esame viene giustificata per lo più sulla base dal combinato disposto dell'art. 41, commi 13 e 14, dell'art. 108, comma 9 e dell'art.

41 Virgolettati nell'originale.

42 Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665, cit.

43 Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 19 marzo 2025, n. 434, cit.; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 18 febbraio 2025, n. 1393, cit.; Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9254, cit.

44 Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 7 marzo 2025, n. 447, cit.

ISSN 2036-7821

110, comma 1[45], dalla cui lettura congiunta emerge l'intento del legislatore di raggiungere un punto di equilibrio tra la tutela della libertà di iniziativa economica privata e la responsabilizzazione degli operatori economici, in modo che questi – nel proporre il ribasso complessivo – siano indotti ad una valutazione di tali costi compatibile con l'effettivo prezzo del lavoro[46].

Anche dal combinato disposto degli ultimi due periodi dell'art. 41, comma 14, discende in realtà che la non ribassabilità dei costi della manodopera, normativamente prevista, non impone implicitamente anche lo scorporo di questi ultimi dalla base d'asta[47].

Di recente, sempre il Consiglio di Stato ha ribadito che la ribassabilità è possibile grazie all'ultimo periodo dell'art. 41, comma 14, dato che l'operatore economico, in sede di verifica dell'anomalia, può dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale, con la dimostrazione, ad esempio, di aver pianificato una migliore allocazione delle risorse che comporti risparmi di spesa, sempre nel rispetto dei minimi retributivi previsti dalla legge e ferma restando l'indicazione separata dei costi della manodopera[48].

D'altra parte, il testo dell'art. 41, comma 14, va letto anche tenendo conto della nuova rubrica della disposizione, che non riguarda più solo i «*Livelli* della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi», come recitava in precedenza l'art. 23, d.lgs. n. 50 del 2016, ma anche i «*Livelli e contenuti* della progettazione». La disposizione cioè detta indicazioni rivolte non direttamente all'operatore economico ma alla stazione appaltante, chiarendo alla medesima come deve procedere nel determinare l'importo posto a base di gara e i costi della manodopera e come deve valutare il ribasso complessivo offerto dall'operatore economico. L'indicazione fornita dal legislatore alle stazioni appaltanti non è quella di sottrarre i costi della manodopera al ribasso, bensì di individuarli, cioè quantificarli ai sensi del comma 13, e di scorporare gli stessi dall'importo soggetto a ribasso, cioè di indicare separatamente i medesimi, così come quantificati, rispetto

45 Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 19 giugno 2025, n. 4608, cit.; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 3 giugno 2025, n. 1740, cit.; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 2 maggio 2025, n. 422, cit.; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 30 aprile 2025, n. 8390, cit.; Cons. Stato, sez. III, 8 aprile 2025, n. 2981, cit.; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 20 marzo 2025, n. 111, cit.; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 19 marzo 2025, n. 434, cit.; T.A.R. Sardegna, sez. II, 18 marzo 2025, n. 250, cit.; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 15 marzo 2025, n. 353, cit.; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 7 marzo 2025, n. 447, cit.; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. V, 28 febbraio 2025, n. 786, cit.; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 18 febbraio 2025, n. 1393, cit.; Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9254, cit.; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 11 novembre 2024, n. 3739, cit.; T.A.R. Basilicata, sez. I, 21 maggio 2024, n. 273, cit.; T.A.R. Toscana, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120, cit.

46 Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 30 aprile 2025, n. 8390, cit.

47 Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 19 marzo 2025, n. 434; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 27 febbraio 2025, n. 407, cit.; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 18 febbraio 2025, n. 1393, cit.; Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9254, cit.; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 19 dicembre 2023, n. 3787, cit.

48 Cfr. Cons. Stato, sez. III, 8 aprile 2025, n. 2981, cit.

ISSN 2036-7821

all'importo soggetto a ribasso. Tuttavia, quest'ultimo, cioè l'«importo a base di gara» – ai sensi del primo periodo – comprende anche i costi della manodopera. Per cui, in sintesi, dal raffronto tra il testo dell'art. 23, comma 16, sesto e settimo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016 e quello dell'art. 41, comma 14, primo e secondo comma, emerge che la sola novità rispetto alla disciplina previgente consiste nel fatto che i costi della manodopera sono indicati separatamente, ma tale indicazione separata non li sottrae al ribasso[49].

Sotto altro profilo, a favore della tesi della ribassabilità depongono anche i nuovi principi generali del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, che devono ritenersi rivolti non solo nei confronti dell'amministrazione ma anche degli operatori economici, i quali sono tenuti a collaborare al buon esito dell'affidamento, inducendo a circoscrivere le ipotesi di esclusione dalla procedura[50]. Del resto, si deve escludere che le stazioni appaltanti possano prevedere, quale ulteriore causa di esclusione dalla gara, la mancata dimostrazione, tramite l'offerta presentata, che il ribasso complessivo dei costi della manodopera dipende da una più efficiente organizzazione aziendale o da sgravi contributivi, non essendo rinvenibile tale previsione nel dettato normativo codicistico[51].

Infine, secondo le più recenti interpretazioni del Consiglio di Stato, il criterio direttivo del legislatore delegante di cui all'art. 1, comma 2, lett. t), l. n. 78 del 2022, volto ad imporre una maggiore trasparenza all'azione amministrativa e a rafforzare la tutela della manodopera, è stato recepito contemperandolo con la libertà costituzionalmente garantita di iniziativa economica e d'impresa, la quale non consente di comprimere 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[52]. Nondimeno, il riferimento ad una più efficiente organizzazione aziendale quale necessario contemperamento con il la libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost., che è alla base del mantenimento della possibilità di incidere al ribasso sui costi della manodopera stimati dalla stazione appaltante, discende non solo e non tanto dalla norma di cui all'art. 41, comma 14, terzo periodo, quanto piuttosto da una più ampia interpretazione sistematica che coinvolge anche altre disposizioni. Da un lato vengono in rilievo l'art. 91, comma 5, secondo periodo e l'art. 108, comma 9, disposizioni dalle quali si desume che l'operatore economico può dichiarare in offerta un importo dei costi della manodopera inferiore a quello fissato dalla stazione appaltante negli atti di gara. Dall'altro, rileva l'art. 110, in tema di verifica delle offerte anormalmente basse, nella parte in cui, ribadendo analoghe

49 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2025, n. 5712, cit.
50 Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 7 marzo 2025, n. 447, cit.
51 Cfr. T.A.R. Sardegna, sez. II, 18 marzo 2025, n. 250, cit.
52 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2025, n. 5712, cit.

ISSN 2036-7821

disposizioni del precedente codice, esclude le giustificazioni «in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge» ((comma 4, lett. a) e, in precedenza, art. 97, comma 6, primo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016)), ma ammette la possibilità di presentare spiegazioni nella sola ipotesi in cui l'offerente abbia dichiarato un costo per il personale «inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 41, comma 13» ((comma 5, lett. d) e, in precedenza, art. 97, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016))[53].

Per quanto riguarda l'art. 91, comma 5, secondo periodo, non c'è dubbio che la norma individui i contenuti minimi essenziali dell'offerta da trasmettere all'amministrazione[54]. Nondimeno, tali informazioni possono suddividersi in due "macrocategorie": l'una, generale e programmatica, nella quale l'operatore è chiamato ad assumere l'impegno ad eseguire la prestazione alle condizioni indicate dalla stazione appaltante e dalla disciplina applicabile e a fornire ogni altra informazione richiesta dalla stazione appaltante nei documenti di gara; e l'altra, più specifica, relativa a quanto da dichiarare alla stazione appaltante con riguardo al prezzo, ai costi del personale, ai costi aziendali per la sicurezza e alle caratteristiche della prestazione[55], oggetto di un onere informativo da cui tale orientamento deduce appunto che l'operatore economico possa dichiarare in offerta un importo dei costi della manodopera inferiore a quello fissato dalla stazione appaltante negli atti di gara. Su quest'ultima conclusione non incide la questione se le due macrocategorie siano da intendersi come cumulative, nel senso che, oltre alla specificazione delle quattro componenti anzidette, nell'offerta deve sempre essere contenuta anche la dichiarazione di impegno ad eseguire la prestazione nel rispetto dei vincoli di legge e del bando[56], tesi accolta anche dalla Relazione illustrativa[57], o siano invece in rapporto di alternatività[58], almeno stando alla formulazione letterale della disposizione, e in particolare all'impiego dell'avverbio «ovvero» per separare quelle che paiono due opzioni, per cui è stato anche affermato che l'alternativa degli oneri ivi descritti andrebbe riferita ai diversi elementi dell'appalto, a seconda che siano

[53] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2025, n. 3611, cit.

54 Cfr. M. TECCHIA, *Art. 91*, in R. GIOVAGNOLI-G. ROVELLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2024, 832 pp. ss., p. 843.

55 Cfr. M.R. SILVESTRI, *Art. 91*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato. D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Milano, 2023, pp. 582 ss., p. 585.

56 Cfr. A. CANDIA, *Art. 91*, in F. CARINGELLA (a cura di), *Nuovo Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2023, pp. 565 ss., p. 569 e N. FENICIA, *Art. 91*, in R. GAROFOLI-G. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici annotato con dottrina e giurisprudenza. D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, IX ed., Molfetta, 2024, pp. 502 ss., p. 502.

57 In tal senso, «Nel comma 5 è disciplinato il contenuto delle offerte, con la specificazione che devono essere sempre indicati i costi aziendali, per la sicurezza e le caratteristiche della prestazione ed è contenuta la dichiarazione di impegno ad eseguirla nel rispetto dei vincoli di legge e del bando».

58 Cfr. G. AMISANO, *Art. 91*, in C. CONTESSA-P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo. D.lgs. 31 marzo 2023 n. 36*, Napoli, 2023, vol. I, pp. 556 ss., p. 558.

ISSN 2036-7821

rimessi alla libera iniziativa e concorrenza degli operatori del mercato oppure predeterminati dalla *lex specialis* o da leggi speciali, ferma l'inderogabilità delle condizioni così prescritte[59].

Per quanto riguarda l'altra disposizione sovente richiamata da tale orientamento giurisprudenziale per dedurne la possibilità dell'operatore economico di dichiarare in offerta un importo dei costi della manodopera inferiore a quello fissato dalla stazione appaltante negli atti di gara, l'art. 108, comma 9, richiede che esso indichi i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Fermo restando che – a differenza di quanto previsto dal previgente art. 23, comma 16, ultimo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016 – di tale separata indicazione ora è onerata anche la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 41, comma 14, secondo periodo[60], senz'altro, con una disposizione più semplificata e chiarificante rispetto al previgente art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, tale norma recepisce l'orientamento giurisprudenziale che prevede la sanzione dell'esclusione dalla gara in caso di omessa indicazione nell'offerta dei costi della manodopera e degli oneri aziendali per la sicurezza, sostenuto sia dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato[61] che dalla Corte di giustizia dell'Unione europea[62]. In effetti, non c'è dubbio che la regola generale – salvo cioè eccezioni particolari – della portata automaticamente escludente della mancata separata indicazione dei costi della manodopera da parte dell'impresa partecipante, non sanabile nemmeno mediante la procedura del soccorso istruttorio e da disporsi anche in assenza di un'espressa comminatoria in tal senso ad opera della legge di gara, si sia formata già sotto la vigenza del precedente codice dei contratti pubblici[63]. In tal senso, la disposizione in esame, se formalmente risulta innovativa rispetto al previgente art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 – che, nel prevedere l'obbligo di indicazione di entrambi i costi, non lo contemplava a pena di esclusione – , in realtà, come ricorda anche la Relazione illustrativa, risponde ormai ad un consolidato orientamento giurisprudenziale diretto ad attribuire portata automaticamente escludente all'omissione in parola, per cui l'espresso inserimento dell'inciso "a pena di esclusione" è finalizzato solo a dare «maggiore certezza» agli operatori giuridici sulle

59 In tal senso cfr. F. CASCIARO-G.F. MAIELLARO, *Art. 91*, in A. BOTTO-S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, pp. 838 ss., p. 844.

60 In tal senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2025, n. 5712, cit.

61 Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 8, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

62 Cfr. Corte giust. Un. eur., 2 maggio 2019, causa C-309/18, *Lavorgna Srl c. Comune di Montelanico e a.*, in *www.curia.europa.eu*.

63 In tal senso cfr., di recente, Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2024, n. 10547, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

ISSN 2036-7821

conseguenze derivanti da tale eventuale omissione dichiarativa[64]. Una modifica sostanziale rispetto alla previgente disposizione è invece la scomparsa dell'obbligo delle stazioni appaltanti di esaminare i costi della manodopera nell'ambito della verifica di congruità dell'offerta, mentre in precedenza prima dell'aggiudicazione esse dovevano procedere a verificare se i costi della manodopera risultassero inferiori ai minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle ministeriali[65].

La *ratio* di tale previsione è stata puntualmente ricostruita dalla giurisprudenza, secondo cui essa risiede nella garanzia di una remunerazione proporzionata del fattore produttivo lavoro in conformità all'art. 36 Cost., attuata tenendo separata l'indicazione dei costi della manodopera da quella degli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro[66]. Peraltro, secondo una parte della dottrina, la disposizione in esame, almeno testualmente, richiede di indicare le due diverse tipologie di costo ma non anche di farlo "separatamente", proprio perché, diversamente dai costi della manodopera, quelli della sicurezza non sono (e non erano) soggetti a ribasso. Il meccanismo predisposto dal legislatore, quindi, così ricostruito, non ammette differenti propensioni interpretative in termini di adesione alla tesi giurisprudenziale della

64 Cfr. Consiglio di Stato, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*, pt. III – *Relazione agli articoli e agli allegati*, Roma, 7 dicembre 2022, in *www.giustizia-amministrativa.it*, p. 157.

65 Sul punto cfr. R. BERLOCO, *Art. 108*, in U. REALFONZO-R. BERLOCO (a cura di), *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici. D.Lgs. n. 36/2023 articolo per articolo e relativi allegati*, vol. I, *I principi e le procedure di affidamento*, Palermo, 2023, pp. 612 ss., p. 619; C. CATARISANO, *Art. 108*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato. D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Milano, 2023, pp. 797 ss., pp. 837-839; M. GIUSTINIANI, *Art. 108*, in F. CARINGELLA (a cura di), *Nuovo Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2023, pp. 747 ss., pp. 762-763; G. MACDONALD, *Art. 108*, in A. BOTTO-S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, pp. 975 ss., pp. 987-988; G. ROVELLI, *Art. 108*, in R. GIOVAGNOLI-G. ROVELLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2024, pp. 1021 ss., pp. 1032-1033; R. SCARPATO, *Art. 108*, in R. GAROFOLI-G. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici annotato con dottrina e giurisprudenza. D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, IX ed., Molfetta, 2024, pp. 585 ss., p. 589; P. VOSA, *Art. 108*, in C. CONTESSA-P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo. D.lgs. 31 marzo 2023 n. 36*, Napoli, 2023, vol. I, pp. 623 ss., pp. 631-632.

66 Più esattamente, «la *ratio* della disposizione […] deve essere individuata nella garanzia di una proporzionata remunerazione del fattore produttivo lavoro (art. 36 Cost.)», in quanto «la disposizione ha la funzione di garantire una congrua retribuzione semplificando il processo di verifica dell'anomalia dell'offerta economica, attraverso la circoscrizione della discrezionalità nella valutazione della stessa. Difatti, rendendo separata l'indicazione dei costi della manodopera, la stazione appaltante ha semplicemente immediata evidenza di quanto l'operatore economico suppone di dover corrispondere per tale fattore produttivo: qualora fosse superiore a quanto indicato nel bando, *nulla quaestio*; viceversa, nell'ipotesi opposta l'impresa dovrà dimostrare che tali minori oneri siano giustificati dalla più efficiente organizzazione aziendale. In altri termini, si tratta di una presunzione relativa, superabile per mezzo di una specifica prova indicata direttamente dalla legge. Pertanto, l'operatore economico non può, per spiegare un'offerta con un costo del lavoro più bassa rispetto a quello indicato dalla stazione appaltante, allegare elementi differenti dalla propria organizzazione aziendale (es. corresponsione di salarî inferiori ai minimi retributivi): specularmente, l'amministrazione non è legittimata a valutare ulteriori e diverse circostanze per reputare non anomala un'offerta formulata ribassando i costi stimati» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 6 agosto 2024, n. 15720, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*).

ISSN 2036-7821

ribassabilità "diretta" piuttosto che a quella della ribassabilità "indiretta" dei costi della manodopera, confermando di fatto l'impostazione pacificamente seguita dal codice del 2016. La disposizione in oggetto, in definitiva, con buona pace di chi la riteneva un poderoso cambiamento di sistema, si rivelerebbe quindi come la più «"gattopardiana"» delle norme del d.lgs. n. 36 del 2023, con cui il legislatore «ha fatto sì che tutto cambiasse in modo che tutto rimanesse com'era»[67]. Non a caso, prima che la giurisprudenza prevalente fornisse un'interpretazione più flessibile dell'art. 41, comma 14, ritenendo che i costi della manodopera potessero essere oggetto di ribasso, purché giustificato da una più efficiente organizzazione aziendale, all'inizio la dottrina aveva evidenziato i profili di criticità che, ad una prima lettura, tale disposizione poneva, proprio in relazione al coordinamento con l'art. 108, comma 9, che prescrive sempre – e ora anche a pena di esclusione – l'obbligo dell'operatore economico di inserire nell'offerta economica anche i costi della manodopera. Dal momento che tale importo si deve scorporare dalla base d'asta e non essendo lo stesso ribassabile, l'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera da parte dell'operatore economico in sede di offerta risultava di difficile comprensione[68].

Infine, per quanto riguarda l'art. 110, comma 5, sebbene tale argomentazione sia più evidente alla luce del dettato testuale del previgente art. 97, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, non c'è dubbio che, anche in base alla nuova disposizione, la stazione appaltante deve escludere l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello dei prezzi o dei costi proposti, tenendo conto dei tre elementi previsti dal terzo comma, oppure se – nonostante le spiegazioni fornite sul livello dei prezzi o dei costi proposti – l'offerta continua ad essere anormalmente bassa, spiegazioni che però potrebbero riguardare i costi della manodopera solo in relazione all'ipotesi di cui alla lett. d).

In definitiva, attraverso una lettura sistematica e costituzionalmente orientata di tali disposizioni, si giustifica la conclusione secondo la quale i costi della manodopera (differentemente dai costi della sicurezza) sono assoggettabili a ribasso, conclusione che contribuisce anche a chiarire l'effettivo contenuto normativo attribuibile all'art. 41, comma 14, terzo periodo, perché solo così l'appello a una «più efficiente organizzazione aziendale» può rappresentare, per l'offerente, la base per giustificare il discostamento dai costi della manodopera indicati nel bando di gara[69].

Per quanto riguarda i profili costituzionali, la tesi della ribassabilità è la più coerente con il principio di libera iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.[70], consentendo di armonizzare il criterio di delega di cui all'art. 1, comma 2, lett. t), l. n.

67 GASPARI, *op. cit.*, p. 5.

68 Cfr. A.F. MINICHIELLO, *Art. 41*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato. D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Milano, 2023, pp. 266 ss., p. 271.

69 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2025, n. 5712, cit. e Id., 29 aprile 2025, n. 3611, cit.

70 Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 11 novembre 2024, n. 3739, cit.

ISSN 2036-7821

78 del 2022, con tale disposizione costituzionale[71]. Anche in relazione all'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni del nuovo codice su cui basare la tesi della ribassabilità, la giurisprudenza riconosce che le plurime prese di posizione a favore della stessa, oltretutto diversificate quanto alla provenienza – giurisprudenziale, regolatoria e ministeriale –, convincono del fatto che la tesi opposta sia infondata, mentre consentono di dare una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 41, comma 14[72]. In tal senso, la tesi della ribassabilità è giustificata da una lettura sistematica e costituzionalmente orientata con la libertà di iniziativa economica privata delle diverse disposizioni del d.lgs. n. 36 del 2023 in materia di costi della manodopera, ed in particolare dell'art. 41, comma 14, dell'art. 108, comma 9 e dell'art. 110, comma 1[73], anche con riferimento all'art. 36 Cost.[74]. Anche l'ANAC, nel propendere per la tesi della ribassabilità, ha accolto l'idea che – partendo dall'analisi dell'art. 41, comma 14, dell'art. 108, comma 9 e dell'art. 110, comma 1 – è possibile formulare una lettura delle disposizioni del codice in materia di costi della manodopera costituzionalmente orientata alla libertà di iniziativa economica privata[75], come pure in relazione tanto all'art. 36 che all'art. 41 Cost.[76], lettura che vale specialmente per il secondo[77] e il terzo periodo[78] dell'art. 41, comma 14.

La libertà di iniziativa economica privata costituzionalmente garantita deve cioè comprendere 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 nella disciplina di gara, salvo il rispetto dei trattamenti salariali minimi inderogabili[79].

Né, d'altra parte, sussiste un vizio di eccesso di delega nell'operato del legislatore delegato, in quanto l'art. 1, comma 2, lett. t), l. n. 78 del 2022, dispone che le stazioni appaltanti devono prevedere «in ogni caso, che i costi della manodopera e della

71 Cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 20 marzo 2025, n. 111, cit.; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 19 marzo 2025, n. 434, cit.; T.A.R. Piemonte, sez. II, 12 febbraio 2025, n. 340, cit.

72 Cfr. T.A.R. Toscana, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120, cit.

73 Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 19 marzo 2025, n. 434, cit.; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 19 giugno 2025, n. 4608, cit.; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 17 aprile 2025, n. 705, cit.; Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9254, cit.

74 Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 30 aprile 2025, n. 8390, cit.; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 7 marzo 2025, n. 447, cit.; T.A.R. Toscana, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120, cit.

75 ANAC, Delibera 10 aprile 2024, n. 174, considerato n. 7 della premessa, in *www.anticorruzione.it* e ID., Delibera 15 novembre 2023, n. 528, dispositivo, cit.

76 ANAC, Delibera 9 ottobre 2024, n. 452, considerato n. 25 della premessa, in *www.anticorruzione.it*.

77 Cfr. ANAC, Delibera 5 febbraio 2025, n. 36, considerato n. 12 della premessa, in *www.anticorruzione.it* e ID., Delibera 9 ottobre 2024, n. 452, cit.

78 ANAC, Delibera 9 ottobre 2024, n. 452, considerato n. 23 della premessa, cit.

79 Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 30 aprile 2025, n. 8390, cit.; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. V, 28 febbraio 2025, n. 786, cit.; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 11 novembre 2024, n. 3739, cit.; T.A.R. Toscana, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120, cit.

ISSN 2036-7821

sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso», ma – nell'imporre alle stazioni appaltanti l'obbligatorietà dello scorporo, cioè la necessità di separata quantificazione e indicazione degli stessi – non ne fa discendere anche l'assoluta intangibilità dei costi della manodopera come fissati dalle stazioni appaltanti, dovendo invece intendersi che la finalità della norma della legge delega sia quella di obbligare le stazioni appaltanti ad evidenziare separatamente i costi della manodopera, per garantirne una tutela rafforzata, ed in ultima analisi per salvaguardare il diritto dei lavoratori alla retribuzione minima tutelato dall'art. 36 Cost.[80].

Con riferimento alle interpretazioni autentiche, la tesi della ribassabilità viene giustificata richiamando il parere del MIT n. 2154 del 2023[81], secondo cui l'offerta economica non è costituita solamente dal ribasso operato sull'importo al netto del costo della manodopera, ma deve includere anche quest'ultimo al suo interno, dato che il costo della manodopera non può essere considerato un importo aggiuntivo ma fa parte dell'offerta ed è soggetto a verifica[82]. Spesso si richiama anche la delibera dell'ANAC n. 528 del 2023, riportandone il contenuto[83] o, anche senza citarla, riprendendone le statuizioni[84], come pure la successiva delibera della medesima

80 Cfr. T.A.R. Toscana, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120, cit.

81 Cfr. MIT, Parere 19 luglio 2023, n. 2154, cit.

82 Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 30 aprile 2025, n. 8390, cit.; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 11 novembre 2024, n. 3739, cit.; T.A.R. Toscana, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120, cit.

83 Cfr. ANAC, Delibera 15 novembre 2023, n. 528, cit., secondo cui, premesso 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 2, 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» (considerato n. 6 della premessa), «nonostante la formulazione letterale della prima parte dell'art. 41, comma 14, del d.lgs. 36/2023 induca a ritenere che i costi della manodopera siano scorporati dall'importo assoggettato a ribasso, la lettura sistematica e costituzionalmente orientata delle diverse disposizioni del Codice in materia di costi della manodopera, ed in particolare dello stesso art. 41, comma 14, seconda parte, e degli artt. 108, comma 9 e 110, induce a ritenere che il costo della manodopera continui a costituire una componente dell'importo posto a base di gara».

84 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2025, n. 5712, cit.; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 19 giugno 2025, n. 4608, cit.; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 2 maggio 2025, n. 422, cit.; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 30 aprile 2025, n. 8390, cit.; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 17 aprile 2025, n. 705, cit.; T.A.R. Sardegna, sez. II, 18 marzo 2025, n. 250, cit.; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 7 marzo 2025, n. 447, cit.; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 27 febbraio 2025, n. 407, cit.; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 18 febbraio 2025, n. 1393, cit.; T.A.R. Piemonte, sez. II, 12 febbraio 2025, n. 340, cit.; Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9254, cit.; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 11 novembre 2024, n. 3739, cit.; T.A.R. Toscana, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120, cit.

ISSN 2036-7821

Autorità n. 174 del 2024[85] o anche la più recente delibera n. 36 del 2025[86].
Ovviamente, anche nell'ipotesi in cui la valutazione dell'offerta anomala ricomprenda il ribasso nei costi della manodopera, l'operato dell'amministrazione non deve risolversi in una "caccia all'errore", dovendo invece il giudizio di anomalia tendere ad accertare in concreto che l'offerta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla concreta esecuzione dell'appalto[87]. Più semplicemente, i costi della manodopera, sebbene scorporati dalla base di gara e indicati separatamente dagli altri costi, sono pur sempre ribassabili ai sensi dell'art. 41, comma 14, e, laddove l'operatore economico li ribassi, la sua offerta è sottoposta a verifica ai sensi dell'art. 110[88]. È chiaro cioè che, laddove il ribasso offerto dall'operatore economico implichi una riduzione dei costi della manodopera stimati dalla stazione appaltante, l'offerta si presume *iuris tantum* anomala, fatta salva la possibilità del concorrente di dimostrarne la complessiva sostenibilità ai sensi dell'art. 41, comma 14, terzo periodo[89].
Per contro, numerose sono le criticità dell'opposta ricostruzione.
Anzitutto, la tesi della non ribassabilità si pone in antinomia sia con l'art. 108, comma 9, che prevede l'obbligo di dichiarare i costi della manodopera nell'offerta economica a pena di esclusione, che con l'art. 110, comma 1, che li include tra gli elementi che possono concorrere a determinare l'anomalia dell'offerta, in presenza dei quali la stazione appaltante avvia il procedimento di verifica dell'anomalia, disposizioni che

85 Cfr. ANAC, Delibera 10 aprile 2024, n. 174, in *www.anticorruzione.it*, la quale ha ribadito nello stesso dispositivo che «i costi della manodopera, indicati dalla Stazione appaltante e scorporati dall'importo assoggettato a ribasso, fanno parte dell'importo a base di gara, su cui va applicato il ribasso percentuale offerto dai concorrenti» (richiamata da Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2025, n. 5712, cit.).

86 Cfr. ANAC, Delibera 5 febbraio 2025, n. 36, considerato n. 12 della premessa, cit., secondo cui «la posizione dell'Autorità (condivisa dalla giurisprudenza prevalente) è nel senso che i costi della manodopera, seppur quantificati e indicati separatamente negli atti di gara, rientrano nell'importo complessivo a base di gara, su cui applicare il ribasso percentuale offerto dai concorrenti per definire l'importo contrattuale (cfr. Delibere n. 452 del 9 ottobre 2024, n. 358 del 17 luglio 2024, n. 174 del 10 aprile 2024, n. 528 del 15 novembre 2023). L'Autorità, partendo dall'analisi degli articoli 41, comma 14, 108,comma 9, e 110, comma 1, del D.lgs. n. 36/2023 e dell'interpretazione fornita nel bando-tipo n. 1/2023 (la cui relazione illustrativa viene anche richiamata negli atti della presente procedura), ha formulato una lettura sistematica e costituzionalmente orientata delle disposizioni del Codice in materia di costi della manodopera, rilevando che "l'articolo 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". È stato evidenziato che "solo seguendo tale impostazione, si spiega anche l'obbligo del concorrente di indicare i propri costi della manodopera, a pena di esclusione evidentemente superflua se i costi della manodopera non fossero ribassabili, e il successivo articolo 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"» (T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 7 marzo 2025, n. 447, cit.).

87 Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 27 febbraio 2025, n. 407, cit.

88 Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 15 marzo 2025, n. 353, cit.

89 Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. V, 28 febbraio 2025, n. 786, cit. e Id., sez. I, 22 luglio 2024, n. 2642, cit.

ISSN 2036-7821

sarebbero evidentemente superflue se i costi della manodopera non fossero ribassabili, per cui solo l'opposta e prevalente ricostruzione consente di dare loro un senso[90]. In effetti, la tesi della non ribassabilità rende incomprensibile la necessità di indicare i costi della manodopera prevista dall'art. 108, comma 9, dato che, se tali oneri economici fossero un elemento rigido esogeno, ossia fissato in maniera vincolante dalla stazione appaltante, non si comprenderebbe la ragione della loro indicazione nell'offerta, potendo quest'ultima essere sempre integrata in base a quanto previsto in modo espresso dal bando[91]. In sostanza, 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 includerli tra gli elementi che possono concorrere a determinare l'anomalia dell'offerta[92]. Una simile interpretazione renderebbe superfluo anche l'ultimo periodo dell'art. 41, comma 14, dato che, se i costi della manodopera fossero interamente predeterminati dalla stazione appaltante, non sarebbe chiaro quale prova potrebbe mai desumersi dalla più efficiente organizzazione aziendale dimostrabile dall'operatore economico[93].

Inoltre, l'art. 41, comma 14, secondo periodo, se letto restrittivamente e in aderenza al criterio interpretativo letterale, presenta evidenti profili di criticità. Anzitutto, lo scorporo dei costi della manodopera dalla base d'asta – se interpretato nel senso che tale voce non sia in alcun modo ribassabile in assoluto – finisce per ridurre notevolmente la parte del prezzo rispetto alla quale gli operatori economici possono formulare il proprio ribasso, per quanto la questione riguardi meno gli appalti di lavori – come nel caso di specie – e più gli appalti di servizi[94]. Inoltre, come si è visto, la dottrina aveva subito avvertito che, se si opta per una lettura restrittiva che valorizza l'argomento letterale, la disposizione in esame pone problemi di coordinamento con l'art. 108, comma 9, secondo cui nell'offerta economica l'operatore economico deve indicare, a pena di esclusione, i costi della manodopera. Dovendosi tale importo scorporare dalla base d'asta, se lo stesso non è ribassabile, la sua obbligatoria indicazione da parte dell'operatore economico in sede di offerta

90 Cfr. T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 2 maggio 2025, n. 422, cit.; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 30 aprile 2025, n. 8390, cit.; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 11 novembre 2024, n. 3739, cit.

91 Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 6 agosto 2024, n. 15720, cit.

92 Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 3 giugno 2025, n. 1740, cit.; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 20 marzo 2025, n. 111, cit.; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 11 novembre 2024, n. 3739, cit.; T.A.R. Campania, sez. II, 13 giugno 2024, n. 3732, cit.; T.A.R. Basilicata, sez. I, 21 maggio 2024, n. 273, cit.; T.A.R. Toscana, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120, cit.

93 Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 6 agosto 2024, n. 15720, cit.

94 In tal senso, se negli appalti di lavori l'incidenza del costo della manodopera è di regola più bassa rispetto al costo dei materiali e delle attrezzature (specie nei casi in cui sono previsti impianti tecnologici particolarmente costosi), diversamente negli appalti di servizi il costo della manodopera è nettamente preponderante rispetto al costo delle attrezzature, per cui, avallando tale tesi restrittiva, il ribasso riguarderà quasi esclusivamente le spese generali e l'utile.

ISSN 2036-7821

risulta di difficile comprensione[95]. Infine, interpretare l'espressione «sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso» nel senso di ritenere i costi della manodopera fissi ed invariabili si pone in contrasto con l'ultimo periodo della medesima disposizione, perché, 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[96].

Di sicuro, l'art. 41, comma 14, non ha determinato la totale equiparazione tra i «costi della manodopera» e gli «oneri di sicurezza da interferenze» (c.d. oneri fissi), i quali soltanto sono integralmente predeterminati dall'amministrazione, come già lo erano, per giurisprudenza pacifica, sotto la vigenza del precedente codice[97].

In ogni caso, la tesi della non ribassabilità risulta contraria alla *ratio* dell'art. 41, comma 14, da individuarsi nella garanzia di una proporzionata remunerazione del fattore produttivo lavoro ai sensi dell'art. 36 Cost. A tal proposito, il costo del lavoro, essendo contrattato in un mercato solo parzialmente regolamentato, non può essere calcolato in maniera certa sulla basa di parametri algebrici inequivocabili, mentre una stazione appaltante può solo formulare una stima che sconta inevitabili margini di opinabilità e, conseguentemente, non può essere considerata cogente per l'operatore economico. L'indicazione dei costi della manodopera, in continuità con la precedente disciplina, è basata sulle tabelle ministeriali, che, come noto, non sono mai state reputate vincolanti in maniera assoluta, essendo ben possibile dimostrare un trattamento economico inferiore. Conseguentemente, la disposizione ha la funzione di garantire una congrua retribuzione semplificando il processo di verifica dell'anomalia dell'offerta economica, attraverso la circoscrizione della discrezionalità nella valutazione della stessa. Difatti, rendendo separata l'indicazione dei costi della

95 Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 19 marzo 2025, n. 434, cit.

96 Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 30 aprile 2025, n. 8390, cit.

97 Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 6 agosto 2024, n. 15720, cit., che richiama Stato, sez. V, 20 febbraio 2024, n. 1677, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*. Si tenga presente che i costi di sicurezza aziendali che devono essere specificati nell'offerta economica, ai sensi dell'art. 108, comma 9, del codice, e ai quali si riferisce l'art. 110, comma 1, successivamente sottoposti al vaglio della verifica di congruità, nulla hanno a che vedere con gli «gli oneri di sicurezza aziendale di cui alla normativa vigente», di cui all'art. 110, comma 4, lett. b), d.lgs. n. 36 del 2023, per i quali non sono ammesse giustificazioni nel procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, e indicati nella *lex specialis*, che costituiscono appunto i c.d. costi di sicurezza da interferenza, scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. In tal senso, già nella giurisprudenza formatasi in costanza del d.lgs. n. 50 del 2016, si chiarisce che gli oneri da rischio specifico (o oneri aziendali) costituiscono gli oneri che l'impresa deve assolvere per garantire la sicurezza dei lavoratori nell'esecuzione dell'appalto, mentre gli oneri per la sicurezza da interferenza costituiscono gli oneri relativi ai contatti rischiosi che possono aversi tra il personale della stazione appaltante e quello dell'appaltatore, ovvero tra le varie imprese che partecipano all'esecuzione dell'appalto, come è il caso ad esempio degli appalti da eseguirsi in ambiti ospedalieri. Sul punto cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 21 marzo 2024, n. 1838 e Cons. Stato, sez. IV, 26 aprile 2022, n. 3169, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr* e, in dottrina, P. CORCIULO, *Costo del lavoro, attendibilità dell'offerta economica e giudizio di anomalia dell'offerta*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2025, § 2.2 e F. MASCIA, *Art. 110*, in F. CARINGELLA (a cura di), *Nuovo Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2023, pp. 768 ss., p. 774.

ISSN 2036-7821

manodopera, la stazione appaltante ha semplicemente immediata evidenza di quanto l'operatore economico suppone di dover corrispondere per tale fattore produttivo: qualora esso fosse superiore a quanto indicato nel bando, *nulla quaestio*; viceversa, nell'ipotesi opposta, l'impresa dovrà dimostrare che tali minori oneri siano giustificati da una più efficiente organizzazione aziendale. In altri termini, si tratta di una presunzione relativa, superabile per mezzo di una specifica prova contraria indicata direttamente dalla legge. Pertanto, l'operatore economico non può, per spiegare un'offerta con costi della manodopera più bassi rispetto a quelli indicati dalla stazione appaltante, allegare elementi differenti dalla propria organizzazione aziendale, come ad esempio la corresponsione di salari inferiori ai minimi retributivi, mentre l'amministrazione non è legittimata a valutare ulteriori e diverse circostanze per reputare non anomala un'offerta formulata ribassando i costi stimati[98].

Infine, tale tesi imporrebbe un'eccessiva compressione della libertà d'impresa, soprattutto nei contratti ad alta componente di manodopera, laddove l'operatore economico potrebbe invece dimostrare che il ribasso è correlato a scelte strategiche aziendali innovative e più efficienti oppure, soprattutto in ipotesi di appalti di servizi, alla sua appartenenza ad un comparto per il quale viene applicato un CCNL diverso da quello assunto come riferimento dalla stazione appaltante[99]. Essa determinerebbe di fatto un appiattimento delle offerte economiche, che, escludendo gli oneri per la sicurezza così come i costi della manodopera dal possibile ribasso, finirebbero, nella sostanza, col coincidere con la base d'asta individuata dalla stazione appaltante[100].

4. Conclusioni.

In definitiva, anche a parere di chi scrive, si deve convenire che i costi della manodopera devono ritenersi direttamente ribassabili anche alla luce del codice dei contratti pubblici vigente, dato che il loro scorporo dall'importo assoggettato al ribasso non potrebbe in alcun modo andare a detrimento della libertà di iniziativa economica privata garantita dall'art. 41 Cost., per cui l'unica soluzione praticabile, che garantisca il giusto contemperamento degli interessi coinvolti senza disconoscere la normativa di rango primario di cui al d.lgs. n. 36 del 2023, è quella di consentire il ribasso della manodopera purché imposto all'operatore da una più efficiente organizzazione aziendale, e fermi restando sia l'avvio da parte della stazione

98 Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 6 agosto 2024, n. 15720, cit.

99 Cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 30 aprile 2025, n. 8390, cit.; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 20 marzo 2025, n. 111, cit.; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 11 novembre 2024, n. 3739, cit.; T.A.R. Campania, sez. II, 13 giugno 2024, n. 3732, cit.; T.A.R. Basilicata, sez. I, 21 maggio 2024, n. 273, cit.; T.A.R. Toscana, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120, cit.

100 Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 7 marzo 2025, n. 447, cit. e T.A.R. Piemonte, sez. II, 12 febbraio 2025, n. 340, cit.

ISSN 2036-7821

appaltante del procedimento di verifica dell'anomalia in caso di scostamento rispetto alla propria stima dei costi della manodopera sia il rispetto dei minimi salariali inderogabili stabiliti per legge[101]. In effetti, nella quotidiana realtà imprenditoriale, occorre ritenere che i costi complessivi del personale, per ciascun concorrente, si determinino in base alla reale capacità organizzativa d'impresa, che è in ultima analisi anch'essa, argomentando *ex* art. 41 Cost., sempre in funzione della libertà di iniziativa economica ed imprenditoriale e, come tale, insuscettibile di essere in alcun modo compressa mediante rigide predeterminazioni operate *ex ante*[102]. Per questo, però, si deve altrettanto convenire che l'art. 41, commi 13 e 14, d.lgs. n. 36 del 2023, non si discosta troppo dal previgente art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50 del 2016, a sua volta assimilabile al previgente art. 86, comma 3-*bis*, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che obbligava le stazioni appaltanti ad individuare nei documenti di gara i costi della manodopera. Per cui sono sempre attuali e perduranti non solo la regola in forza del quale i costi della sicurezza sono scorporati dai costi dell'importo soggetto a ribasso ma anche la finalità di porre in rilievo, fin dalla fase di progettazione, la questione dei costi del lavoro, che, soprattutto per gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera, assume importanza decisiva nella determinazione dell'importo dell'appalto[103].

Peraltro, è indubbio che l'esatta portata dell'art. 41, comma 14, ultimo periodo, resti di non semplice interpretazione, anche perché la Relazione illustrativa nulla dice in proposito. Senz'altro la formulazione della disposizione deve ritenersi il frutto di un compromesso tra le esigenze costituzionali di tutela del lavoro e quelle di tutela della libertà di iniziativa economica privata. Non è detto però che alla maggior efficienza di organizzazione aziendale, che determini un minor ribasso complessivo nell'importo dell'offerta, consegua una necessaria riduzione dei costi della manodopera. Infatti, non va dimenticato che l'organizzazione del lavoro costituisce il lato interno dell'offerta tecnica, ossia rimesso all'operatore economico, ove alla stazione appaltante è rimessa la pretesa del solo risultato prestazionale, cioè che l'appaltatore eroghi dal punto di vista qualitativo e quantitativo quanto si sia impegnato a fare nell'offerta e poi nel contratto[104].

Di per sé poi la nozione di «più efficiente organizzazione aziendale» resta elastica e potrebbe ingenerare margini di discrezionalità amministrativa non facili da contenere, per cui l'assenza di criteri normativi o regolamentari chiari rischia di

101 Cfr. S. ZANARDI-F. CALABRESE-M. SCORRANO, *Art. 41*, in A. BOTTO-S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, pp. 413 ss., p. 429.

102 Cfr. L. CAMERIERO, *Criticità e prospettive sul ribasso dei costi della manodopera nel nuovo codice appalti*, in *Giur. it.*, pp. 2024, 2169 ss., p. 2174.

103 Cfr. M. BRICCARELLO, *Art. 41*, in F. CARINGELLA (a cura di), *Nuovo Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2023, pp. 249 ss., p. 264.

104 Cfr. CORCIULO, *op. cit.*, § 2.2.

ISSN 2036-7821

generare disomogeneità nelle prassi valutative delle amministrazioni aggiudicatrici, con possibile incremento del contenzioso. Per evitare derive ermeneutiche, sarebbe pertanto auspicabile un intervento chiarificatore da parte del legislatore o dell'ANAC.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Innovazione tecnologica e contrasto alle operazioni di riciclaggio di denaro: l'utilizzo dell'intelligenza artificiale per la rilevazione delle attività illecite

di **Carmen Fiore**

(Dottoranda di ricerca in "*Scienze giuridiche e sociali*" presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*)

Sommario

1. Premessa. La regolazione euro-unitaria in materia di riciclaggio di denaro. – 2. Il *risk-based approach*: un possibile strumento di legittimazione per il ricorso all'innovazione tecnologica nel settore dell'antiriciclaggio?. – 3. L'adeguamento delle strategie di *compliance* antiriciclaggio: profili applicativi dell'innovazione tecnologica. – 4. L'intelligenza artificiale e il contrasto alle operazioni di riciclaggio di denaro – 4.1. *Segue*. Modalità operative delle applicazioni dell'intelligenza artificiale – 5. Il quadro normativo applicabile ai sistemi di intelligenza artificiale nel settore dell'antiriciclaggio: l'*Artificial Intelligence ACT* e il *General Data Protection Regulation*. – 6. Le differenti connotazioni dell'intelligenza artificiale nell'ambito della sicurezza informatica. – 7. Osservazioni conclusive: lo stato di implementazione dell'intelligenza artificiale per il contrasto all'occultamento di proventi illeciti.

Abstract

The evolution of anti-money laundering techniques has been accompanied by a process of renewal of the tools used to carry out the control and monitoring activities required by the regulations in question. Therefore, this document analyses the transformation of the economic phenomenon in relation to the means used to identify illegal activities, focusing on the use of artificial intelligence (AI) to examine whether its various applications can constitute a valid tool for combating the transfer of illicit funds.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa. La regolazione euro-unitaria in materia di riciclaggio di denaro.

Il riciclaggio di denaro (*money laundering*) si configura come quell'insieme di operazioni finalizzate all'immissione nel circuito economico di proventi ottenuti da attività illecite, al fine di occultarne l'origine illegale[1]. Nello specifico, rientrano in tale ambito tutte le attività svolte da soggetti, nella consapevolezza che i beni provengano da attività criminosa o dalla partecipazione a operazioni consistenti[2]: nella conversione o trasferimento di beni; nell'occultamento o dissimulazione della reale natura, provenienza, ubicazione, disposizione, movimento, proprietà dei beni o dei diritti sugli stessi; nell'acquisto, detenzione o utilizzazione di beni; e infine, nella collaborazione o associazione alle menzionate pratiche, compreso il tentativo di perpetrare, aiutare, istigare o consigliare di commettere e di agevolare l'esecuzione di tali operazioni[3].

Caratteristica distintiva delle iniziative di riciclaggio è costituita dalla capacità di operare attraverso svariate giurisdizioni[4], amplificatasi ulteriormente con lo sviluppo del commercio *online*[5] che ha finito per potenziare la portata globale del fenomeno[6] e generare un impatto rilevante sull'economia internazionale con proventi annuali

[1] Le operazioni di riciclaggio di denaro si articolano nella fase di: collocamento (*placement stage*); lavaggio (*layering stage*); integrazione (*integration*). Sul punto, si v. D. ANDRACCHIO, *Profili evolutivi della disciplina antiriciclaggio. Integrazione europea della supervisione e sussidiarietà orizzontale del mercato*, in D. SICLARI (collana diretta da), *Diritto dei mercati*, Milano, 2024, p. 31; D. BARBERINI, Follow the money. *Il passato, il presente e il futuro del riciclaggio di denaro,* in *Rivista antiriciclaggio & compliance*, 2019, p. 80 s.; ID., *Le nuove tecnologie per le analisi su flussi finanziari applicate a condotte criminali. Determinazione di termini economici, individuazione dei principali rischi nell'esercizio del credito e prassi operativa di contrasto*, in *Rivista italiana dell'antiriciclaggio*, 2020, p. 568; R. ALHAJERI, A. ALHASHEM, *Using artificial intelligence to combat money laudering*, in *Scientific research publishing*, 2023, p. 287 s.; J. HAN, Y. HUANG, S. LIU, K. TOWEY, *Artificial intelligence for anti-money laudering. A review and extension*, in *Digital Finance*, 2020, p. 219.

[2] Tra le tecniche impiegate per riciclare denaro figurano: il bonifico bancario; il deposito di contanti; l'*informal value transfer systems* (IVTS) per il trasferimento di denaro senza l'intervento degli operatori bancari; il gioco d'azzardo; le polizze assicurative; i titoli; la proprietà di attività commerciali; i pagamenti in anticipo con carta di credito; le operazioni di *Asynchronous Transfer Mode* (ATM); cfr. L. VENEZIA, *Alcuni metodi di riciclaggio di denaro*, in *Diritto Consenso*, 2019.

[3] Art. 2, comma 4, lett. da *a*) a *d*), del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231.

[4] La globalizzazione dei mercati ha contributo ad ampliare la portata internazionale delle operazioni di riciclaggio relegate, fino agli anni 70' del XX secolo, a livello statale. Sul tema, D. ANDRACCHIO, *Profili evolutivi*, cit., p. 35.

[5] AGENZIA DI INFORMAZIONE FINANZIARIA, *Trade-based service-based money laundering*, in *www.antiriciclaggiocompliance*, 2024, p. 5.

[6] La portata globale delle operazioni di trasferimento di fondi illeciti ha spinto la Commissione europea a definire strategie di contrasto con *partner* internazionali, riconoscendo a tal fine il ruolo del GAFI nel settore del contrasto al riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo a livello globale, attribuendosi invece il compito di contribuire attivamente ai lavori e attuare le norme adottate da tale organismo, cercando di promuovere al contempo la conformità a livello mondiale; su questi aspetti, v. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione relativa a un piano d'azione per una politica integrata dell'Unione in materia di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, in *www.eur-lex.europa.eu*, 2020, p. 16.

ISSN 2036-7821

compresi tra il 2% e il 5% del PIL mondiale[7].

Date tali connotazioni si è affermata la necessità di avviare un processo di armonizzazione delle norme per la definizione di validi meccanismi di contrasto[8] che si è sostanziata in un *corpus* normativo a livello euro-unitario connotato dalla sussistenza di margini di continuità con le iniziative intraprese in ambito internazionale[9]. Nello specifico, l'azione dell'UE è stata influenzata dall'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia dell'UE (nel caso *Jyske Bank Gibilterra Ltd*, C-212/11 e *LHU Zeng*, C-190/17) che ha riconosciuto il contrasto al riciclaggio di denaro come un'attività volta alla protezione dell'ordine pubblico, tale da giustificare eventuali restrizioni delle libertà fondamentali garantite dai Trattati, tra le quali si annovera anche la circolazione dei capitali[10].

In dettaglio, la regolamentazione del settore è stata avviata con l'adozione della direttiva CEE del 28 giugno 1991 n. 308[11] (I direttiva antiriciclaggio), per evitare che l'assenza di iniziative europee inducesse gli Stati membri ad adottare provvedimenti contrastanti con il funzionamento del mercato unico e che le operazioni di riciclaggio potessero trarre vantaggio dalla libera prestazione di servizi finanziari e di movimenti di capitali[12]. In sostanza, la mitigazione dei rischi, l'individuazione dei tentativi di abuso del sistema finanziario dell'Unione europea e la necessità di migliorare l'integrità del mercato interno hanno orientato la successiva attività di regolamentazione[13].

L'iniziale intervento normativo è stato seguito dall'adozione di ulteriori direttive e regolamenti[14], da ultimo l'*Anti Money Laundering Package* (*AML Package*)[15], adottato il 14 aprile 2024, che trova il suo fondamento nel "*Piano d'azione per una politica integrata dell'Unione in materia di prevenzione del riciclaggio di denaro e del finanziamento del*

[7] R. GABBIADINI, L. GOBBI, E. RUBERA, *Riciclaggio e* blockchain*: si può seguire la traccia nel mondo cripto?*, in *www.bancaditalia.it*, 2024, p. 5.

[8] P. COSTANZO, M. SIANI, *L'evoluzione della disciplina internazionale*, in G. CASTALDI, C. CLEMENTE (a cura di), *Quaderni dell'antiriciclaggio. Analisi e studi. La normativa in tema di prevenzione del riciclaggio: autorità, regole e controlli*, in *www.bancaditalia.it*, 2023, p. 23.

[9] *Considerando* 5 della direttiva UE 31 maggio 2024 n. 1640.

[10] COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione*, cit., p. 1.

[11] Il quadro normativo unionale in materia di contrasto al riciclaggio di denaro è stato completato con l'adozione delle seguenti direttive: CEE del 4 dicembre 2001 n. 97 (II Direttiva); CE del 26 ottobre 2005 n. 60 (III Direttiva); UE del 20 maggio 2015 n. 849 (IV Direttiva); UE del 30 maggio 2018 n. 843 (V Direttiva); in argomento v. A. PEZZUTO, *Profili evolutivi della legislazione in materia di antiriciclaggio e contrasto al finanziamento del terrorismo*, in *Diritto bancario*, 2017, p. 4 ss.; P. COSTANZO, M. SIANI *L'evoluzione della disciplina internazionale*, in G. CASTALDI, C. CLEMENTE (a cura di), *Quaderni*, cit., p. 25 ss.; G. ILACQUA (a cura di), *La prevenzione e il contrasto del finanziamento del terrorismo e dell'attività dei paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale*, in G. CASTALDI, C. CLEMENTE (a cura di), *Quaderni*, cit., p. 226 ss.; F. DI VIZIO, *Il finanziamento del terrorismo*, in G. CASTALDI, C. CLEMENTE (a cura di), *Quaderni*, cit., p. 52 ss.

[12] Direttiva CEE 1991/308.

[13] *Considerando* 1 della direttiva UE 2024/1640.

[14] P. COSTANZO, M. SIANI, *L'evoluzione*, cit., p. 30.

[15] A. GALLO, *Le novità dell'*AML Package, in *Risk & compliance*, 2025.

ISSN 2036-7821

terrorismo" (13 maggio 2020)[16]. Tale intervento normativo ha definito preliminarmente i pilastri su cui avrebbe dovuto basarsi l'azione della Commissione europea, ossia: garantire l'attuazione del quadro esistente e istituire un *corpus* normativo unico nell'ambito dell'UE; realizzare un sistema di vigilanza euro-unitario; definire un meccanismo di sostegno e cooperazione per le *Financial Intelligence Units* (*FIU*, anche Unità di informazione finanziaria, UIF)[17]; attuare le disposizioni di diritto penale e lo scambio di informazioni a livello europeo; rafforzare la dimensione internazionale del quadro normativo[18].

Sulla base di tali premesse, è emersa la necessità di provvedere a una riforma della disciplina da realizzare attraverso l'introduzione di differenti dispositivi normativi. In primo luogo, il reg. UE del 31 maggio 2024 n. 1620 ha istituito l'Autorità europea per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo (*Antimoney Laundering Authority - AMLA*) la cui operatività è volta a garantire la protezione dell'interesse pubblico, la stabilità e l'integrità del sistema finanziario e il buon funzionamento del mercato interno[19]. L'obiettivo è assicurare che la supervisione dei soggetti obbligati

[16] La Commissione europea nella comunicazione "*Verso una migliore attuazione del quadro dell'Unione in materia di lotta al riciclaggio di denaro e al finanziamento del terrorismo*" (2019) aveva esplicitato le misure da attuare per la definizione di una politica in materia di prevenzione del riciclaggio di denaro e di lotta al finanziamento del terrorismo, tra le quali erano comprese: una migliore applicazione delle norme in vigore; un *corpus* normativo più dettagliato e armonizzato; una vigilanza coerente e di elevata qualità; l'interconnessione dei registri centralizzati dei conti bancari; un meccanismo rafforzato per coordinare e sostenere l'operato delle UIF; sul punto, cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione*, cit., p. 2.

[17] La Raccomandazione n. 29 del GAFI ha definito l'UIF come il centro nazionale per la ricezione e l'analisi di segnalazioni di transazioni sospette e altre informazioni afferenti al riciclaggio di denaro, ai reati associati, al finanziamento del terrorismo e per la diffusione dei risultati di tale analisi. Sul tema, si v. I. BORRELLO, C. CLEMENTE, *Unità di informazione finanziarie per l'Italia*, in G. CASTALDI, C. CLEMENTE (a cura di), *Quaderni*, cit., p. 63 ss.; D. ANDRACCHIO, *Profili evolutivi*, cit., p. 77 s. Sulle UIF si v. C. CLEMENTE, *L'Unita di Informazione Finanziaria per l'Italia nel sistema di prevenzione del riciclaggio*, in BANCA D'ITALIA, CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Convegno Legalità e buon funzionamento del sistema finanziario*, Roma, 4 febbraio 2014, p. 5; E. CASSESE, M. GNES, G. VESPERINI, *Il controllo sui mercati finanziari*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, 2021, p. 291 s.

[18] COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione*, cit., p. 2; ID., *Questions and answer: anti-money laundering and countering financing of terrorism (AML/CFT)*, in *www.eur-lex.europa.eu*, 2024, p. 1 s.

[19] Così l'art. 1, par. 3, del reg. UE 2024/1620. In dottrina v. M. STELLIN, A. BARNABA, A. VENTURA, AMLA, *la nuova Autorità europea antiriciclaggio*, in *www.dirittobancario.it*, 2024, p. 1 ss.; ID., AMLA*: le prossime novità antiriciclaggio per i soggetti obbligati*, in *Diritto bancario*, 2025, p. 1 ss.; P. COSTANZO, *L'*AMLA *della disciplina internazionale*, in G. CASTALDI, C. CLEMENTE (a cura di), *Quaderni*, cit., p. 96 ss. Per un approfondimento sull'operatività dell'*AMLA* rispetto alle altre autorità europee si v. EUROPEAN BANKING AUHTORITY, EUROPEAN INSURANCE AND OCCUPATIONAL PENSIONS AUHORITY, EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY, ANTI-MONEY LAUNDERING AUHTORITY, *Multilateral memorandum of understanding on cooperation and exchange of information*, in *www.esma.europa.eu*, 2025, p. 1 ss.; EUROPEAN CENTRAL BANK, ANTI-MONEY LAUNDERING AUTHORITY, *Memorandum of understanding on cooperation and information exchange between the European authority for anti-money laundering and countering the financing of terrorim and the European central bank*, in *www.amla.europa.eu*, 2025, p. 1 ss.

ISSN 2036-7821

sia efficiente e adeguata[20], nonché volta a rafforzare gli approcci comuni di vigilanza e agevolare la cooperazione tra le UIF[21].

In aggiunta, è stato adottato il reg. UE del 31 maggio 2024 n. 1624 relativo alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario per finalità illecite, che definisce norme concernenti: le misure che i soggetti obbligati devono applicare per prevenire il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo; gli obblighi in materia di trasparenza della titolarità effettiva per i soggetti giuridici, i *trust* espressi e gli istituti giuridici affini; le misure volte a limitare l'abuso dei mezzi anonimi[22].

Naturalmente il ricorso allo strumento normativo del regolamento – quale obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile negli Stati membri (*ex* art. 288 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, TFUE) – ha assicurato il massimo livello di armonizzazione, limitando i margini di discrezionalità a livello nazionale in termini di attuazione[23]. Nonostante tale esigenza, l'*AML Package* comprende anche la direttiva UE 2024/1640 (VI direttiva antiriciclaggio)[24] che definisce i meccanismi che gli Stati membri devono istituire per prevenire l'uso del sistema finanziario per tali finalità illecite[25]. In tal caso, l'azione dell'UE si è limitata, data la tipologia dell'atto normativo impiegato, a vincolare i soggetti obbligati esclusivamente al risultato da raggiungere, consentendo invece agli organi nazionali di intervenire in merito alla forma e ai mezzi da impiegare[26].

Alla disciplina antiriciclaggio europea si sono affiancati numerosi interventi regolamentari a livello internazionale in quanto, come si accennava, la portata di tali operazioni ha imposto la predisposizione di opportune forme di coordinamento e

[20] In tale contesto, il regolamento UE 2024/1624 fa riferimento a quei soggetti che presentano un elevato rischio di riciclaggio di denaro e di finanziamento del terrorismo.

[21] *Considerando* 3 del reg. UE 2024/1620.

[22] Art. 1, lett. da *a*) a *c*), del reg. UE 2024/1624.

[23] COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, in *www.eur-lex.europa.eu*, 2021, p. 6.

[24] Per completare il quadro normativo europeo in materia di riciclaggio di denaro l'*European Banking Authority* (*EBA*), in data 6 marzo 2025, ha avviato una consultazione su quattro progetti di *regulatory technical standards* (RTS) afferenti all'*AML Package*; in argomento v. EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Consultation paper. Proposed regulatory technical standards in the context of the EBA's response to the European Commission's call for adive on new AMLA mandates*, in *www.eba.eu*, 2025, p. 5 ss.

[25] BANCA D'ITALIA, UNITÁ DI INFORMAZIONE FINANZIARIA PER L'ITALIA, *Quaderni. Rassegna normativa*, in *www.bancaditalia.it*, 2024, p. 5 ss.; S. BARELLI, *Il nuovo pacchetto antiriciclaggio UE "*AML Package*" e la normativa interna*, in *Norme&Tributi Plus Diritto*, 2024; P. FELICE, *Antiriciclaggio:* AML Package *pubblicato in Gazzetta Ufficiale UE*, in *QuotidianoPiù*, 2024; D. ANDRACCHIO, *Profili evolutivi*, cit., p. 309 ss.; E. PEDERZINI, *Antiriciclaggio e tracciabilità dei movimenti finanziari*, in M. CIAN, C. SANDEI (a cura di), *Diritto del* Fintech, Milano, 2024, p. 65 ss.

[26] Art. 288 TFUE.

ISSN 2036-7821

cooperazione[27]. Su questo aspetto, si rileva l'operatività del Gruppo di azione finanziaria internazionale (GAFI – anche *Financial Action Task Force*, *FATF*)[28] a cui è stato delegato il compito di definire *standard* globali (GAFI *Recommendations*)[29] per la prevenzione e il contrasto del riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo[30].

Sebbene sussista un contesto caratterizzato dalla pluralità delle fonti normative, il riciclaggio di denaro continua a costituire un pericolo per l'integrità del settore finanziario, amplificatosi ulteriormente con l'evoluzione tecnologica dei tentativi di abuso. Ciò ha spinto il GAFI a dichiarare, negli *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation*, la necessità di identificare i rischi di riciclaggio di denaro derivanti dall'affermazione di prodotti innovativi, pratiche commerciali e nuove tecnologie[31]. In tal modo, ha esortato i Paesi e le istituzioni finanziarie ad adattarsi alle mutate circostanze, offrendo una garanzia di legittimità alle tecnologie digitali da utilizzare per contrastare il fenomeno.

Di conseguenza, sulla base del quadro normativo sopra delineato, si ritiene opportuno verificare se l'innovazione delle tecniche di riciclaggio di denaro sia stata seguita da un processo di rinnovamento degli strumenti di contrasto. In quest'ottica, l'obiettivo è valutare la ridefinizione delle strategie di *compliance* antiriciclaggio con specifico riferimento al ricorso alle moderne tecnologie, esaminando se le stesse possano trovare esplicita validazione nell'ambito del ricorso al *risk-based approach*.

---

[27] Gli atti giuridici dell'Unione europea devono conformarsi agli *standard* internazionali disposti per contrastare le operazioni di riciclaggio di denaro. Cfr. *considerando* 5 della direttiva UE 2024/1640. In dottrina, P. COSTANZO, M. SIANI, *L'evoluzione*, cit., p. 28.

[28] Il GAFI è un organismo intergovernativo costituito nel 1989 per contrastare il riciclaggio di denaro. Dal 2001 la sua operatività è stata estesa anche alla prevenzione del finanziamento del terrorismo; nonché MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, *FATF-GAFI*, in *www.dt.mef.gov.it*; ID., *Attività del gruppo di azione finanziaria (Gafi-Fatf)*, in *www.dt.mef.gov.it*; J. HUAN, Y. HUANG, S. LIU. K. TOWEY, *Artificial intelligence*, cit., p. 216; D. ANDRACCHIO, *Profili evolutivi*, cit., p. 72 s.; FATF, *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation. The FATF Recommendations*, in *www.fatf-gafi.org*, 2012, p. 1.

[29] L'immissione degli *standard* definiti dal GAFI negli ordinamenti nazionali è volta a: identificare i rischi e sviluppare politiche coerenti a livello nazionale; contrastare il riciclaggio di denaro, il finanziamento del terrorismo e la proliferazione delle armi di distruzione di massa; applicare misure preventive destinate al sistema finanziario e ad altri specifici settori; dotare le autorità investigative, le forze dell'ordine e le autorità di vigilanza dei poteri e delle responsabilità necessarie e attuare altre misure istituzionali; accrescere la trasparenza e la disponibilità delle informazioni sul titolare effettivo di persone giuridiche; facilitare la cooperazione internazionale; sul tema, si v. FATF, *International standards*, cit., p. 4.

Per una trattazione sull'impiego del riciclaggio per finanziare le armi di distruzione di massa, v. FATF, *FATF Report. Complex proliferation financing and sanctions evasion schemes*, in *www.fatf-gafi.org*, 2025, p. 4 ss.; MINISTERO DELLE FINANZE, *Analisi nazionale dei rischi di finanziamento della proliferazione delle armi di distruzione di massa*, in *www.mef.gov.it*, 2024, p. 4 ss.

[30] Le Raccomandazioni del GAFI sono state elaborate nel 1990 e successivamente sottoposte a revisione nel 1996, 2003 e 2012; sul punto v. FATF, *International standards*, cit., p. 1 ss.; D. ANDRACCHIO, *Profili evolutivi*, cit., p. 72 ss.; P. COSTANZO, *Il contrasto del riciclaggio nel contesto internazionale*, in G. CASTALDI, C. CLEMENTE (a cura di), *Quaderni*, cit., p. 12 ss.

[31] FATF, *International standards*, cit., p. 17.

ISSN 2036-7821

Tuttavia, a prescindere dai meccanismi generali di implementazione, l'indagine è volta ad analizzare se l'intelligenza artificiale (di seguito anche IA) e le sue applicazioni possano essere impiegate per lo svolgimento di attività di controllo, monitoraggio e rilevazione di operazioni fraudolente. Va precisato però che l'analisi è condotta nell'ambito della disciplina euro-unitaria anche per stimare l'incidenza dell'*AI ACT* nel settore dell'antiriciclaggio il quale è finalizzato a introdurre un quadro giuridico uniforme per lo sviluppo, l'immissione sul mercato e l'uso di sistemi di IA, al fine di favorire la circolazione transfrontaliera dei beni e servizi basati su tali soluzioni[32].
Da ultimo, la ricerca confronta i benefici dell'IA, soprattutto in termini di maggiore celerità delle attività, con i rischi e le eventuali implicazioni in punto di tutela dei dati personali, dei profili economici e della sicurezza informatica.

2. *Il* risk-based approach*: un possibile strumento di legittimazione per il ricorso all'innovazione tecnologica nel settore dell'antiriciclaggio?*

La definizione di efficaci misure antiriciclaggio impone agli Stati, alle autorità competenti e ai soggetti obbligati di calibrare le regole, i controlli e la *compliance* all'intensità dei rischi da fronteggiare e di allocare le risorse in maniera ugualmente commisurata (*risk-based approach*)[33]. Ciò consente di attribuire a tali soggetti un ruolo rilevante nella definizione di adeguate strategie di contrasto[34] mediante un'azione volta all'identificazione, valutazione e comprensione dei rischi in relazione allo scenario di riferimento[35].
Pertanto, in un contesto caratterizzato dalla trasformazione delle iniziative di riciclaggio, il *risk-based approach* risulta configurabile come un orientamento di portata generale che può legittimare il ricorso a soluzioni innovative per il contrasto alle operazioni di trasferimento illecito di fondi, consentendo di adeguare le risorse per la prevenzione di tali attività alle sfide legate all'innovazione tecnologica e garantendo una sorta di proporzionalità tra la minaccia e il mezzo di contrasto.
In sostanza, si tratta di un approccio capace di eliminare o ridurre l'impiego dei mezzi tradizionali e di adeguare la *compliance* antiriciclaggio alle attività illecite "innovative", come il *cyberlaundering* termine con il quale si identificano le operazioni

[32] *Considerando* 1 del reg. UE del 13 giugno 2024, n. 1689.
[33] FATF, *International standards*, cit., p. 1.
[34] Il GAFI, in seguito alla revisione delle Raccomandazioni effettuata nel 2012, ha qualificato il *risk-based approach* come un prerequisito per l'attuazione degli *standard* internazionali definiti da tale organismo. Questa specificazione ha consentito un ampliamento del suo impiego in quanto precedentemente relegato a specifiche aree di implementazione; in argomento v. FATF, *Guidance for a risk-based approach. The banking sector*, in *www.fatf-gafi.org*, 2014, p. 6 s.
[35] L'applicazione del *risk-based approach* consente di impiegare le proprie risorse in maniera più efficace e applicare misure preventive proporzionali alla natura dei rischi; su questi aspetti cfr. FATF, *International standards*, cit., p. 1.

ISSN 2036-7821

online di riciclaggio di denaro[36]. In termini generali, l'ambito che maggiormente accoglie il trasferimento illecito di fondi su internet è il *dark web*[37] data la sua capacità di assicurare l'anonimato nella realizzazione delle attività[38]. Ad esempio, sono molteplici le piattaforme di gioco d'azzardo *online* create in questa sezione del *web* e impiegate per svolgere attività illecite anche avvalendosi delle valute virtuali[39]. Significativa è stata la chiusura del portale *Hydra* utilizzato per acquistare droga, dati, documenti falsi, nonché per svolgere servizi di *hacking* e condurre operazioni di riciclaggio di denaro[40].

In definitiva, si rileva la necessità di avviare un ampio processo di modernizzazione dei meccanismi di vigilanza, dato che il ricorso a strumenti digitali per l'occultamento dei proventi illeciti ha concorso a un'espansione dei rischi, tra i quali

---

[36] MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Cyberlaundering*, in *www.giusitizia.it*, 2015; C. BERNASCONI, *L'inafferabile fisionomia del* cyberlaundering, in *disCrimen*, 2024, p. 1; N. CIARDI, *Nuove sfide dal* ciberspazio – *L'individuazione dei responsabili*, in *www.rm.coe.int*, 2022, p. 4; R. RAZZANTE, Cybercrime *e attribuzione degli attacchi informatici*, in *Diritto di internet*, 2022, p. 11; J. HIGGS, S. FLOWERDAY, *Online video games: cyberlaundering vulnerabilities and controls*, in *www.papaers.ssrn.com*, 2024, p. 3; M. CROCE, Cyberlaundering *e valute virtuali. La lotta al riciclaggio nell'era della* distributed economy, in *Sistema penale*, 2021, 4, p. 127 ss.; W. FILIPKOWKI, *Cyber laundering: an analysis of typology and techniques*, in *International jounal of criminal justice sciences*, 2008, 3, p. 15 ss.

[37] Il *web* è costituito dal *surface web* impiegato per consultare risorse attraverso i tradizionali motori di ricerca e dal *deep web* che incorpora contenuti delle reti private, il cui accesso è subordinato all'impiego di specifici sistemi di autenticazione. Inoltre, nel *deep web* è presente il *dark web* il cui accesso è subordinato all'utilizzo di *software* speciali; in argomento v. CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, *The dark web: an overview*, in *www.congress.gov*, 2024, p. 1; INTELLINSYNC, Deep web *e* dark web. *Il lato oscuro del* web, in *www.intellisync.it*, 2021, p. 1 ss.; F. BOSI, *Riciclaggio,* money muling *e* the onion router*: l'attività di polizia al tempo delle cripto-valute e del* dark web, in *Rivista italiana dell'antiriciclaggio*, 2020, p. 320 ss.; C. BERNASCONI, *L'inafferabile fisionomia*, cit., p. 2.

[38] F. META, *Le* cybermafie *in forte ascesa: metaverso e* dark web *i nuovi "covi"*, in *www.corrierecomunicazioni.it*, 2024; B. SZEGO, *"Nuovi scenari* AML*: la Banca d'Italia incontra il mercato"*, in *www.bancaditalia.it*, 2023, p. 4.

Relativamente all'impiego del *web* per finalità illecite, si rileva la condanna del giudice distrettuale statunitense Gregory Van Tatenhove per il venditore internazionale di valuta virtuale, Anurag Pramod Murarka, operativo su piattaforme di *darknet*; su questi aspetti, cfr. UNITED STATES ATTORNEY'S OFFICE, *International crypto vendor sentenced for money laundering conspiracy*, in *www.justice.gov*, 2025.

[39] M.L. ROMITI, *Riciclaggio e gioco d'azzardo* on line*. Il* dark web *sfrutta i "casinò" in rete*, in *La Repubblica*, 2014; R. TIRENNA, *Riciclaggio e gioco* online*, ecco le nuove frontiere (e i rischi) delle criptovalute*, in *www.agendadigitale.eu*, 2023; J. HIGGS, S. FLOWERDAY, *Online video*, cit., p. 3 s.; ID., *Online video game laundering: a bayesian trial*, in *www.papers.ssrn.com*, 2025, p. 1 ss.; E. CENICCOLA, *La competenza per i "reati in rete"*, in *Quaderno della rivista trimestrale della scuola di perfezionamento per le forze di polizia*, 2022, 2, p. 69; A. DANIELLI, *Riciclare giocando: i videogiochi* online *e le microtransazioni*, in *Risk & compliance*, 2020; M. BIROLINI, *Il caso. L'azzardo è diventato la lavatrice del denaro sporco*, in *Avvenire*, 2025. Si v. anche BANCA D'ITALIA, *Avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette "valute virtuali"*, in *www.bancaditalia.it*, 2015, p. 1 ss.; UNITÁ DI INFORMAZIONE FINANZIARIA PER L'ITALIA, *Utilizzo anomalo di valute virtuali*, in *www.uif.bancaditalia.it*, 2015; S. GALMARINI, C. SABA, I. FRISONI, *Monete virtuali e antiriciclaggio: terreni dai confini incerti*, in *Diritto bancario*, 2018, p. 1 ss. Il videogioco *Fortnite* è stato impiegato per riciclare denaro tramite l'utilizzo della valuta del gioco, denominata *V-Bucks*; cfr. F. GRAZIANO, *Le nuove frontiere del riciclaggio: dall'azzardo al* gaming online, in *www.agendiadigitale.eu*, 2020; REDAZIONE SKY TG24, Fortnite*, i* cybercriminali *utilizzano i* V-Bucks *per riciclare denaro*, in *www.tg4.sky.it*, 2019; C. BERNASCONI, *L'inafferrabile fisionomia*, cit., p. 3; L. BOLOGNINI, Fortnite*, inchiesta* choc*. "Così la mafia sfrutta i bambini per riciclare denaro"*, in *Quotidiano nazionale*, 2019.

[40] G. BRANCA, *La polizia tedesca smantella il più grande «mercato» del* dark web, Hydra, in *Il manifesto*, 2022.

ISSN 2036-7821

si annovera anche l'estensione della portata internazionale di tali attività.
Di conseguenza, il *risk-based approach* risulta particolarmente adatto per adeguare il contrasto al riciclaggio di denaro all'impiego delle tecnologie attraverso un sistema che, sulla base della valutazione del rischio, legittima il ricorso a specifici mezzi di repressione. Ciò garantisce un'ampia flessibilità nell'approccio prescelto che consente di indirizzare le risorse in modo efficace e applicare misure preventive commisurate alla natura dei rischi[41].
Tra l'altro è opportuno chiarire che anche l'*AI ACT* (specificamente il *considerando* 26 del reg. UE 2024/1689) ha qualificato tale approccio essenziale per l'introduzione di un insieme proporzionato ed efficace di regole vincolanti per i sistemi di IA al fine di adattarli alla portata dei rischi che essi possono generare. Tale scelta conferma la possibilità di impiego del *risk-based approach* come mezzo adeguato a garantire un'integrazione tra la disciplina antiriciclaggio e quella relativa all'IA, in quanto idoneo a calibrare i meccanismi di controllo e le regole rispetto alle esigenze di prevenzione e contrasto del fenomeno.

3. *L'adeguamento delle strategie di* **compliance** *antiriciclaggio: profili applicativi dell'innovazione tecnologica*

L'evoluzione tecnologica ha trasformato le operazioni finalizzate al riciclaggio di denaro avviando un processo di progressivo allontanamento dai metodi tradizionalmente impiegati per l'immissione nel mercato di proventi ottenuti da attività illecite[42], con il conseguente ricorso a cripto-attività[43] e piattaforme di

[41] FATF, *Guidance*, cit., p. 6.

[42] P. DEL GAUDIO, *Il ruolo dei* Big Data *e dell'intelligenza artificiale nel contrasto al fenomeno del* money laundering, in *Cammino diritto*, 2023, p. 48; A. GALLO, *L'intelligenza artificiale applicata all'antiriciclaggio: strumenti e possibilità*, in *Risk & compliance*, 2024; FATF, *AML/CFT digital strategy for law enforcement authorities*, in *www.fatf-gafi.org*, 2022, p. 1; R. ALHAJERI, A. ALHASHEM, *Using artificial*, cit., p. 291; N. CIARDI, *Nuove sfide dal* cyberspazio*: la questione dell'*attribution, in *Quaderno della Rivista Trimestrale della Scuola di Perfezionamento per le Forze di Polizia. Criminalità informatica e intelligenza artificiale*, 2022, p. 42 ss.; G. LEMME, *Criptovalute e riciclaggio: un rapporto "troppo facile"*, in *Diritto bancario*, 2024, p. 5 s.; R. RAZZANTE, *Antiriciclaggio e intelligenza artificiale. L'approccio? Prudenza*, in *www.ipsoa.it*, 2025; P. MIELE, *Il riciclaggio cambia pelle, le nuove vie sono offerte dalla rete*, in *www.rainews.it*, 2024.

[43] Il *considerando* 16 del reg. UE del 31 maggio 2023 n. 1114 ha previsto che i soggetti che offrono servizi relativi alle cripto-attività dovrebbero rispettare le disposizioni europee applicabili in materia di lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo, le quali integrano le norme internazionali. Si v. anche l'art. 3 del reg. UE del 31 ottobre 2024 n. 303. In dottrina, G. TORRIERO, *Il fenomeno delle cripto-attività con particolare riferimento al riciclaggio, al loro utilizzo e alle prospettive normative future*, in *www.abi.it*, 2025, p. 3 ss.; G. SOANA, *Obblighi di prevenzione del riciclaggio e cripto-attività*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2022, p. 469 ss.; R. FERRETTI, P.R. AMENDOLA, G. MAGGIO, *Cripto-attività e contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo*, in *Bancaria*, 2022, 5; ID., *Tecniche di riciclaggio e finanziamento del terrorismo mediante* cripto-asset, in F. ANNUNZIATA, D. VARANI (a cura di), *Cripto attività. Antiriciclaggio e gestione dei rischi aziendali*, Pisa, 2023, p. 79 ss.; G.L. BERRUTI, *Illeciti della rete*, in *Quaderno della rivista trimestrale della scuola di perfezionamento per le forze di polizia*, 2022, 2, p. 52 s.; A. MARCHI, *L'*AML package *include norme antiriciclaggio per tutti i fornitori di servizi di criptovaluta*, in *Bancaria*, 2024, p. 3 ss.; UNITÁ DI INFORMAZIONE FINANZIARIA PER L'ITALIA, *Casiste di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo. Quaderni dell'antiriciclaggio. Analisi e studi*, in *www.uif.bancaditalia.it*, 2024, 25, p. 21 ss.; J. GREENBAUM,

ISSN 2036-7821

crowdfunding[44] (*considerando* 7 del reg. UE 2024/1624).

Al contempo, si è assistito all'utilizzo di metodi innovativi per lo svolgimento di attività di controllo e di rilevazione delle operazioni sospette. Date tali premesse, si registra la tendenza delle autorità di vigilanza *AML*[45] e delle UIF di avvalersi di applicazioni di *Supervisory Technology* (anche *Suptech*)[46], termine con il quale si indica il ricorso da parte delle autorità finanziarie di strumenti di raccolta e analisi di dati, come *network analysis*, *natural language processing* (*NLP*), *text mining*. In tale contesto, si rileva anche un ampio ricorso al *machine learning* (*ML*)[47] da intendersi come un'attività di sviluppo di algoritmi e di processi di apprendimento di un sistema

---

E. ZEPPIERI, AML package, *obblighi antiriciclaggio estesi a tutti i prestatori di servizi in cripto-attività*, in *Norme & tributi plus*, 2024; F. VEDANA, *Cripto attività, triplicate le segnalazioni antiriciclaggio*, in *Italia Oggi*, 2025. Per un approfondimento si v. UNITÁ DI INFORMAZIONE FINANZIARIA, *Sos relative a cripto-attività*, in *www.bancaditalia.it*, 2025, p. 1 s.

[44] Il *considerando* 32 del reg. UE 2020/1503 prevede che, nel contesto precedente all'adozione dell'*AML Package*, la Commissione europea avrebbe dovuto valutare la necessità di sottoporre i fornitori di servizi di *crowdfunding* all'obbligo di conformarsi al diritto nazionale di attuazione della direttiva UE 2015/849. Nello specifico, tale esigenza è stata soddisfatta dal *considerando* 16 del reg. UE 2024/1624 che ha disposto l'assoggettamento delle piattaforme di *crowdfunding* alla normativa europea in materia di *AML/CFT* (*countering the financing of terrorism*), mentre l'art. 3, punto 3, lett. *h*), del reg. UE 2024/1624 ha posto tra i soggetti obbligati anche i fornitori di servizi e gli intermediari di *crowdfunding*. Sul ricorso al *crowdfunding* ai fini del riciclaggio di denaro v. FATF, *Il* crowdfunding *ai fini del finanziamento del terrorismo*, in *www.fatf-gafi.org*, 2023, p. 7 ss.; S. COLOMBO, Crowdfunding *e antiriciclaggio*, in *Diritto bancario*, 2014, p. 1 ss.; G. SERAFIN, Fintech*: tra piattaforme di* crowdfunding, *valute virtuali e contrasto del riciclaggio*, in *Ricerche giuridiche*, 2019, p. 120 ss.; EUROPEAN CROWDFUNDING NETWORK, *Strengthenong AML compliance in ECSP-crowdfunding by 2027*, in *www.eurocrowd.org*, 2025; MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, *Analisi nazionale dei rischi di riciclaggio di denaro e di finanziamento del terrorismo. Comitato di sicurezza finanziaria. Sintesi – novembre 2024*, in *www.mef.gov.it*, 2025, p. 115 s.; A. GALLO, *Le novità*, cit.; G. AZZELLINI, *Il regolamento AML*, in *Rivista antiriciclaggio & compliance*, 2024, p. 90.

[45] La *Comisión nacional bancaria y de valores* (CNBV), ad esempio, si è avvalsa del *ML* per il rilevamento delle transazioni sospette non segnalate dagli istituti finanziari che congiuntamente con quelle comunicate sono impiegate per addestrare il sistema utilizzato. Anche la *Financial transactions and reports analysis centre of Canada* (*FINTRAC*) ha sviluppato una tecnologia di *text mining* per valutare le tendenze e i modelli di *ML/FT* (*financing of terrorism*), mentre la *De Nederlandsche Bank* (*DNB*) utilizza i dati transazionali per individuare le reti di soggetti che inviano fondi alle stesse controparti in Paesi ad alto rischio attraverso diverse istituzioni finanziarie. Sul punto, cfr. R. COELHO, M. DE SIMONI, J. PRENIO, *Quaderni dell'antiriciclaggio. Analisi e studi.* Suptech application for anti-monetary laundering, in *www.uif.bancaditalia.it*, 2019, n. 14, p. 13 ss.

[46] BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *Building a more diverse suptech ecosystem: findings from surveys of financial authorities and suptech vendors*, in *www.bis.org*, 2024, p. 1; MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, *Analisi nazionale*, cit., p. 115 s.

[47] R. COELHO, M. DE SIMONI, J. PRENIO, *Applicazioni* suptech *per l'antiriciclaggio. Estratto in italiano dello studio* "Suptech application for anti-monetary laundering", in *www.uif.bancaditalia.it*, 2019, p. 1 s. ; ID., *Quaderni dell'antiriciclaggio*, cit., p. 4 ss.; F. DI VIZIO, *Prevenzione e investigazioni: l'uso di IA,* big data *e soluzioni tecnologiche in ambito finanziario e nel contrasto al riciclaggio* (AML) *e al finanziamento del terrorismo* (CFT), in *disCRIMEN*, 2024, p. 69; A. MONTI, *L'intelligenza artificiale è già in grado di arginare frodi finanziare e riciclaggio*, in *Milano Finanza*, 2024; S. D'AMICO, *Strategie di contrasto per mezzo dell'intelligenza artificiale al riciclaggio ed al finanziamento al terrorismo,* in *Ius in itinere*, 2023; ID., *Il* Machine Learning*: rischi vs opportunità, ivi*, 2023; P. DEL GAUDIO, *Il ruolo*, cit., p. 45; J. PRENIO, A. PUSTELNIKOV, J. YEO, *Building a more diverse suptech ecosystem: findings from surveys of financial authorities and suptech vendors*, in *Bank for International Settlements*, 2024, p. 1 ss.; N. RUSSO, Suptech*: la tecnologia a supporto delle autorità e il* focus *antiriciclaggio*, in *Risk & compliance*, 2019.

ISSN 2036-7821

informativo per la realizzazione di applicazioni, capace di migliorare automaticamente le proprie prestazioni mediante l'elaborazione di nuovi dati[48]. Nello specifico, l'impiego di tali tecnologie assicura la raccolta e l'analisi di una mole di dati fortemente eterogenea[49], nonché concorre ad aumentare l'efficacia della vigilanza, ridurre i costi e migliorare la capacità di azione[50].

D'altro canto, anche i soggetti sottoposti agli obblighi *AML* hanno provveduto all'impiego di strumenti innovativi, con la conseguente partecipazione a progetti per la realizzazione e lo sviluppo di tali tecnologie[51]. Si pensi al ricorso a sistemi per l'identificazione digitale della clientela[52] e di video-identificazione volti a verificare la corrispondenza tra foto o video del cliente rispetto ai documenti d'identità, nonché la firma digitale per la sottoscrizione dei contratti[53].

Per altro verso, anche l'adempimento degli obblighi di adeguata verifica ha subito un processo di rinnovamento mediante il ricorso a dispositivi tecnologici volti a favorire: l'identificazione del cliente e la verifica dell'identità sulla base di documenti, dati o informazioni ottenuti da una fonte affidabile e indipendente; il riconoscimento (se necessario) del titolare effettivo e l'adozione di misure adeguate e commisurate al rischio; l'ottenimento delle informazioni relative allo scopo e alla natura prevista del rapporto d'affari; lo svolgimento di un controllo costante nel rapporto stesso[54].

In questa prospettiva, sono stati impiegati l'*Optical Character Recognition* (*OCR*) che consente il riconoscimento ottico dei caratteri mediante programmi che individuano quelli contenuti in documenti, provvedendo al loro trasferimento in un testo leggibile da una macchina[55]; e il *natural language processing* (*NLP*) che è in grado di interpretare

---

[48] BANCA D'ITALIA, *Indagine* Fintech *nel sistema finanziario italiano*, in *www.bancaditalia.it*, 2019, p. 27.

[49] R. COELHO, M. DE SIMONI, J. PRENIO, *Applicazioni* suptech, cit., p. 1.

[50] BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *Building*, cit., p. 1.

[51] A. MONTI, *L'intelligenza artificiale*, cit.; M. NAZZARI, M. RICCARDI, Next Generation AML. *Indagine tra le banche e gli altri soggetti obbligati in Italia sull'uso dei* big data *e dell'intelligenza artificiale in ambito antiriciclaggio*, in *Crime&tech - Università Cattolica del Sacro Cuore e SAS*, 2021, p. 11; L. DONATO, *Banche e intelligenza artificiale. Sviluppi, rischi e regolamentazione*, in *Bancaria*, 2024, 7, p. 68; F. DI VIZIO, *Prevenzione*, cit., p. 8 ss.

[52] Il Sistema pubblico di identità digitale (SPID) o della Carta d'identità elettronica (CIE) sono impiegati come sistemi di identificazione digitale della clientela.

[53] BANCA D'ITALIA, *Indagine* Fintech *nel sistema finanziario italiano*, in *www.bancaditalia.it*, 2024, p. 38 ss.; ID., *Indagine* Fintech. Focus *sull'utilizzo delle tecnologie digitali per l'*AML, in *www.bancaditalia.it*, 2024, p. 6 s.; ID., *Indagine* Fintech *nel sistema finanziario italiano*, in *www.bancaditalia.it*, 2021, p. 38; P. DEL GAUDIO, *Il ruolo*, cit., p. 54.

[54] Cfr. art. 8, par. 1, lett. da *a*) a *d*), della direttiva CE del 26 ottobre 2005 n. 60, su cui D. ANDRACCHIO, *Profili evolutivi*, cit., p. 162; FATF, *International standards*, cit., p. 4 s. L'adempimento degli obblighi di adeguata verifica è previsto qualora: si instauri un rapporto d'affari; si eseguano operazioni occasionali, di importo pari o superiore al quindicimila dollari/euro; in caso di sospetto di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo; in caso di dubbi circa la veridicità o l'adeguatezza dei dati precedentemente ottenuti ai fini dell'identificazione di un cliente. Così l'art. 7, lett. da *a*) a *d*), della direttiva UE 2005/60, in argomento v. FATF, *International standards*, cit., p. 4.

[55] L'*OCR* è stato utilizzato a partire dalla metà del XX secolo per automatizzare il processo di riconoscimento dei testi; su questi aspetti, cfr. S. SUBBAGARI, *Optical caracter recognition technology for ehanced anti-money laundering (AML) compliance*, in *International journal of computer trends and technology*, 2023, p. 11.

ISSN 2036-7821

il linguaggio naturale utilizzando tecniche di IA[56].
L'impiego di risorse innovative per il reperimento di dati è stato affiancato dalla necessità di provvedere a un'adeguata conservazione degli stessi tramite l'utilizzo di sistemi *cloud* volti a preservare documenti ufficiali d'identificazione, libri contabili, corrispondenza commerciale, compresi gli esiti delle eventuali verifiche effettuate[57]. L'adempimento di tale obbligo consente di provvedere alle richieste informative presentate dalle autorità competenti e di ricostruire le operazioni per fornire prove in caso siano intraprese azioni penali[58].
La condivisione delle informazioni della clientela può essere garantita anche attraverso l'impiego del *data lake*[59], considerata la sua capacità di memorizzare ed elaborare grandi quantità di dati provenienti da differenti fonti, consentendo di identificare rapidamente potenziali ipotesi di riciclaggio[60].
Inoltre, il ricorso alle cripto-attività per le operazioni di riciclaggio ha contribuito all'affermazione di strumenti per il monitoraggio delle transazioni da e verso prestatori di servizi in materia di *virtual asset* (c.d. *Virtual asset service provider*, *VASP*)[61], ossia di una rappresentazione digitale di valore che può essere negoziata o trasferita digitalmente per finalità di pagamento o investimento[62].
Emerge dunque il tentativo dei soggetti preposti allo svolgimento delle funzioni di controllo di superare l'inadeguatezza dei metodi tradizionalmente impiegati in seguito al rinnovamento delle operazioni di riciclaggio e all'eccessiva quantità di dati

[56] BANCA D'ITALIA, *Indagine* Fintech *2024*, cit., p. 38 ss.; ID., *Indagine* Fintech. Focus, cit., p. 6 s.; ID., *Indagine* Fintech *2021*, cit., p. 38; P. DEL GAUDIO, *Il ruolo*, cit., p. 54. Per un'analisi sul funzionamento del *NLP* si v. R. ROY, P. BANERJEE, *Integrating natural language processing (NLP) in AML compliance and monitoring*, in *International journal on recent and innovation trends in computing and communication*, 2022, p. 276 ss.

[57] FATF, *International standards*, cit., p. 4.

[58] FATF, *op. cit*., p. 5.

[59] Il *data lake* risulta configurabile come un archivio di differenti tipologie di dati aziendali. Si v. BANCA D'ITALIA, *Indagine* Fintech *2019*, cit., p. 22; ID., *Indagine* Fintech *2024*, cit., p. 39 s.

[60] T. OLASEHINDE, F. JASON, *The role of data lakes in supporting anti-money laundering (AML) efforts*, in *www.researchgate.net*, 2024, p. 2 ss.

[61] BANCA D'ITALIA, *Indagine* Fintech *2024*, cit., p. 38 ss.; ID., *Indagine* Fintech. Focus, cit., p. 6.

[62] Il *VASP* risulta identificabile come una persona fisica o giuridica che a nome o per conto di un cliente conduce su base professionale una o più delle seguenti operazioni: cambio tra *virtual asset* e *valute fiat*; cambio tra una o più forme di *virtual asset*; trasferimento di *virtual asset*; e custodia e/o amministrazione di *virtual asset* o strumenti che consentono controllo di *virtual asset*; partecipazione e prestazione di servizi finanziari correlati all'offerta di un emittente e/o alla vendita di un *virtual asset*. Così, MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, *Linee guida per un approccio ai* virtual asset *e ai prestatori di servizi in materia di* virtual asset *basato sul rischio*, in *www.dt.mef.gov.it*, 2019, p. 14. Per un approfondimento si v. FATF, *Status of implementation of Recommendation 15 by FATF members and jurisdictions with materially important VASP activity*, in *www.fatf-gafi.org*, 2024, p. 4 ss.; ID., *Virutal assets and virtual asset service providers*, in *www.fatf-gafi.org*, 2019, p. 1 ss.; ID., *Virtual assets: what, when, how?*, in *www.fatf-gafi.org*, 2020, p. 3 ss.; FATF, *Targeted update on implementation of the FATF standards on virtual assets and virtual asset service providers*, in *www.fatf-gafi.org*, 2025, p. 2 ss.; PWC, *Virtual asset service providers. Navigating the future of digital assets with PwC*, in *www.pwc.com*, 2024, p. 1 ss.; MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, *Analisi nazionale*, cit., p. 116 s.

ISSN 2036-7821

da esaminare[63]. Di conseguenza, si desume la conformità regolatoria degli Stati e delle istituzioni finanziarie alla tendenza del GAFI di identificare e valutare i rischi di riciclaggio di denaro derivanti dallo sviluppo di prodotti innovativi, prassi commerciali e nuove tecnologie[64].
In definitiva, non si può escludere la necessità di modificare le Raccomandazioni del GAFI al fine di provvedere all'adempimento degli obblighi previsti mediante un esplicito richiamo a strumenti digitali. Sebbene la tipologia dell'atto prescelto non imporrebbe il ricorso alla tecnologia, questo intervento potrebbe essere impiegato per incoraggiare i soggetti obbligati a distaccarsi dai metodi tradizionali e assicurare un'uniformità internazionale circa i mezzi da impiegare per conformarsi agli *standard* del GAFI.

4. *L'intelligenza artificiale e il contrasto alle operazioni di riciclaggio di denaro*

Come si accennava, il ricorso all'innovatività nella sfera dell'*AML* ha favorito il progressivo superamento dei metodi tradizionalmente impiegati per lo svolgimento di attività di controllo e monitoraggio.
In tale contesto, va esaminato il ruolo assunto dall'IA[65], stante la sua capacità di migliorare le previsioni e ottimizzare le operazioni[66]. Tuttavia, la valutazione della sua concreta applicazione e dei relativi benefici richiede di introdurre preliminarmente la nozione di sistema di IA, quale presupposto per una completa comprensione dei temi trattati. Nel quadro normativo unionale, con tale concetto si identifica qualsiasi sistema automatizzato progettato per funzionare con differenti livelli di autonomia, che presenta adattabilità dopo la diffusione e risulta capace di dedurre dall'*input* che riceve come generare *output*, quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni[67]. In realtà, si tratta di una nozione piuttosto ampia tale

[63] P. DEL GAUDIO, *Il ruolo*, cit., p. 49.
[64] FATF, *International standards*, cit., p. 8.
[65] Per un approfondimento sulle modalità di impiego dell'IA per contrastare il finanziamento del terrorismo, si v. A. VEDASCHI, *Intelligenza artificiale e misure antiterrorismo alla prova del diritto costituzione*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, p. 5; F. MARONE, *Terrorismo e intelligenza artificiale*, in *www.difesa.it*, 2023, p. 61 ss.; G. BUTTI, *Intelligenza artificiale e* soft computing *nella lotta al terrorismo*, in *Sicurezza di informazione per la sicurezza della Repubblica*, 2017, p. 1 ss.
[66] COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta*, cit., p. 1; A. MINTO, *Disciplina antiriciclaggio e obbligo di adeguata verifica della clientela: aspetti normativi e regolamentari legati all'*outsourcing *ad* external service providers, in *Banca impresa società*, 2022, 2, p. 297; P.R. AMENDOLA, T. BRAGA DE ARRUDA, *Finanza digitale e IA: nuove sfide e opportunità*, in *Diritto bancario*, 2025, p. 5. Sull'intelligenza artificiale cfr. M. IASELLI, *Le origini dell'IA, evoluzione e rapporti con il diritto*, in M. IASELLI (a. cura di), Ai ACT. *Principi, regole ed applicazioni pratiche del Reg. UE 1689/2024*, Rimini, 2024, p. 13 ss.; S. MUCH, M.C. BORRELLI, C. KERRIGAN, *The EU AI Act: a comprehensive regulatory framework for ethical AI development*, in *www.papers.ssrn.com*, 2023, p. 1 ss.; ID., *The EU AI Act as global artificial intelligence regulation*, in *www.papers.ssrn.com*, 2023, p. 1 ss.; ASSOCIAZIONE ITALIANA FINANCIAL INDUSTRY RISK MANGERS, *Intelligenza artificiale: l'applicazione di* machine learning *e* predictive analytics *nel* risk managament, in *www.aifirm.it*, 2019, p. 129 ss.
[67] Art. 3, par. 1, del reg. UE 2024/1689.

ISSN 2036-7821

da includere differenti tecnologie in rapida evoluzione che risultano capaci di contribuire al conseguimento di numerosi benefici a livello economico, ambientale e sociale[68]. Tra l'altro, la disciplina europea ha cercato di assicurare che la nozione di sistema di IA risultasse conforme all'attività delle organizzazioni internazionali per garantire la certezza del diritto, agevolare la convergenza internazionale e favorire la flessibilità necessaria per lo sviluppo tecnologico[69].

Con specifico riferimento ai suoi assetti applicativi, va precisato che la possibilità di utilizzare l'IA nel settore dell'*AML* è stata confermata a livello giurisprudenziale, nell'ottobre 2022, dal Tribunale d'Appello olandese specializzato in materia industriale e societaria (*College van Beroep voor het bedrijfsleven*, CBb) relativamente al caso *Bunq* v. *De Nederlandsche Bank* (*DNB*), che si è espresso favorevolmente ai fini dell'adempimento degli obblighi di adeguata verifica e per la fase di monitoraggio successiva[70].

Ulteriore strumento di riconoscimento è offerto indirettamente dall'art. 5, par. 5, lett. *i*), del reg. UE 2024/1620, il quale certifica l'obbligo per l'*AMLA* di fornire alle UIF appositi elementi per potenziare le capacità di analisi, tra cui cita espressamente mezzi informatici e di IA per la condivisione di informazioni, anche attraverso l'*hosting* di *FIU.net*.

A questi riconoscimenti, quali supporto all'implementazione dell'IA, sono seguite numerose iniziative degli operatori. Va evidenziata l'attività del gruppo bancario Intesa San Paolo che con il suo *Innovation Center*, l'Università di Torino, il Politecnico di Torino e il *Center for Artificial Intelligence* (*CENTAI*), ha istituito l'*Anti Financial Crime Digital Hub* (*AFC Digital Hub*), un consorzio finalizzato al contrasto del crimine finanziario mediante l'impiego delle nuove tecnologie e dell'IA[71].

Altri operatori bancari, invece, si sono limitati all'adesione a progetti già avviati,

---

[68] Si v. *considerando* 4 del reg. UE 2024/1689. Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta*, cit., p. 1.

[69] *Considerando* 2 del reg. UE 2024/1689.

[70] La *DNB* aveva contestato alla banca *online Bunq* di profilare i clienti mediante l'impiego del *ML*. La contestazione si basava sul sostegno mostrato dalla menzionata autorità per l'impiego di sistemi tradizionali di prevenzione del riciclaggio basati generalmente su *report* unilaterali. Per un esame a livello giurisprudenziale, si v. A. PAMPANIN, *Il caso* Bunq *v.* DNB*: l'impiego delle nuove tecnologie nella lotta ai crimini finanziari*, in *Corporate crime & compliance hub*, 2023; A. MARCHI, *Antiriciclaggio: basta un algoritmo per la profilatura del rischio. Il caso* Bunq *vs* DNB, in *Rivista italiana dell'antiriciclaggio*, 2022; A. TACCOLA, *Il caso* Bunq *vs.* DNB*: la consacrazione delle nuove tecnologie nella lotta ai crimini finanziari?*, in *Risk & compliance*, 2022; BUNQ, *Il caso* Bunq *vs.* DNB*: efficacia vs dogma*, in *www.bunq.com*, 2022; A. GRISONI, Bunq *utilizza la* Gen AI *contro le frodi finanziarie*, in *Azienda banca*, 2024; M. FOTI, Bunq*, la prima banca basata sull'intelligenza artificiale in Europa*, in *www.altalex.com*, 2024.

[71] INTESA SAN PAOLO, *Intesa San Paolo investe nell'Ai per il contrasto dei crimini finanziari*, in *www.intesasanpaolo.it*, 2023; ID., *Nasce a Torino* AFC Digital Hub *per il contrasto dei crimini finanziari digitali*, in *www.intesasanpaolo.it*, 2022; ID., AFC Digital Hub*: il consorzio per fronteggiare i reati finanziari*, in *www.intesasanpaolo.it*, 2025; F. GRECO, *Intesa Sanpaolo apre a Torino il* Digital Hub *contro i crimini finanziari*, in *Il Sole 24 Ore*, 2022; P. BOCCASSINO, O. POLLICINO, *Intelligenza artificiale e cooperazione contro il crimine finanziario*, *ivi*, 2022; A. COSENTINI, *Intesa Sanpaolo: "L'innovazione passa per l'intelligenza artificiale"*, in *www.agendadigitale.eu*, 2024.

ISSN 2036-7821

come *Hongkong & Shanghai Banking Corporation* (*HSBC*) e *Banco Bradesco* che hanno deciso di avvalersi dell'*Anti Money Laundering AI* di *Google Cloud*, un'*application programming interface* (*API*) – qualificabile come un insieme di procedure *software* che consentono la comunicazione tra applicazioni e programmi[72] – finalizzata all'attribuzione di uno specifico punteggio ai rischi *AML*[73]. Al riguardo, la *Bank for international settlements* ha riconosciuto la possibilità di ricorrere all'*API*[74] per effettuare le verifiche *AML*, precisando la possibilità di utilizzarla con i sistemi di rilevamento delle frodi volti a identificare e prevenire le transazioni transfrontaliere illecite[75]. In aggiunta, anche il GAFI ha esaltato le potenzialità dell'*API* attribuendole la capacità di collegare rapidamente il *software* di identificazione con gli strumenti di monitoraggio o riconoscimento delle minacce con i profili di rischio dei clienti, per generare avvisi o modificare le classificazioni dei rischi in base alle relative esigenze[76].

Anche l'IA generativa ha assunto un ruolo fondamentale per individuare e prevenire le frodi finanziarie, grazie all'abilità di identificare tempestivamente comportamenti anomali attraverso l'analisi in tempo reale di elevate quantità di dati. Peculiarità che consente all'IA generativa di monitorare e mitigare i rischi connessi al riciclaggio[77] e ha spinto la stessa banca *Bunq* a utilizzarla per supportare tali attività[78].

Persino gli organismi di autoregolamentazione si sono avvalsi del supporto dell'IA. Emblematico è il caso dell'Italia che, ai sensi dell'art. 34-*bis* del d.lgs. n. 231/2007[79], ha disposto, previo parere favorevole del Garante per la protezione dei dati personali (GPDP), l'istituzione da parte dei menzionati soggetti di una banca dati

---

[72] R. PELLITTERI, R. PARRINI, C. CAFAROTTI, B.A. DE VENDICTIS, Open banking *nel sistema dei pagamenti: soluzione infrastrutturale, innovazione e sicurezza, prassi di vigilanza e sorveglianza*, in *www.bancaditalia.it*, 2023, 31, p. 38; BANCA D'ITALIA, *PSD2 e* open banking*: nuovi modelli di* business *e rischi emergenti*, in *www.bancaditalia.it*, 2021, p. 8.

[73] T. SCARALE, *Banche e antiriciclaggio. Lo scudo dell'IA nella lotta al crimine*, in *www.we-wealth.com*, 2023; GOOGLE CLOUD, *Panoramica dell'*IA AML, in *www.cloud.google.com*, 2024.

[74] Nel gennaio 2021, la *Tunisian Financial Analysis Committee* (anche *CTAF*) ha presentato *Hannibal Platform*, un portale realizzato mediante il ricorso alla tecnologia *blockchain* e all'*API* per collegare i *database* del Ministero dell'Interno, delle Dogane, delle banche, delle Poste, degli Uffici di cambio e della *CTAF* al fine di comprendere, identificare e valutare i rischi nazionali di riciclaggio di denaro e finanziamento del terrorismo legati al trasporto fisico a livello transfrontaliero di valuta. In argomento v. FATF, *Opportunities and challenges of the new technologies for AML/CFT*, in *www.fatf-gafi.org*, 2021, p. 32 s.

[75] BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *Report to the G20. Promoting the harmonisation of application programming interfaces to enhance cross-border payments: recommendations and toolkit*, in *www.bis.org*, 2024, p. 8.

[76] FATF, *Opportunities*, cit., p. 31 s.

[77] THE EUROPEAN HOUSE AMBROSETTI, AI 4 financial services. *Impatti e* use case *dell'intelligenza artificiale generative per il settore finanziario italiano*, in *www.astrid-online.it*, 2024, p. 67.

[78] A. GRISONI, Bunq, cit.

[79] Il d.lgs. n. 231/2007 si riferisce agli ordini professionali come avvocati, commercialisti, consulenti del lavoro e notai.

ISSN 2036-7821

centralizzata[80], la quale, anche mediante il ricorso all'IA, invia un avviso al professionista qualora riscontri delle anomalie risultanti dal confronto dei dati contenuti per l'adempimento degli obblighi di adeguata verifica con le informazioni rilevanti[81]. In particolare, l'avviso è generato dalla banca dati sulla base di elementi informativi associati a una determinata persona fisica o giuridica, ossia: la tipologia di cliente, la capacità economica, la situazione economico-patrimoniale, l'attività svolta, la residenza o sede in Paesi terzi ad alto rischio, le caratteristiche, l'importo, la frequenza e la natura delle prestazioni professionali rese o delle operazioni eseguite nonché il loro collegamento o il frazionamento. Inoltre, il legislatore ha precisato la necessità di verificare periodicamente la logica algoritmica dei sistemi automatizzati, con cadenza almeno biennale, allo scopo di minimizzare il rischio di errori, distorsioni o discriminazioni[82].

In conclusione, tutti i soggetti che concorrono al sistema di prevenzione del riciclaggio – siano essi operatori privati, autorità di vigilanza, organismi di autoregolamentazione – ricorrono all'IA. Tuttavia, residuano differenti criticità che, in assenza di appositi accorgimenti, potrebbero finire per scoraggiarne l'impiego. È possibile anticipare che malgrado le rilevanti potenzialità dell'IA, non si può constatare un'implementazione generale tra i vari operatori. Ciò si evince dai dati riportati dall'analisi compiuta da SAS e KPMG, secondo cui il 18% degli intervistati sta producendo soluzioni di IA/*ML*, mentre eguale percentuale si è limitata alla sola attività di sperimentazione; il 25% invece ha previsto di utilizzare tali dispositivi innovativi nei prossimi dodici/diciotto mesi; infine, il 40% non ha predisposto piani per l'adozione di queste risorse[83].

4.1. Segue. *Modalità operative delle applicazioni dell'intelligenza artificiale*

Constatato l'utilizzo dell'IA per lo svolgimento di attività di controllo, monitoraggio e rilevazione delle attività finalizzate al riciclaggio di denaro, occorre soffermarsi sulle sue differenti applicazioni per valutare come possano concorrere

[80] La banca dati contiene documenti, dati e informazioni acquisiti dai professionisti nello svolgimento della propria attività professionale. A tal fine, i soggetti obbligati sono tenuti a conservare una copia dei documenti ottenuti in occasione dell'adeguata verifica della clientela per un periodo di dieci anni dalla cessazione del rapporto continuativo, della prestazione professionale o dall'esecuzione dell'operazione occasionale.

[81] Cfr. art. 34-*bis*, commi 1, 3, 4 e 5, del d.lgs. n. 231/2007. In argomento v. A. DE VIVO, A. VALENTINI, *Ordini professionali: la banca dati antiriciclaggio prende forma*, in *QuotidianoPiù*, 2023; R. RAZZANTE, *Antiriciclaggio: via libera alle banche date degli ordini professionali*, in *Rivista italiana dell'antiriciclaggio*, 2023; A. ONORI, *Banche dati informatiche presso gli organismi di autoregolamentazione*, in *www.ecnews.it*, 2024, p. 1 ss.

[82] Art. 34-*bis*, comma 5, del d.lgs. n. 231/2007.

[83] L'indagine è stata effettuata su ottocentocinquanta membri dell'*Association of Certified Anti-Money Laundering Specialists* (*ACAMS*), un'organizzazione internazionale di professionisti specializzati nella lotta ai reati finanziari; nonché, ASSOCIATION OF CERTIFIED ANTI-MONEY LAUNDERING SPECIALIST, *About us*, in *www.acams.org*; SAS, *Anti-money laundering pros find expanding uses for AI but adoption remains slow*, in *www.sas.com*, 2025; G. SBANO, *Antiriciclaggio e Ia: continuano ad emergere nuove potenzialità, ma l'adozione rimane lenta*, in *Il Mattino*, 2025.

ISSN 2036-7821

all'adempimento degli obblighi previsti. Sul tema, risulta rilevante l'utilizzo del *Machine Learning* il quale, con specifico riferimento ai profili applicativi, può essere impiegato per gestire l'elevata quantità di dati per la segnalazione delle operazioni sospette (SOS) le quali devono essere comunicate all'UIF, qualora le istituzioni finanziarie ipotizzino che i fondi provengano da attività criminali[84]. Per vero, il suo impiego ha concorso alla riduzione del 20-30% delle attività erroneamente identificate dai tradizionali sistemi di *AML* come sospette (c.d. falsi positivi)[85]. A tal fine, il ricorso al *ML* ha finito per sostituire l'approccio tradizionale[86], che prevedeva l'utilizzo di *set* di regole predefinite create da esperti che rilevavano, ad esempio, transazioni superiori a un determinato importo, a un certo numero oppure indirizzate verso determinati Paesi sospetti[87].

Al contempo, il *ML* può migliorare la segmentazione della clientela rispetto a quella generalmente svolta dai singoli operatori. Sul punto, occorre specificare che il *ML* può essere addestrato attraverso differenti tecniche, tra le quali si distingue tra il metodo di apprendimento supervisionato e non supervisionato. Più precisamente, avvalendosi della prima procedura, l'algoritmo apprende attraverso i dati inseriti (*input* e *output*), nel secondo caso invece è addestrato sulla base di dati non etichettati per i quali provvede autonomamente all'analisi. È proprio tale peculiarità che può essere sfruttata nell'ambito della segnalazione delle operazioni sospette, in quanto consente di individuare le anomalie ed eventuali paradigmi sconosciuti, prescindendo dall'intervento umano e dal raffronto a casi precedenti per l'individuazione delle operazioni[88].

Inoltre, verificato che l'operatività del *ML* si basa su specifiche categorie di dati (*dataset*), si rileva la necessità, per garantirne il corretto funzionamento, che gli stessi debbano risultare completi e non obsoleti in modo da evitare la presenza di *bias* nella costruzione dell'algoritmo e/o nell'interpretazione delle informazioni ottenute. Questa esigenza risulta indispensabile per consentire al *ML* di operare correttamente

---

[84] Così la Raccomandazione n. 20 del GAFI. Cfr. FATF, *International standards*, cit., p. 10; S. D'AMICO, *Il* Machine Learning, cit.; ID., *Strategie di contrasto*, cit.; F. DI VIZIO, *Prevenzione*, cit., p. 62; A. GALLO, *L'intelligenza artificiale*, cit.; D. ANDRACCHIO, *Profili evolutivi*, cit., p. 143.

[85] I metodi tradizionalmente impiegati nel settore dell'antiriciclaggio generavano il 98% di falsi positivi; sul punto cfr. GSMA ASSOCIATION, *The value of artificial intelligence deployment for anti-money laudering and counter-terrorism financing*, in *www.gsma.com*, 2024, p. 13; F. MANTI, *Riciclaggio da* record. *Ma troppi allarmi finiscono in niente*, in *Il Giornale*, 2023; P. DEL GAUDIO, *Il ruolo*, cit., p. 42 ss.; S. D'AMICO, *Il* Machine Learning, cit.; ID., *Strategie di contrasto*, cit.; DELOITTE, *The case for artificial intelligence in combating money laundering and terrorist financing. A deep dive into the application of machine learning technology*, in *www.deloitte.com*, 2018, p. 4; F. DI VIZIO, *Prevenzione*, cit., p. 58; A. GALLO, *L'intelligenza artificiale*, cit.

[86] A. GRISONI, Bunq, cit.

[87] B. VAN ROMPAYE, *Machine learning for Anti-money laundering (ML for…Enhancing financial security by detecting more money laundering cases*, in *www.kpmg.com*, 2023; D. BASU, G. KORKU TETTEH, *Using automation and combat money laundering*, in *www.strath.ac.uk*, 2024, p. 3.

[88] S. D'AMICO, *Il* Machine Learning, cit.; ID., *Strategie di contrasto*, cit.; F. DI VIZIO, *Prevenzione*, cit., p. 36 ss.; R. ALHAJERI, A. ALHASHEM, *Using artificial*, cit., p. 290 s.

ISSN 2036-7821

evitando vizi che possano alterare l'adempimento degli obblighi *AML*[89].
Inoltre, emblematico è l'impiego del *natural language processing* (*NLP*) che, avvalendosi della sua capacità di comprendere, interpretare e manipolare il linguaggio naturale[90], concorre ad ampliare le categorie di dati da analizzare mediante un'attività di rilevazione su fonti esterne quali articoli o *social media*[91]. Come specificato dalla Banca d'Italia, il *NLP* può svolgere attività dirette a: identificare le operazioni potenzialmente sospette o non coerenti con il profilo di rischio del cliente attraverso l'analisi testuale delle causali dei bonifici per parole chiave; verificare la corrispondenza tra il nominativo del beneficiario del bonifico indicato dall'ordinante e l'effettivo titolare del conto; effettuare controlli tra le informazioni comunicate dal cliente e quanto risulta dalla documentazione; rilevare automaticamente le notizie di stampa negative relative ai clienti tramite algoritmi avanzati di analisi semantica. Lo svolgimento di tali funzioni esime il personale da questi compiti, consentendogli di svolgere controlli più approfonditi successivamente alla rilevazione delle attività potenzialmente sospette[92].
Per altro verso, particolare applicazione nel settore dell'*AML* risulta ascrivibile all'utilizzo della *fuzzy logic*, un sottoinsieme dell'IA che elabora dati (*input*) imprecisi, incompleti, distorti o ambigui (c.d. *fuzzy*) per produrre *output* che includono possibilità intermedie comprese tra "si" e "no"[93]. Tale possibilità è stata sperimentata dall'UIF italiana, in collaborazione con la Direzione Generale per la vigilanza finanziaria e la regolamentazione della Banca d'Italia, per la costruzione di indicatori antiriciclaggio per gli intermediari finanziari non bancari[94]. Si tratta di un sistema volto all'elaborazione di dati quantitativi, come pagamenti transfrontalieri da/verso Paesi a maggior rischio, per effettuare una valutazione periodica del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo. La fonte delle informazioni è la banca dati delle segnalazioni antiriciclaggio aggregate (S.AR.A.) istituita dal Provvedimento dell'UIF del 25 agosto 2020 recante "*Disposizioni per l'invio dei dati aggregati*", essendo obbligatorio per gli intermediari bancari e finanziari[95] e le società

[89] S. D'AMICO, *Il* Machine Learning, cit.; P. DEL GAUDIO, *Il ruolo*, cit., p. 4; L. ZITO, *Intelligenza artificiale,* bias *cognitivi e discriminazione*, in *www.altalex.com*, 2024; E. DE GREGORIO, Explainable Artificial Intelligence, *l'opportunità mancante per l'antiriciclaggio?*, in *Bancaria*, 2024, 3, p. 76.
[90] BANCA D'ITALIA, *Indagine* Fintech *2024*, cit., p. 38 ss.
[91] FINANCIAL CRIME ACADEMY, *AI: The Game Changer in Anti-Money Laundering*, in *www.financialcrimeacademy.org*, 2024; S. D'AMICO, *Il* Machine Learning, cit.; P. DEL GAUDIO, *Il ruolo*, cit., p. 43.
[92] BANCA D'ITALIA, *Indagine* Fintech *2024*, cit., p. 39.
[93] FATF, *Opportunities*, cit., p. 22; F. DI VIZIO, *Prevenzione*, cit., p. 59 s.
[94] Gli intermediari finanziari non bancari sono classificati in base alla loro tipologia e all'attività principale.
[95] L'art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 231/2007 ha esentato da tale obbligo gli intermediari bancari e finanziari di cui all'art. 3, comma 2, lett. *i*), *o*), *p*), *q*) e *v*), ovvero: gli agenti di cambio in conformità dell'art. 201 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, anche t.u.f.); gli intermediari assicurativi definiti dall'art. 109, comma 2, lett. *a*), *b*) e *d*), del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private, CAP) che operano nei rami di attività stabiliti dall'art. 2, comma 1, CAP; i soggetti

ISSN 2036-7821

fiduciarie[96] trasmettere all'UIF dati aggregati relativi alla propria operatività, per consentire lo svolgimento di analisi volte a far emergere eventuali fenomeni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo nell'ambito di determinate zone territoriali[97].

A prescindere dalle rispettive connotazioni, sia il *NLP* che gli strumenti di *fuzzy matching* possono essere impiegati per ridurre i falsi positivi, in quanto riescono ad analizzare rapidamente i dati e a collegare velocemente i risultati dei motori di ricerca con le liste di persone esposte politicamente (PEP)[98].

In definitiva, quanto precede conferma che l'esistenza di svariate applicazioni e sottoinsiemi dell'IA consente di attribuire a ogni dispositivo una specifica funzione nell'ambito dell'adempimento degli obblighi *AML*, peculiarità che potrebbe facilitare il rinnovamento dell'intera procedura di controllo e monitoraggio. Di conseguenza, risulta auspicabile un miglioramento delle strategie di contrasto volto a favorire l'immissione di tali elementi che potrebbero supportare gli operatori nello svolgimento delle menzionate attività, concorrendo al contempo a ridurre drasticamente le tempistiche dei singoli interventi.

5. *Il quadro normativo applicabile ai sistemi di intelligenza artificiale nel settore dell'antiriciclaggio: l'***Artificial Intelligence ACT** *e il* **General Data Protection Regulation**

La possibilità di adempiere agli obblighi *AML* mediante il ricorso all'IA solleva rilevanti criticità con riguardo alla regolazione di tali sistemi e alla protezione dei dati personali.

Quanto al primo di tali aspetti, il reg. UE 2024/1689 (c.d. *Artificial Intelligence ACT*, anche *AI ACT*)[99] ha istituito un quadro giuridico uniforme relativamente allo

---

eroganti micro-credito, ai sensi dell'art. 111 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di seguito t.u.b.); i confidi e gli altri soggetti di cui all'art. 112 t.u.b.; i consulenti finanziari e le società di consulenza finanziaria qualificabili rispettivamente dagli artt. 18-*bis* e 18-*ter* t.u.f.

[96] Diverse da quelle iscritte nell'albo previsto dall'art. 106 t.u.b., di cui alla l. 23 novembre 1939, n. 1966.

[97] Art. 33, comma 1 e 2, del d.lgs. n. 231/2007. Spetta all'UIF individuare le tipologie di dati da trasmettere, le modalità e la cadenza della loro trasmissione; v. UNITÁ DI INFORMAZIONE FINANZIARIA PER L'ITALIA, *Disposizioni per l'invio dei dati aggregati*, in *www.uif.bancaditalia.it*, 2020, p. 1.

[98] FATF, *Opportunities*, cit., p. 22; F. DI VIZIO, *Prevenzione*, cit., p. 59. Per le PEP è espressamente previsto che le istituzioni finanziarie, oltre alle ordinarie misure di adeguata verifica, devono: disporre di sistemi di gestione del rischio che consentano di stabilire se il cliente o il titolare effettivo sia una PEP; ottenere l'approvazione dell'alta dirigenza per instaurare tali rapporti; adottare misure ragionevoli per stabilire l'origine del patrimonio e dei fondi; assicurare un attento monitoraggio nel rapporto d'affari; cfr. Raccomandazione n. 12 del GAFI, v. FATF, *International standards*, cit., p. 6.

[99] Per la definizione di una disciplina relativa all'IA sono state valutate quattro opzioni strategiche, ovvero l'introduzione di: uno strumento legislativo dell'UE volto a definire un sistema di etichettatura volontario; un approccio settoriale *ad hoc*; uno strumento legislativo orizzontale unionale finalizzato a introdurre un approccio proporzionato basato sul rischio; uno strumento legislativo identico al precedente che doveva provvedere anche all'introduzione di codici di condotta per i sistemi di IA non ad alto rischio (c.d. opzione 3+); uno strumento

ISSN 2036-7821

sviluppo, all'immissione sul mercato e all'utilizzo di sistemi di IA nell'Unione[100]. Dunque, chiunque voglia sviluppare o utilizzare un sistema di IA – sia esso un fornitore, *deployer*, importatore, distributore, fabbricante di prodotti, rappresentante autorizzato dai fornitori o qualsiasi persona interessata[101] – è sottoposto a tale regolamentazione, compresi i soggetti che operano nel settore dell'*AML*.

Solo il regolamento, data l'obbligatorietà in tutti gli elementi e diretta applicabilità nei singoli Stati membri (art. 288 TFUE), poteva ridurre la frammentazione giuridica e facilitare lo sviluppo di un mercato unico per i sistemi di IA leciti, sicuri e affidabili[102]. Purtuttavia, sono stati concessi margini di discrezionalità agli Stati membri limitatamente a specifici ambiti, come l'organizzazione interna del sistema di vigilanza del mercato e l'adozione di misure destinate a promuovere l'innovazione[103].

Sul punto, occorre precisare che l'introduzione di meccanismi di regolazione dell'IA costituisce un'esigenza condivisa a livello internazionale, come testimoniano, ad esempio, gli *High-level principles on Artificial Intelligence* (2019) dello Stato di Hong Kong adottati in seguito all'espansione dell'utilizzo dell'IA da parte delle banche per l'erogazione dei servizi rivolti ai clienti. Tra tali principi si annoverano, tra gli altri: la necessità di disporre di un consiglio di amministrazione e un'alta direzione responsabili dell'esito delle applicazioni di IA; il possesso di adeguate competenze; la garanzia di un livello appropriato di spiegabilità delle applicazioni di IA; l'utilizzo di dati di buona qualità; la conduzione di una rigorosa convalida del modello; la verificabilità delle applicazioni di IA; l'implementazione di un'efficace supervisione gestionale dei fornitori terzi; la conduzione di revisioni periodiche e il monitoraggio continuo; il rispetto di requisiti attinenti alla protezione dei dati[104].

---

legislativo orizzontale europeo destinato a stabilire requisiti obbligatori per tutti i sistemi di IA, indipendentemente dal rischio che essi avrebbero potuto generare; nonché, COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta*, cit., p. 7.

[100] Si v. *considerando* 1 del reg. UE 2024/1689, su cui v. E. MANDARÁ, *Il Regolamento UE sull'intelligenza artificiale*, in M. IASELLI (a. cura di), Ai ACT, cit., p. 51 s.; E. CIRONE, *L'*AI Act *e l'obiettivo (mancato?) di promuovere uno standard globale per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista quaderni associazione italiana studiosi di diritto dell'Unione Europea*, 2024, 2, p. 1 ss.; FEDERATION OF EUROPEAN RISK MANAGEMENT ASSOCIATION, *The EU's artificial intelligence Act*, in *www.ferma.eu*, 2024, p. 1 ss.; P. MATAI, *Comprehensive guide to AI regulations: analysing EU AI Act and global initiatives*, in *International journal of computing and engineering*, 2024, 1, p. 45 ss.

[101] Cfr. art. 2, par. 1, lett. da *a*) e *g*), del reg. UE 2024/1689. Per un'analisi sull'ambito di applicazione dell'*AI ACT* si v. E. MANDARÁ, *Il Regolamento*, cit., p. 56 s.

[102] La Commissione europea ha precisato che l'adozione dell'*AI ACT* è volta a: assicurare che i sistemi di IA utilizzati sul mercato unionale siano sicuri e rispettino la normativa in materia di diritti fondamentali e valori dell'Unione europea; garantire la certezza del diritto per facilitare gli investimenti e l'innovazione nell'IA; migliorare la *governance* e l'applicazione effettiva della normativa esistente in materia di diritti fondamentali e requisiti di sicurezza applicabili ai sistemi di IA; facilitare lo sviluppo di un mercato unico per applicazioni di IA lecite, sicure e affidabili nonché prevenire la frammentazione del mercato; si v. COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta*, cit., p. 5 s.

[103] COMMISSIONE EUROPEA, *op. cit.*, p. 6 s.

[104] La continua evoluzione degli *standard* normativi internazionali e gli sviluppi del settore dell'IA hanno spinto la *Hong Kong Monetary Authority* (*HKMA*) ad assumere l'impegno di controllare periodicamente gli *High-level*

ISSN 2036-7821

Seppure sussistano svariate iniziative internazionali, l'attività di regolazione dell'UE può considerarsi maggiormente dettagliata in quanto tesa, più che alla definizione di principi generali, alla predisposizione di uno dispositivo normativo specifico condiviso nell'intero contesto unionale che non si rivolge esclusivamente alle banche (come nel caso di Hong Kong), ma mira all'introduzione di una disciplina generale che trova applicazione anche nel settore del riciclaggio di denaro. Dunque, potrebbe essere necessario, sulla base di una riforma delle Raccomandazioni del GAFI, un intervento europeo per coniugare a livello normativo la disciplina *AML* con l'*AI ACT* in modo da introdurre apposite disposizioni per garantire la corretta definizione di un valido sistema di controllo, monitoraggio e rilevazione.

Inoltre, occorre precisare che la maggiore integrazione economica e sociale, conseguente al funzionamento del mercato interno, ha condotto a un considerevole aumento dei flussi transfrontalieri dei dati personali, da cui deriva la necessità di garantire un'adeguata tutela[105]. A tal fine, l'*AI ACT* ha provveduto a risolvere le criticità attinenti alla tutela dei dati personali, sottoponendo (*considerando* 10 del reg. UE 2024/1689) i menzionati soggetti agli obblighi posti in materia di protezione dei dati personali contenuti nel reg. UE del 27 aprile 2016 n. 679[106] (denominato *General Data Protection Regulation*, *GDPR*)[107].

Quanto precede è stato confermato anche dal *considerando* 10 del reg. UE 2024/1689 che ha chiarito di non pregiudicare l'applicazione delle disposizioni euro-unitarie che

principles e di fornire ulteriori indicazioni alle banche qualora fossero opportune; in argomento v. HONG KONG MONETARY AUTHORITY, *High-level principles on artificial intelligence*, in *www.hkma.gov.hk*, 2019, p. 1 s.

[105] *Considerando* 5 del reg. UE 2016/679.

[106] L'art. 5, par. 1, lett. da *a*) a *f*), del reg. UE 2016/679, ha definito i principi applicabili al trattamento dei dati personali, prescrivendo che gli stessi debbano essere: trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato (liceità, correttezza e trasparenza); raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati affinché non siano incompatibili con tali finalità (limitazione della finalità); adeguati, pertinenti e limitati rispetto alle finalità per le quali sono trattati (minimizzazione dei dati); esatti e, se necessario, aggiornati (esattezza); conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati (limitazione della conservazione); trattati in maniera da garantire un'adeguata sicurezza dei dati personali, compresa la protezione, mediante il ricorso a misure tecniche e organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentale (integrità e riservatezza).

[107] G. URICCHIO, *Sicurezza,* privacy *ed IA*, in M. IASELLI (a. cura di), Ai ACT, cit., p. 170 ss.; F. BERGHELLA, E. DE GREGORIO, *L'intelligenza artificiale*, cit., p. 53 s.; M. NAZZARI, M. RICCARDI, Next Generation, cit., p. 34; F. BERGHELLA, *I vincoli per lo sviluppo degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale nell'antiriciclaggio*, in *Bancaria*, 2020, 6, p. 96; P. DEL GAUDIO, *Il ruolo*, cit., p. 47; P. FALLETTA, A. MARSANO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali: il rapporto tra Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale e* GDPR, in *Rivista italiana diritto e informatica*, 2024, 1, p. 120 ss.; A. AGOSTINI, *Dati personali e modelli di IA*, in *Diritto bancario*, 2025, p. 1 ss.; EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Opinion 28/2024 on certain data protection aspects related to the processing of personal data in the context of AI models*, in *www.edpb.europa.eu*, 2024, p. 6 ss.; E. GLEREAN, *Fundamentals of secure AI systems with personal data*, in *www.edpb.europa.eu*, 2025, p. 9 ss.; M. ALMADA, *Law & compliance in AI security & data protection*, in *www.edpb.europa.eu*, 2025, p. 1 ss.

ISSN 2036-7821

disciplinano il trattamento dei dati personali[108], sottoponendo i fornitori e i *deployer* dei sistemi di IA agli obblighi previsti quali titolari o responsabili del trattamento derivanti dal diritto dell'Unione o nazionale in materia di protezione dei dati personali, nella misura in cui la progettazione, lo sviluppo o l'uso dell'IA comporti il trattamento di tali informazioni[109].

Da ultimo, anche l'*European Data Protection Board* si è espresso sul tema, dichiarando la necessità per gli utilizzatori dei sistemi di IA di provvedere alla verifica della base giuridica del trattamento, all'introduzione di adeguati meccanismi di tutela e alla creazione di un sistema che garantisca adeguati controlli di conformità[110].

In conclusione, le considerazioni precedenti consentono di individuare una soluzione a livello normativo alla farraginosa questione della tutela dei dati personali nell'ambito dei sistemi di IA. Purtuttavia, spetta ai singoli operatori garantire una corretta applicazione di principi posti dal *GDPR*, nonché provvedere a un'adeguata implementazione del principio di minimizzazione che impone di utilizzare dati adeguati, pertinenti e limitati rispetto alle finalità per le quali sono trattati[111]. Inoltre, date le differenti criticità, è opportuno avvalersi di professionisti per la sicurezza informatica, ossia soggetti specializzati nella risoluzione delle criticità concernenti l'integrità e la riservatezza dei dati, compresa la perdita degli stessi[112].

6. *Le differenti connotazioni dell'intelligenza artificiale nell'ambito della sicurezza informatica*

Il ricorso all'IA pur velocizzando le procedure di controllo, monitoraggio e rilevazione delle attività sospette ha generato nuove vulnerabilità relativamente alla sicurezza informatica a cui la stessa può essere esposta[113]. Difatti, il *National institute of standards and tecnology* dell'*U.S. Department of Commerce* ha individuato tali

[108] Il trattamento dei dati risulta qualificabile, ai sensi dell'art. 4, punto 2, del reg. UE 2016/679, come qualsiasi operazione, compiuta con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate ai dati personali, compresa la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione.

[109] La necessità di tutelare i dati personali nell'ambito dell'operatività dell'IA è stata ribadita nel provvedimento n. 755 del 2 novembre 2024 del GPDP volto a sanzionare una società che sviluppava sistemi di IA per trattamento illecito dei dati personali; si v. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Provvedimento del 2 novembre 2024, n. 755*, in *www.dirittobancario.it*, 2024, p. 1 ss.

[110] A. AGOSTINI, *Dati personali e modelli di IA*, in *Diritto bancario*, 2025, p. 1; EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Opinion 28/2024 on certain data protection aspects related to the processing of personal data in the context of AI models*, in *www.edpb.europa.eu*, 2024, p. 6 ss.

[111] Così l'art. 5, par. 1, lett. *c*), del reg. UE 2016/679, nonché P. BOCCASSINO, O. POLLICINO, *Intelligenza artificiale*, cit.

[112] Cfr. art. 5, par. 1, lett. *f*), del reg. UE 2016/679. In dottrina, G. URICCHIO, *Sicurezza*, p. 167 ss.

[113] M. NAZZARI, M. RICCARDI, Next Generation, cit., p. 33; G. URICCHIO, *Sicurezza*, cit., p. 167; FATF, *Opportunities*, cit., p. 5; A. VALENTINI, *AI e* cyber security, *ecco che cosa possono fare l'una per l'altra artificiale*, in *www.cybersecurity360.it*, 2023.

ISSN 2036-7821

minacce, tra le quali vi sono: l'*evasion attack* che modifica gli *input* per influenzare la risposta del sistema; il *poisoning attack* per l'inserimento di dati errati; il *privacy attack* volto all'ottenimento delle informazioni sensibili relative all'IA o ai dati utilizzati per il suo addestramento; l'*abuse attack* con il quale si inseriscono informazioni errate in una pagina *web* o in un documento *online*, successivamente assorbite da un sistema di IA[114].

Tuttavia, ai rischi propri dell'IA si affiancano quelli generalmente presenti sul *web*, come le frodi informatiche e i *ransomware*, un tipo di *malware* che i criminali utilizzano per impedire l'accesso a dati, sistemi o reti, chiedendo in cambio un riscatto[115].

In aggiunta, la stessa IA può essere utilizzata per generare pericoli per la sicurezza informatica[116], essendo stato rilevato che la sua integrazione ha prodotto un aumento del 28,3% degli attacchi informatici nel corso del secondo semestre del 2024[117]. La stessa intelligenza artificiale generativa, ad esempio, può essere impiegata per falsificare le identità digitali mediante l'impiego di documenti, fotografie e video ingannevoli, come rilevato dal *Financial Crimes Enforcement Network* (*FinCEN*). In particolare, quest'ultimo ha definito alcune *best practices* per ridurre le precedenti criticità, predisponendo a tal fine il ricorso a meccanismi di autentificazione a più fattori (*multifactor authentication*) e di audio o video per verificare l'identità delle persone[118].

Quanto precede restituisce l'idea che l'IA possa essere utilizzata, da un lato, quale strumento capace di compromettere la *cybersicurezza*, ossia quell'insieme di attività impiegate per proteggere la rete e i sistemi informativi, gli utenti e tutte le altre persone interessate dalle minacce informatiche[119]; dall'altro, può essere impiegata anche come meccanismo di garanzia per la sicurezza informatica data la capacità di

---

[114] A. VASSILEV, A. OPREA, A. FORDYCE, H. ANDERSON, *Adversarial Machine Learning A Taxonomy and Terminology of Attacks and Mitigations*, in *www.csrc.nist.gov*, 2024, p. 6 ss.; A. ALBERTI, Cyber *attacchi all'intelligenza artificiale: raccomandazioni e strategie di mitigazione del NIST*, in *www.cybersecurity360.it*, 2024.

[115] La crittografia dei dati e l'interruzione delle operazioni della vittima costituiscono i metodi maggiormente utilizzati per condurre tali attacchi. Cfr. FATF, *Fatf report. Countering ransomware financing*, in *www.fatf-gafi.org*, 2023, p. 6; A. CASTRONUOVO, Cyber-crime *e riciclaggio: minacce, schemi operativi e SOS*, in *Diritto bancario*, 2024, p. 2 s.

[116] R. BRIGHI, Cybersicurezza *e intelligenza artificiale. Un'analisi critica*, in *BioLaw Journal*, 2024, 1, p. 114; EUROPEAN UNION AGENCY FOR CYBERSECURITY, *Enisa threat landscape: finance sector. January 2023 to june 2024*, in *www.enisa.europa.eu*, 2025, p. 22 s.

[117] REDAZIONE, Cybersecurity, *più attacchi informatici e meno* gang *(-5,5 %) ma sempre più forti con l'IA*, in *La repubblica*, 2025.

[118] A. MARTINO, *Antiriciclaggio e AI: gli indicatori di anomalia della UIF americana*, in *Diritto bancario*, 2025, p. 1 ss.; FINANCIAL CRIMES ENFORCEMENT NETWORK, *FinCen alert on fraud schemes involving deepfake media targeting financial institutions*, in *www.fincen.gov*, 2024, p. 2 ss.

[119] Così l'art. 2, par. 1, del reg. UE del 17 aprile 2019 n. 881. Si v. R. BRIGHI, Cybersicurezza, cit., p. 114; ALLIANZ, *Intelligenza artificiale &* cybersecurity. *L'inizio di una nuova era*, in *www.it.allianzgi.com*, 2020, p. 1.

ISSN 2036-7821

rilevare rapidamente eventuali criticità[120]. Di conseguenza, l'IA risulta qualificabile sia come nuova fonte di rischio che quale risorsa innovativa per contrastare minacce informatiche che possono sostanziarsi nel danneggiamento o distruzione di dati, sottrazione di denaro e di dati personali/finanziari, furto di proprietà intellettuale, frode e danno reputazionale[121]. Naturalmente, occorre privilegiare tale secondo impiego che può essere raggiunto solo previa integrazione delle tecnologie con l'adozione di adeguati meccanismi di contrasto alle minacce a cui la stessa IA risulta essere maggiormente vulnerabile.

È evidente che il settore del riciclaggio di denaro ha registrato un'amplificazione dei rischi derivanti non solo dalla sostituzione delle tradizionali operazioni di occultamento dei proventi illeciti con attività più sofisticate, ma anche dall'evoluzione delle strategie di controllo che sono sottoposte a nuove tipologie di pericoli, ulteriori rispetto a quelli già comunemente presenti sul *web*. Ne deriva la qualificazione della sicurezza informatica quale indispensabile in un settore fortemente digitalizzato in quanto, in assenza di apposite iniziative e strumenti di supporto, le menzionate difficoltà potrebbero finire per pregiudicare il ricorso all'IA, indebolendo il settore dell'*AML* e favorendo invece l'utilizzo di mezzi tradizionali, ormai scarsamente compatibili alle nuove forme di transazioni illecite.

7. *Osservazioni conclusive: lo stato di implementazione dell'intelligenza artificiale per il contrasto all'occultamento di proventi illeciti*

L'affermazione di dispositivi innovativi ha concorso all'ampliamento delle operazioni volte al riciclaggio di denaro finendo per identificare nuove opportunità capaci di minare l'integrità del sistema finanziario. A tal fine, il ricorso a metodi innovativi nel settore dell'*AML* rappresenta il tentativo dei soggetti obbligati di adeguarsi all'evoluzione delle tecniche di riciclaggio. In termini generali, occorre precisare che l'utilizzo delle tecnologie è maggiore in fase di adeguata verifica (pari al 94%) e di monitoraggio delle transazioni (89%), mentre solo il 44% lo impiega per la riduzione dei falsi positivi[122]. Come si evince, questi dati suggeriscono di avviare interventi mirati all'introduzione di apposite azioni per uniformare il ricorso a tali risorse in ogni fase dell'attività di vigilanza *AML* al fine di provvedere a una digitalizzazione dell'intera procedura di *compliance* antiriciclaggio.

Di conseguenza, solo il *risk-based approach* può rappresentare un mezzo di

[120] ALLIANZ, *op. cit.*, p. 1.

[121] ALLIANZ, *op. ult. cit.*, p. 1.

[122] In aggiunta, il 78% ha dichiarato di utilizzare le tecnologie per il monitoraggio della clientela mentre eguale percentuale ha comunicato di impiegarle per la definizione di soglie e *alert*. Il 72% invece ha precisato di avvalersi di tali strumenti per approfondimenti investigativi tramite l'analisi di fonti aperte/dati non strutturati, il 61% per le SOS da comunicare alle autorità di vigilanza, il 56% per l'integrazione di dati/fonti aperte, il 50% per la valutazione del rischio/segmentazione della clientela; in argomento v. M. NAZZARI, M. RICCARDI, Next Generation, cit., p. 19.

ISSN 2036-7821

legittimazione per potenziare gli strumenti da impiegare in quanto consente di adattarli ai rischi effettivamente individuati sulla base di una valutazione dell'evidenza fattuale volta all'identificazione dei rischi e alla successiva mitigazione con mezzi adeguati[123].

L'adozione delle tecnologie rende le misure *AML* più rapide, economiche ed efficaci[124]. Sul tema, l'*AI ACT* ha offerto un rilevante contributo ai meccanismi di implementazione, data la possibilità di operare sulla base di disposizioni condivise nell'intero contesto unionale. Se dunque le varie giurisdizioni stanno provvedendo all'introduzione di differenti tipologie di dispositivi di regolazione dell'IA, la portata delle operazioni di riciclaggio richiederebbe la predisposizione di un intervento in ambito internazionale rispetto al settore dell'*AML* allo scopo di garantire un'uniformità internazionale, a cui far seguire poi, come per le Raccomandazioni del GAFI, l'implementazione nei singoli ordinamenti nazionali.

Va precisato che tale tentativo non è stato avviato neanche in ambito europeo con la recente adozione dell'*AML Package*, il quale difetta di effettivi richiami alle moderne tecnologie per l'adempimento degli obblighi previsti. Probabilmente, l'assenza di questa tipologia di intervento risulta ascrivibile alla mancanza di qualunque riferimento internazionale.

Attualmente ciò che traspare sulla base degli interventi normativi effettuati è che le autorità siano maggiormente interessate al rispetto degli obblighi, lasciando invece agli operatori maggiore discrezionalità circa le tecnologie da impiegare. A tal fine si rileva che l'81% degli operatori del settore bancario ritiene che le autorità *AML/CFT* non abbiano una preferenza circa le soluzioni da impiegare per adempiere agli obblighi *AML*, ma siano interessate esclusivamente al risultato finale; mentre il 59% sostiene che le autorità si limitano a suggerire l'integrazione delle soluzioni tradizionali con modelli basati sull'IA[125].

Nonostante l'intervento regolamentare, i riconoscimenti giurisprudenziali e normativi, le attività dei singoli operatori, il ricorso dell'IA nel settore dell'*AML* risulta connotato da varie criticità. Si registra un ampliamento dei costi per lo sviluppo e l'adozione di nuove tecnologie che impatta maggiormente sugli operatori di piccole dimensioni, caratterizzati generalmente da insufficienti risorse economiche.

Per altro verso, un ulteriore problema risiede nella difficoltà di integrare o sostituire i sistemi tradizionalmente utilizzati con le nuove soluzioni, a cui si accompagna l'assenza di un'adeguata formazione del personale, carente nella capacità di gestione e interpretazione delle soluzioni tecnologiche avanzate. Se ne deduce la necessità di

[123] *Considerando* 22 della direttiva UE 2015/849.

[124] FATF, *Opportunities*, cit., p. 4; G. MICELI, *Riciclaggio e terrorismo? Ci pensa l'intelligenza artificiale*, in *La discussione*, 2024.

[125] M. NAZZARI, M. RICCARDI, Next Generation, cit., p. 35.

ISSN 2036-7821

istituire incentivi di natura economica, come sgravi fiscali per gli investimenti, che potrebbero implementare le risorse a disposizione delle organizzazioni, a cui si accompagna l'esigenza di potenziare il settore delle risorse umane predisponendo, ad esempio, appositi corsi di aggiornamento per il personale[126].

In definitiva, lo stato di implementazione dell'IA nel settore dell'antiriciclaggio risulta abbastanza avanzato[127], tuttavia la sussistenza delle menzionate criticità rischia di incidere negativamente sui profili applicativi finendo per disincentivare la sostituzione dei mezzi tradizionalmente impiegati per il contrasto alle attività illecite. In tale contesto, spetta ai soggetti preposti allo svolgimento di attività di contrasto e monitoraggio adeguarsi ai differenti strumenti normativi, provvedendo simultaneamente alla risoluzione delle difficoltà indicate. Purtuttavia, l'implementazione delle tecnologie non può sostanziarsi nella completa sostituzione del giudizio umano, ma deve affiancarlo e potenziarlo[128], con specifico riferimento a fattispecie, come le disuguaglianze regionali o le competenze su questioni emergenti, che le tecnologie non sono ancora in grado di rilevare. Di conseguenza, almeno attualmente, occorrerebbe valutare una possibile integrazione tra le tecnologie e un processo di vigilanza basato sul contributo attivo degli operatori[129].

[126] M. NAZZARI, M. RICCARDI, *op. cit.*, p. 17 ss.; A. GALIMBERTI, *La lotta al riciclaggio punto sui* big data, in *Norme & Tributi Plus*, 2021; A. GALLO, *L'intelligenza artificiale*, cit.; GSMA ASSOCIATION, *The value*, cit., p. 26; FATF, *Opportunities*, cit., p. 40; EUROPEAN UNION AGENCY FOR CYBERSECURITY, *Enisa threat landscape: finance sector. January 2023 to june 2024*, in *www.enisa.europa.eu*, 2025, p. 30 s.

[127] Nel corso del 2020, il mercato globale afferente all'implementazione dell'IA nel settore dei servizi finanziari ha registrato un valore pari a 7,9 miliardi di dollari; in argomento v. REDAZIONE, *L'IA nell'AML: la tecnologia a vantaggio dei servizi finanziari*, in *www.antiriciclaggio.press*, 2025.

[128] A. GALLO, *L'intelligenza artificiale*, cit.; GSMA ASSOCIATION, *The value*, cit., p. 26; P. DEL GAUDIO, *Il ruolo*, cit., p. 49.

[129] FATF, *Opportunities*, cit., p. 39.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il carattere dei veti comunali nei procedimenti conferenziali vòlti all'infrastrutturazione del territorio: una questione in continuo divenire

di Francesco Albione

(Dottorando di ricerca in «Diritti e Sostenibilità» presso l'Università del Salento)

`

Sommario

1. In premessa: ragioni e obiettivi dello studio. – 2. Gli orientamenti giurisprudenziali circa l'efficacia del veto comunale nei procedimenti conferenziali vòlti all'infrastrutturazione del territorio. – 2.1. Segue. Primo orientamento giurisprudenziale: "sì" al superamento del veto comunale e all'effetto di variante automatica. – 2.2. Segue. Secondo orientamento: l'insuperabilità del veto comunale. – 3. Il Comune come voce autorevole per la salvaguardia degli interessi propri delle comunità locali: una vicenda di riferimento. – 3.1. Segue. Le argomentazioni del Tar. – 4. L'onere di motivazione puntuale: una soluzione per il superamento del veto dei Comuni nei procedimenti di infrastrutturazione del territorio. – 5. Riflessioni conclusive.

Abstract

The contribution examines the controversial nature of municipal vetoes in the context of service conferences, whose regulation shows a significant deviation from what is provided for by Law No. 241 of August 7, 1990.

In fact, local authorities are barred from accessing the opposition judgment before the Presidency of the Council of Ministers: the reasons have been clarified by the Council of State in an opinion requested by the same Presidency of the Council of Ministers, in light of the frequency with which municipalities tend to express their dissent in service conferences related to the establishment of facilities to be authorized through regional or provincial measures.

What the Council of State did was to downsize the dissenting power of the Municipalities, generally denying them the possibility of opposing: using this opinion as a starting point – and highlighting the doctrine and jurisprudence that have contributed to the doctrinal development of these mechanisms – the article aims to emphasize the numerous questions regarding the balance between the need for procedural simplification and the protection of territorial interests (specific to local authorities), as well as the consistency of the criteria for legitimizing public administrations (both local and technical) in the context of complex procedures.

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

ISSN 2036-7821

1. In premessa: ragioni e obiettivi dello studio.

Le riflessioni che qui seguiranno attengono all'analisi del carattere dei veti manifestati dai Comuni in ambito conferenziale, i quali di frequente difendono (in questa sede) le proprie competenze – legate ai poteri amministrativi loro attribuiti – dall'ingerenza del potere regionale o provinciale.

Come è stato più volte ribadito sia dalla giurisprudenza, che dalla dottrina, il dissenso espresso in conferenza di servizi dalle Regioni e dalle Province autonome assume carattere verticale ed è regolato dai principi di leale collaborazione e sussidiarietà procedimentale[1], vòlti a preservare le rispettive competenze legislative e amministrative nei confronti della normazione statale che – attraverso continue istanze centraliste – possa pregiudicarle[2].

Analogamente, anche il veto manifestato dai Comuni potrebbe essere declinato in chiave "verticalistica", pur in assenza di strumenti di tutela equivalenti e considerando l'impossibilità – per gli stessi enti locali – di rivolgersi al livello governativo statale per proporre un giudizio di opposizione[3]. Ciò nonostante, risulta

[1] Questo è stato affermato anche da Corte cost., 6 marzo 2024, n. 31, secondo cui «il principio di sussidiarietà, che consente l'avocazione a livello statale di competenze legislative proprie delle regioni, si interseca con quello di leale collaborazione, che impone allo Stato di valutare gli interessi in gioco e assumere le relative decisioni, per quanto possibile, attraverso un contraddittorio con le regioni interessate. Viene così enfatizzato il valore procedimentale della sussidiarietà, che trova la sua naturale esplicazione nel dialogo leale e collaborativo delle parti (sentenza n. 303 del 2003).

In definitiva, qualora le regioni interessate, titolari di potestà legislativa concorrente o residuale, non vengano adeguatamente coinvolte nel processo decisionale oggetto di attrazione in sussidiarietà, ovvero il loro apporto collaborativo risulti ingiustificatamente ridotto, ne consegue una lesione del principio di leale collaborazione e degli artt. 117, terzo comma, e 118, primo comma, Cost. (sentenza n. 246 del 2019)».

[2] Secondo P. LOMBARDI, *Il superamento del dissenso in materia di atti amministrativi sottoposti ad intesa: una semplificazione possibile?*, in *Dir. econ.*, n. 2/2013, pp. 451 ss., «il rapporto tra efficienza e garanzia parrebbe oggi più che mai assestarsi – nelle intenzioni del legislatore – nel senso di una "prevalenza dell'ansia di provvedere", che rende il procedimento quale "via scortata" verso il risultato finale, anche al prezzo della "progressiva complicazione di meccanismi di semplificazione". E questo sembra valere, a maggior ragione, per quelle ipotesi in cui viene individuato come strumento di soluzione di possibili conflitti l'intervento del Consiglio dei ministri: in questi casi, non è più l'obiettivo della semplificazione ad apparire come veramente qualificante, bensì quello di operare con misure direzionali secondo una relazione dialettica di sovraordinazione-sottordinazione che rischia di frustare le autonomie costituzionalmente garantite».

[3] Le ragioni di questo veto sono specificate nel parere Cons. Stato, I, 30 settembre 2019, n. 2534, secondo cui «può ritenersi che la "preposizione" di un ente pubblico (o di organi e uffici di pubbliche Amministrazioni) alla cura (più nello specifico alla "tutela") di determinati beni-interessi pubblici richieda un'attribuzione specifica di competenza mediante norme speciali di settore, e dunque debba distinguersi dalla generale competenza, riconosciuta per tradizionale assunto dottrinario ai Comuni in quanto enti storicamente preesistenti allo stesso ordinamento costituzionale vigente, di una generale "rappresentanza" esponenziale di tutti gli interessi riconducibili alla collettività organizzata nel rispettivo ambito territoriale, rappresentanza che trova fondamento, dunque, non già e non necessariamente in specifici riconoscimenti normativi, ma trae origine dalla natura stessa dell'ente locale, e che tuttavia recede di fronte a specifiche attribuzioni di competenze settoriali fondate su norme speciali».

Sul tema, v. anche C. NAPOLITANO, *Amministrare il dissenso – Sui limiti della semplificazione nel superamento dei conflitti fra istituzioni*, Editoriale scientifica, 2024. L'A. afferma che il parere del Consiglio di Stato cit. «si spinge altresì a circoscrivere la legittimazione a proporre il giudizio di opposizione identificando le Amministrazioni

ISSN 2036-7821

più convincente riferire al dissenso dei Comuni una dimensione "orizzontale", che si manifesta quando si discute di interessi, non già di livelli di governo.
Una prospettiva di questo tipo emerge con grande chiarezza nell'esame della giurisprudenza relativa al potere di veto degli enti locali nei procedimenti unici, finalizzati all'infrastrutturazione del territorio attraverso la realizzazione di impianti: in particolare, si tratta dei procedimenti unici previsti dal Codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), quali il Provvedimento Autorizzatorio Unico Regionale (PAUR) – *ex* art. 27-*bis* –, ovvero l'Autorizzazione Unica «per i nuovi impianti di smaltimento e recupero dei rifiuti» – *ex* art. 208 –, i quali risultano spesso carenti in relazione all'attenzione rivolta ai profili urbanistici, specie quando l'intervento approvato tramite il provvedimento unico potrebbe comportare una variante automatica agli strumenti di pianificazione generale. Dunque, questi procedimenti – nonostante siano formalmente contrassegnati da un carattere di "unicità" – non prevedono schemi procedimentali realmente integrati, in grado di unificare il processo decisionale.
In questo contributo, dopo l'analisi dei differenti orientamenti giurisprudenziali in materia – nonché di una vicenda di riferimento –, saranno condotte delle riflessioni critiche – attraverso richiami alla dottrina e alla giurisprudenza – circa la duplice dimensione che i dissensi espressi dai Comuni in questi procedimenti assumono: da un lato, configurandosi come conflitti "verticali" nei confronti dei livelli governativi superiori[4]; mentre, dall'altro, collocandosi su un piano "orizzontale", connesso alla rilevanza locale degli interessi coinvolti.

2. Gli orientamenti giurisprudenziali circa l'efficacia del veto comunale nei procedimenti conferenziali vòlti all'infrastrutturazione del territorio.

Come specificato in premessa, è opportuno – ai fini di questo studio – approfondire e condurre delle riflessioni sui principali orientamenti (divergenti tra loro) circa il ruolo del Comune e, soprattutto, circa la rilevanza del suo dissenso nell'ambito della conferenza di servizi.
Secondo un primo filone giurisprudenziale, l'«effetto variante» avrebbe carattere automatico, indipendentemente dall'assenso o dal dissenso espresso dal Comune interessato. Diversamente opinando – e, cioè, attribuendo sempre e comunque prevalenza alla pianificazione urbanistica locale, rispetto all'Autorizzazione Unica, in

titolari d'interessi sensibili con quelle contemplate dal comma 2 dell'art. 17 della stessa l. n. 241 del 1990, quelle cioè le cui valutazioni tecniche in materia di tutela ambientale, culturale, paesaggistica e della salute dei cittadini sono "forti", ovvero non sostituibili e non superabili altrimenti».

[4] Sull'esistenza di più centri decisionali in materia di ambiente, v. M. BROCCA, *Sussidiarietà e ambiente. Nuove dinamiche in tema di 'governance' ambientale*, in *Amministrativ@mente*, n. 3/2023, pp. 1437 ss. e E. GIARDINO, *Il conflitto interistituzionale nella tutela ambientale*, in M. MACCHIA (a cura di), *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche Amministrazioni*, Napoli, 2019, pp. 147 ss.

ISSN 2036-7821

caso di dissenso comunale – si vanificherebbe la stessa *ratio* del citato art. 208, comma 6 del Codice dell'Ambiente, che stabilisce una gerarchia normativa tra i due fattori citati[5]: in questa prospettiva, il dissenso del Comune non precluderebbe il rilascio dell'Autorizzazione, ma costituirebbe un «elemento di valutazione in sede di conferenza di servizi, secondo il modulo generale (e non espressamente derogato) di cui agli artt. 14 ss., l. n. 241/1990»[6].

Al contrario, per altro orientamento[7] l'effetto variante sarebbe precluso dall'espresso dissenso comunale manifestato in sede conferenziale: secondo questa prospettiva, la norma non potrebbe automaticamente privare i Comuni della competenza urbanistica, la quale sarebbe tutelata da una riserva di attribuzioni, intangibile da parte delle altre pp. AA. coinvolte nel procedimento; conseguentemente, il Comune disporrebbe di un effettivo potere di veto sulla localizzazione dell'impianto, qualora dovesse rilevare un'inconciliabilità con i propri strumenti urbanistici[8].

In questo contesto si può scorgere il nodo problematico: la previsione legislativa di una variante automatica al piano regolatore – subordinata all'esito favorevole della conferenza di servizi – è adatta a superare il riparto di competenze tra le pp. AA. coinvolte?

2.1. **Segue.** *Primo orientamento giurisprudenziale: "sì" al superamento del veto*

[5] Questo il contenuto dell'art. 208, comma 6, d.lgs. n. 152/2006: «[…] Entro 30 giorni dal ricevimento delle conclusioni della Conferenza dei servizi, valutando le risultanze della stessa, la regione, in caso di valutazione positiva del progetto, autorizza la realizzazione e la gestione dell'impianto. L'approvazione sostituisce ad ogni effetto visti, pareri, autorizzazioni e concessioni di organi regionali, provinciali e comunali, costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico e comporta la dichiarazione di pubblica utilità, urgenza ed indifferibilità dei lavori».

[6] In questi termini, sempre Tar Lombardia, III, 23 maggio 2022, n. 1187.

[7] Si segnalano in proposito:

- Tar Emilia-Romagna, Parma, 24 giugno 2015, n. 196 del 2015, secondo il quale «nel caso di specie mancava del tutto il presupposto per il rilascio dell'autorizzazione con effetto di variante urbanistica sussistendo il dissenso del Comune – non altrimenti superabile – circa la conformità urbanistica dell'impianto»;
- Tar Calabria, Catanzaro, 19 settembre 2013, n. 929, per il quale «la conferenza di servizi in oggetto […] costituisce una conferenza istruttoria e non decisoria, rappresentando uno strumento di mera emersione e comparazione di tutti gli interessi coinvolti. Peraltro, essa è prevista da una norma connotata da indubbi caratteri di specialità rispetto al modello di cui agli artt. 14 e ss. della legge n. 241 del 1990: ad essa, pertanto, non si applicano i meccanismi di accelerazione e semplificazione procedimentale previsti dalla disciplina generale in materia di conferenza di servizi decisoria, che consentono di configurare ipotesi di assenso tacito e connessa decadenza dal potere di provvedere nei confronti dei soggetti assenti o che hanno emesso i loro pareri al di fuori della conferenza, nel caso di specie la Asp e la Provincia di Crotone. Tale soluzione, infatti, è del tutto incompatibile con il modello specifico in esame, che affida alla sola Regione la competenza finale a provvedere […]. La determinazione conclusiva della conferenza di servizi, quindi, ha contenuto consultivo e valore endoprocedimentale, trattandosi di atto meramente istruttorio ed interno, da riversare nell'atto decisorio, ossia nel provvedimento successivamente intervenuto».

[8] V. sempre Tar Calabria, Catanzaro, n. 929/2013 cit.

ISSN 2036-7821

comunale e all'effetto di variante automatica.

La soluzione all'interrogativo posto in chiusura del precedente paragrafo non appare priva di complessità interpretative.

Il primo orientamento della giurisprudenza – cui si è accennato nelle righe precedenti – ritiene che l'approvazione del progetto in sede di conferenza di servizi produca l'effetto automatico di variante al piano regolatore, pur in presenza di un dissenso espresso dal Comune interessato.

Detto effetto deriverebbe dalla natura della norma (si prenda ancora come modello l'art. 28, d.lgs. n. 152/2006): che individua nella conferenza di servizi – oltre a un modulo procedimentale di confronto *inter*-amministrativo – uno strumento subordinato all'interesse superiore della realizzazione dell'intervento.

In questo contesto, le competenze risultano accentrate in capo alla p. A. procedente (si tratta della Regione), che esercita il potere autorizzatorio successivamente al confronto in conferenza. Una configurazione di questo tipo è evidente nell'ambito dei procedimenti vòlti alla localizzazione di impianti di smaltimento e recupero dei rifiuti[9], in cui la stessa Regione esercita una competenza derivante dalla propria funzione pianificatoria in questa materia, previa consultazione degli enti territoriali interessati[10].

Questo approccio viene adattato anche ad altri procedimenti unici, generando l'esclusione del Comune dall'esercizio di un potere di veto sulla localizzazione o l'installazione di impianti produttivi: così, eventuali dissensi comunali possono essere superati in sede di conferenza di servizi, la cui funzione precipua è quella di risolvere i contrasti in materia di pianificazione territoriale. Il mancato consenso del Comune non assumerebbe, di conseguenza, valore ostativo – stante l'effetto *ex lege* di variante urbanistica prodotto dalla conferenza e dalla conseguente autorizzazione unica –, lasciando in capo allo stesso un mero obbligo di recepimento.

Siffatta interpretazione trova il suo fondamento nell'esigenza di limitare il condizionamento decisionale che potrebbe derivare dalle Amministrazioni locali, particolarmente coinvolte negli interessi territoriali contingenti. La scelta legislativa

[9] In questo ambito, v., *ex multis*, Cons. Stato, IV, 7 novembre 2022, n. 9738, il quale specifica che «l'autorizzazione unica regionale disciplinata dall'art. 208 del d.lgs. n. 152/2006 costituisce anche titolo abilitativo edilizio alla realizzazione dell'impianto di smaltimento o recupero di rifiuti, posto che le autonome e specifiche attribuzioni in materia spettanti all'amministrazione comunale rifluiscono nella prevista Conferenza di servizi, in cui si vede coinvolta la stessa Amministrazione comunale e che rappresenta il luogo procedimentale deputato alla complessiva valutazione del progetto presentato».

[10] Sul tema, v. Tar Campania, V, 7 agosto 2023, n. 4763, la quale specifica che «il potere autorizzatorio della Regione appena esaminato costituisce, peraltro, espressione della più ampia competenza regionale di predisporre e adottare i piani (regionali) di gestione dei rifiuti, sentite le province, i comuni e, per quanto riguarda i rifiuti urbani, le Autorità d'ambito di cui all'articolo 201». Secondo il Giudice, un siffatto quadro normativo persegue il fine di «allocare le scelte definitive in ordine alla individuazione dei siti da destinare all'insediamento degli impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti a un livello di governo diverso e superiore rispetto a quello dell'ente comunale nel cui territorio dovrebbe essere insediato l'impianto sottoposto ad autorizzazione».

ISSN 2036-7821

sembrerebbe atta a evitare la c.d. "cattura degli interessi" da parte degli enti più prossimi al territorio, allocando le decisioni definitive relative agli insediamenti produttivi a livelli di governo superiori, così da scongiurare il rischio del c.d. "effetto NIMBY" ("*Not in My Back Yard*")[11].

Un orientamento giurisprudenziale successivo avvalora ulteriormente questa impostazione, sottolineando come il legislatore abbia espressamente voluto escludere la possibilità per i Comuni di esercitare poteri di veto, nei procedimenti unici finalizzati alla realizzazione di opere strategiche: a tal proposito, è stato affermato che, nel caso di autorizzazioni uniche "speciali" – come, ad es., quelle previste per i terminali di rigassificazione[12] –, il dissenso del Comune in sede di conferenza di

[11] Per la giurisprudenza, dall'effetto NIMBY si possono individuare le cc.dd. "opzioni zero": ad es. secondo Tar Puglia, Lecce, II, 4 novembre 2022, n. 1750, «l'"opzione zero" praticata dalla Soprintendenza riecheggia la c.d. "Formula Nimby" (*not in my back-yard*; non nel mio cortile), la quale è irrazionale per definizione, ed è comunque contraria ai più recenti approdi della giurisprudenza amministrativa, la quale – in una fattispecie avente ad oggetto la realizzazione di pale eoliche (e dunque, elementi senz'altro più visibili, e dunque maggiormente impattanti, dal punto di vista cultural-paesaggistico, degli impianti agrivoltaici, in particolare di quello in esame) – ha di recente condivisibilmente chiarito che: "L'interesse pubblico alla tutela del patrimonio culturale, in relazione di un vincolo indiretto, non ha il peso e l'urgenza per sacrificare interamente l'interesse ambientale indifferibile della transizione ecologica, la quale comporta la trasformazione del sistema produttivo in un modello più sostenibile che renda meno dannosi per l'ambiente la produzione di energia, la produzione industriale e, in generale, lo stile di vita delle persone. La posizione 'totalizzante' così espressa dall'Amministrazione dei beni culturali si pone in contrasto con l'indirizzo politico europeo (Direttiva CEE n. 2001/77) e nazionale (d.lgs. 29 dicembre 2003 n. 387) che riconosce agli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili importanza fondamentale, dichiarandoli opere di pubblico interesse proprio ai fini di tutela dell'ambiente. L'Amministrazione, in sede di esercizio e di riedizione del potere, deve ricercare non già il totale sacrificio dell'uso produttivo di energia pulita delle aree contigue alle aree vincolate (nella specie croci votive), secondo una logica meramente inibitoria, bensì una soluzione comparativa e dialettica fra le esigenze dello sviluppo sostenibile e quelle afferenti al paesaggio culturale" (C.d.S, VI, 23.9.2022, n. 8167)».

In proposito, v. C. NAPOLITANO, *op. cit.* e M.A. CARIDDÙ, *Territorio (governo del)*, in *Amministrare*, n. 3/2008, pp. 309 ss.: secondo l'ultima A., «il fenomeno c.d. 'della sindrome Nimby' (*not in my back yard*) rappresenta in maniera emblematica non solo l'atteggiamento che consiste nel riconoscere come necessarie, o comunque possibili, opere e attività di interesse pubblico che, nel contempo, si dichiarano indesiderabili per via del temuto impatto 'ambientale' negativo ma anche il difficile rapporto fra scienza e di- ritto, specie quando il diritto è chiamato a rivestire di certezza ciò che per la scienza risulta incerto (si pensi, per esempio, al caso dell'elettrosmog o allo smaltimento dei rifiuti)».

[12] La citata autorizzazione è prevista dall'art. 5, d.l. 17 maggio 2022, n. 50 – rubricato «*Disposizioni per la realizzazione di nuova capacità di rigassificazione*» –, il quale sancisce che:

«1. In considerazione della necessita` di diversificare le fonti di approvvigionamento di gas ai fini della sicurezza energetica nazionale, fermi restando i programmi di decarbonizzazione del sistema energetico nazionale, le opere finalizzate all'incremento della capacita` di rigassificazione nazionale mediante unita` galleggianti di stoccaggio e rigassificazione da allacciare alla rete di trasporto esistente alla data di emanazione del presente decreto, incluse le connesse infrastrutture, costituiscono interventi strategici di pubblica utilita`, indifferibili e urgenti. Per la realizzazione delle opere e delle infrastrutture connesse di cui al primo periodo, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri sono nominati uno o più Commissari straordinari di Governo. […]

2. Per la costruzione e l'esercizio delle opere di cui al comma 1, nonché per la realizzazione delle connesse infrastrutture, l'autorizzazione […] è rilasciata dal Commissario di cui al comma 1 a seguito di procedimento unico, da concludersi entro centoventi giorni dalla data di ricezione dell'istanza di cui al comma 5. […]

ISSN 2036-7821

servizi non possa in alcun modo impedire la realizzazione del progetto, considerando l'effetto di variante urbanistica come intrinseco allo stesso procedimento autorizzatorio[13].

Il superamento del dissenso comunale in sede di conferenza di servizi rappresenta, in quest'ottica, una delle finalità principali della disciplina procedurale, in quanto risponde alla necessità di contemperare gli interessi propri degli enti locali con quelli strategici di rilievo nazionale, particolarmente rilevanti in ambiti quali la politica energetica e la correlata tutela ambientale. In ogni caso, il Comune – pur privo di un potere di veto, fondato sull'incompatibilità dei propri strumenti urbanistici rispetto alla realizzazione del progetto –, conserva la possibilità di esprimere le proprie posizioni, che vengono esaminate e valutate nell'ambito del procedimento conferenziale[14].

In somma, secondo questo filone, la preminenza degli interessi strategici sovracomunali implica una configurazione delle competenze flessibile e non rigidamente circoscritta: l'identificazione in capo ai Comuni della loro piena

---

5. […] L'autorizzazione ha effetto di variante degli strumenti urbanistici vigenti, nonché di approvazione della variante al piano regolatore portuale, ove necessaria».

[13] A riguardo, si segnala una complessa vicenda giuridica concernente la realizzazione di un rigassificatore nel territorio del Comune di Piombino.

La decisione (Tar Lazio, III, 23 gennaio 2024, n. 1279) ha sancito la legittimità della conclusione positiva della conferenza di servizi, adottata secondo il principio di prevalenza, nonostante il dissenso espresso dall'Amministrazione comunale. Tale esito, tuttavia, ha destato alcune perplessità, non solo per il superamento del parere contrario dell'Ente locale, ma anche per la significativa condanna alle spese processuali inflitta al Comune.

In particolare, il Comune è stato condannato al pagamento di 30.000,00 euro in favore del Commissario Straordinario di Governo incaricato della realizzazione delle opere finalizzate all'aumento della capacità di rigassificazione nazionale mediante unità galleggianti di stoccaggio e rigassificazione connesse alla rete di trasporto regionale toscana. Ulteriori 15.000,00 euro sono stati posti a carico del Comune per le spese degli interventori *ad adiuvandum*, comprendenti le altre Amministrazioni statali, la Regione Toscana e Snam.

La condanna ha suscitato dubbi, soprattutto per il suo ammontare e per il rigore dimostrato nei confronti di un Ente locale che aveva manifestato un'opposizione riconducibile a interessi propri del territorio.

Questa scelta conferma, nondimeno, l'orientamento del legislatore e del Giudice verso la preminenza dell'interesse strategico nazionale e dell'efficienza procedurale, evidenziando la tensione esistente tra istanze locali e finalità di rilievo sovraordinato.

[14] Questo viene ribadito da Tar Lazio, III, n. 1279/2024 cit., secondo cui «il superamento in sede di conferenza di servizi decisoria dell'opposizione comunale alla variante costituisce esattamente lo scopo del procedimento speciale delineato dal Legislatore. E nel caso di specie la ragionevolezza della determinazione assunta può apprezzarsi, tenendo conto della ratio che giustifica la scelta legislativa, volta a consentire la realizzazione del progetto anche nel caso di sua incompatibilità con gli strumenti urbanistici comunali, ratio riconducibile alla sua rilevanza strategica e alla delicata rilevanza degli interessi sottostanti, afferenti alla politica energetica del Paese in un'epoca di grave crisi internazionale.

In tal ottica, la valutazione degli interessi della Comunità locale, lungi dall'essere pretermessa come erroneamente asserito dal ricorrente, è stata demandata al procedimento preordinato all'emanazione dell'autorizzazione unica: in tale sede, il Comune ha avuto modo, senza godere di alcun potere di veto, di esporre in modo pieno ed effettivo le sue posizioni, che sono state scrutinate in sede di conferenza di servizi e sono state contemperate con quelle di tutte le altre Amministrazioni a vario titolo coinvolte, alla luce del principio di prevalenza».

ISSN 2036-7821

competenza comporterebbe, in questi procedimenti, il riconoscimento di un potere di veto sostanziale, insuperabile, che provocherebbe una stasi degli stessi.
D'altronde, le normative che disciplinano modelli procedimentali unificati nei quali le pp. AA. intervengono in qualità di componenti di conferenze di servizi a carattere istruttorio, sono idonee a determinare un'incidenza diretta sul riparto delle competenze tra i diversi enti coinvolti, talvolta alterandola[15], cercando, in ogni caso, di evitare qualsiasi forma di esclusione "totale" dalle decisioni pianificatorie[16].
Infine, la stessa Corte costituzionale ha chiarito che non esiste una riserva esclusiva di competenza urbanistica in favore dei Comuni, essendo la gestione del territorio affidata al principio di sussidiarietà e, dunque, al dialogo (anche) tra le Regioni e le Province[17].

---

[15] Questo è sostenuto da Tar Liguria, I, 23 maggio 2012, n. 723: «la previsione espressa di una competenza decisoria in capo alla Provincia in ordine al rilascio dell'autorizzazione, accompagnata dalla previsione di una Conferenza di servizi per raccogliere i pareri degli altri Enti interessati, spieghi effetti sulle competenze amministrative. La norma in questione (l'art. 17 L.R. n. 11/1995 ed a livello nazionale dell'art. 27 del D.Lgs. n. 22/1997), impone difatti l'indizione di una Conferenza di servizi, dove tutti gli Enti interessati dovevano essere convocati, ma espressamente affida alla Provincia la decisione finale sull'autorizzazione dell'impianto, sia pure all'esito della conferenza stessa.

L'attribuzione di tale potere di autorizzazione del progetto deve essere intesa, salvo espresse e specifiche previsioni *ad hoc* che qui non si ravvisano, come inerente ad ogni aspetto autorizzatorio di localizzazione e realizzazione dell'impianto. […] Al riguardo, la disposizione secondo cui l'approvazione del progetto costituisce variante urbanistica è idonea a svolgere effetti in ordine alle competenze sul governo del territorio. Tale previsione non si limita ad evitare ulteriori *sub* procedimenti, quali quello inerente all'approvazione di una variante al PRG nella mera ottica di concentrazione procedimentale, bensì si pone come norma che consente alla determinazione assunta in sede finale dalla Provincia ad incidere direttamente sullo strumento urbanistico generale, ai fini della localizzazione dell'impianto.

In sostanza, tale norma consente che la Provincia competente possa, all'esito della Conferenza di servizi, decidere anche disporre con effetti anche in ordine alla variazione del PRG fatta salva la necessita` di motivare sul punto, in ossequio al principio generale dell'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo».

[16] Sempre Tar Veneto, n. 549/2017 cit., sostiene, appunto, che la circostanza davvero essenziale è che «il Comune non sia completamente pretermesso dalle scelte pianificatorie direttamente incidenti sul suo territorio, circostanza che non può affermarsi nel caso di specie essendo lo stesso legittimato a partecipare alla Conferenza di servizi. Inoltre, la visione autonomistica, dedotta dal Comune a salvaguardia delle sue competenze, non può non tener conto dei preminenti principi di sussidiarietà e adeguatezza, ormai sanciti a livello costituzionale nell'art. 118, che devono ispirare il riparto delle competenze amministrative a livello locale.

Tali principi ben possono giustificare, mediante come nel caso di specie un'espressa previsione in un testo di rango legislativo, un intervento di un ente di livello territoriale superiore nell'iter di autorizzazione di un impianto come quello in questione, con effetto incidente anche sul piano delle competenze in materia a pianificazione urbanistica e, in particolare, attribuendo alla provincia un ambito decisione finale per quanto riguarda una variante urbanistica necessaria per la localizzazione dell'impianto, nell'ambito di un procedimento in cui il Comune è comunque chiamato a intervenire, partecipando alla Conferenza di servizi.

Tale ricostruzione, che non consente al Comune di porre un veto insuperabile alla localizzazione dell'impianto, risulta peraltro in linea con l'evoluzione della normativa sull'autorizzazione degli impianti di trattamento dei rifiuti di cui all'art. 208 (Autorizzazione unica per i nuovi impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti) del Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale) […]».

[17] A tal proposito, v. Tar Veneto, III, 1 giugno 2017, n. 549 il quale – richiamando Corte cost., 21 ottobre 1998, n. 357 –, afferma che «la garanzia costituzionale del principio autonomistico, previsto dall'art. 5 e 128 della Costituzione, può dirsi rispettata ogniqualvolta il procedimento finalizzato all'approvazione degli strumenti

ISSN 2036-7821

2.2. Segue. ***Secondo orientamento: l'insuperabilità del veto comunale.***

Di tenore sostanzialmente differente è l'approccio del filone giurisprudenziale contrapposto rispetto a quello appena esaminato.

Secondo questo indirizzo interpretativo, infatti, le disposizioni normative che attribuiscono alle autorizzazioni uniche la capacità di costituire variante automatica agli strumenti urbanistici non alterano la ripartizione delle competenze amministrative in materia di governo del territorio.

Dunque, questo orientamento – considerato da alcuni[18] addirittura recessivo – rivolge una maggiore attenzione alla tutela dell'armonia della pianificazione, nonché alle prerogative degli enti territoriali nel governo del territorio.

I punti centrali dell'impianto argomentativo in esame possono essere così riassunti.

In primo luogo, la conferenza di servizi prevista nell'ambito dei procedimenti unici (si consideri, per tutte, sempre quella disciplinata dall'art. 208, d.lgs. n. 152/2006 cit.) ha natura istruttoria e non decisoria: essa si configura, cioè, come uno strumento definito da una norma che presenta caratteri di specialità rispetto al modello generale delineato dagli artt. 14 ss. della l. n. 241/1990, finalizzato esclusivamente a far emergere e confrontare gli interessi coinvolti. Ciò si manifesta sicuramente nella non applicabilità – in caso di veto espresso dal Comune – delle disposizioni della l. n. 241/1990, in quanto il dissenso riguardante interessi sensibili si riferisce esclusivamente alle Amministrazioni statali; inoltre, non sono adattabili ai procedimenti unici in esame i meccanismi di accelerazione e semplificazione procedimentale, propri delle conferenze di servizi decisorie, previsti sempre dalla normativa generale.

Pertanto, sebbene ciascuna p. A. partecipante rappresenti in conferenza gli interessi di cui è portatrice, la decisione finale spetta unicamente a quella procedente, che è chiamata a tener conto delle risultanze istruttorie, motivando adeguatamente la propria determinazione: in particolar modo, in presenza di veti.

La giurisprudenza conferma questa lettura, sostenendo che nel procedimento *ex* art. 208 del Codice dell'Ambiente, l'autorizzazione unica può essere rilasciata qualora – alla luce delle risultanze della conferenza di servizi – il progetto sia valutato positivamente. Detta autorizzazione può costituire variante allo strumento urbanistico solo se il parere positivo del Comune è acquisito in sede di conferenza, anche qualora sia necessaria una modifica del piano regolatore.

---

urbanistici sia articolato in modo tale da assicurare una sostanziale partecipazione allo stesso degli enti il cui assetto territoriale è determinato dagli strumenti urbanistici in questione, rilevando altresì che l'individuazione dei modi nei quali tale coinvolgimento può avvenire è rimesso alla discrezionalità del legislatore».

[18] Che la giurisprudenza si stia lasciando alle spalle questo orientamento è specificato da D. GAMBETTA, *L'autorizzazione "in variante" per impianti di smaltimento e di recupero di rifiuti ex art. 208 Codice dell'Ambiente e i relativi rapporti con la competenza comunale in materia di pianificazione urbanistica*, in *Diritto & Diritti*, 5 ottobre 2020.

ISSN 2036-7821

In somma, per il Giudice amministrativo la norma non sottrae al Comune la competenza esclusiva sulle questioni urbanistiche, ma mira a semplificare il procedimento, evitando, in caso di parere positivo comunale, l'avvio di una successiva procedura di variante urbanistica[19].
Ne consegue che la conferenza di servizi costituisce un mero strumento di semplificazione procedimentale, funzionale a evitare che, a seguito dell'approvazione di un progetto – quale la realizzazione di un impianto produttivo su un'area non destinata a tale uso nel piano regolatore –, il Comune debba avviare un ulteriore procedimento di variante: quest'ultima è integrata direttamente dall'autorizzazione unica *ex* art. 208, a condizione – lo si ribadisce – che il Comune abbia espresso parere favorevole in sede di conferenza, nel rispetto delle sue competenze esclusive in materia di pianificazione urbanistica.

3. Il Comune come voce autorevole per la salvaguardia degli interessi propri delle comunità locali: una vicenda di riferimento.

L'ultimo orientamento giurisprudenziale è riassunto da una pronuncia che ha suscitato la riflessione in chi scrive. Velocemente, la questione sottoposta al G.A.
Una impresa edile operante sia nel settore privato che in quello pubblico impugna il provvedimento comunale che rigettava[20] l'istanza della ricorrente avente ad oggetto «richiesta di rivalutazione del progetto per l'esecuzione dei lavori di ripristino morfologico e recupero ambientale di un'area sita in agro del Comune di Cassino […]»[21].
Prima di chiedere all'Amministrazione comunale (da ora solo A.c.) – nel cui territorio sarebbe stato ubicato l'impianto, in un'area urbanisticamente classificata come zona agricola – il riesame del progetto di «installazione e messa in esercizio dell'impianto di frantumazione […] e la messa in riserva in attesa di lavorazione […] dei rifiuti e delle relative e connesse attività di gestione dei rifiuti», la società ricorrente – con relativa istanza presentata al Comune – aveva attivato il procedimento unico *ex* art. 208 cit., il quale – secondo gli assunti della stessa, che richiamavano il comma 6

[19] In questi termini, Tar Umbria, I, 14 dicembre 2021, n. 947 sostiene che «l'autorizzazione unica può essere rilasciata se, tenuto conto di tutte le risultanze della conferenza di servizi, il progetto è valutato positivamente e in tanto può costituire variante allo strumento urbanistico in quanto la determinazione positiva del Comune sia acquisita in sede di conferenza di servizi […].
In altri termini la norma in discorso, dettando il modulo procedimentale della conferenza di servizi, non ha certamente sottratto al Comune la competenza, riservatagli in via esclusiva, ad esprimersi in ordine alle questioni di tipo urbanistico, ma ha inteso semplificare la procedura evitando, in caso di parere positivo del comune, l'avvio dell'ulteriore procedura di variante».

[20] Il rigetto da parte del Comune interveniva previa conclusione negativa del procedimento di Conferenza di servizi, all'esito della quale la Regione Lazio si è determinata negativamente, non rilasciando l'Autorizzazione Unica per la realizzazione di un impianto di smaltimento e recupero dei rifiuti *ex* art. 208, d.lgs. n. 152/2006.

[21] V. Tar Lazio-Latina, I, 1° luglio 2024, n. 467.

ISSN 2036-7821

della norma in esame – avrebbe potuto determinare – in caso di valutazione positiva del progetto da parte della Regione – l'assorbimento di ogni altro atto autorizzatorio, costituendo così variante automatica allo strumento urbanistico[22] (necessaria, in questo caso, per la realizzazione dell'impianto).

Durante lo svolgimento dei lavori della prima conferenza di servizi – indetta dalla Regione –, il Comune ha espresso parere negativo nei confronti dell'istanza della ricorrente[23], recepito dalla Regione Lazio, che ha adottato una determina conclusiva della conferenza di rigetto, ritenendo il dissenso comunale non superabile e asserendo che in assenza del nullaosta dell'A.c., il progetto sarebbe stato privo di conformità urbanistica[24].

Con un'istanza successiva – presentata all'A.c. –, l'impresa edile ha chiesto che il suo progetto venisse rivalutato, allegando nuove, sopravvenute indicazioni interpretative della normativa di riferimento: il Comune ha quindi disposto il riesame del progetto, indicendo una nuova conferenza di servizi[25], conclusasi nuovamente con un provvedimento di segno negativo[26], il quale ha formato oggetto di impugnazione da

[22] Queste le argomentazioni addotte dalla società ricorrente, ricostruite in Tar Lazio-Latina, n. 467/2024 cit.: «con il ricorso all'esame la ricorrente ha chiesto l'annullamento, previa concessione di misure cautelari, di tale provvedimento, per i seguenti motivi:

III. i motivi ostativi di natura urbanistica opposti dal Comune (consistenti nella incompatibilità delle attività in progetto con la destinazione agricola dell'area) sarebbero, poi, pretestuosi ed illogici […]; in ogni caso gli stessi non potrebbero, di per sé, sorreggere il rigetto della domanda di autorizzazione *ex* art. 208 d.lgs. n. 152/2008, in quanto l'esito favorevole della conferenza di servizi determinerebbe variante allo strumento urbanistico;

IV. […] sarebbe, inoltre, inconsistente il rilievo inerente l'impatto ambientale dell'attività in termini di rumore, emissione di polveri, traffico veicolare, impatto visivo, spettando la stessa alla Regione ed all'ARPA, che, per quanto sopra, avrebbero reso, come detto, un implicito assenso senza condizioni, precludendo in tal modo al Comune di Cassino la possibilità di esprimersi in proposito».

[23] Le argomentazioni principali richiamate dall'A.c. nella sua determina sono state l'incompatibilità della destinazione agricola dell'area interessata con la realizzazione dell'impianto e la conseguente impossibilità di ritenere assentibile la stessa in assenza di una variante allo strumento urbanistico generale, determinabile solo tramite una delibera del Consiglio comunale e non da un eventuale provvedimento positivo di conclusione del procedimento conferenziale *ex* art. 208 cit.

[24] La Regione ha, altresì, ribadito che un eventuale provvedimento di assenso – adottato in seno al procedimento *ex* art. 208, d.lgs. n. 152/2006 – non avrebbe, in ogni caso, potuto costituire variante allo strumento urbanistico di pianificazione comunale. Come riportato da Tar Lazio-Latina, n. 467/2024, il provvedimento specificava quali ulteriori ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza «la mancata formazione dell'assenso delle amministrazioni partecipanti alla conferenza di servizi, fatta eccezione per il parere positivo reso dall'ASL, evidenziando, in particolare, il dissenso espresso dalla Regione Lazio – la quale aveva ravvisato la necessità di applicare le disposizioni del d.lgs. 36/2003, relativo alle discariche di rifiuti, in relazione al "*riempimento di vuoti e delle volumetrie prodotte dall'attività estrattiva, anche per attività dismesse, con rifiuti diversi dai rifiuti di estrazione*" – nonché il parere sfavorevole reso dal settore urbanistica dello stesso ente (di cui alla nota 8367 del 23.2.2015) con riferimento all'incompatibilità dell'intervento con la destinazione agricola dell'area e con l'assoggettamento della stessa a vincolo paesaggistico di PTPR (riguardi le "*aree boscate*")» (corsivo originale).

[25] Durante i lavori della seconda conferenza di servizi, sono stati acquisiti anche il parere negativo di ARPA Lazio e quello favorevole della ASL di Frosinone.

[26] Secondo quanto riportato in Tar Lazio-Latina, n. 467/2024 cit., l'A.c.ha ribadito quali ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza «il mancato assenso da parte degli enti coinvolti, fatta eccezione per la ASL di

ISSN 2036-7821

parte della società[27].
Nella pronuncia che ha definito il relativo giudizio di prime cure, il provvedimento con cui il Comune ha rigettato l'istanza della società ricorrente – avente ad oggetto «richiesta di rivalutazione del progetto per l'esecuzione dei lavori di ripristino morfologico e recupero ambientale di un'area sita in agro del Comune di Cassino […]» –, è stato ritenuto legittimo, poiché fondato su una valutazione complessiva, che dunque includeva (anche) stime su aspetti relativi al contesto e alla situazione dell'area in cui il progetto sarebbe andato ad inserirsi.
Il veto apposto dall'ente locale – pur non determinante in senso assoluto, in quanto accompagnato, nella vicenda in esame, anche dal parere negativo dell'ARPA – ha permesso allo stesso di rappresentare in sede di conferenza il contesto territoriale complessivo, confermando il suo ruolo di esponente degli interessi della comunità di riferimento.

3.1. **Segue.** *Le argomentazioni del Tar.*

Da questa vicenda si evince che nella prima questione giuridica del percorso argomentativo con cui il Tar è giunto alla conclusione sopra richiamata, sono stati approfonditi l'ambito e la portata dell'Autorizzazione Unica *ex* art. 208, d.lgs. n. 152/2006: con particolare riferimento alla possibilità che detto titolo potesse produrre autonomamente effetti di variante automatica agli strumenti urbanistici vigenti.
Da un lato, il Tar ha riconosciuto la *ratio* unificatrice e l'effetto sostitutivo dell'art. 208 cit., secondo quanto previsto – in particolare – dal tenore letterale del richiamato comma 6 dello stesso[28]. Tuttavia, il Giudice ha poi prontamente specificato che detto

---

Frosinone, nonché l'incompatibilità urbanistica dell'intervento, siccome previsto in "zona agricola", considerata l'assimilabilità del complesso ad un vero e proprio "opificio produttivo", con impatto di polveri, traffico veicolare, rumore, oltre che visivo, e la sussistenza di un vincolo paesistico per via della presenza di "aree boscate", nonché la necessità di rispettare i principi generali in materia di gestione dei rifiuti, ivi compreso quello di "prossimità"».

[27] L'impresa ricorrente ha dedotto l'illegittimità del nuovo provvedimento comunale (in particolare) per violazione e falsa applicazione dell'art. 208 d.lgs. n. 152/2006, sostenendo che l'Autorizzazione Unica prevista dalla citata norma avrebbe potuto costituire variante allo strumento urbanistico di pianificazione comunale, prescindendo dal dissenso manifestato dall'A.c.

[28] In questi termini, Tar Lazio-Latina, n. 467/2024 cit.: «8.3.2. La ricorrente lamenta, inoltre, che il mero rilievo dell'incompatibilità urbanistica dell'area non potrebbe costituire, di per sé, ragione sufficiente a determinare il rigetto dell'istanza, atteso che l'esito della conferenza di servizi prevista nell'ambito del procedimento *ex* art. 208 d.lgs. n. 152/2006 costituirebbe, in ogni caso, variante allo strumento di pianificazione comunale.

8.3.2.1. Nemmeno tale profilo della doglianza all'esame è, ad avviso del Collegio, meritevole di condivisione, atteso che se è vero che tramite il procedimento di cui alla disposizione citata può essere disposta una variante allo strumento urbanistico, al fine di adeguare le previsioni dello stesso al progetto proposto, è altrettanto vero che tale conseguenza presuppone il favorevole parere del Comune che, diversamente, verrebbe esautorato dall'esercizio dei poteri che nella materia *de qua* sono ad esso normativamente attribuiti. La conferenza di servizi è, infatti, uno strumento di semplificazione procedimentale (essendo disciplinata nell'ambito del Capo IV della

ISSN 2036-7821

effetto non può spingersi fino al punto di determinare la recessione dell'interesse alla pianificazione urbanistica locale, di fronte a quello relativo alla realizzazione di un impianto: in questo modo, si surrogherebbero i poteri pianificatori di natura puramente discrezionale – quali sono quelli inerenti alla variante urbanistica – che l'ordinamento attribuisce in via esclusiva al Consiglio comunale, organo avente natura politico-rappresentativa dell'ente locale. In questo senso, il Collegio ha quindi chiarito che il Comune non può in alcun modo essere esautorato dall'adozione di valutazioni di carattere urbanistico (lo si ribadisce, marcatamente discrezionali) da un procedimento di natura tecnico-amministrativa – ancorché complesso e integrato – come quello in commento.

Invero, il Tar ha osservato che la determinazione conclusiva della conferenza di servizi – pur avendo effetti sostitutivi nei confronti di pareri mancanti – incontra dei limiti nei confronti degli atti che – come nel caso dell'adozione di varianti urbanistiche – implichino l'esercizio di una discrezionalità politico-amministrativa: questi ultimi, non possono ritenersi né surrogabili, né acquisibili in modo implicito, ma devono essere adottati dall'Amministrazione competente (nel nostro caso, dal Comune) attraverso le modalità procedimentali sancite dalle norme in materia di pianificazione.

In secondo luogo, il Collegio ha riconosciuto la legittimità del dissenso espresso dall'A.c. in sede conferenziale, anche in ragione dell'«ampia e dettagliata motivazione esente da evidenti vizi logici ed errori» su cui esso è fondato, in cui sono state precisate «le ragioni ostative alla possibilità di installare l'impianto – che come detto è destinato allo svolgimento di un'attività di natura industriale – nell'ambito di un contesto avente vocazione esclusivamente agricola»[29].

---

legge 241/1990, dedicato per l'appunto alla "*semplificazione dell'attività amministrativa*"), ma non implica alcuna alterazione dell'ordine delle competenze (*ex multis*, Consiglio di Stato sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640), che devono pertanto essere pur sempre esercitate, sebbene con le peculiari modalità ivi stabilite, dagli enti titolari delle stesse».

Circa l'impossibilità che lo strumento conferenziale alteri l'ordine delle competenze delle Amministrazioni partecipanti, cfr. Cons. Stato, IV, 29 marzo 2021, n. 2640 (richiamata dallo stesso Tar Latina), secondo cui detto assetto «non può essere stravolto per il solo fatto che l'autorizzazione paesaggistica debba essere acquisita in seno a una conferenza di servizi, né su di esso incide il meccanismo del silenzio-assenso tra amministrazioni di cui all'articolo 17-*bis* della legge n. 241/1990. Quest'ultimo – come detto – vale esclusivamente nei rapporti fra l'amministrazione "*procedente*" e quelle chiamate a rendere "*assensi, concerti o nulla osta*", e non anche nel rapporto "interno" fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi (nel caso di specie, Regione Sardegna e Soprintendenza).

Ne deriva inevitabilmente l'inaccettabilità della tesi di parte odierna appellante, la quale:

a) avrebbe l'effetto di "espropriare" delle proprie prerogative l'amministrazione (la Regione) che è normativamente competente a provvedere in ordine alla richiesta di autorizzazione paesaggistica;

b) di più, attribuirebbe un effetto di sostanziale vanificazione del contrario avviso espresso dalla Regione ad un silenzio serbato da amministrazione (la Soprintendenza) *ex lege* chiamata a pronunciarsi non direttamente sulla compatibilità paesaggistica del progetto oggetto del procedimento, bensì sulla proposta di provvedimento formulata dall'altra amministrazione, quella competente in prima battuta».

[29] In questi termini, Tar Latina, n. 467/2024 cit.

ISSN 2036-7821

In altre parole, nella vicenda in parola il dissenso comunale – come già specificato in precedenza – ha assolto per il Tar il compito di mostrare i bisogni propri di quel territorio, non attraverso una critica meramente ostruzionistica, ma mediante una motivazione idonea a offrire un contemperamento tra gli interessi coinvolti, sia pubblici, che privati[30].
Un bilanciamento di questo tipo ha evidenziato come né le migliorie progettuali proposte dall'istante, né gli impatti socioeconomici prospettati dall'istallazione dell'impianto sarebbero stati idonei a giustificare l'istallazione dello stesso, incompatibile con le esigenze urbanistiche locali.
Sulla scorta di queste argomentazioni, il Collegio ha considerato il veto apposto dal Comune circa l'assentibilità dell'intervento – in ragione della sua natura plurimotivata – non superabile e, pertanto, legittimo, respingendo così il ricorso proposto dall'impresa ricorrente.

4. L'onere di motivazione puntuale: una soluzione per il superamento del veto dei Comuni nei procedimenti di infrastrutturazione del territorio.

La pronuncia del Tar Lazio-Latina appena esaminata si fonda, come già specificato, su una impostazione "rigida", che attribuisce al Comune la competenza esclusiva in materia di pianificazione urbanistica, garantendogli la possibilità di apporre il proprio veto motivato: anche quando si discute della localizzazione di impianti di rilevanza superiore rispetto all'ambito territoriale e locale. Per giustificare questo approccio, è stato rilevato che le prime conseguenze derivanti dalla localizzazione di tali impianti si manifestano proprio a livello territoriale, tanto in termini incidenza urbanistica, che di impatto ambientale.
Ciò nonostante, una visione così schematica delle competenze non tiene conto della natura flessibile del territorio, inteso quale sintesi di interessi e valori che spesso

[30] Tar Latina, n. 467/2024 cit. ha così sintetizzato le ragioni ostative espresse dall'A.c. alla possibilità di installare l'impianto – che, come detto, è destinato allo svolgimento di un'attività di natura industriale – nell'ambito di un contesto avente vocazione esclusivamente agricola:

- «il fatto che l'intervento proposto presenti un notevole impatto sul territorio, siccome consistente nel riempimento di un'area di una ex cava, peraltro priva di autorizzazione, colmando l'attuale catino – con conferimento nello stesso di materiale inerte stimato in circa 700.00 mila mc compattati tramite materiali inerti di risulta dell'attività edilizia, previo trattamento degli stessi (con separazione della parte ferrosa dal "breccione"), tramite l'installazione di un cantiere di natura industriale, la cui permanenza in loco viene stimata in circa 15 anni, con lavorazione di circa 94.250 tonnellate di materiale ogni anno»;
- «nell'area di riferimento, classificata Zona Agricola dal vigente PRG, è vietata ogni attività di trasformazione del suolo per finalità diverse da quelle, appunto, agricole, alle quali è del tutto estranea, e con le quali contrasta, l'attività proposta, che determina anche un forte impatto in termini di rumore, emissioni di polveri, traffico veicolare e impatto visivo sull'ambiente circostante»;
- «l'attività proposta dovrebbe, se mai, trovare collocazione in aree a destinazione industriale e/o produttiva».

ISSN 2036-7821

trascendono il livello locale, estendendosi anche fino ad ambiti sovranazionali[31]: in particolare, la localizzazione di opere o impianti di interesse strategico nazionale non solo coinvolge le comunità locali (e, di conseguenza, i loro enti rappresentativi), ma assume una valenza decisiva per l'intero Paese, in relazione al suo sviluppo economico e sociale[32].

Ne consegue che sul medesimo territorio convivono interessi di carattere differente[33], la cui tutela è affidata a diverse Autorità amministrative. Questo sistema può comprimere – per sua stessa natura – il principio di pianificazione urbanistica, in quanto gli interessi di rilievo superiore – come quelli legati a impianti strategici – richiedono tempi di realizzazione più rapidi rispetto a quelli ordinariamente previsti per le procedure di pianificazione generale[34].

In siffatto contesto, il legislatore ha introdotto strumenti procedurali – come appunto il procedimento unico *ex* art. 208 del Codice dell'Ambiente, oggetto di

---

[31] V. sempre A.M. CARIDDÙ, *op. cit.*: l'A. pone l'attenzione su come «il territorio non corrisponda più, necessariamente, all'insieme delle istituzioni e degli interessi localmente situati, né esaurisca il proprio significato nell'essere parte costitutiva degli enti appunto c.d. 'territoriali'. La semantica del termine allude oggi piuttosto, anche nel comune sentire, a una nuova forma di rapporto fra l'individuo e il contesto ambientale che lo circonda e nel quale si svolgono le sue attività, una sorta di identità territoriale, che supera le categorie tradizionali della proprietà e del possesso e fa riferimento a una serie in- definita di interessi, cioè di beni, caratterizzati dall'essere parti di questo legame fondamentale e che si possono raccogliere – con una sintesi verbale che non ha una rispondenza nell'ordinamento positivo in senso stretto – nella nozione di 'bene territoriale'».

[32] Sul tema, v. P. L. PORTALURI, *Contro il prossimalismo nel governo del territorio*, in *nuoveautonomie.it*, n. 1/2021, pp. 81-111 e in *giustizia-amministrativa.it*, 2021, il quale definisce l'Amministrazione di prossimità come un «mito […] – alimentato anche dal diritto positivo – [che: n.d.r.] si è rivelato troppo spesso un mero pretesto per una gestione malaccorta dei bisogni espressi dalla popolazione che abita o comunque frequenta la città.

In particolare, secondo l'A. «i comuni non hanno dato buona prova di sé, spesso "catturati" da interessi privati. Il governo del territorio, inteso come comprensivo del paesaggio e dell'ambiente, ne è un esempio. Il sogno di riforme di struttura, ancora vivo negli anni 70, è oramai tramontato».

Lo stesso, poi, conclude individuando due possibili soluzioni: «teorizzare un concetto giuridico di città distinto da quello di comune»; ovvero «differenziare i comuni in base alla loro virtuosità specifica, cioè alla loro capacità di adeguarsi ai modelli più avanzati di gestione degli usi e delle trasformazioni territoriali».

[33] La diversità degli interessi che gravitano su un determinato territorio, ha dato vita al c.d. principio della dimensione variabile degli interessi, il quale assume un ruolo fondamentale ai fini dell'attribuzione delle funzioni ai diversi livelli territoriali di governo, garantendo così una maggiore flessibilità rispetto al criterio, di per sé rigido, della prossimità dell'ente agli interessi che incidono sul territorio di riferimento. Sul tema, v. P. FALLETTA, *L'irrisolto equilibrio tra regionalismo e municipalismo in materia di pianificazione urbanistica*, in *Giur. cost.*, n. 4/2019, pp. 2094-2102, in commento a Corte cost. 16 luglio 2019, n. 179.

[34] A tal proposito, cfr. P.L. PORTALURI, *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, Napoli, 2003, il quale pone l'accento su come «la celerità del procedimento di formazione degli strumenti urbanistici esprime una esigenza di immediata percepibilità.

È sin troppo noto, infatti, quanto sia negativa l'incidenza dei tempi lunghi della pianificazione urbanistica sulla capacita` del suo prodotto a porsi come parametro effettivo di regolazione delle dinamiche di uso e gestione del territorio.

E come, d'altronde, questa lentezza costituisca purtroppo un fattore poderoso di legittimazione – sociale, anzitutto – dei noti moduli acceleratori ed eversivi del disegno pianificatorio racchiuso negli strumenti organici, meglio rispondenti alle necessita` del tessuto economico di ottenere riscontri solleciti alle richieste di inserimento di strutture ed insediamenti produttivi nelle maglie dell'armatura territoriale».

ISSN 2036-7821

approfondimento – in grado di derogare al principio di pianificazione, formalmente idonei a produrre automaticamente effetti di variante urbanistica, rispondendo, in questo modo, alla necessità di garantire la celere realizzazione di opere strategiche.

Ciò premesso, va altresì rilevato che il sistema di competenze in materia di pianificazione non riferisce al Comune una prerogativa esclusiva, poiché detta funzione è distribuita tra i tre principali livelli di governo (Provinciale, Regionale e Statale), proprio in ragione della dimensione variabile degli interessi coinvolti. Pertanto, la progettazione degli insediamenti produttivi diviene un processo condiviso tra le Amministrazioni, realizzato attraverso la partecipazione alla conferenza di servizi (anch'essa unica).

In questo contesto, il ricorso frequente a strumenti derogatori ai piani regolatori – come le varianti puntuali, che dovrebbero essere l'eccezione e che invece sono divenute la regola per la realizzazione degli impianti produttivi – richiede un costante bilanciamento tra le esigenze di flessibilità e il rispetto delle competenze comunali: proprio la conferenza di servizi può rappresentare un mezzo capace di contenere dette deroghe, purché la partecipazione del Comune non sia meramente formale, ma salvaguardata nella sua sostanza.

Invero, se da un lato non sarebbe opportuno che al Comune fosse riconosciuto il potere di manifestare il proprio dissenso in modo assoluto e aprioristico[35], dall'altro la sua partecipazione alla conferenza deve essere valorizzata, evitando che la sua posizione divenga solo formale[36].

A tale fine, potrebbero essere adottate soluzioni correttive, come l'introduzione di una sede di bilanciamento (differente dalla conferenza di servizi), atta a comporre

[35] Secondo parte della giurisprudenza, «se il legislatore avesse voluto attribuire tale potere al Comune, allora avrebbe dovuto estendere anche agli impianti *ex* art. 12 e *ex* art. 208 (i quali sono sicuramente impianti "produttivi") la disciplina di cui al D.P.R. n. 160/2010, ossia la c.d. variante S.U.A.P. Se non lo ha fatto, ciò vuol dire che per gli impianti in questione si è voluto prevedere una corsia "ancora più preferenziale" rispetto alla variante S.U.A.P. (fermo restando che il proponente potrebbe sempre richiedere *ex ante* al Comune l'approvazione di una variante ordinaria oppure attivare la procedura S.U.A.P., fatto salvo in ogni caso lo svolgimento del procedimento di V.I.A.)» (così Tar Marche, I, 15 aprile 2023, n. 238).

[36] Sempre per Tar Marche, n. 238/2023 cit., nei procedimenti di autorizzazione unica le prerogative del Comune sarebbero garantite dalla sua partecipazione alla conferenza di servizi, ambito in cui l'Ente locale può tentare di ottenere il consenso della maggioranza di coloro che ne hanno preso parte. Perché ciò sia possibile, tuttavia, è necessario che il confronto in sede conferenziale avvenga in maniera autentica, senza che vi siano preordinazioni o condizionamenti.

In una prospettiva di questo tipo, lo strumento procedimentale dovrebbe garantire pari rilevanza a tutti gli interessi coinvolti nella valutazione dell'autorizzazione dell'impianto produttivo. Diversamente, formulazioni normative che orientano preventivamente la conferenza verso interessi predeterminati rischiano di compromettere l'effettivo equilibrio del confronto tra le pp. AA. partecipanti.

Questa situazione si verifica, in particolare, quando alcune di esse sono poste in una posizione subordinata *ex lege* e possono esercitare un'influenza significativa solo ove riescano a modificare la struttura delle determinazioni da adottare in conferenza.

ISSN 2036-7821

eventuali dissensi espressi dal Comune in sede conferenziale[37], oppure la previsione di modalità per il superamento del dissenso non basate su delle norme, bensì su un processo ponderato ed effettivo di composizione[38].

In questo modo, qualora la Regione decidesse di disattendere la posizione comunale, sarà tenuta a fornire una motivazione puntuale e rafforzata, illustrando le ragioni che giustificano il superamento del dissenso: un onere motivazionale di questo genere, oltre a garantire la legittimità del provvedimento, troverebbe fondamento nel richiamato principio di leale collaborazione tra Amministrazioni, nonché nella comune partecipazione all'adozione di provvedimenti pianificatori.

Anche la giurisprudenza sottolinea quest'ultimo aspetto, ponendo l'accento su come il veto comunale, espresso in sede conferenziale – sebbene privo di un'efficacia vincolante – richiede comunque una valutazione approfondita e puntuale da parte dell'Amministrazione procedente: in conformità ai principi generali che regolano la materia, detto dissenso può essere superato esclusivamente attraverso una motivazione adeguata e specifica[39].

In altre parole, non è sufficiente richiamare genericamente la normativa che consente di superare il dissenso espresso dal Comune, ma è necessario esaminare puntualmente l'impatto della variante urbanistica e le ragioni superiori che giustificano la compressione delle decisioni locali[40].

---

[37] Una posizione, questa, sostenuta da P.L. PORTALURI, *Poteri urbanistici*, cit. secondo cui «l'utilizzo del modello conferenziale come tecnica di superamento del dissenso non può trovare applicazione larga ed indiscriminata nel settore della pianificazione territoriale. Così intesa, la conferenza risulta particolarmente funzionale alla necessita` di superare un potere di blocco (consistente nella necessita` di acquisizione di nullaosta etc.) di cui siano titolari una o più Amministrazioni attributarie di interessi intercettati dalla decisione.

In altri termini, la conferenza maggioritaria si muove "all'interno di un procedimento potenzialmente finalizzato alla produzione di un provvedimento, cioè […] nel cono d'ombra dell'atto di esercizio di un potere da parte di una p.A.". Qualora si tratti, invece, di pervenire alla composizione di interessi non soltanto in vista dell'adozione di una decisione (nel qual caso la logica maggioritaria può anche essere utile), ma anche – e soprattutto – al fine di concordare un programma di azione comune, siffatto strumento di amministrazione dissensuale è pressoché inutilizzabile».

[38] Queste due soluzioni sono state profilate anche da C. NAPOLITANO, *op. cit.*

[39] *Ex multis*, ci si riferisce al passaggio di Tar Lombardia, III, 23 maggio 2022, n. 1188, per la quale «il dissenso del Comune espresso in sede di conferenza di servizi, seppur, come visto, non dotato di potere di veto, deve comunque essere oggetto di attenta e specifica attenzione da parte dell'Amministrazione procedente e, per l'effetto, in base ai principi generali in materia, può essere superato soltanto attraverso un'adeguata motivazione».

A tal proposito, si segnala anche Cons. Stato, IV, 10 agosto 2020, n. 4991, secondo cui «l'onere di motivazione esaustiva si ricava dalle stesse regole generali del modulo procedimentale della conferenza dei servizi, che prevedono il superamento dei dissensi attraverso una "adeguata" motivazione. La norma di legge, infatti, ancora ad un preciso e predeterminato parametro di giudizio il contenuto dello sforzo di motivazione, pretendendo che la stessa sia adeguata».

[40] In accordo con le pronunce finora citate, si pone anche Tar Lombardia, II, 22 aprile 2021, n. 103, secondo cui – nella fattispecie in questione – l'Amministrazione (in particolare, si trattava della Città metropolitana di Milano) «avrebbe dovuto effettuare una valutazione che non potesse prescindere dalle prescrizioni urbanistiche generali e da quelle della pianificazione di zona, in modo che la realizzazione dell'impianto – seppur con effetti temporali

ISSN 2036-7821

In definitiva, il superamento dei veti comunali deve fondarsi su un bilanciamento approfondito degli interessi coinvolti e deve essere scrupolosamente argomentato nel provvedimento finale[41]: solo in questo modo si assicura il rispetto dei principi generali propri della conferenza di servizi, nonché del principio di leale collaborazione tra Amministrazioni, rafforzando la legittimità delle decisioni adottate[42].

5. Riflessioni conclusive.

Dall'analisi (di natura principalmente giurisprudenziale) condotta sino ad ora traspare che i dissensi comunali possono assumere in questi procedimenti una duplice dimensione: da un lato, configurandosi come "conflitti verticali" nei confronti dei livelli governativi superiori; mentre, dall'altro, collocandosi su un piano "orizzontale", connesso alla rilevanza degli interessi locali coinvolti.

In effetti, risulta complesso ordinare tali interessi secondo un criterio "verticale" di attribuzione, poiché la loro "dimensione" non coincide necessariamente con il livello dell'Amministrazione competente a decidere su di esso[43]: ciò appare evidente tanto nella direttrice c.d. "*top-down*"[44], che si concretizza allorquando gli enti locali devono

---

limitati – non ignori il territorio di riferimento, o quanto meno ne rechi un'alterazione – rispetto alle scelte programmatorie a suo tempo compiute – che solo significative, e da esplicitare, ragioni di pubblico interesse rendano necessaria nel caso esaminato, escludendosi soluzioni alternative».

[41] Sempre secondo Cons. Stato, IV, n. 4991/2020 cit., è necessario «motivare le ragioni di pubblico interesse sottese ad una scelta pianificatoria provinciale che si pone in aperto contrasto rispetto alla posizione assunta dal Comune in sede conferenziale, nonché rispetto alla formale variante urbanistica comunale, la quale denota la forte determinazione del Comune nel volere trasferire l'impianto in altro sito in considerazione del particolare contesto paesaggistico ed ambientale dell'area».

[42] Ancora una volta, assumiamo come parametro di riferimento Cons. Stato, IV, n. 4991/2020 cit., la quale afferma che la più volte menzionata disposizione *ex* art. 208, d.lgs. n. 152/2006 – assunta come modello in questa trattazione – «è significativa della volontà del legislatore di coordinare in modo armonico l'esercizio dei concorrenti poteri di pianificazione spettanti ai diversi livelli di governo del territorio e, secondo il consolidato indirizzo ermeneutico seguito dalla giurisprudenza costituzionale, appare anzi doverosa la leale collaborazione degli enti territoriali nel rispetto delle reciproche prerogative, anche costituzionalmente tutelate».

Il Giudice conclude, poi, affermando che la norma in parola «ancora ad un preciso e predeterminato parametro di giudizio il contenuto dello sforzo di motivazione, pretendendo che la stessa sia adeguata».

[43] Secondo L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in Aa.Vv., *Decisioni amministrative e processi deliberativi*, Convegno AIPDA 2017, Napoli, 2018, «la ricerca di una corrispondenza fra dimensione dell'interesse e dimensione del decisore si è rivelata, peraltro, via via sempre meno fruttuosa per diversi ordini di ragioni. Quella corrispondenza è apparsa, in primo luogo, spesso più plausibile in astratto che in concreto, perché richiede una classificazione degli interessi in verticale – ad esempio: nazionale, regionale, locale – che raramente corrisponde alla realtà, in quanto la maggior parte degli interessi eccede i confini astratti della classificazione e la connessa tutela non può quindi essere attribuita in via esclusiva ad uno specifico soggetto o ad una classe di enti in ragione della loro ampiezza territoriale».

[44] In questi termini, sempre C. NAPOLITANO, *op. cit.*, la quale sostiene che «la linea direttrice degli interventi di realizzazione d'impianti strategici è, infatti, tipicamente *top-down*, essendo questi sostanzialmente "paracadutati" sul territorio locale da decisioni statali e, ormai, anche Regionali».

Questa logica amplifica i conflitti che contrassegnano le già complesse interazioni tra Stato, Regioni ed enti locali: Infatti, com'è stato fatto notare da S. AMOROSINO, *La "compressione" del governo del territorio tra infrastrutture*

ISSN 2036-7821

accogliere sul proprio territorio opere di interesse strategico nazionale decise da livelli superiori, quanto in quella c.d. "*bottom-up*", secondo la quale i Comuni rivendicano il diritto di esprimersi anche su interessi ambientali di più ampia portata.

Per la stessa dottrina, la realizzazione di un'opera di rilevanza nazionale richiede il coinvolgimento di molteplici soggetti pubblici competenti sul territorio e, pertanto, la "sola" dimensione nazionale non può più giustificare un'attrazione verticale e gerarchica nella competenza statale[45].

Questa chiave di lettura permette di individuare le due anime che caratterizzano il dissenso comunale: esso tutela, in chiave verticale, le prerogative degli enti locali nei confronti delle determinazioni dei livelli superiori e, in chiave orizzontale, rappresenta la voce degli interessi localizzati che risultano negativamente impattati dai progetti di rilevanza sovracomunale.

Un esempio paradigmatico è rappresentato, appunto, dalla collocazione delle discariche, impianti che – come si è potuto apprezzare dalla giurisprudenza richiamata in questo saggio – comportano un impatto territoriale significativo non solo sotto il profilo urbanistico, ma anche dal punto di vista ambientale. Infatti, questi interventi – prima di essere autorizzati – richiedono una Valutazione di Impatto Ambientale (VIA) favorevole: sebbene possa sembrare che, trattandosi di un provvedimento "ambientale" (e non urbanistico), il veto dei Comuni sia in questo contesto marginale, in realtà – proprio in ragione del loro ruolo di rappresentanti delle comunità locali – ad esso deve essere riferito un grande peso specifico nel dare voce alle situazioni giuridiche soggettive, coinvolte proprio in ragione della localizzazione degli impianti.

A tal proposito, è rilevante quella parte della giurisprudenza che ha riconosciuto grande importanza al dissenso comunale nei procedimenti di VIA anche con riferimento alle implicazioni ambientali proprie della localizzazione degli interventi proposti[46] (dunque, non solo in relazione agli aspetti urbanistici di stretta

---

strategiche, energie rinnovabili e tutela del paesaggio, in ID., *La regolazione del mercato territorio. Alla ricerca di un diritto urbanistico effettivo*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 91 ss., «ai tradizionali conflitti di competenze e dei diversi interessi pubblici tra lo Stato e il subsistema Regioni/enti locali si sommano […] quelli tra Regioni e Comuni».

[45] Sul tema, sempre L. TORCHIA, *op. cit.*, secondo cui «la costruzione di un'opera nazionale richiede, sin dal momento della sua localizzazione, e ancor più della realizzazione, il coinvolgimento necessario di diversi soggetti pubblici dotati di competenza sul territorio di riferimento, e la dimensione nazionale non è da tempo sufficiente a giustificare l'attrazione verticale e gerarchica nella sfera di competenza dello Stato, quale unico soggetto a competenza nazionale, come si è incaricata più volte di chiarire la giurisprudenza costituzionale».

Lo stesso A. ritorna poi sul tema della mancanza di corrispondenza tra interesse e decisore, inquanto «dalla bidimensionalità del rapporto fra decisore e territorio o, se si preferisce, fra decisione e perimetro di riferimento, si passa ad una dimensione, per così dire, tridimensionale, che mette in primo piano la natura sistemica degli interessi da tutelare e la natura altrettanto sistemica dei rischi connessi ad una tutela carente di quegli interessi».

[46] La questione che riassume quanto specificato nel corpo del contributo riguarda un'impresa del Piemonte, la quale ha impugnato una determinazione negativa di Valutazione di Impatto Ambientale – adottata dalla Città

ISSN 2036-7821

competenza comunale).

Alla luce di quanto è stato detto, è ora possibile abbozzare delle riflessioni conclusive, con l'obiettivo di stimolare ulteriori approfondimenti su profili caratterizzati ancora da grande incertezza.

Nello specifico, circa le esigenze di semplificazione amministrativa in quei procedimenti conferenziali – oggetto di questo lavoro – vòlti all'ottenimento di pareri favorevoli e nullaosta (anche ambientali) per l'infrastrutturazione del territorio: esse trovano giustificazione nell'assetto del nostro ordinamento, caratterizzato da una stratificazione normativa e procedimentale, la quale – incidendo sui tempi dell'azione amministrativa – può comprometterne l'efficacia. Infatti, il rallentamento dei procedimenti in esame potrebbe privare molto spesso di utilità i provvedimenti adottati tardivamente[47].

Metropolitana di Torino in seguito a una conferenza di servizi –, in cui il dissenso comunale ha contribuito significativamente all'esito sfavorevole.

La società incaricata della gestione della discarica proponeva impugnazione avverso la determinazione negativa adottata dalla Città Metropolitana di Torino, sostenendo l'illegittimità della valutazione espressa in sede di conferenza di servizi, nella quale sarebbe stato attribuito un peso decisivo ai pareri contrari manifestati dai Comuni interessati, contestando che «nella scarna motivazione della sopravvenuta determinazione la Citta` metropolitana di Torino abbia dato valore preponderante all'immotivato dissenso espresso dagli enti locali nella seduta conferenziale del 15 aprile 2021.

13.1. La censura deve essere disattesa già per l'assorbente considerazione che la motivazione della determinazione confermativa non è autosufficiente, ma si salda con la motivazione della determinazione n. 1938 del 4 giugno 2020. Pertanto, il dissenso degli enti locali non costituisce motivo determinante del giudizio d'incompatibilità ambientale. Al contrario, esso è stato valorizzato nell'ambito della più approfondita considerazione degli interessi in gioco come conferma dell'inopportunità di proseguire l'attività di discarica in loco. In ogni caso, i Comuni coinvolti hanno manifestato motivati dissensi nelle varie sedute della conferenza di servizi, come si evince dai verbali del 28 giugno 2017 e del 26 marzo 2018. Data l'unicità del procedimento istruttorio, è irrilevante che questi non abbiano reiterato le proprie argomentazioni nella seduta del 15 aprile 2021» (così, la sentenza di appello che ha definito la questione Cons. Stato, IV, 16 novembre 2023, n. 9852).

Sempre Cons. Stato n. 9852/2023 cit.: «la Citta` metropolitana ha assunto la determinazione conclusiva di segno negativo n. 1938 del 4 giugno 2020, in base al prevalente argomento per cui al di là dei singoli aspetti di dettaglio, la valutazione ambientale complessiva del progetto proposto è una valutazione sito-specifica che non può prescindere dal contesto e della situazione dell'area in cui il progetto andrebbe ad inserirsi, non è dunque possibile disgiungere l'intervento previsto dalla situazione attuale del sito e da aspetti di pianificazione dell'assetto del territorio derivanti da atti pregressi come nel seguito evidenziati […]».

[47] Ci si riferisce, in particolare, a ritardi nell'azione amministrativa che comportano l'adozione di provvedimenti i quali – seppur di segno favorevole – generano effetti economicamente svantaggiosi per gli operatori del settore. Su questo profilo, si è espresso S. CASSESE, *Uno Stato più agile? Un'occasione persa*, in *Corriere della Sera*, 21 agosto 2024, il quale ha riportato dei dati elaborati dalla Banca Mondiale ("*Doing business*") secondo cui il nostro Paese si trova «al cinquantottesimo posto nell'elenco delle 190 economie del mondo per facilita` di svolgere attività d'impresa, preceduta dal Kenya e dal Kosovo e seguita dal Cile e dal Messico».

In questo contesto, il fattore temporale si configura come una variabile economicamente misurabile. Si è discusso (v. M. CALABRÒ, *Il tempo "certo" ed il tempo "giusto" nell'azione amministrativa: spunti per un dialogo*, in F. APERIO BELLA, E. ZAMPETTI, A. CARBONE (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo*, Roma, 2024) della necessità di assicurare un tempo «certo» e un tempo «giusto» all'azione amministrativa.

Tuttavia, il perseguimento di tali obiettivi di certezza e tempestività non può prescindere dall'esigenza di assicurare un tempo congruo, indispensabile affinché la p. A. possa operare una ponderazione ragionevole degli interessi in gioco.

ISSN 2036-7821

L'esigenza di pervenire in tempi brevi all'adozione del provvedimento finale ha indotto il legislatore a limitare i momenti di confronto tra le pp. AA., operando in senso riduttivo sulla molteplicità degli attori coinvolti nelle determinazioni procedimentali: in particolare, l'esame condotto in questo saggio delle modalità di gestione del potere di veto proprio degli enti locali ha permesso di porre l'accento su una progressiva compressione delle loro competenze urbanistiche e pianificatorie nei più volte citati procedimenti unici, i quali risultano strutturati in modo da neutralizzare l'eventuale veto espresso dai comuni.

In questo senso, l'attenzione trasla dal coordinamento tra i centri decisionali, alla compressione del loro ruolo, nella prospettiva di garantire l'adozione del provvedimento in tempi ristretti. La strada che si è scelto di percorrere, tuttavia, è segnata da grandi insidie: su tutte, la potenziale compromissione dei principi di leale collaborazione e sussidiarietà procedimentale, nonché di buon andamento e imparzialità, sui quali le decisioni amministrative dovrebbero essere improntate.

In somma, per quanto la semplificazione persegua finalità di indubbio interesse, essa presenta diverse criticità[48].

Dal canto suo, anche la dottrina ha cercato di elaborare rimedi differenti, finalizzati a colmare le lacune illustrate, che caratterizzano la disciplina della gestione dei conflitti interistituzionali, come il rafforzamento delle competenze in materia di governo del territorio in capo agli enti locali, nonché il conferimento di un ruolo di mediazione

[48] Sul piano generale, spesso le scelte operate secondo una direzione semplificatoria non risultano pienamente coerenti con l'assetto delle competenze normative e amministrative delineato dalla Costituzione, in particolare a seguito della riforma del Titolo V.

Inoltre, sul piano più strettamente amministrativo, l'introduzione di strumenti semplificatori può generare difficoltà operative per gli stessi soggetti chiamati ad applicarli, determinando, paradossalmente, un incremento della complessità anziché una sua riduzione. In questo senso, si possono utilizzare le parole di F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, n. 2/2013, pp. 357 ss., secondo cui «pure la disciplina volta a introdurre la semplificazione spesso crea ulteriore complessità».

Un ultimo profilo di indubbio rilievo su questi temi è rappresentato dalla contraddizione – ancora irrisolta – nell'impostazione legislativa, specialmente nella normazione emergenziale. Infatti, da un lato, si invoca una maggiore flessibilità nell'azione amministrativa, denunciando gli oneri burocratici e i costi indiretti che ne derivano; dall'altro, si assiste a una costante tendenza iper-regolatoria, sintomo di un assetto normativo fondato su un diffuso clima di sfiducia nei confronti della pubblica Amministrazione e dei suoi funzionari. Molto spesso, questa sfiducia deriva dalla stessa p. A., la quale – come sostiene L. CASINI, *Politica e amministrazione:* «the Italian style», in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, n. 1/2019, pp. 13 ss. – «si trova spesso costretta a domandare una qualche "copertura" legislativa per poter adottare determinati provvedimenti. Talora la burocrazia è poco intraprendente o poco incline a prendersi tutto il margine di discrezionalità di cui dispone. Talaltra essa è restìa ad attuare determinate politiche e pone la norma di legge quale condizione necessaria per potersi mettere all'opera. Talaltra ancora i funzionari pubblici sono "intimiditi" dai controllori o dalle sanzioni – e in questo la normativa in materia anticorruzione non ha semplificato il quadro – e chiedono una garanzia legislativa.

Tutto ciò, insieme con le altre ragioni sopra esposte, negli ultimi decenni ha prodotto un eccesso di formalismo dentro l'amministrazione. La legge – e il diritto in genere – sono spesso divenuti strumento burocratico di complicazione e di mantenimento dello status quo. L'amministrazione ha maturato un approccio fideistico verso la legge o i regolamenti, con una radicale inversione del principio per cui "è lecito ciò che non è vietato" in quello per cui "è lecito solo quanto è prescritto"».

ISSN 2036-7821

agli organismi intermedi, al fine di garantire una composizione più equilibrata tra le diverse istanze territoriali[49].

Al termine di questo studio, (forse) appare opportuno ridisegnare le modalità di gestione dei veti, con particolare attenzione alle decisioni che potrebbero compromettere interessi territoriali di rilevanza identitaria (quelli, cioè, propri degli enti di prossimità).

In questa prospettiva, sarebbe auspicabile – in primo luogo – un potenziamento degli strumenti di dialogo tra i diversi livelli di governo, così da garantire un bilanciamento più efficace tra esigenze di semplificazione – funzionali a una più efficiente realizzazione degli interessi strategici, tanto nazionali, quanto europei – e rispetto delle autonomie territoriali. A ciò dovrebbe poi accompagnarsi una maggiore strutturazione dei poteri di veto, attraverso la valorizzazione delle istanze (soprattutto di quelle comunali) già in sede di confronto procedimentale.

In somma, le esigenze – sempre più attuali – di semplificazione e celerità costituiscono obiettivi senz'altro condivisibili: cionondimeno, occorre (anche) preservare il pluralismo istituzionale.

[49] Con riferimento al rafforzamento delle competenze in materia di governo del territorio in capo agli enti locali, S. AMOROSINO, *op. cit.*, sostiene l'indispensabilità della «consapevolezza politica della primarietà e generalità del potere pianificatorio autonomo della Regione e del Comune ed efficienza nell'esercitarlo, cioè nell'individuare le dinamiche evolutive e le priorità di bisogni ed interessi delle rispettive comunità e nel farle valere, con buoni argomenti, nell'"arena pubblica"».

Quanto al ruolo dei cc.dd. organismi intermedi, B. CELATI, *La localizzazione degli impianti energetici da fonti rinnovabili nel difficile bilanciamento tra interessi locali e finalità di tipo sistemico,* in *Le Regioni*, n. 5/2023, pp. 1025 ss., cit. ha affermato che a questi si possa riferire «una importante funzione di composizione dei conflitti tra gli interessi pubblici coinvolti e gli operatori privati interessati all'investimento, in modo da facilitare "il buon andamento" della conferenza di servizi […]».

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Disciplina europea in materia di intelligenza artificiale e spazi di sperimentazione normativa

di **Alessandro Chiappini**

(Dottore di ricerca in diritto e economia presso la LUISS Guido Carli, specialista in diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione all'Università degli studi di Teramo)

Sommario

1. Introduzione. 2. Roadmap europea verso l'intelligenza artificiale. 3. Brevi cenni sul regolamento europeo. 4. Spazi di sperimentazione normativa e clausole di sperimentazione. 5. Misure europee a sostegno dell'innovazione e disciplina nazionale. 6. Conclusioni

Abstract

After a summary of the path that has led the European Union to the current legislation on artificial intelligence, this contribution, after some notes on the general features of the supranational legislation, focuses on the measures to support innovation with particular reference to the spaces for regulatory experimentation, while still taking into account the national provisions..

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Dopo una sintesi del percorso che conduce l'Unione europea all'attuale normativa in materia di intelligenza artificiale, il presente contributo, premessi alcuni cenni sui tratti generali della disciplina sovranazionale, si concentra sulle misure a sostegno dell'innovazione con particolare riferimento agli spazi di sperimentazione normativa, tenendo comunque conto delle disposizioni nazionali.

2. Roadmap europea verso l'intelligenza artificiale

A seguito delle conclusioni del Consiglio europeo del 19 ottobre 2017 che invitava la Commissione a presentare un approccio europeo all'intelligenza artificiale[1], quest'ultima istituzione europea redigeva una strategia, a tre pilastri, volta ad incrementare gli investimenti pubblici e privati, a modernizzare i sistemi di istruzione e formazione e a creare un quadro giuridico coerente con i valori di cui all'articolo 2 del Trattato sull'Unione europea (dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, Stato di diritto e diritti umani) e con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (*infra* Carta)[2].

A valle della predetta strategia europea, la Commissione emanava una comunicazione del 7 dicembre 2018 recante un piano coordinato sull'intelligenza artificiale che descrive circa settanta azioni congiunte con gli Stati membri, fornendo, al contempo, un quadro per le strategie nazionali[3].

A quest'ultimo riguardo, nel luglio 2024 l'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) pubblicava la strategia italiana per l'intelligenza artificiale 2024-2026 redatta da un Comitato di esperti che, sulla base di macro obiettivi strategici, delinea azioni strategiche raggruppate in due tipologie (infrastrutturali e per l'attuazione, il coordinamento e il monitoraggio della strategia) e quattro macro aree (ricerca, pubblica amministrazione, imprese e formazione), proponendo, al contempo, un sistema di monitoraggio dei relativi target ad opera di una Fondazione per l'intelligenza artificiale sotto il diretto controllo della Presidenza del Consiglio dei

[1] Conclusioni del Consiglio europeo, 19 ottobre 2017 (EUCO 14/17) in http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14-2017-INIT/en/pdf.

[2] Comunicazione della Commissione sull'intelligenza artificiale per l'Europa, 25 aprile 2018 (COM(2018) 237 final) in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0237 in cui si afferma che "*L'aumento della potenza di calcolo e della disponibilità dei dati e il progresso negli algoritmi hanno reso l'IA una delle tecnologie più strategiche del 21° secolo*". Ciò non toglie che come emerge dagli orientamenti politici 2024-2029 della Commissione europea del 18 luglio 2024 in https://commission.europa.eu/document/download/e6cd4328-673c-4e7a-8683-f63ffb2cf648_it?filename=Political%20Guidelines%202024-2029_IT.pdf per supportare l'intelligenza artificiale "*l'Europa deve valorizzare il potenziale inutilizzato dei dati [...] Per questo motivo intendiamo presentare una strategia europea per l'Unione dei dati*".

[3] Comunicazione della Commissione recante un Piano coordinato sull'intelligenza artificiale, 7 dicembre 2018 (COM (2018) 795 final) in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0795

ISSN 2036-7821

Ministri[4].

Successivamente, la Commissione europea pubblicava il libro bianco sull'intelligenza artificiale del 19 febbraio 2020 che definiva le opzioni strategiche (azioni) per promuovere l'adozione dell'intelligenza artificiale, affrontando i rischi associati a determinati utilizzi attraverso gli elementi chiave di un futuro quadro normativo[5]; in proposito, la Commissione concludeva che "*oltre agli eventuali adeguamenti della legislazione esistente, potrebbe essere necessaria una nuova normativa specifica*" applicabile a prescindere dallo stabilimento nell'Unione europea, che dovrà includere una definizione di intelligenza artificiale sufficientemente precisa e abbastanza flessibile, un approccio fondato sul rischio che garantisca la proporzionalità e una struttura di *governance* europea.

A seguito della consultazione pubblica sul libro bianco, il 21 aprile 2021 la Commissione europea presentava un pacchetto sull'intelligenza artificiale all'interno del quale emerge sia una comunicazione con annessa revisione del piano coordinato sull'intelligenza artificiale[6] che una proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale[7].

---

[4] Precedentemente, in data 24 novembre 2021, il Consiglio dei Ministri approvava il programma strategico Intelligenza Artificiale 2022-2024 (ventiquattro politiche) redatto dal Ministero dell'Università e della Ricerca, dal Ministero dello Sviluppo Economico e dal Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, istituendo, al fine di un'efficace *governance*, un gruppo di lavoro permanente sull'intelligenza artificiale nell'ambito del Comitato Interministeriale per la Transizione Digitale.

Da ultimo, la legge 23 settembre 2025, n. 132 recante disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 223 del 25 settembre 2025, introduce la strategia nazionale per l'intelligenza artificiale diretta a garantire la collaborazione tra pubblico e privato, coordinare le azioni della pubblica amministrazione, incentivare la ricerca e la diffusione della conoscenza e orientare le misure e gli incentivi economici rivolti allo sviluppo imprenditoriale; in particolare, l'articolo 19 dispone che la strategia sia approvata almeno ogni due anni dal Comitato interministeriale per la transizione digitale, sebbene la predisposizione ed il monitoraggio siano affidati al Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio d'intesa con le autorità nazionali per l'intelligenza artificiale.

[5] Commissione europea, Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia, 19 febbraio 2020 (COM (2020) 65 final) in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0065.

[6] Comunicazione della Commissione, Promuovere un approccio europeo all'intelligenza artificiale, 21 aprile 2021 (COM (2021) 205 final) in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0205#footnote15 in cui si afferma, tra le altre cose, che "*il finanziamento del dispositivo per la ripresa e la resilienza va ad aggiungersi a quello erogato a titolo dei programmi Europa digitale e Orizzonte Europa, nonché a un finanziamento sostanziale a favore dell'innovazione nel quadro dei programmi della politica di coesione.*".

[7] Proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 21 aprile 2021 (COM(2021)206final) in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206. In proposito, si vedano D. BOMHARD, M. MERKLE, *Regulation of Artificial Intelligence. The EU Commission's Proposal of an AI Act*, in EuCML, 2021, pp. 257 e ss.; G. CONTALDI, La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale e la protezione dei dati personali, in G. CAGGIANO – G. CONTALDI – P. MANZINI (a cura di), *Verso una legislazione europea sui mercati e i servizi digitali*, 2021, 207 ss.; C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento della Commissione Ue in materia di intelligenza artificiale*, in BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, 2021, n. 3, pp. 415-437; G. CONTISSA,

ISSN 2036-7821

3. Brevi cenni sul regolamento europeo

Sulla base di un accordo del dicembre 2023, previa approvazione del Parlamento europeo il 13 marzo 2024 e del Consiglio Telecomunicazioni del Consiglio dell'Unione europea il 21 maggio 2024, la proposta confluiva nel regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n, 300/2008, (UE) n, 167/2013, (UE) n, 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale) (*infra* Regolamento)[8]. A seguito della pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 12 luglio 2024, l'atto europeo, entrato in vigore il 1° agosto 2024, sarà applicabile, salvo alcune eccezioni, a decorrere dal 2

F. GALLI, F. GODANO, GA. SARTOR, *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale.Analisi informatico-giuridica*, in I-lex. Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale, 23 dicembre, 2021, pp. 1-36; G. ALPA, Quale modello normativo europeo per l'intelligenza artificiale?, in V. CUOCCI, F.P. LOPS, C. MOTTI (a cura di), *La responsabilità civile nell'era digitale* (Atti della *Summer School* 2021), Cacucci, pp. 3-28; L. FLORID, *The European Legislation on AI: Brief Analysis of its Philosophical Approach*, in Philosophy & Technology, vol. 34, 2021, pp. 215-222; M. KOP, *EU Artificial Intelligence Act: The European Approach to AI*, in Transatlantic Antitrust and IPR Developments, 2021; B. TOWNSEND, *Decoding the Proposed European Union Artificial Intelligence Act*, in American Society of International Law (ASIL) Insights, 2021; G. MARCHIANO', *Proposta di regolamento della Commissione europea del 21 aprile 2021 sull'intelligenza artificiale con particolare riferimento alle IA ad alto rischio*, in Ambientediritto.it, 2021, n. 2, pp. 616-637; F.A. NANNI, *Analisi della Proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale pubblicata dalla Commissione europea il 21 aprile 2021*, in Cyberlaws.it, 2021; M. VEALE, F.Z. BORGESIUS, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act*, in Computer Law Review International, 2021, 97 ss.; W.G. VOSS, *AI Act: the European Union's Proposed Framework Regulation for Artificial Intelligence Governance*, in Journal of Internet Law, 2021, 7 ss.; A. SIMONCINI, La proposta di regolazione europea dell'intelligenza artificiale. Prime riflessioni, in *Protezione dei dati personali, e nuove tecnologie. Ricerca interdisciplinare sulle tecniche di profilazione e sulle loro conseguenze giuridiche*, in A. ADINOLFI, A. SIMONCINI (a cura di), 2022, p. 3 ss.; 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, 2022, n. 2, pp. 303-322; C. GRIECO, Le linee guida della Commissione europea e il libro bianco sull'intelligenza artificiale, in R. GIORDANO et al (a cura di), *Il diritto nell'era digitale: Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, 2022, 475 ss.; A. ODDENINO, Intelligenza artificiale e tutela dei diritti fondamentali: alcune notazioni critiche sulla recente Proposta di Regolamento della UE con particolare riferimento all'approccio basato sul rischio e al pericolo di discriminazione algoritmica, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?* Vol. I, *Diritti fondamentali, dati personali e regolazione*, 2022, p. 165 ss.; G. RESTA, *Cosa c'è di europeo nella Proposta di Regolamento UE sulla intelligenza artificiale*, in Il diritto dell'informazione e dell'informatica, 2022, n. 2, pp. 323-342.

[8] F. FERRI, Il giorno dopo la rivoluzione: prospettive di attuazione del regolamento sull'intelligenza artificiale e poteri della Commissione europea, in *L'Unione europea e la nuova disciplina sull'intelligenza artificiale: questioni e prospettive*, Quaderni AISDUE, 2, 2024, 107-124; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024; M. INGLESE, Il regolamento sull'intelligenza artificiale come atto per il completamento e il buon funzionamento del mercato interno?, in F. FERRI (a cura di), *cit.*, 71 ss.; P. FRIEDL, G. G. GASIOLA, *Examining the EU's Artificial Intelligence Act*, in Verfassunblog.de, 7 febbraio 2024, i quali ritengono che le ultime fasi del processo legislativo abbiano indebolito la disciplina europea; T. MARKOFF, *The First of its Kind: the EU AI Act and What it Means for the Future of AI*, in Fordham Journal of Corporate and Financial Law – Blog, 23 April 2024, secondo cui il successo dell'iniziativa dipenderà dagli atti di esecuzione e delegati della Commissione europea; R. PETRUSO, G. SMORTO, *Il regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: una prima lettura*, in Nuova giur. civ. comm., 4, 2024, p. 989.

ISSN 2036-7821

agosto 2026 (articolo 113)[9].

Il Regolamento tutela la libera circolazione transfrontaliera di beni e servizi basati sull'intelligenza artificiale attraverso l'adozione di regole armonizzate per l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale nell'Unione europea (articolo 1); in proposito, per sistema di intelligenza artificiale s'intende "*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*" (articolo 3).

Quanto alle regole armonizzate per l'immissione sul mercato di modelli di intelligenza artificiale per finalità generali (articolo 1), si definisce tale "*un modello di IA, anche laddove tale modello di IA sia addestrato con grandi quantità di dati utilizzando l'autosupervisione su larga scala, che sia caratterizzato da una generalità significativa e sia in grado di svolgere con competenza un'ampia gamma di compiti distinti, indipendentemente dalle modalità con cui il modello è immesso sul mercato, e che può essere integrato in una varietà di sistemi o applicazioni a valle, ad eccezione dei modelli di IA utilizzati per attività di ricerca, sviluppo o prototipazione prima di essere immessi sul mercato*" (articolo 3)[10].

Il fondamento giuridico è rappresentato soprattutto dall'articolo 114 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (*infra* TFUE) il quale dispone che "*il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno*" evitando la frammentazione derivante da

[9] Si rammenta che il 17 maggio 2024 è stata adottata la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto a Strasburgo durante l'incontro ministeriale annuale del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, che riunisce i ministri degli Affari esteri dei 46 Stati membri dell'Organizzazione.

[10] Per M. L. BORGESE, *La duplice radice dell'Intelligenza Artificiale: fra le esigenze di innovazione e la tutela dei più fragili*, in Media Laws, 1/2024, a tale categoria di modelli di intelligenza artificiale per finalità generali (*foundation models*) appartengono "*i modelli di IA generativa, basati su tecnologia di tipo large language model (LLM) divenuti largamente utilizzati grazie al lancio di sistemi quali ChatGPT di OpenAI o Gemini di Google, che consentono una generazione flessibile ed immediata di contenuti, ad esempio sotto forma di testo, audio, immagini o video*". Al riguardo, si vedano, tra gli altri, H. BASTANI – O. BASTANI – A. SUNGU – H. GE – O. KABAKCI – R. MARIMAN, *Generative AI Can Harm Learning*, in The Wharton School Research Paper, 1, 2024, 1-59; V. BRUHL, *Generative Artificial Intelligence – Foundations, Use Cases and Economic Potential*, ZBW – Leibniz Information Centre for Economics, in Intereconomics, 1, 2024, 4-9; C. NOVELLI - F. CASOLARI – P. HACKER – G. SPEDICATO – L. FLORIDI, *Generative AI in EU Law: Liability, Privacy, Intellectual Property, and Cybersecurity*, in Computer Law & Security Review, 55, 2024, 1-16. In proposito, M. IEMMA, *Intelligenza artificiale e ricerca accademica: uno sguardo critico tra rischi e innovazione*, in Media Laws, 1/2024, riporta che il 14 novembre 2024 la Commissione Europea ha pubblicato la prima bozza del primo Codice di condotta per l'intelligenza artificiale di uso generale. Sul sito della Commissione europea emerge che il 19 dicembre 2024 è stata pubblicata una seconda bozza, l'11 marzo 2025 una terza bozza ed infine il 10 luglio 2025 la versione finale del Codice (*The General-Purpose AI Code of Practice*).

ISSN 2036-7821

normative nazionali divergenti (considerando 1).

L'intelligenza artificiale possiede comunque un legame profondo con il diritto alla protezione dei dati personali, rappresentando, quest'ultimo, il diritto fondamentale più coinvolto dall'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale che quasi sempre si avvalgono di dati personali[11]. In effetti, quando si considerano le limitazioni all'uso dei sistemi di intelligenza artificiale a fini di attività di contrasto per l'identificazione biometrica remota, per la valutazione dei rischi delle persone fisiche e per la categorizzazione biometrica, il fondamento del Regolamento è costituito dall'articolo 16 del TFUE sul diritto alla protezione dei dati personali (considerando 3)[12]. Ad ogni modo, il Regolamento stesso afferma che la disciplina europea in materia di protezione dei dati personali "*si applica ai dati personali trattati in relazione ai diritti e agli obblighi stabiliti dal presente regolamento*", non pregiudicando pertanto la relativa applicazione (articolo 2, paragrafo 7 e considerando 10).

Al suddetto scopo collegato al mercato interno, si affianca la promozione di un'intelligenza artificiale antropocentrica ed affidabile come evidenziato dalle passate comunicazioni della Commissione europea (articolo 1); tuttavia, oltre agli indubbi benefici, l'intelligenza artificiale è potenzialmente causa di rischi (considerando 5) che inducono ad un ancoraggio ai diritti sanciti dalla Carta (articolo 1). Rilevano, in tal senso, gli orientamenti etici del 2019 elaborati dal gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale (AI HLEG) nominato dalla Commissione (considerando 27), accolti dalla medesima istituzione con una comunicazione dell'8 aprile 2019 intitolata "*Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica*"[13].

Il Regolamento adotta un approccio basato sul rischio (considerando 26) in cui si vietano determinate pratiche con rischio inaccettabile (Capo II), si predispongono requisiti specifici per sistemi ad alto rischio e corrispondenti obblighi per gli operatori (Capo III) ed infine si delineano obblighi di trasparenza per altri specifici sistemi (Capo IV)[14].

In questa sede è indispensabile affrontare anche il tema della *governance* sia europea che nazionale (Capo VII), propedeutico alla trattazione delle misure a sostegno

[11] In questo senso l'audizione del professor Pasquale Stanzione, Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, alle Commissioni 8a e 10a riunite del Senato in data 24 luglio 2024.

[12] Come emerge dal considerando 180, il Garante europeo della protezione dei dati e il Comitato europeo per la protezione dei dati hanno adottato un parere congiunto in data 18 aprile 2021 in conformità all'articolo 42, paragrafi 1 e 2, del regolamento (UE) 2018/1725.

[13] I sette principi non vincolanti sono intervento e sorveglianza umani, robustezza tecnica e sicurezza, vita privata e *governance* dei dati, trasparenza, diversità, non discriminazione ed equità, benessere sociale e ambientale e responsabilità.

[14] Con riferimento specifico alle pratiche vietate, si veda la comunicazione della Commissione europea del 4 febbraio 2025 recante "*Approval of the content of the draft Communication from the Commission - Commission Guidelines on prohibited artificial intelligence practices established by Regulation (EU) 2024/1689 (AI Act)*" (C(2025) 884 final).

ISSN 2036-7821

dell'innovazione (Capo VI).

Relativamente all'Unione europea (Sezione 1), il Regolamento prevede un Ufficio per l'intelligenza artificiale della Commissione europea, un Comitato per l'intelligenza artificiale, composto da un rappresentante per Stato membro, con compiti di consulenza ed assistenza a Commissione e Stati membri, finalizzato ad un'applicazione coerente del Regolamento ed un forum consultivo composto dagli *stakeholders* che garantisce consulenza e competenze tecniche al predetto Comitato ed alla Commissione[15].

Con specifico riferimento all'Ufficio per l'intelligenza artificiale (articolo 64), la decisione della Commissione europea del 24 gennaio 2024 ha istituito un ufficio europeo per l'intelligenza artificiale (*European AI Office*) all'interno della Direzione Generale "*Communication Networks, Content and Technology*" (DG CONNECT)[16].

Relativamente al Comitato per l'intelligenza artificiale, oltre ai due sottogruppi permanenti la predetta istituzione "*può istituire altri sottogruppi permanenti o temporanei, se del caso, ai fini dell'esame di questioni specifiche*" ai quali è possibile invitare i rappresentanti del forum consultivo (articolo 65).

Quanto all'organizzazione richiesta agli Stati membri (Sezione 2), il Regolamento prevede la designazione di "*autorità nazionali competenti*" che esercitano i poteri in modo indipendente ed imparziale, pubblicando le informazioni di contatto tramite mezzi di comunicazione elettronica entro il 2 agosto 2025 (articolo 70).

Per autorità nazionali competenti s'intendono almeno un'autorità di notifica ed almeno un'autorità di vigilanza del mercato[17]; nell'ambito di quest'ultima categoria, gli Stati membri devono individuare un punto di contatto unico[18].

---

[15] F. FERRI, Il giorno dopo la rivoluzione: prospettive di attuazione del regolamento sull'intelligenza artificiale e poteri della Commissione europea, in F. FERRI (a cura di), *cit*., 107 ss., ritiene che la posizione dominante attribuita alla Commissione dal Regolamento rappresenti il consolidamento di un processo di "*centralizzazione*" in corso di sperimentazione con il *Digital Service Act* e il *Digital Market Act* che prende le distanze dai meccanismi di *enforcement* a trazione nazionale che contrassegnano il *General Data Protection Regulation*.

[16] Decisione della Commissione del 24 gennaio 2024 che istituisce l'Ufficio europeo per l'intelligenza artificiale, C(2024) 390 final, in https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/commission-decision-establishing-european-ai-office.

[17] *Ex* articolo 3 del Regolamento, per autorità di notifica s'intende l'autorità nazionale responsabile dell'istituzione e dell'esecuzione delle procedure necessarie per la valutazione, la designazione e la notifica degli organismi di valutazione della conformità e per il loro monitoraggio, mentre per autorità di vigilanza del mercato l'autorità nazionale che svolge le attività e adotta le misure a norma del regolamento (UE) 2019/1020 sulla vigilanza del mercato e sulla conformità dei prodotti.

[18] In caso di sistemi di intelligenza artificiale "*messi in servizio o utilizzati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione*", il Regolamento dispone che i riferimenti regolamentari alle autorità nazionali competenti o alle autorità di vigilanza del mercato "*si intendono fatti al Garante europeo della protezione dei dati*" (articolo 3, numero 48). Conseguentemente, laddove ci si riferisca alle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione europea (con esclusione della Corte di giustizia dell'Unione europea nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali), il Regolamento designa il Garante europeo della protezione dei dati quale autorità di vigilanza del mercato (articolo 70 e 74, paragrafo 9), assegnando, al contempo, appositi poteri sanzionatori (articolo 100).

ISSN 2036-7821

Ad ogni modo, il Regolamento pretende che gli Stati membri garantiscano "*risorse tecniche, finanziarie e umane adeguate*", riferendo entro il 2 agosto 2025, e successivamente una volta ogni due anni, alla Commissione (articolo 70); con specifico riferimento alle risorse umane, si richiede una competenza, tra le altre cose, delle tecnologie, dei dati e del calcolo dei dati di intelligenza artificiale, della protezione dei dati personali, della cybersicurezza e dei diritti fondamentali[19].

Vale la pena sottolineare che la discrezionalità del legislatore nazionale è limitata dal Regolamento laddove dispone esplicitamente ed in anticipo quale debba essere l'autorità nazionale competente, come per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio immessi sul mercato, messi in servizio o usati da istituti finanziari disciplinati dal diritto dell'Unione in materia di servizi finanziari in cui l'autorità di vigilanza del mercato è l'autorità nazionale pertinente responsabile della vigilanza finanziaria, salvo facoltà di deroga ad opera dello Stato membro che può "*in determinate circostanze*" individuare una altra autorità "*a condizione che sia garantito il coordinamento*" (articolo 74, paragrafi 6 e 7)[20].

Pertanto, in attuazione del Regolamento, gli Stati membri designano le autorità nazionali competenti che esercitano i relativi poteri "*in modo indipendente, imparziale e senza pregiudizi*" (articolo 70, paragrafo 1), scelta particolarmente importante come segnalato dal Garante per la protezione dei dati personali al Parlamento ed al Governo in data 25 marzo 2024[21].

4. Spazi di sperimentazione normativa e clausole di sperimentazione

Secondo la Commissione europea "*An experimentation clause enables the authorities tasked with implementing and enforcing the legislation to exercise a degree of flexibility in relation to innovative technologies, products or approaches, even if they do not conform to all*

[19] In questo senso anche l'articolo 28 in base al quale le autorità di notifica si avvalgono di un numero adeguato di dipendenti in possesso "*se del caso, delle competenze necessarie per svolgere le proprie funzioni in settori quali le tecnologie dell'informazione, l'IA e il diritto, compreso il controllo dei diritti fondamentali*".

[20] Allo stesso modo, il Regolamento definisce preliminarmente l'autorità di vigilanza del mercato per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio collegati a prodotti disciplinati dalla normativa di armonizzazione che sono le autorità designate ai sensi degli atti europei di cui all'allegato I, sezione A (articolo 74, paragrafo 3).

Medesimo ragionamento per quanto riguarda le autorità di vigilanza del mercato per i sistemi ad alto rischio di cui all'allegato III, punti 1, 6, 7 e 8, utilizzati a fini di attività di contrasto, gestione delle frontiere, giustizia e democrazia, in cui il Regolamento si riferisce alle autorità di controllo competenti per la protezione dei dati (articolo 74, paragrafo 8).

[21] La segnalazione rinvenibile in https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9996493 auspicava "*L'individuazione nel Garante dell'autorità di controllo per l'intero Regolamento (oltre, dunque, agli ambiti comunque riservatagli dall'art. 74, p.8) …Il Garante possiede infatti, già oggi, i requisiti di competenza e, assieme, indipendenza necessari per garantire un'attuazione del Regolamento coerente con l'obiettivo di garanzia di un livello elevato di tutela dei diritti fondamentali nel ricorso all'i.a., sancito dall'art. 1, p.1. E', del resto, significativo che lo stesso art. 74, p.9, del Regolamento designi il Garante europeo per la protezione dei dati quale autorità competente, in ambito UE*".

ISSN 2036-7821

existing legal requirements"[22].

Il Consiglio dell'Unione europea precisa che le clausole di sperimentazione (*experimentation clauses*) sono disposizioni giuridiche che rappresentano, in diversi casi, la base legale degli spazi di sperimentazione normativa (*regulatory sandboxes)*[23]; in relazione a questi ultimi, l'istituzione europea afferma che si tratta di quadri concreti che consentono, eventualmente in un ambiente reale, di testare tecnologie, prodotti o servizi innovativi per un periodo di tempo limitato e in una parte limitata di un settore o di un ambito soggetto a vigilanza regolamentare, garantendo la messa in atto di opportune misure di salvaguardia[24].

Conseguentemente, la *sandbox* rappresenta da un lato "*una forma di promozione strutturata e sorvegliata delle innovazioni a contenuto tecnologico, a favore soprattutto delle start-up e degli operatori che intendono affacciarsi ai mercati regolamentati*", dall'altro quale strumento di *better regulation* "*una delle forme più innovative del principio dell'evidence-based lawmaking*"[25].

Se a livello globale la maggior parte delle *regulatory sandboxes* riguardano il settore

---

[22] European Commission, *Better regulation toolbox*, 2023.

[23] Al riguardo è esemplificativo il caso tedesco per il quale si rinvia a Federal Ministry for Economic Affairs and Energy (BMWi), *Making Space for Innovation - The Handbook for Regulatory Sandboxes*, 2019.

[24] In questo senso Consiglio dell'Unione europea, *Conclusioni sugli spazi di sperimentazione normativa e le clausole di sperimentazione come strumenti per un quadro normativo favorevole all'innovazione, adeguato alle esigenze future e resiliente che sia in grado di affrontare le sfide epocali nell'era digitale*, doc. 13026/20, 16 novembre 2020, che dopo aver richiamato il principio dell'innovazione secondo cui l'impatto sulla ricerca e l'innovazione è tenuto in considerazione nel processo di sviluppo e revisione della regolamentazione in tutti i settori politici, sottolinea che gli spazi di sperimentazione normativa e le clausole di sperimentazione "*devono sempre rispettare i principi di sussidiarietà e proporzionalità, nonché il principio di precauzione*".

[25] In questi termini G. LO SAPIO, *La regulatory sandbox tra principi dell'attività amministrativa e rischio di illusione normativa*, in Federalismi.it, n. 30 del 2022, 95, secondo cui lo spazio di sperimentazione normativa si legittima sulla base di una clausola di sperimentazione.

O. LOBEL, *The Law of AI for Good*, in Legal Studies Research Paper Series, Research Paper 23-001, 2023, afferma che "*Testbeds and sandboxes are examples of frameworks that shift the role of policy from reactive and adaptive to proactive and anticipatory*".

Si veda altresì M. ROMBOLI, *Sandbox normativa e temporanea disapplicazione delle regole amministrative*, in Il diritto amministrativo, 2025, secondo cui "*mancano casi esemplari di una Sandbox al termine della quale si è prodotta una modifica della normativa di settore*".

In generale, sulle *regulatory sandboxes* si vedano tra gli altri M. T. PARACAMPO, *Dalle regulatory sandboxes al network dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea*, in Rivista di Diritto Bancario, 2019, 219 ss.; D. QUAN, *A few thoughts on regulatory sandboxes*, Stanford University, Stanford PACS, 2019; A. ATTREY, M. LESHER, C. LOMAX, *The role of sandboxes in promoting flexibility and innovation in the digital age*, Parigi, Ocse, 2020, 2; B. KNIGHT, T. MITCHELL, *The Sandbox Paradox: Balancing the Need to Facilitate Innovation with the Risk of Regulatory Privilege*, in South Carolina Law Review, 2020, 445 ss.; M. LESHER, *Bringing new digitally enabled products and services to market: sandboxes and the role of policy experimentation*, in cepr.org, 2020; M. GÓMEZ SANTOS, *Régimen jurídico del "regulatory sandbox" en España*, in Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercati, operadores e contratos, 2021, 195 ss.; A. MERLINO, *Il regulatory sandbox. Una nuova prospettiva ordinamentale*, Editoriale Scientifica, 2022; S. RANCHORDAS, V. VINCI, *Regulatory sandboxes and innovation-friendly regulation: between collaboration and capture*, in Italian Journal of Public Law, VOL. 16. ISSUE 1/2024.

del digitale, della mobilità e dell'energia[26], la Commissione europea riteneva che l'applicazione del principio di innovazione avrebbe dovuto affiancare lo sviluppo della regolazione sperimentale in aree come il fintech, la *blockchain*, l'intelligenza artificiale e l'internet delle cose[27]; coerentemente, l'Unione europea approvava il Regolamento (UE) 2022/858 (*Pilot regime*) entrato in vigore il 23 marzo 2023 che istituisce un regime sperimentale di durata temporanea che prevede alcune deroghe ad hoc alla disciplina vigente[28], lanciando, al contempo la *regulatory sandbox* europea per la *blockchain* nei casi di *distributed ledger technologies*[29].

A livello geografico europeo, la *regulatory sandbox* iniziò nel Regno Unito nel 2015 nel settore del fintech[30]. In Italia, l'istituto si è evoluto dalla predetta materia alla *regulatory sandbox* multisettoriale (Sperimentazione Italia)[31]. A livello comparato

[26] In questo senso Commission Staff Working Document on Regulatory Learning in the EU – Guidance on regulatory sandboxes, testbeds, and living labs in the EU, with the focus section on energy (SWD(2023) 277/2 final), 2023, che analizza numerosi esempi internazionali di Stati terzi (Corea del sud, Singapore, Canada, Stati uniti, Namibia, Arabia saudita, Australia, Israele, Indonesia).

[27] Si veda il dossier della Commissione Europea, *Study supporting the interim evaluation of the innovation principle*, 2019, reperibile sul sito https://ec.europa.eu/info/publications/study-supporting-interim-evaluation-innovation-principle_en

[28] Relativamente al Regolamento (UE) 2022/858 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo a un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia a registro distribuito e che modifica i regolamenti (UE) n. 600/2014 e (UE) n. 909/2014 e la direttiva 2014/65/UE, E. LA SALA, F. GUELFI, *Emissione e circolazione di strumenti finanziari in forma digitale: profili legali e fiscali,* in Le Società, n. 11, 1 novembre 2023, p. 1235, affermano che "*tra le finalità del Regolamento Pilot Regime vi è quella di consentire a strumenti emessi in DLT di essere ammessi a negoziazione su sistemi multilaterali di negoziazione (MTF), superando i vincoli imposti dalla vigente normativa europea*" e precisano poi che il decreto legge 17 marzo 2023, n. 25, recante disposizioni urgenti in materia di emissioni e circolazione di determinati strumenti finanziari in forma digitale e di semplificazione della sperimentazione FinTech, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 maggio 2023, n. 52, "*si è reso necessario anche per consentire di sviluppare in Italia le sperimentazioni proprie del Regolamento Pilot Regime*".

[29]Si veda il comunicato stampa della Commissione europea in https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/news/commission-launches-european-regulatory-sandbox-blockchain.

[30] Si veda il contributo di M.T. PARACAMPO, FinTech e la Strategia per il mercato unico tecnologico dei servizi finanziari, in M. T. PARACAMPO (a cura di), *FINTECH. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Vol. I, Giappichelli, 2° ed., 2021, pp.4 ss.. Più in generale, si vedano L. BROMBERG, A. GODWIN, I. RAMSAY, *Fintech sandboxes: achieving a balance between regulation and innovation, in* Journal of banking and finance law and practice, 2017, 314 ss.; G. BRANELLEC, J. LEE, *Le choix du modèle de régulation des Fintech: entre sandbox et soundbox*, in Revue d'économie financière, 2019, 387 ss.; E. CORAPI, Regulatory Sandbox nel Fintech?, in E. CORAPI, R. LENER (a cura di), *I diversi settori del FinTech. Problemi e prospettive*, Wolters Kluwer, 2019, 13 ss.; W.G. RINGE, C. RUOF, *Regulating Fintech in the EU: the Case for a Guided Sandbox*, in European Journal of Risk Regulation, 2020, ss. 604; L. FAHY, *Fostering regulator-innovator collaboration at the frontline: A case study of the UK's regulatory sandbox for fintech*, in Law & Policy, vol. 44, n. 2, 2022, 162.

[31] Riguardo al settore fintech A. MERLINO, *Il regulatory sandbox e la teoria delle fonti*, in Diritto Pubblico Europeo Rassegna online, fasc. 1/2022, il quale sottolinea che la potenziale deroga riguarda "*soltanto regolamenti delle Autorità di vigilanza*". Con specifico riferimento, invece, a Sperimentazione Italia, si rinvia ad A. CHIAPPINI, *Regulatory Sandbox italiano in una prospettiva europea, costituzionale ed amministrativa*, in Amministrativamente, fascicolo 4/2021, rilevando che l'iniziativa avviene necessariamente in deroga a norme dello Stato che impediscono la sperimentazione, ad esclusione delle disposizioni a tutela della salute, dell'ambiente, dei beni culturali e paesaggistici ovvero di disposizioni penali o del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di vincoli inderogabili derivanti

ISSN 2036-7821

europeo emerge comunque un panorama variegato delle *regulatory sandboxes* nei diversi Stati membri[32]. Degna di nota è l'iniziativa spagnola, in collaborazione con la Commissione europea, relativa ad uno spazio di sperimentazione normativa in materia di intelligenza artificiale[33].

La predetta differenziazione nazionale rappresenta un problema che, se non risolto, potrebbe condurre ad una frammentazione del mercato interno europeo; peraltro, laddove la *regulatory sandbox* sia collegata a monte ad una clausola di sperimentazione che autorizzi deroghe temporanee a normative nazionali vigenti (barriere normative), l'eventuale ostacolo normativo europeo all'innovazione non sarebbe comunque superabile dal singolo Stato membro[34].

Al riguardo, si ravvisa una soluzione nella centralizzazione della questione a livello europeo mediante linee guida (*soft law*), un framework comune alle *sandboxes* decentrate (*hard law*) o una vera e propria *sandbox* europea[35].

5. Misure europee a sostegno dell'innovazione e disciplina nazionale

dall'appartenenza all'Unione europea o da obblighi internazionali. A tal proposito W.G. JOHNSON, *Caught in quicksand? Compliance and legitimacy challenges in using regulatory sandboxes to manage emerging technologies*, in Regulation & Governance, vol. 17, 2023, n. 3, afferma che "*policymakers should be cautious not to conflate or equate financial risks with risks to human health, the environment, or social justice when designing this instrument for other sectors. Using sandboxes to manage technologies posing irreversible hazards or substantial social harms may be normatively undesirable regardless of the design features selected*".

[32] In proposito, M. TRAPANI, *L'utilizzo delle sandboxes normative: una ricognizione comparata delle principali esperienze di tecniche di produzione normativa sperimentali e il loro impatto sull'ordinamento*, fascicolo 3/2022, che a partire dall'esperienza britannica ripercorre la *sandbox* spagnola, francese, tedesca, italiana e portoghese, ritenendo quest'ultima ipotesi basata su zone franche tecnologiche una modalità ibrida tra *sandbox* tradizionale ed *innovation hub*.

[33] Si veda F. BAGNI, *The Regulatory Sandbox and the Cybersecurity Challenge: from the Artificial Intelligence Act to the Cyber Resilience Act*, in Rivista italiana di informatica e diritto, 2023, n. 2, secondo cui "*In June 2022, in partnership with the European Commission, Spain launched a project of an AI-themed sandbox aimed at testing high-risk AI systems (HRAIS) and general-purpose AI systems (GPAIS) in light of the AI Act proposal: the "Spanish Regulatory Sandbox on Artificial Intelligence" (hereinafter "Spanish pilot")*". Di recente A. MEUWESE, Measures in support of innovation (Chapter VI), in A. HUERGO LORA, G. M. DIAZ GONZALEZ (a cura di), *The EU regulation on artificial intelligence: a commentary*, 2025, riporta che "*In the Netherlands the pilot version of the Dutch AI regulatory sandbox, interestingly, is geared mainly towards compliance issues, rather than the testing of AI innovations: https://nlaic.com/nieuws/pilot-regulatory-sandboxes-om-ai-innovatie-conform-ai-verordening-te-versnellen/*".

[34] Al riguardo, M. T. PARACAMPO, *Il percorso evolutivo ed espansivo delle regulatory sandboxes da FinTech ai nuovi lidi operativi del prossimo futuro*, in Federalismi, n. 18 del 2022, 209 ss., afferma, con riferimento al fintech, che considerato che "*la legislazione in materia finanziaria è pressoché esclusivamente di provenienza europea, la risposta più appropriata andrebbe a fortiori individuata proprio in una dimensione centralizzata*". La stessa Unione europea è consapevole di tale possibilità come emerge nel Commission Staff Working Document on Regulatory Learning in the EU – Guidance on regulatory sandboxes, testbeds, and living labs in the EU, with the focus section on energy, cit., in cui si afferma che "*Another consideration is whether the identified regulatory barriers exist in EU law*", affermando poi nelle conclusioni l'importanza di supportare le sperimentazioni "*under relevant EU programmes, such as Horizon Europe and the Digital Europe Programme, to create an overall enabling environment*".

[35] In questo senso D. AHERN, *Regulatory Lag, Regulatory Friction and Regulatory Transition as FinTech Disenablers: Calibrating an EU Response to the Regulatory Sandbox Phenomenon*, in European Business Organization Law Review, 2021, 22, p. 395.

ISSN 2036-7821

L'ambito di applicazione del Regolamento esclude i sistemi utilizzati per scopi militari, di difesa o di sicurezza nazionale e di ricerca e sviluppo (articolo 2); a quest'ultimo proposito, il Regolamento non è applicabile né ai sistemi "*specificamente sviluppati e messi in servizio al solo scopo di ricerca e sviluppo scientifici*" né alle "*attività di ricerca, prova o sviluppo relative a sistemi o modelli di IA prima della loro immissione sul mercato o messa in servizio*", sebbene la disciplina europea sia utilizzabile quando successivamente all'attività di ricerca e sviluppo il sistema sia immesso sul mercato o messo in servizio (considerando 25).

Al contempo, come emerge altresì dal predetto considerando, sono applicabili le disposizioni sugli spazi di sperimentazione normativa e sulle prove in condizioni reali inserite all'interno del capo VI recante le misure a sostegno dell'innovazione[36]; in effetti, un ulteriore obiettivo del Regolamento è la promozione dell'innovazione (articolo 1)[37].

Per spazio di sperimentazione normativa per l'intelligenza artificiale s'intende "*un quadro controllato istituito da un'autorità competente che offre ai fornitori o potenziali fornitori di sistemi di IA la possibilità di sviluppare, addestrare, convalidare e provare, se del caso in condizioni reali, un sistema di IA innovativo, conformemente a un piano dello spazio di sperimentazione per un periodo di tempo limitato sotto supervisione regolamentare*" prima dell'immissione sul mercato o della messa in servizio (articoli 3 e 57)[38].

Pertanto, è possibile utilizzare altresì gli spazi di sperimentazione normativa per effettuare prove di sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio in condizioni reali al di fuori di un laboratorio o di un ambiente altrimenti simulato (articolo 3, numero 57); al riguardo, premesso che la finalità è pur sempre, a parte la promozione dell'innovazione, la valutazione della conformità ai requisiti regolamentari (certezza del diritto), sono concordati con i partecipanti i termini e le condizioni delle prove in condizioni reali, prevedendo le tutele dei diritti fondamentali, della salute e della sicurezza (articolo 58, paragrafo 4).

Tuttavia, gli ulteriori obiettivi regolamentari collegati all'istituto sono la condivisione delle *best practices*, un maggior sviluppo dell'ecosistema di intelligenza artificiale, l'agevolazione dell'accesso al mercato dell'Unione europea per i sistemi di

[36] Quando ci si riferisce genericamente agli spazi di sperimentazione, il riferimento è ai *testbeds*, *living labs* e alle *regulatory sandboxes* come emerge in K. KERT, M. VEBROVA, S. SCHADE, *Regulatory learning in experimentation spaces*, 2022, in cui si afferma che le diverse forme differiscono per lo scopo ed il tipo di apprendimento ricavabile, lo stadio del processo di ricerca ed innovazione in cui intervengono, il valore apportato ai differenti *stakeholders* (innovatori, regolatori e utenti-cittadini) ecc..

[37] In proposito, il manuale di Oslo del 2018 dell'OCSE definisce l'innovazione "*un prodotto o un processo nuovo o migliorato (o una loro combinazione) che differisce in modo significativo dai precedenti prodotti o processi dell'unità e che è stato reso disponibile ai potenziali utenti (prodotto) o messo in uso dall'unità (processo)*".

[38] A livello di definizione regolamentare (articolo 3), il piano è un documento concordato tra autorità competente ed il fornitore partecipante circa gli obiettivi, le condizioni e la tempistica delle attività svolte nello spazio di sperimentazione.

ISSN 2036-7821

intelligenza artificiale (specie se forniti dalle piccole e medie imprese comprese le *start-up*), la competitività e l'apprendimento normativo per autorità ed imprese anche con riferimento ad una futura revisione della disciplina (articolo 57, paragrafo 9 e considerando 139).

Emerge, quindi, che la disciplina europea centralizza la questione della frammentazione delle *regulatory sandboxes* attraverso un regolamento europeo direttamente applicabile e, come vedremo, appositi atti di esecuzione della Commissione recanti principi comuni sul funzionamento degli spazi di sperimentazione normativa (articolo 58).

Sebbene il Regolamento costituisca un *unicum* a livello regolatorio[39], probabilmente era possibile, per lo meno per gli spazi di sperimentazione normativa, prevedere una centralizzazione più marcata attraverso l'istituzione di una vera e propria *regulatory sandbox* europea collegata, eventualmente, ad una clausola di sperimentazione idonea a consentire la deroga temporanea a barriere legali europee.

Ad ogni modo, in aggiunta rispetto all'originaria proposta della Commissione, il Regolamento impone agli Stati membri che le "*autorità competenti*" istituiscano almeno uno spazio di sperimentazione normativa per l'intelligenza artificiale entro il 2 agosto 2026 (articolo 57)[40].

In attuazione, come visto, del Regolamento che richiede la designazione delle autorità nazionali competenti, la legge 23 settembre 2025, n. 132, individua le autorità nazionali per l'intelligenza artificiale (articolo 20)[41]. Per un verso si affida all'Agenzia

[39] Si veda il documento sull'intelligenza artificiale del Servizio studi della Camera dei deputati del 16 febbraio 2024 ed in particolare i profili comparatistici: https://temi.camera.it/leg19/temi/intelligenza-artificiale.html.

[40] Con riferimento alle istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione, il Garante europeo della protezione dei dati può (e non deve) istituire uno spazio di sperimentazione normativa per l'intelligenza artificiale, esercitando in tal caso i ruoli e i compiti propri delle autorità nazionali competenti (articolo 57, paragrafo 3). G. RUGANI, *La promozione di strumenti di coregolazione dell'intelligenza artificiale nell'AI Act, con particolare riferimento alle regulatory sandboxes*, in F. FERRI (a cura di), *cit.*, p. 143 ss., ritiene che il Regolamento incentivi processi di coregolazione anche tramite gli spazi di sperimentazione normativa in cui emerge un continuo dialogo con gli interessati che in futuro potrebbe portare "*a integrazioni e modifiche delle normative in materia di IA, sia a livello di Unione europea, ad esempio in sede di riesame del regolamento o di adozione di atti di esecuzione da parte della Commissione, sia a livello dei singoli Stati membri dell'UE*". Per L. AMMANNATI, *Regolatori e supervisori nell'era digitale: ripensare la regolazione*, in Giurisprudenza Costituzionale, fasc.3, 1 giugno 2023, pag. 1453, sebbene "*il sandbox può essere visto come una variante del dialogo regolatorio, la differenza peculiare è che consente di testare le regole in anticipo nel mondo reale (non in un laboratorio) con un selezionato numero di partecipanti*". M. GIUSTI, *Tecniche alternative di regolazione: stato dell'arte e prospettive*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc. 3, 1 settembre 2024, pag. 857, analizza tre tecniche alternative di regolazione cioè *sunset clause*, *experimental regulation* e *regulatory sandbox* affermando che "*le prime due si prestano ad essere adoperate tanto da parte del Parlamento nello svolgimento della funzione legislativa, che nell'attività di produzione del diritto propria del governo. L'utilizzo della terza tecnica, invece, è riconducibile in via esclusiva a soggetti della pubblica amministrazione*".

[41] In relazione alla disciplina nazionale si veda C. BURELLI, Prime brevi considerazioni sul "ddl intelligenza artificiale": incompatibilità o inopportunità?, in F. FERRI (a cura di), *cit.*, 237 ss., che dopo aver preliminarmente rilevato che le disposizioni del Regolamento lasciano spazio a diversi livelli di azione da parte degli Stati membri (ad esempio l'articolo 57 in materia di spazi di sperimentazione normativa) ritiene il ddl "*particolarmente agile, breve, financo "asciutto""* con la conseguenza che "*le disposizioni ivi contenute si connotano per essere, nel complesso,*

ISSN 2036-7821

per la cybersicurezza nazionale (*infra* ACN) la vigilanza sui sistemi di intelligenza artificiale (oltre che lo sviluppo dell'intelligenza artificiale per i soli profili di cybersicurezza), nominandola autorità di vigilanza del mercato e punto di contatto unico. Per l'altro si attribuiscono all'Agenzia per l'Italia digitale (*infra* AgID) compiti in materia di notifica, valutazione, accreditamento e monitoraggio dei soggetti incaricati di controllare la conformità dei sistemi di intelligenza artificiale (oltre che lo sviluppo dell'intelligenza artificiale in generale), designando la medesima quale autorità di notifica[42].

Al riguardo, si rammenta che AgID è sottoposta alla vigilanza del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro da lui delegato che nominano, al contempo, il relativo direttore generale sulla base di una procedura di selezione ad evidenza pubblica[43].

Per quanto riguarda ACN, si rileva che al Presidente del Consiglio dei ministri sono attribuite in via esclusiva l'alta direzione e la responsabilità delle politiche di cybersicurezza, l'adozione della strategia nazionale e la nomina e la revoca del direttore generale[44].

Pertanto, la concreta individuazione delle autorità lascia perplessi circa una potenziale assenza dell'indipendenza richiesta dalla normativa europea, anche alla luce dei rilevanti poteri del Governo sulle citate istituzioni[45].

Con specifico riferimento, invece, agli spazi di sperimentazione normativa di cui il Regolamento chiede l'istituzione, le predette autorità assicurano, per quanto di competenza, l'istituzione e la gestione congiunta di spazi di sperimentazione finalizzati alla realizzazione di sistemi di intelligenza artificiale conformi alla disciplina vigente (articolo 20)[46].

---

piuttosto generiche e vaghe". Pertanto, sebbene esistano norme problematiche sotto il profilo della compatibilità regolamentare, l'autrice ritiene che "*nel complesso il ddl non sembra ostacolare l'applicabilità diretta del regolamento*", criticando, tuttavia, l'opportunità di un testo antecedente sia alla pubblicazione del Regolamento che all'adozione degli atti delegati e di esecuzione della Commissione.

[42] Si rammenta, inoltre, che in conformità con l'articolo 74, paragrafo 6, del Regolamento, per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio immessi sul mercato, messi in servizio o usati da istituti finanziari disciplinati dal diritto dell'Unione in materia di servizi finanziari, le autorità di vigilanza del mercato sono la Banca d'Italia, la CONSOB e l'IVASS. L'attuale disciplina nazionale, pertanto, non sembra essersi avvalsa della menzionata facoltà di deroga prevista dall'articolo 74, paragrafo 7, del Regolamento.

[43] Si vedano in proposito gli articoli 19 e 21 del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, recante "*Misure urgenti per la crescita del Paese*", convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134.

[44] Si veda l'articolo 2 del decreto legge 14 giugno 2021, n. 82, recante "*Disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell'architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale*", convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2021, n. 109.

[45] Nel resoconto n. 3 del 22 ottobre 2024 delle Commissioni 8a e 10a riunite del Senato emerge che per il Gruppo del Partito democratico "*sarebbe preferibile attribuire le funzioni in questione a un'autorità indipendente invece che a un'agenzia governativa*".

[46] E' previsto che sia sentito il Ministero della difesa per gli aspetti relativi ai sistemi utilizzabili in chiave duale ed il Ministero della giustizia per i modelli e i sistemi di intelligenza artificiale applicabili all'attività giudiziaria.

ISSN 2036-7821

Al riguardo, sebbene solo a seguito di una modifica della versione iniziale del disegno di legge, l'attuale disciplina nazionale fa salve le sperimentazioni fintech gestite dalle relative autorita' di vigilanza (Banca d'Italia, CONSOB e IVASS) con funzioni di coordinamento del Comitato Fintech[47].

La questione era di non poco conto anche considerato che il medesimo Regolamento prevede che "*Gli Stati membri garantiscono un livello adeguato di cooperazione tra le autorità che controllano tali altri spazi di sperimentazione e le autorità nazionali competenti*"(articolo 57, paragrafo 4).

La norma nazionale avrebbe pertanto dovuto effettuare un raccordo specifico anche con le autorità (Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei ministri e Ministero delle imprese e del Made in Italy) che governano l'iniziativa Sperimentazione Italia disciplinata dall'articolo 36 ("*Misure di semplificazione amministrativa per l'innovazione*") del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale (decreto semplificazioni); non è in tal senso sufficiente l'articolo 20, comma 3, della legge 23 settembre 2025, n. 132, secondo cui le autorità nazionali per l'intelligenza artificiale assicurano "*il coordinamento e la collaborazione con le altre pubbliche amministrazioni e le autorità indipendenti, nonchè ogni opportuno raccordo tra loro per l'esercizio delle funzioni*".

A quest'ultimo proposito, in materia di spazi di sperimentazione normativa il Regolamento dispone altresì che "*se del caso, le autorità nazionali competenti cooperano con altre autorità pertinenti e possono consentire il coinvolgimento di altri attori all'interno dell'ecosistema dell'IA*" (articolo 57, paragrafo 4).

Qualora i sistemi di intelligenza artificiale implichino il trattamento dei dati personali, la disciplina europea prevede che le autorità nazionali competenti garantiscano che "*le autorità nazionali per la protezione dei dati [...] siano associate al funzionamento dello spazio di sperimentazione normativa per l'IA e partecipino al controllo di tali aspetti nei limiti dei rispettivi compiti e poteri*" (articolo 57, paragrafo 10)[48]. In assenza di un riferimento in tal senso all'interno del disegno di legge, sulla base della potenziale incidenza della sperimentazione sulla protezione dei dati il parere del Garante per la protezione dei dati personali del 2 agosto 2024 alla Presidenza del Consiglio dei ministri riteneva opportuno inserire nell'ambito dei criteri di delega

[47] Si veda al riguardo l'articolo 36, commi 2-*bis* ss., del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34 (decreto crescita), convertito, con modificazioni, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58 ed il successivo regolamento attuativo adottato con decreto-ministeriale 30 aprile 2021, n. 100, del Ministero dell'economia e delle finanze.

[48] Il 29 gennaio 2025 si è svolto a Roma, presso la Sala del Refettorio di Palazzo San Macuto (Camera dei deputati), il convegno organizzato dal Garante per la protezione dei dati personali dal titolo "*Le sfide dell'IA - La protezione dei dati nell'era del cambiamento*" in cui il Direttore generale di ACN, Bruno Frattasi, affermava che di fronte al tema di fondo del conflitto tra l'evoluzione della tecnica e la sua ritardata regolazione, il Regolamento dispone che ogni singolo Stato membro crei delle *sandbox* regolatorie che prevedono anche il coinvolgimento delle autorità nazionali per la tutela dei dati personali.

ISSN 2036-7821

"*un adeguato coinvolgimento del Garante*" nella realizzazione degli spazi di sperimentazione[49]. Il generico riferimento della legge 23 settembre 2025, n. 132, al fatto che "*restano ferme le competenze, i compiti e i poteri del Garante per la protezione dei dati personali*" (articolo 20, comma 4) non è probabilmente sufficiente.

Le citate iniziative italiane in materia di sperimentazioni erano altresì astrattamente utilizzabili al fine di adempiere all'obbligo regolamentare, visto che il Regolamento fornisce come alternativa l'eventuale partecipazione "*a uno spazio di sperimentazione esistente nella misura in cui tale partecipazione fornisca un livello equivalente di copertura nazionale per gli Stati membri partecipanti*". Quest'ultimo inciso si riferisce al fatto che lo spazio di sperimentazione può essere altresì istituito "*congiuntamente con le autorità competenti di altri Stati membri*", così come a livello discendente sono possibili ulteriori spazi di sperimentazione normativa a livello regionale o locale.

Sebbene fosse possibile come delineato dalla norma europea la partecipazione ad altri spazi di sperimentazione normativa esistenti, la scelta di non avvalersi delle fattispecie esistenti è dovuta presumibilmente alla differente struttura caratterizzante le stesse.

In effetti, Sperimentazione Italia è un'iniziativa orizzontale multi settoriale (ad esclusione del fintech e di altre materie) rivolta anche allo sviluppo, diffusione e impiego delle tecnologie emergenti e di iniziative ad alto valore tecnologico, utilizzabile esclusivamente in caso di presenza di norme dello Stato, anche primarie, che impediscono la sperimentazione (salvo interessi sensibili, disposizioni penali ed antimafia e ordinamento europeo ed internazionale).

Nel caso, invece, del fintech, sebbene sia possibile sperimentare anche al di fuori di una deroga a regolamenti, atti amministrativi generali ed orientamenti delle autorità di vigilanza, si tratta di un'iniziativa verticale in materia di attività di tecno-finanza volte al perseguimento, mediante nuove tecnologie quali l'intelligenza artificiale e i registri distribuiti, dell'innovazione di servizi e di prodotti nei settori finanziario, creditizio, assicurativo e dei mercati regolamentati.

Anche considerato che uno degli obiettivi dello spazio di sperimentazione in esame è la conformità normativa al Regolamento, si è probabilmente ritenuto non compatibile strutturalmente con Sperimentazione Italia il quale è applicabile solo qualora sia necessario superare barriere normative statali.

---

[49] A proposito di questa interconnessione D. BALDINI, K. FRANCIS, *AI Regulatory Sandboxes between the AI Act and the GDPR: The role of Data Protection as a Corporate Social Responsibility*, in CEUR Workshop Proceedings, vol. 3731, 2024, precisa che "*While the AI Act expressly envisages the creation of regulatory sandboxes within its Title V ("measures in support of innovation"), the GDPR is not concerned with establishing similar tools for testing data protection compliance. However, and despite the lack of reference to sandboxes within the GDPR, the latter requirements – including the cybersecurity requirements outlined in its Article 32 – will be relevant for the operation of most AI regulatory sandboxes, given that high-risk AI systems typically leverage personal data in the context of their development and operation and, as a result, the GDPR scope of application is triggered*".

ISSN 2036-7821

Tuttavia, il medesimo ragionamento non è utilizzabile con riferimento al fintech in cui la sperimentazione è possibile anche senza alcuna deroga, sebbene in questo caso si tratti di una *regulatory sandbox* verticale limitata ai settori finanziario, creditizio, assicurativo e dei mercati regolamentati.

Nell'ambito delle "*risorse tecniche, finanziarie e umane adeguate*" che gli Stati membri garantiscono in linea generale alle autorità nazionali competenti, il Regolamento dispone altresì che gli Stati membri provvedono affinchè le autorità competenti assegnino risorse (finanziarie ed umane) sufficienti agli spazi di sperimentazione normativa (considerando 138 e articolo 57, paragrafo 4).

Le autorità competenti emanano, se del caso, orientamenti sulle "*aspettative normative*" e sulle modalità per ottemperare agli obblighi regolamentari il cui rispetto concorre all'esonero dal potere sanzionatorio nei confronti dei fornitori o potenziali fornitori in caso di violazione del Regolamento (articolo 57, paragrafi 6, 7 e 12)[50]; il riferimento regolamentare agli orientamenti è probabilmente collegato all'obiettivo di innalzare la certezza del diritto.

In aggiunta, ferma restando la responsabilità dei fornitori per eventuali danni arrecati a terzi durante la sperimentazione (articolo 57, paragrafo 12), le autorità competenti controllano l'insorgenza di eventuali rischi significativi per la salute, sicurezza e diritti fondamentali e, se del caso, adottano adeguate misure di attenuazione che, se non sufficienti, comportano la sospensione permanente o temporanea (considerando 139 e articolo 57, paragrafi 6 e 11) della partecipazione allo spazio di sperimentazione, garantendo quel livello elevato dei diritti della Carta richiesto dalle disposizioni generali del Regolamento.

Ad ogni modo, al termine della sperimentazione l'autorità nazionale competente redige una relazione di uscita che descrive le attività svolte ed i relativi risultati, dando, su richiesta del fornitore, una corrispondente prova scritta utilizzabile, al pari della relazione, per provare la conformità regolamentare (articolo 57, paragrafo 7).

Al contempo, l'autorità nazionale competente informa l'Ufficio europeo per l'intelligenza artificiale della Commissione ed il Comitato per l'intelligenza artificiale riguardo agli spazi di sperimentazione normativa esistenti, inviando altresì le relative relazioni annuali e definitive contenenti "*informazioni sui progressi e sui risultati [...] comprese le migliori pratiche, gli incidenti, gli insegnamenti tratti e le raccomandazioni sulla loro configurazione e, ove pertinente, sull'applicazione ed eventuale revisione del presente regolamento*"[51] (articolo 57, paragrafi 15 e 16); di converso, anche

[50] Analogo ragionamento vale per gli orientamenti emanati dalle autorità competenti responsabili di altre disposizioni del diritto dell'Unione e nazionale partecipanti al controllo del sistema di intelligenza artificiale nello spazio di sperimentazione (ad esempio in materia di protezione dei dati personali).

[51] In questo senso E. CIRONE, *Gli spazi di sperimentazione normativa nell'Unione europea: regolamentare l'innovazione tra principi e prassi applicative*, in Rivista italiana di informatica e diritto, 1/2025, afferma che "*tali spazi*

ISSN 2036-7821

considerato che gli spazi di sperimentazione normativa devono essere implementati per facilitare la cooperazione transfrontaliera (articolo 57, paragrafo 13), la Commissione europea aggiorna un apposito elenco a disposizione del pubblico, sviluppando un'interfaccia contenente le informazioni sulle *regulatory sandboxes* che consenta agli *stakeholders* di interagire (articolo 57, paragrafi 15, 16 e 17).

Al fine di evitare la frammentazione nell'Unione europea derivante da normative nazionali divergenti (considerando 1 e articolo 58), la disciplina europea affida alla Commissione europea l'enucleazione di principi comuni circa il funzionamento degli spazi di sperimentazione normativa mediante atti di esecuzione.

In particolare, ferma restando la garanzia che le procedure siano semplici e facilmente intellegibili in modo tale da permettere alle piccole e medie imprese (PMI) comprese le *start-up* di usufruirne tra l'altro gratuitamente[52], la predetta istituzione europea stabilisce le procedure per la domanda, criteri di ammissibilità e selezione trasparenti ed equi, requisiti per la partecipazione (termini e condizioni applicabili ai partecipanti anche considerato il piano dello spazio di sperimentazione), procedure sul monitoraggio e la cessazione (anche con riguardo alla relazione di uscita redatta dall'autorità nazionale competente).

Emerge, pertanto, un procedimento amministrativo ad istanza di parte (fornitori e potenziali fornitori dei sistemi di intelligenza artificiale anche in partenariato con *deployers* e altri terzi interessati) che le autorità nazionali competenti concludono entro tre mesi dalla domanda.

Qualora il provvedimento adottato dall'autorità nazionale competente sia positivo, in conformità con un principio di proporzionalità la partecipazione (riconosciuta nell'intera Unione europea) è ammessa per un periodo temporale correlato alla portata e complessità del progetto; ad ogni modo, la disciplina europea non impedisce un successivo provvedimento di proroga ad opera dell'autorità nazionale competente a seguito di richiesta del soggetto autorizzato[53].

---

di sperimentazione normativa non solo, di fatto, operano come ambienti controllati per l'innovazione, ma potrebbero anche contribuire all'evoluzione del quadro normativo dell'Unione, offrendo raccomandazioni e suggerendo adattamenti futuri".

[52] Il Regolamento impone agli Stati membri apposite misure a favore di piccole e medie imprese comprese le *start-up* (articolo 62), garantendo attività di sensibilizzazione, formazione e consulenza sul Regolamento ed un accesso prioritario agli spazi di sperimentazione normativa purché in possesso dei criteri di ammissibilità e selezione.

La strategia italiana per l'intelligenza artificiale 2024-2026 all'interno della macro area sulle imprese (strategia per le imprese) prevede l'azione strategica I.4 sullo sviluppo di *start-up* nell'ambito IA in cui si afferma che si dovranno incentivare progetti mirati all'implementazione di *sandboxes*.

[53] Peraltro, gli atti di esecuzione della Commissione garantiscono che i potenziali fornitori siano agevolati a conformarsi agli obblighi di valutazione della conformità regolamentare in base ai risultati dell'apprendimento conseguiti a seguito della partecipazione agli spazi di sperimentazione normativa; al contempo, per una maggiore cooperazione tra il settore pubblico e privato, i medesimi atti garantiscono il coinvolgimento di altri attori caratterizzanti l'ecosistema dell'intelligenza artificiale all'interno degli spazi di sperimentazione normativa (organismi notificati, impianti di prova e sperimentazione, laboratori di ricerca e sperimentazione, poli europei dell'innovazione digitale, centri di eccellenza e ricercatori).

ISSN 2036-7821

Infine, la disciplina europea autorizza il trattamento di dati personali raccolti per altre finalità nello spazio di sperimentazione normativa ai fini dello sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale di rilevante interesse pubblico (sicurezza pubblica e dei sistemi di trasporto, sanità pubblica, qualità dell'ambiente e della pubblica amministrazione ecc.). Laddove non sia sufficiente il trattamento di dati anonimizzati, sintetici o altri dati non personali, il Regolamento permette tale trattamento qualora necessario al rispetto dei requisiti per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio (sistema di gestione dei rischi, *governance* dei dati, documentazione tecnica, conservazione delle registrazioni degli eventi (log), trasparenza e istruzioni per l'uso ai deployer, sorveglianza umana, accuratezza, robustezza e cybersicurezza).

Al riguardo, premesso che i dati personali creati nello spazio di sperimentazione non possono essere condivisi all'esterno, il legislatore europeo richiede altresì una serie di ulteriori condizioni quali un ambiente funzionalmente separato sotto controllo del potenziale fornitore con accesso esclusivo delle persone autorizzate, l'assenza di ripercussioni sugli interessati, meccanismi di monitoraggio dei rischi e di attenuazione, misure tecniche e organizzative di protezione dei dati e cancellazione dei dati dopo il termine del periodo di conservazione o all'esito della partecipazione alla sperimentazione (quest'ultima ipotesi vale anche per i log del trattamento dei dati) e sintesi del progetto (e dei risultati) sul sito web delle autorità competenti (articolo 59).

6. Conclusioni

L'articolato percorso effettuato dalle istituzioni europee a monte del Regolamento si giustifica anche in relazione al fatto che a livello globale il fenomeno non è regolato in modo compiuto, costituendo pertanto l'ordinamento europeo un potenziale *benchmark* per tutti gli Stati che inevitabilmente dovranno regolamentare l'intelligenza artificiale.

A livello di *governance*, in attuazione del Regolamento gli Stati membri designano le autorità nazionali competenti che esercitano i relativi poteri "*in modo indipendente, imparziale e senza pregiudizi*"; la scelta concretamente effettuata dal legislatore nazionale non appare perfettamente in linea con i parametri richiesti dalla disciplina europea, soprattutto con riferimento all'indipendenza rispetto all'autorità governativa[54].

[54] Il parere congiunto 5/2021 del 18 giugno 2021 del Comitato europeo per la protezione dei dati e il Garante europeo della protezione dei dati sulla proposta di Regolamento riteneva che "*le autorità per la protezione dei dati dovrebbero essere designate come autorità nazionali di controllo*" sia perché le autorità di controllo devono essere completamente indipendenti nell'esecuzione dei propri compiti che per il fatto che i sistemi di intelligenza artificiale si basano sul trattamento di dati personali con la conseguenza che la competenza delle autorità per la protezione dei dati assicurerebbe un approccio normativo più armonizzato.

ISSN 2036-7821

Con specifico riferimento all'ambito delle sperimentazioni, la disciplina europea istituisce un *framework* comune alle *sandbox* decentrate costituito dal Regolamento e dai relativi atti di esecuzione della Commissione recanti principi comuni sul funzionamento. Probabilmente, era possibile affrontare il problema della frammentazione attraverso una più marcata centralizzazione con una *regulatory sandbox* europea collegata, eventualmente, ad una clausola di sperimentazione che permettesse il superamento di barriere normative europee. A tal proposito, il neo istituito *European AI Office* all'interno della DG CONNECT avrebbe consentito la gestione degli spazi di sperimentazione.

La scelta legittima del legislatore nazionale di non partecipare a spazi di sperimentazione preesistenti in Italia, non esime comunque lo Stato membro dal garantire un livello adeguato di cooperazione che allo stato dell'arte esiste solo con il settore fintech; pertanto, è necessario implementare una modalità di cooperazione con altre autorità pertinenti (il riferimento è in particolare a Sperimentazione Italia) mediante un mero coordinamento informativo oppure attraverso forme di consultazione dei relativi attori istituzionali (pareri obbligatori o facoltativi).

Con riguardo specifico ai sistemi di intelligenza artificiale che implicano il trattamento dei dati personali, la disciplina europea prevede l'associazione delle autorità di protezione dei dati al funzionamento dello spazio di sperimentazione normativa; l'attuale clausola nazionale che lascia ferme le competenze, i compiti e i poteri del Garante per la protezione dei dati personali non risulta perfettamente aderente al dettato sovra nazionale.

Alla luce di quanto detto, sicuramente positivo è il bilancio derivante dall'attuale quadro normativo, sebbene sia già evidente che da un lato la disciplina europea dovrà conformarsi agli sviluppi derivanti dagli spazi di sperimentazione normativa (e non solo), dall'altro che il dettato nazionale dovrà apportare alcuni correttivi per una maggiore conformità regolamentare.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Le nuove regole per il reclutamento dei docenti universitari: passo avanti o involuzione per il sistema?

di **Sergio Pignataro**

(Dottore di ricerca in Diritto pubblico e cultura dell'economia)

Sommario

1. La ASN a quindici anni dalla sua introduzione; 2. I dinieghi di ASN dinanzi al giudice amministrativo; 3. Verso il superamento della ASN; 4. Il ritorno ai concorsi locali; 5. I meccanismi a presidio del nuovo sistema; 6. Conclusioni.

Abstract

This essay, after analyzing various issues related to the ASN, offers some initial critical remarks on Bill No. 1518, which aims to reform the regulations governing the recruitment of academic staff. By comparing the currently applicable rules with the key provisions proposed for adoption, it raises doubts, at least, about the suitability of the ongoing reform to deliver the anticipated improvements to the system.

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

ISSN 2036-7821

1. La ASN a quindici anni dalla sua introduzione.

Il tema del reclutamento del personale docente nelle università italiane, da sempre assai spinoso e dibattuto, specie raffrontando la situazione interna con altre realtà estere, ha acceso una vivace discussione a breve distanza dall'entrata in vigore della legge 30 dicembre 2010, n. 240 contenente: "Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario", c.d. legge Gelmini[1].

La legge in questione ha previsto, agli artt. 16 e 18[2], la necessità di acquisire preliminarmente un "requisito-titolo", consistente nella Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN), quale condizione indefettibile, sebbene non sufficiente, per l'immissione nei ruoli di professore di prima e di seconda fascia. La discussione anzidetta si è, poi, ravvivata e arricchita, nel tempo, di elementi ulteriori, che hanno fatto emergere diverse criticità, sotto molteplici profili[3].

---

[1]Sul sistema universitario v., tra gli altri, A. ARCARI, G. GRASSO (a cura di), *Ripensare l'Università: un contributo interdisciplinare sulla legge 240 del 2010*, Giuffrè, Milano, 2011; E. CARLONI, P. FORTE, C. MARZUOLI, G. VESPERINI (a cura di), *Il sistema universitario in trasformazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2011; S. BATTINI, *La nuova governance delle università*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, 2, pp. 359 ss.; M. BROLLO, R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *La riforma dell'università tra legge e statuti: analisi interdisciplinare della legge n. 240/2010*, Giuffrè, Milano, 2011; D. FIUMICELLI, *La legge n. 240 del 2010: complessità del sistema delle fonti del diritto e rischi per l'autonomia universitaria*, in *Osservatoriosullefonti*, 2011, 1, pp. 1 ss.; V. GASPARINI CASARI, *Appunti in tema di valutazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2011, 3-4, pp. 591 ss.; F. MERLONI, *La nuova governance*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 4, pp. 353 ss.; C. MARZUOLI, *Lo stato giuridico e il reclutamento: innovazioni necessarie, ma sufficienti?*, *ivi*, pp. 360 ss.; E. CARLONI, *L'organizzazione della didattica e della ricerca*, *ivi*, pp. 366 ss.; A. BRANCASI, *La finanza*, *ivi*, pp. 371 ss.; A. NATALINI, *La valutazione*, *ivi*, pp. 376 ss.; G. BERARDI, *La governance e gli assetti organizzativi delle università nella legge n. 240/2010: l'autonomia alla prova del cambiamento*, in *Economia aziendale online*, 2011, 3, pp. 311 ss.; R. CALVANO, *La legge e l'università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, Jovene, Napoli, 2012; E. PICOZZA, A. POLICE (a cura di), *Competizione e governance del sistema universitario*, Giappichelli, Torino, 2013; F.A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Università e riforme: l'organizzazione delle università degli studi ed il personale accademico nella Legge 30 dicembre 2010, n. 240*, Bup, Bologna, 2013; F. CARINCI, M. BROLLO (a cura di), *Abilitazione scientifica per i professori universitari. Legge n. 240/2010 e decretazione attuativa*, Ipsoa, Milano, 2013; G. PIPERATA (a cura di), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014; D. BORRELLI, *Contro l'ideologia della valutazione. L'Anvur e l'arte della rottamazione dell'università*, Jouvence, Milano, 2015; A. IANNUZZI (a cura di), *La ricerca scientifica fra possibilità e limiti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015; C. BARBATI, *Il sistema delle autonomie universitarie*, Giappichelli, Torino, 2019; A. MARRA (a cura di), *L'autonomia universitaria del nuovo millennio*, Aracne, Roma, 2020; A.F. URICCHIO, *Autonomia universitaria e valutazione*, in *Osservatorio AIC*, 2022, 2, pp. 123 ss.; R. SANTUCCI, *La professionalità dei docenti universitari: le potenzialità oscurate*, in *Amministrativ@mente*, 2023, 3, pp. 1352 ss.

Per uno studio comparatistico sui sistemi di reclutamento universitario in Europa, v. R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, C. BARBATI (a cura di), *Il reclutamento universitario in Europa*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016.

[2]Cfr. C. FRANCHINI, *Il nuovo sistema di reclutamento dei professori universitari e l'apologo di Schopenhauer*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 7, pp. 802 ss.; A. BELLAVISTA, *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la legge "Gelmini"*, in *Rivista AIC*, 2012, 3, pp. 1 ss.; R. ROTA, *La procedura di abilitazione scientifica nazionale "presa sul serio"*, in *Astrid-online*, 2014, 10, pp. 1 ss.

[3]V., tra gli altri, C. FRANCHINI, *cit.*, pp. 802 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La nuova disciplina del reclutamento dei professori universitari alla luce della riforma del sistema universitario*, in *Munus*, 2011, 1, pp. 211 ss.; C. PINELLI, *Autonomia universitaria, libertà della scienza e valutazione dell'attività scientifica*, *ivi*, 3, pp. 567 ss.; A.

ISSN 2036-7821

Le problematicità sottese alla ASN[4] sorgono non solo, e non tanto, con riferimento all'assetto di regole giuridiche inerenti ai soggetti coinvolti e alla relativa procedura[5], ma, ancor più, in relazione a come tale modalità valutativa-selettiva, al cospetto di una cultura non particolarmente improntata al riconoscimento e alla valorizzazione dei meriti e a rigorosi principi etici e morali, è stata interpretata e attuata in concreto dalle commissioni di volta in volta in carica[6].

SANDULLI, *La rappresentanza dei saperi delle discipline: il Consiglio universitario nazionale e la teoria del doppio centro*, *ivi*, pp. 599 ss.; S. QUINTILI, *Il reclutamento dei professori e ricercatori universitari: un bilancio del sistema dei concorsi locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 2, pp. 202 ss.; L. VIOLA, *Commissioni di concorso, sorteggio dei commissari e analisi economica del diritto: un primo approccio*, in *Federalismi*, 2012, 23, pp. 1 ss.; A. BANFI, *L'abilitazione scientifica nazionale: un edificio fragile, alla prova del giudice*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 5, pp. 605 ss.; A. BELLAVISTA, *Reclutamento universitario e dintorni: tempi difficili, scelte tragiche, incubi giuridici*, in *Munus*, 2016, 3, pp. 663 ss.; A. SANDULLI, *L'immoto perpetuo: patologie del reclutamento locale dei docenti universitari*, *ivi*, pp. 745 ss.; M. ASARO, L. BUSICO, *Le procedure di chiamata dei ricercatori a tempo determinato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 1, pp. 56 ss.; R. CALVANO, *I professori universitari tra riforma strisciante dello stato giuridico e processi di valutazione. "Sorvegliare e punire"?*, in *Rivista AIC*, 2018, 1, pp. 1 ss.; E. FURIOSI, *Il sistema reputazionale nelle Università: la Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR)*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 2, pp. 463 ss.; R. CALVANO, *Il reclutamento dei docenti*, in *Osservatorio AIC*, 2021, 6, pp. 41 ss.; R. PALLIGGIANO, *Il conflitto di interessi nei concorsi universitari tra "ragion pratica" e principio di trasparenza*, in *Federalismi*, 2022, 27, pp. 259 ss.

[4]Le problematicità rinvenienti nella legge Gelmini e attinenti all'ASN hanno indotto il Ministro dell'Università e della Ricerca, Anna Maria Bernini, a costituire, con decreto n. 1501 del 20 settembre 2024, un gruppo di lavoro, composto da qualificati docenti di varie università italiane e tecnici, incaricato di elaborare proposte dirette a superare il sistema attuale. Sull'esito di tale attività di approfondimento, consultiva e di proposta, cfr. il dossier n. 499 del 26 giugno 2025 del Servizio studi, ufficio ricerche nei settori della cultura, dell'istruzione, dell'università e della ricerca, e il dossier del Servizio del bilancio - Nota di lettura - A.S. 1518 NL260, luglio 2025, Senato della Repubblica, XIX legislatura, entrambi relativi alla predisposizione del testo dal titolo: "Revisione delle modalità di accesso, valutazione e reclutamento del personale ricercatore e docente universitario".

[5]Cfr. A. BELLAVISTA, *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la legge "Gelmini"*, *cit.*, p. 1, il quale si esprime in relazione alla l. n. 240/2010, nel suo impianto generale. Secondo l'Autore, «le soluzioni prescelte dal legislatore hanno generato enorme confusione negli atenei, soprattutto perché la disciplina risulta formulata sovente in modo alquanto nebuloso ed astruso. Ma non solo. La parte della legge dedicata alla *governance* delle singole istituzioni universitarie è poco dettagliata proprio quanto agli aspetti più strategici, lasciando campo libero alla fantasia normativa di ogni singola sede. Sicché l'esperienza in atto dimostra come le varie università stiano procedendo in modo differente rispetto ai desideri del legislatore. Vale a dire, gli statuti *in itinere* invece di semplificare i processi decisionali e responsabilizzare in concreto gli attori, stanno in realtà rinsaldando il potere dei gruppi accademici numericamente più forti e consacrando una figura di rettore la cui piena legittimazione elettorale ne esalta il ruolo simile ad un vero e proprio monarca. Dall'altro lato, è noto che la sensibilità del legislatore nei confronti dell'autonomia universitaria è formalmente dichiarata, ma sostanzialmente negata, in forza di tutta una serie di disposizioni – non solo contenute nella legge "Gelmini", ma in una complessa serie di fonti che vanno dalla legge al decreto ministeriale – che regolano minuziosamente la costruzione dei corsi di laurea e ancorano l'erogazione del finanziamento centrale a parametri draconiani che non tengono conto né delle variegate storie delle comunità universitarie né delle inevitabili differenze di contesto in cui esse operano».

[6]Cfr., tuttavia, A. BELLAVISTA, *Reclutamento universitario e dintorni: tempi difficili, scelte tragiche, incubi giuridici*, *cit.*, p. 657, il quale rileva come la ricca produzione giurisprudenziale sulla ASN ha dimostrato, in modo inequivocabile, le «gravi fragilità» di cui soffre l'architettura dell'edificio dovuta alla «qualità della regolazione» e, in particolare, ad una «eccessiva rigidità» e ad una «scarsa solidità». La rigidità è rivolta a limitare la discrezionalità delle commissioni, ma gli strumenti con cui essa era realizzata non la rendono solida, perché ancorata a parametri e criteri di dubbio fondamento. In proposito osserva A. BANFI, *cit.*, p. 607, «rigidità e fragilità […] non si accompagnano bene: i meccanismi rischiano di spezzarsi».

ISSN 2036-7821

Ciò è dimostrato dal grande clamore suscitato già dai primi esiti di tali procedure e dal considerevole volume di contenzioso amministrativo che ne è scaturito[7], dai tempi e dagli esiti incerti, con le naturali ripercussioni sulle condizioni di *impasse* di molti candidati e, talora, sulla programmazione degli atenei.

In tal modo, si è materializzato quanto paventato, già anni addietro, da parte di autorevole dottrina[8] circa i probabili effetti di un congegno difettoso nel suo complesso.

Lo scopo per cui è stata introdotta la ASN è di istituire un meccanismo che consenta di accertare preventivamente il possesso dei livelli di qualificazione e produttività scientifica, considerati necessari e propedeutici per la partecipazione alle procedure di reclutamento per la docenza universitaria.

Invero, la procedura selettiva in questione, proprio perché non avente natura concorsuale-comparativa[9], presuppone un numero aperto e indefinito di soggetti partecipanti, suscettibili di essere abilitati e non. Non vi è, invece, un confronto diretto ed immediato tra concorrenti, come avviene nei concorsi.

Le commissioni, nelle varie sessioni di lavoro e nei diversi settori concorsuali, hanno, comunque, avvertito l'esigenza di effettuare tagli, più o meno consistenti, di partecipanti. Tale tendenza, fisiologica o normale in sé e per sé, ed anzi, in certa misura, obbligata, non di rado si è posta, però, in disarmonia con i principi sottesi agli artt. 9, comma 1[10], e 97, comma 2, Cost., nonché 1, comma 1[11], della legge 7 agosto

---

[7]Cfr. dossier del Servizio del bilancio - Nota di lettura, *cit.*, p. 2 s.

Tra i primi casi critici, emblematico quello che ha caratterizzato la gestione della procedura ASN nel SSD IUS/01, Diritto privato, seguita da decine di pronunce del T.A.R. e del Consiglio di Stato e culminata nel decreto direttoriale n. 4535 del MIUR del 16 dicembre 2014 che la annullava in via di autotutela. Critiche nei confronti dell'ANVUR, per quanto attiene alla ASN, sono state espresse da G. GRASSO, *Ricerca (valutazione della)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VI, Aggiornamento, Utet giuridica, Milano, 2015, pp. 413 ss. e, spec., pp. 417 ss. Tra le prime decisioni del Consiglio di Stato in materia di ASN, sintomatiche della cattiva gestione delle procedure ai diversi livelli, si possono annoverare: Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza del 10 febbraio 2015, n. 723; id., sentenza del 26 maggio 2015, n. 2665; id., sentenza del 1° settembre 2016, n. 3788; id., sentenza del 19 gennaio 2017, n. 226; id., sentenza del 18 dicembre 2017, n. 5952. In dottrina, v. C. BEVILACQUA, *Il Consiglio di Stato "Disabilita" l'Abilitazione Scientifica Nazionale, nota a Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza n. 1071 del 4 marzo 2015*, in *Amministrazioneincammino*, 2015.

[8]Cfr. S. CASSESE, *L'Anvur ha ucciso la valutazione. Viva la valutazione!*, in F. CARINCI, M. BROLLO (a cura di), *cit.*, p. 178, per il quale ancora «si sarebbe potuto evitare di "amministrativizzare" tutta la procedura, con gradi e misure che di necessità evocano futuri interventi giudiziari e fanno prevedere che i futuri concorsi si vinceranno al Consiglio di Stato, non nelle università».

[9]Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sezione IV-*quater*, sentenza del 13 marzo 2025, n. 5271; Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza del 18 settembre 2015, n. 4362.

[10]Su tale norma costituzionale, cfr., almeno, F. MERUSI, *Commento all'articolo 9 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione - Principi fondamentali*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, pp. 434 ss.

[11]Sui principi di cui alla norma suddetta cfr., tra gli altri, F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 1 ss.; A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 40 ss.

ISSN 2036-7821

1990, n. 241.

Del resto, è risultato spesso frustrato uno dei moventi che ha indotto il legislatore a coniare tale istituto, ossia l'obiettivo di sdoppiare in due momenti distinti il percorso per acquisire la titolarità di cattedra, in modo da attenuare le indebite e forti influenze dei docenti[12], specie dei c.d. baroni universitari, sugli esiti delle prove selettive-concorsuali, più facilmente "manipolabili" a livello (esclusivamente) locale[13].

Con la suddetta l. n. 240/2010 e l'adozione dei decreti attuativi da essa previsti si è addivenuti ad una centralizzazione della procedura per il rilascio dei titoli abilitanti e alla predisposizione di una griglia di regole certe, oggettive e trasparenti (definizione dei requisiti e pubblicità dei titoli e delle pubblicazioni dei commissari e dei candidati, sorteggio dei docenti componenti delle commissioni, fissazione delle c.d. mediane o valori-soglia per i commissari e per i candidati, determinazione di una serie di criteri di valutazione, ecc.).

Il sistema, nel suo insieme, non ha però funzionato al meglio, tant'è che le valutazioni sono state oggetto di numerose critiche e di contenziosi diffusi; e ciò ha prodotto scompensi a detrimento della stessa immagine del sistema universitario.

Sovente sono stati sfavoriti coloro i quali non fossero espressione di scuole accademiche prestigiose, nonostante in possesso di titoli e pubblicazioni tutt'altro che irrilevanti. In più, la condizione di non "strutturati", se non addirittura di "esterni" all'ambito universitario, ossia di non inquadrati in alcun rapporto, stabile o precario,

[12]Cfr. A. BELLAVISTA, *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la legge "Gelmini"*, *cit.*, p. 4, secondo cui «tutta la l. n. 240/2010, come gli altri provvedimenti in materia di università seguenti, «sono pervasi da un atteggiamento di sospetto e sfiducia nei confronti del ceto accademico e, in particolare, dei professori ordinari. Più precisamente, quest'ultimi sono stati accusati […] di avere saccheggiato le risorse dell'università per sostenere nei concorsi i propri candidati prescindendo dal merito; e, finanche, di avere trascurato, talvolta trattandosi della cooptazione di parenti strettissimi, il danno all'immagine che un tale comportamento arrecava all'intera istituzione. Pertanto, la riforma della legge n. 240/2010 parte dal presupposto che i professori universitari (in primis gli ordinari) se lasciati a sé stessi, a coltivare la loro autoreferenzialità, potrebbero perpetuare i loro comportamenti predatori ed immorali. Sicché, il legislatore inserisce nel nuovo meccanismo di reclutamento tutta una serie di paletti volti a limitare e controllare la discrezionalità delle commissioni per l'attribuzione dell'abilitazione scientifica nazionale. Tali paletti concernono sia le modalità della valutazione dei candidati sia i requisiti che devono possedere i commissari e le modalità di formazione delle commissioni giudicatrici».

[13]In base alla previgente disciplina di cui al d.P.R. 23 marzo 2000, n. 117, la gestione delle procedure di reclutamento del personale docente universitario e di formazione delle commissioni giudicatrici era interamente affidata alle singole università mediante un procedimento di valutazione comparativa distinta per settore scientifico disciplinare e per fasce, indetto dal rettore con proprio decreto, previa deliberazione degli organi competenti. Successivamente, e prima della riforma Gelmini, erano intervenute la legge 4 novembre 2005, n. 230 e il decreto legislativo 6 aprile 2006, n. 164. Dai dati desunti da una ricerca del Comitato Nazionale per la valutazione del sistema universitario, nel periodo tra il 30 marzo 1999 e il 15 luglio 2002, fra i professori ordinari, il 90,4% dei vincitori proveniva dai ruoli dello stesso ateneo nel quale prima del concorso coprivano la posizione di professore associato; gli associati, nella misura del 77%. Cfr. G. FERRARI, *La riforma del sistema di reclutamento dei professori universitari di I e II fascia e il regolamento attuativo*, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, 11, pp. 2260 ss.; GE. FERRARI, GI. FERRARI, *Il sistema di reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari*, Giuffrè, Milano, 2008.

ISSN 2036-7821

con i dipartimenti, ha giocato, in molti casi, un ruolo negativo per essi.
Sotto altro profilo, non giova al migliore funzionamento dell'istituto la mancanza di una disposizione legislativa che preveda l'aspettativa obbligatoria per i commissari sorteggiati e chiamati ad esprimere i giudizi. Questi ultimi, gravati dai normali impegni scientifici e didattici, avendo a disposizione tempi ristretti, specie in presenza di elevata partecipazione alle procedure, hanno espresso valutazioni affrettate, poco accurate e superficiali e, talvolta, inficiate da contraddittorietà, travisamenti dei fatti ed errori oggettivamente percepibili e riscontrabili.
Per di più, è stato rilevato[14] nel corso degli anni il radicarsi, negli abilitati, di una vera e propria aspettativa che la ASN costituisca una sorta di diritto acquisito o forse, meglio, di condizione "apripista" per divenire docenti di ruolo. Tale situazione, difforme dal dettato normativo, è stata foriera di pressioni politiche, coronate dal progressivo allungamento della durata della validità della ASN, passata dai quattro anni originariamente previsti ai dodici anni attuali. In tal modo, l'istituto è stato privato della sua capacità di valutare la produttività dei candidati in un arco di tempo limitato e, quindi, ancora attuale al momento della partecipazione alle procedure di chiamata; dall'altro, ciò avrebbe generato un considerevole incremento del numero di abilitati, con i conseguenti effetti distorsivi sulla programmazione strategica degli atenei.
Un vantaggio rilevante della ASN è rappresentato dalla pubblicità di una procedura che consente alla comunità degli studiosi di conoscere i candidati, i loro titoli, le pubblicazioni e i *curricula*, nonché l'esito delle valutazioni. Tuttavia, anche un simile vantaggio può essere puramente ipotetico o parziale, perché, se i risultati della ASN sono distorti, gli studiosi, pure quelli affermati, che non conoscano determinati candidati potrebbero confidare nella bontà dei giudizi negativi/positivi espressi, con ciò determinandosi una sorta di "pubblicità ingannevole", addirittura controproducente per l'intero sistema.
In realtà, una valutazione obiettiva, approfondita e accurata da parte di soggetti altamente qualificati, a livello nazionale, precondizione per la chiamata, ovvero per la partecipazione a concorsi banditi a livello locale, ai fini della possibile immissione nei ruoli di professore universitario di prima o di seconda fascia, non pare, di per sé, una prospettiva da guardare con sfavore.
Come spesso avviene, sono le distorsioni e le disfunzioni riscontrate nel *modus operandi* dei soggetti-attori, nonché i frequenti e correlativi vizi da cui sono risultati inficiati gli atti delle procedure, che dovrebbero essere evitati. E ciò, si potrebbe realizzare, non solo con misure pervasive e correttive della specifica normativa

[14]V. dossier n. 499, *cit.*, pp. 7 s. La Società italiana di economia, nel documento: *Un pericoloso ritorno al passato nei concorsi universitari*, pubblicato in *Scienzainrete,* il 10 luglio 2025, ha osservato che «È incomprensibile che la relazione al d.d.l. 1518 giustifichi l'abolizione dell'ASN con la tesi secondo cui "Si è invece radicata l'aspettativa che questa costituisca una sorta di diritto acquisito alla chiamata di ruolo"».

ISSN 2036-7821

regolatrice della materia della ASN, ma, altresì, in una visione più ampia di contenimento e di contrasto delle irregolarità e delle devianze.
In effetti, un giudizio globale per soli requisiti e titoli, soprattutto scientifici e didattici, diretto a verificare la sussistenza astratta dei presupposti per l'immissione ai ruoli di docente universitario, non comporta alcun dispendio per i partecipanti. Come pure, un titolo-requisito che costituisca un presupposto-filtro per i concorsi svolti in sede locale, ovvero per la chiamata dei docenti presso le singole università, sfoltisce, indubbiamente, il numero degli aspiranti alla cattedra, con l'effetto di velocizzare e semplificare le procedure.
Tuttavia, alla luce delle esperienze negative registratesi, la duplicazione nell'ambito del processo di valutazione quali-quantitativa finalizzata al reclutamento del personale docente, effettuata, prima, in sede di ottenimento della ASN e, poi, presso il singolo ateneo nel corso della procedura di reclutamento vera e propria, è stata considerata[15] un'inutile duplicazione di fasi ed un elemento di complicazione.
Ulteriore fattore critico è stato ravvisato[16] nell'assenza, nella valutazione effettuata in sede di ottenimento della ASN, di riferimenti all'attività didattica.
Da tale angolo visuale, va considerato, però, che un indiretto riconoscimento ad essa è presente nelle previsioni riguardanti i titoli propedeutici alla valutazione di partecipanti alla ASN e, quindi, nei requisiti richiesti ai fini di poter ottenere il rilascio del titolo abilitante. Basti pensare alla esperienza di relatore in convegni nazionali o internazionali, alle docenze nei corsi di dottorato riconosciuti dal Ministero, ai webinar e workshop presso università ed atenei esteri o internazionali di indiscusso prestigio, ecc.
Un'altra anomalia che è stata registrata[17] riguarda la forte disomogeneità nella percentuale di abilitati tra i vari settori concorsuali e tra le diverse tornate di abilitazione, a causa delle diverse prassi adottate dalle singole commissioni nazionali.
Infine, sono state evidenziate[18], tra le criticità, i costi elevati che il Ministero ha sostenuto e tuttora sopporta per l'espletamento delle procedure di ASN, sia in termini puramente burocratici, che di risorse finanziarie e strumentali, nonché in termini di risorse umane. In particolare, su quest'ultimo aspetto, si è osservato[19] che i commissari possono chiedere l'esenzione parziale dalla didattica, ai sensi del vigente art. 16, comma 3, lett. g), della l. n. 240/2010, con i conseguenti impatti sull'offerta formativa delle università.
Si tratta del "rovescio della medaglia" rispetto all'esigenza, prima prospettata, circa

[15] V. dossier n. 499, *cit.*, p. 8.
[16] *Ibidem.*
[17] *Ibidem*.
[18] *Ibidem*.
[19] Cfr. dossier del Servizio del bilancio - Nota di lettura, *cit.*, p. 7.

ISSN 2036-7821

la necessità che i commissari usufruiscano di una aspettativa obbligatoria (totale) per tutta la durata dell'incarico.
Comunque, a mio avviso, il pregiudizio dell'astensione integrale dalle attività didattiche (e di ricerca) potrebbe essere scongiurato da una norma che preveda l'obbligo di rendere una dichiarazione, in sede di candidatura, asseverata dai direttori dei relativi dipartimenti e/o dai rettori, la quale attesti che, dall'eventuale partecipazione alle sedute e alle attività della commissione per la ASN, non deriverebbero pregiudizi per la didattica e per gli studenti, supplendovi altri docenti della materia.
Ciò, simmetricamente a quello che avviene, già da anni addietro, in relazione alle richieste di anno sabbatico, *ex* art. 17 del d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, o di aspettative per svolgimento di attività presso enti o organismi, pubblici o privati, *ex* art. 7 della l. n. 240/2010.
Inoltre, similmente e parallelamente a quanto previsto per i dottorati di ricerca, di cui all'art. 19 della l. n. 240/2010, in favore dei dipendenti pubblici, i quali, se vincitori con borsa, possono optare per il mantenimento della retribuzione dell'ente di appartenenza e rinunciare alla borsa, oppure rinunciare alla retribuzione dell'ente di appartenenza e beneficiare della borsa, si potrebbe prevedere, per i commissari, una alternativa tra l'aspettativa non retribuita, da parte delle università, e un compenso, in loro favore, a carico del Ministero dell'Università e della Ricerca (MUR) o viceversa. Ciò, senza ripercussioni sugli equilibri di finanza pubblica. Infatti, ai maggiori oneri a carico di un ente, potrebbe fungere da contrappeso un azzeramento o un abbattimento di quelli a carico dell'altro.
In ogni caso, al cospetto delle plurime criticità riscontrate, in sede politica, è stata proposta la soluzione drastica e radicale di abolire la ASN e disciplinare, in modo solo in parte nuovo rispetto al passato, il reclutamento del personale accademico, determinando l'emersione di vecchie e nuove problematiche che verranno esaminate in seguito[20].

2. I dinieghi di ASN dinanzi al giudice amministrativo

L'assetto ordinamentale costruito intorno alla ASN ha visto una sostanziale e parziale latitanza della l. n. 240/2010 che ha dettato solo due norme scarne in merito; mentre una disciplina compiuta ed invero abbastanza ben congegnata, almeno sulla carta, è contenuta nei decreti attuativi di tale legge e, in particolare, nel d.P.R. 4 aprile 2016, n. 95, nel D.M. 7 giugno 2016, n. 120 e nel D.M. 8 agosto 2018, n. 589.
I criteri ed i vincoli da osservare nelle valutazioni dei candidati sono incentrati sulle previsioni degli artt. 3, 4 e 5 del D.M. n. 120/2016[21].

[20] V. *infra*, parr. 3 ss.
[21] Manifesta una serie di critiche e perplessità su tali criteri di valutazione A. BELLAVISTA, *ult. cit.*, pp. 6 s.

ISSN 2036-7821

Può essere interessante approfondire il profilo in rilievo, ai fini di comprendere le ragioni del contenzioso generato in conseguenza dei giudizi negativi espressi dalle commissioni e, dunque, del perché si sia pervenuti alla conclusione che la ASN vada soppressa.

L'art. 3 di tale decreto, rubricato "Valutazione della qualificazione scientifica per l'abilitazione alle funzioni di professore di prima e di seconda fascia", stabilisce che: "la Commissione formula un motivato giudizio di merito sulla qualificazione scientifica del candidato basato sulla valutazione delle pubblicazioni e dei titoli presentati […]. Nella valutazione la Commissione si attiene al principio in base al quale l'abilitazione viene attribuita esclusivamente ai candidati che hanno ottenuto risultati scientifici significativi riconosciuti come tali dalla comunità scientifica di riferimento, tenendo anche in considerazione, secondo le caratteristiche di ciascun settore concorsuale e in diversa misura per la prima e per la seconda fascia, la rilevanza nazionale e internazionale degli stessi. La valutazione delle pubblicazioni scientifiche e dei titoli è volta ad accertare: a) per le funzioni di professore di prima fascia, la piena maturità scientifica del candidato, attestata dall'importanza delle tematiche scientifiche affrontate e dal raggiungimento di risultati di rilevante qualità e originalità, tali da conferire una posizione riconosciuta nel panorama anche internazionale della ricerca; b) per le funzioni di professore di seconda fascia, la maturità scientifica del candidato, intesa come il riconoscimento di un positivo livello della qualità e originalità dei risultati raggiunti nelle ricerche affrontate e tale da conferire una posizione riconosciuta nel panorama almeno nazionale della ricerca".

Per ciò che concerne le pubblicazioni è previsto, dal seguente art. 4, che la commissione valuti le pubblicazioni scientifiche presentate, a tal fine, dai candidati, "secondo i seguenti criteri: a) la coerenza con le tematiche del settore concorsuale o con tematiche interdisciplinari ad esso pertinenti; b) l'apporto individuale nei lavori in collaborazione; c) la qualità della produzione scientifica, valutata all'interno del panorama nazionale e internazionale della ricerca, sulla base dell'originalità, del rigore metodologico e del carattere innovativo; d) la collocazione editoriale dei prodotti scientifici presso editori, collane o riviste di rilievo nazionale o internazionale che utilizzino procedure trasparenti di valutazione della qualità del prodotto da pubblicare; e) il numero e il tipo delle pubblicazioni presentate nonché la continuità della produzione scientifica sotto il profilo temporale; f) la rilevanza delle pubblicazioni all'interno del settore concorsuale, tenuto conto delle specifiche caratteristiche dello stesso e dei settori scientifico-disciplinari ricompresi".

Per ciò che attiene, infine, ai titoli, è prescritto, dal successivo art. 5, che: "Nella valutazione dei titoli presentati dal candidato, la commissione: a) accerta l'impatto della produzione scientifica dei candidati, utilizzando obbligatoriamente i parametri e gli indicatori relativi al titolo di cui al numero 1 dell'Allegato A; b) accerta il

ISSN 2036-7821

possesso di almeno tre titoli tra quelli scelti dalla Commissione ai sensi del comma 2".

Invero, dal punto di vista della tutela giurisdizionale, il riconosciuto ed inevitabile grado di discrezionalità tecnica di "alto profilo"[22] dei commissari ha reso i giudizi negativi, in molti casi, inattaccabili in sede giurisdizionale. Tale tendenza è stata, però, progressivamente erosa dai giudici amministrativi, al cospetto dei diversi giudizi impugnati, che si sono rivelati, sovente, non sufficientemente motivati ed erronei, a causa di istruttorie carenti, affrettate o superficiali, ecc.

Ebbene, come si accennava, tra le ipotesi più ricorrenti portate all'attenzione del T.A.R. Lazio, Roma/Consiglio di Stato[23], vi è la violazione dell'obbligo di adeguata motivazione delle valutazioni inerenti alle pubblicazioni[24].

In diversi casi, le commissioni hanno eluso o aggirato tale obbligo mediante l'indicazione di mere "etichette" o locuzioni, non sorrette da un idoneo impianto logico, che recasse le ragioni di fatto e di diritto, le quali, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, giustificassero l'attribuzione delle espressioni linguistiche utilizzate.

Si pensi al frequentemente indicato carattere compilativo, descrittivo, ricostruttivo, ricognitivo dei contributi scientifici, alla mancanza di spunti di originalità e di analisi critica, e via di seguito.

Si tratta, evidentemente, di attribuzioni di qualificazioni linguistiche vaghe e generiche, stereotipate o apodittiche, oltre che eccessivamente stringate, e, in quanto tali, non idonee ad assolvere alla funzione tipica della motivazione[25], che, come affermato[26], costituisce «il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile»[27].

Molto spesso, le commissioni non hanno tenuto conto, dandone atto nei relativi giudizi, di tutti i criteri e parametri stabiliti normativamente alle predette lett. da a) a

[22]Si tratterebbe di discrezionalità tecnica della commissione che si manifesta «nella peculiare forma di giudizi di valore, implicanti competenze specialistiche di alto profilo». In tal senso, T.A.R. Lazio, Roma, sezione III, sentenza del 4 maggio 2020, n. 4617.

[23]Sul punto v., per tutti, F. DE LEONARDIS, *Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di abilitazione scientifica nazionale*, in *Munus*, 2016, 3, pp. 715 ss.

[24]Ma le violazioni da parte delle commissioni sono avvenute su più fronti. Cfr. F. DE LEONARDIS, *ult. cit.*, spec. 725 ss.

[25]Quest'ultima, infatti, rappresenta l'esternazione del percorso logico-giuridico compiuto, ossia l'esplicitazione delle ragioni che sono alla base di un determinato atto, i motivi per cui questo atto è stato emanato, la puntuale descrizione dei presupposti di fatto e delle ragioni di diritto che sono alla base della decisione dell'amministrazione in rapporto alle risultanze dell'istruttoria. Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza del 14 maggio 2014, n. 2502; T.A.R. Veneto, Venezia, sezione II, sentenza del 1° ottobre 2020, n. 879.

[26]Cfr. Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza del 20 dicembre 2021, n. 8449.

[27]La motivazione degli atti amministrativi «costituisce uno strumento di verifica del rispetto dei limiti della discrezionalità allo scopo di far conoscere agli interessati le ragioni che impongono la restrizione delle rispettive sfere giuridiche o che ne impediscono l'ampliamento». Cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sezione II, sentenza del 16 dicembre 2020, n. 825.

ISSN 2036-7821

f) dell'art. 4 del D.M. n. 120/2016; criteri che sono cumulativi, come ha ripetutamente affermato la giurisprudenza[28], e costituiscono i capisaldi su cui le commissioni stesse devono basarsi per poter articolare legittimamente le valutazioni in merito alla validità e alla consistenza della produzione scientifica. Si tratta di aspetti che devono guidare e presiedere, tutti e simultaneamente, alle valutazioni dei singoli commissari e delle commissioni, di cui, non di rado, non è stata fatta neppure completa menzione.

Nella pratica, sono tutt'altro che rari i casi in cui è stata ignorata la collocazione editoriale del prodotto scientifico [art. 4, lett. d)], il fattore della rilevanza delle pubblicazioni all'interno del settore concorsuale[29] [art. 4, lett. f)], talora il rigore metodologico [art. 4, lett. c)]. Risultano, invece, essere stati presi in considerazione, quasi costantemente, i criteri inerenti all'originalità e all'innovatività [art. 4, lett. c)], alla consistenza numerica e alla continuità sotto il profilo temporale [art. 4, lett. e)], alla coerenza dei temi affrontati con il settore concorsuale [art. 4, lett. a)]; mentre, non sempre riconosciuto (anche perché, talvolta, non facile da attribuire), nei lavori di collaborazione, è l'apporto del singolo autore, candidato alla procedura [art. 4, lett. b)].

Costante giurisprudenza[30] ha stabilito che: «L'art. 3 del D.M. n. 120/2016, sebbene non pretenda una valutazione analitica, titolo per titolo, pubblicazione per pubblicazione […] tuttavia richiede necessariamente che la commissione esamini il contenuto delle pubblicazioni ed esponga le relative valutazioni, di modo che risulti evidente il percorso motivazionale seguito». La motivazione deve presentare «in modo chiaro, completo ed esaustivo, ancorché in forma succinta, le ragioni per le quali la commissione ritenga di attribuire ovvero denegare l'abilitazione scientifica, non potendo il giudizio fondarsi su espressioni stereotipate, vaghe e generiche». Avendo il giudizio della commissione natura ampiamente discrezionale, specie per quanto concerne «la qualità delle pubblicazioni da valutare sulla base dell'originalità, del rigore metodologico e del carattere innovativo delle stesse e la loro rilevanza

[28]Recentemente il T.A.R. Lazio, Roma, sezione IV-*quater*, sentenza del 24 maggio 2025, n. 10002, ha censurato una valutazione della commissione per l'ASN, che non si era espressa in merito ad alcuni dei parametri (coerenza, rigore metodologico, apporto, continuità, collocazione editoriale, rilevanza) previsti dall'art 4 D.M. 7 giugno 2016 n. 120. La Commissione valutatrice aveva, infatti, «dato valenza, ai fini del mancato riconoscimento dell'idoneità, al solo parametro dell'originalità, peraltro, assertivamente esplicitato […]». Il giudice amministrativo romano di prime cure, nel confermare che «I criteri definiti dall'art. 4, comma 1, del D.M. n. 120/2016 non sono tra loro alternativi, bensì cumulativi», ha, al tempo stesso, chiarito che, «per conseguire un giudizio finale, il candidato deve ottenere una valutazione in relazione a tutti i criteri definiti dalla norma […] che avrebbero dovuto essere esaminati e convergere nella valutazione globale delle pubblicazioni previa analisi complessiva dei singoli lavori».

[29]Criterio questo che, come precisato dal T.A.R. Lazio, Roma, sezione III-*bis*, sentenza del 9 ottobre 2019, n. 11658, «postula valutazioni sostanziali di contenuto sull'importanza delle pubblicazioni, in relazione alle caratteristiche specifiche del settore concorsuale».

[30]T.A.R. Lazio, Roma, sezione IV, sentenza dell'11 luglio 2022, n. 9460.

ISSN 2036-7821

all'interno del settore concorsuale, è necessario che un eventuale giudizio negativo debba essere congruamente motivato, non potendo la Commissione limitarsi a richiamare *tout court* la non sussistenza del criterio previsto; in particolare, occorre procedere sia ad una sintetica descrizione delle pubblicazioni presentate sia ad un sintetico esame delle stesse e individuare chiaramente le ragioni che hanno giustificato la formulazione del giudizio negativo»[31].

In effetti, in coerenza con i principi generali, le commissioni, specie in caso di giudizi negativi e, quindi, di provvedimenti a carattere restrittivo per i destinatari, dovrebbero evidenziare, in modo puntuale, seppure sintetico, le ragioni giustificatrici o i singoli elementi che, in base alla totalità dei parametri normativi, hanno condotto a concludere nel senso suddetto, ossia a valutare la produzione scientifica, nel suo complesso, non idonea e di modesto impatto, scarsamente originale ed innovativa, ovvero non caratterizzata da rigore metodologico, ecc.; e non, invece, limitarsi ad un mero richiamo a tali aggettivazioni non suffragato da un idoneo impianto motivazionale.

Tant'è che la giurisprudenza[32] ha considerato «*in re ipsa* il tratto tautologico ed autoreferenziale della motivazione che correda» il giudizio negativo, qualora la commissione non illustri «i profili contenutistici delle pubblicazioni – adempimento prescritto dalla normativa – né parallelamente le ragioni per le quali le pubblicazioni non presenterebbero, in riferimento a quei profili di contenuto, i caratteri dell'originalità, del rigore metodologico e della rilevanza delle tematiche»[33].

Si è puntualizzato che «un giudizio finale negativo, secondo il quale la produzione scientifica è ritenuta di qualità non elevata sotto il profilo del livello di originalità e del rigore metodologico», ovvero che il lavoro «si risolve in un esame essenzialmente compilativo, per risultare coerente e intellegibile nonché controllabile *a posteriori* in sede giurisdizionale, dovrebbe svolgere le adeguate considerazioni motive e il percorso logico, illustrando gli elementi contenutistici della produzione

[31]T.A.R. Lazio, Roma, sezione IV, sentenza del 2 febbraio 2023, n. 1871. Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sezione IV, sentenza del 1° marzo 2023, n. 3500.

[32]T.A.R. Lazio, Roma, sezione III-*bis*, sentenza del 19 giugno 2020, n. 6796.

[33]Il T.A.R. Lazio, Roma, sezione III-*bis*, sentenza del 24 luglio 2024, n. 15204, ha censurato il giudizio della commissione per la ASN la quale ha negato l'idoneità per l'accesso ai ruoli di professore di seconda fascia sulla base della laconica affermazione secondo cui le «pubblicazioni presentate non dimostrano un grado di originalità tale da contribuire in modo significativo al progresso dei temi di ricerca affrontati» e «non sono ritenute di qualità elevata». A tal proposito, i giudici del T.A.R. hanno precisato che «per un verso, deve notarsi che né nel giudizio collegiale né nel giudizio individuale espresso da ciascuno dei commissari è svolta una valutazione delle singole pubblicazioni presentate dal candidato o sono contenute indicazioni su una o più pubblicazioni che illustrino perché le stesse siano non originali, non idonee a contribuire in modo significativo al progresso dei temi di ricerca o comunque di qualità non elevata». Pertanto, «non sono chiare le ragioni che hanno spinto il collegio a ritenere non idoneo il ricorrente all'abilitazione» (cfr., *ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, sezione III-*bis*, sentenze del 20 marzo 2024, nn. 5543 e 5557). Cfr., pure, *amplius*, T.A.R. Lazio, Roma, sezione III-*bis*, sentenza del 30 aprile 2024, n. 8601. V., altresì, T.A.R. Lazio, Roma, sezione III-*bis*, sentenza del 23 maggio 2023, n. 8768.

ISSN 2036-7821

pubblicistica» ed, in particolare, delle monografie, in forza dei quali queste ultime presenterebbero «aspetti di mera descrittività e si caratterizzerebbero per il taglio compilativo e non originale»[34].

Nel caso in cui, quindi, mancasse una motivazione sufficientemente analitica non può che derivarne l'illegittimità dei giudizi negativi[35].

Peraltro, le commissioni hanno spesso sorvolato, senza preoccuparsi di fornire una motivazione plausibile, sulla circostanza per cui, tra gli scritti sottoposti a valutazione *ex* art. 7 del D.M. n. 120/2016, vi fossero articoli, saggi o contributi pubblicati in riviste di classe A, secondo la classificazione ufficiale dell'Agenzia Nazionale per la Valutazione dell'Università e della Ricerca (ANVUR)[36], o in collane, trattati, enciclopedie, ecc., i quali avevano superato la procedura, complessa e trasparente, che implica l'esame preliminare della direzione e il referaggio cieco da parte di soggetti esperti nelle materie trattate.

Rebus sic stantibus, sarebbe quantomai opportuno che le procedure di valutazione

[34]Cfr. le ampie argomentazioni del Consiglio di Stato, sezione VII, sentenza del 23 aprile 2025, n. 3509.

[35]Cfr., ad esempio, le motivazioni espresse dal T.A.R. Lazio, Roma, sezione IV-*quater*, sentenza del 29 maggio 2025, n. 10467.

[36]Sul punto, però, v. A. BELLAVISTA, *Reclutamento universitario e dintorni: tempi difficili, scelte tragiche, incubi giuridici*, *cit.*, p. 671. Secondo questo Autore, «resta accertata l'inadeguatezza tecnica e la difformità rispetto ai prevalenti *standard* internazionali delle modalità con cui l'Anvur ha proceduto sia a certificare la scientificità delle riviste sia, a maggior ragione, a suddividere le suddette riviste in classi di merito, fino ad arrivare alla controversa classe A. Tutto questo ha pesato come un macigno sulla correttezza e la legalità dello svolgimento delle prime due tornate dell'abilitazione scientifica nazionale». Cfr. R. CALVANO, *I professori universitari tra riforma strisciante dello stato giuridico e processi di valutazione. "Sorvegliare e punire"?*, *cit.*, p. 18, secondo la quale: «Che ai fini della valutazione fosse essenziale la creazione di un'agenzia di valutazione comunque non pare sostenibile, potendosi ritenere che l'insediamento di una commissione tecnica presso il Ministero, che vigilasse sulla valutazione effettuata dagli atenei, o anche un potenziamento del CUN, avrebbero potuto adeguatamente svolgere il compito. Nella prospettiva del costituzionalista, in definitiva, pare del tutto irrealistico pensare oggi di smantellare ogni forma di valutazione, mentre una meta sicuramente prospettabile – e con urgenza – pare quella di reindirizzare la stessa apponendovi più chiari metodi ed obiettivi. Da questo punto di vista la stella polare di ogni processo di valutazione non può che essere costituita dalla pluralità di principi costituzionali che presidiano la materia. Non solo quindi quelli posti negli artt. 81 e 97 Cost., ma contemporaneamente negli artt. 33, commi 1 e 6, e nelle altre disposizioni costituzionali rilevanti, come gli artt. 3, 5 e 9 Cost. Una più corretta impostazione della riflessione sui processi di valutazione deve insomma tener conto delle peculiarità della funzione svolta per individuare correttamente gli obiettivi che ci si può prefiggere nella valutazione, oltre che tenere conto del contesto (coordinate socio-economiche, storiche, territoriali) in cui si colloca l'operazione del valutare». Per A. BELLAVISTA, *ult. cit.*, p. 682, «in modo sottile ma continuo, l'Anvur svolge un ruolo sempre più politico e non di mera agenzia di valutazione, come prescrive la normativa che l'ha istituita». Ciò perché «tale organo, nel fissare i criteri della Vqr, dell'Asn, i requisiti di produttività dei docenti dei collegi dei dottorati, il *rating* delle riviste, di fatto determina le politiche della ricerca scientifica e condiziona fortemente il comportamento degli studiosi. È molto dubbio che tale situazione sia compatibile con il principio costituzionale della libertà della ricerca scientifica». V., pure, tra gli altri, C. PINELLI, *Autonomia universitaria, libertà della scienza e valutazione dell'attività scientifica*, *cit.*, pp. 574 ss.; A. TRAVI, *Organi consultivi e processi decisionali dopo la riforma universitaria*, in *Munus*, 2011, 3, pp. 629 s. A favore dell'ANVUR si è schierato G. DELLA CANANEA, *Interpretazioni della Costituzione e valutazioni della ricerca: interrogativi e ipotesi*, *ivi*, pp. 640 s.

ISSN 2036-7821

preventiva dei contributi, anziché improntate al sistema della *peer review*[37], siano più garantiste e che gli scritti sottoposti a referaggio siano vagliati, in via preliminare e generale, dalla direzione (della rivista, della collana, del trattato, ecc.) e, poi, valutati in maniera approfondita e puntuale da esperti anonimi di comprovata ed elevatissima qualificazione ed esperienza, specie quando gli scritti siano di paternità di studiosi non ancora affermati.

Comunque, la sussistenza di apposite previsioni regolamentari dell'ANVUR[38] che fissano vincoli precisi ed inderogabili per le riviste di classe A, con un controllo e una rendicontazione periodica ed un possibile declassamento, dovrebbe escludere situazioni paradossali, pure accadute, di pubblicazioni in tali riviste particolarmente "blasonate" del tutto "snobbate"[39].

In effetti, vi sono casi nei giudizi delle commissioni per la ASN – ma altrettanto è prevedibile per i concorsi a livello di singolo ateneo – di articoli, saggi e contributi, pubblicati in riviste di classe A, qualificati perfino come compilativi, descrittivi, ricostruttivi, ecc., e, finanche, definiti quali scritti che si limitano ad effettuare una ricognizione o una illustrazione del quadro esistente. Ciò, nonostante la funzione della pubblicazione in riviste di classe A dovrebbe essere un'effettiva garanzia di serietà e di qualità, se non eccellente, almeno buona, dei contributi.

È opportuno, a questo punto, accennare alla tipologia ed alla natura del sindacato giurisdizionale e ai relativi corollari, specie nell'ipotesi classica e cruciale di giudizi negativi (ritenuti) arbitrari, erronei o affetti da travisamenti o da evidenti disparità di trattamento. Ciò considerato che, in assenza di vizi ulteriori e di diversa natura, nel caso di giudizi di non abilitazione motivati in maniera analitica, congrua e non contraddittoria, sebbene discutibili e/o oggettivamente poco aderenti alla realtà, il giudice amministrativo non può spingersi a pronunciarne l'annullamento, né tantomeno procedere ad una rivalutazione del candidato, perché ciò significherebbe oltrepassare il limite della cognizione di legittimità con conseguente sconfinamento nell'ambito del merito amministrativo[40].

---

[37]Sui punti di forza e di debolezza della *peer-review* v. W. GASPARRI, *Valutazione e peer-review. Esperienze a confronto*, in *Diritto pubblico*, 2011, 1, pp. 115 ss.

[38]V. il regolamento per la classificazione delle riviste, approvato con delibera del Consiglio direttivo n. 306 del 21 dicembre 2023.

[39]Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sezione IV-*quater*, sentenza del 24 giugno 2025, n. 12350.

[40]Cfr. Consiglio di Stato, sezione VII, sentenza del 13 giugno 2025, n. 5175. In essa, il massimo organo di giustizia amministrativa ha sottolineato che non si può ritenere che la produzione, in giudizio, delle pubblicazioni del ricorrente possa essere «lo strumento per pretendere dal Giudice amministrativo l'esercizio di un inammissibile sindacato sostitutorio sui giudizi della Commissione di valutazione, espressivi di una discrezionalità tecnica assai ampia», con ciò richiamando «l'insegnamento della giurisprudenza consolidata circa i limiti del sindacato giurisdizionale avente ad oggetto le valutazioni degli organi della p.a. espressione di discrezionalità tecnica, in base al quale: a) detto sindacato è ammesso solo ove tali valutazioni siano affette dai vizi di illogicità, irragionevolezza, arbitrarietà o travisamento» (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sezione VII, sentenza del 30 giugno 2023, n. 6416; id., sentenza del 27 ottobre 2022, n. 9263; id., sentenza del 2 febbraio 2022, n.

ISSN 2036-7821

Ovviamente, non è ammessa, da parte delle commissioni, e, per esse, del MUR, l'integrazione della motivazione in corso di giudizio, a mezzo di memorie o di scritti difensivi[41].

Il sindacato del giudice amministrativo, ancorché limitato al profilo della legittimità, è tendenzialmente pieno, penetrante[42] ed effettivo[43], anche se, evidentemente, non sostitutivo[44]. La discrezionalità tecnica detenuta dalla commissione, benché ampia e

---

743; Consiglio di Stato, sezione II, sentenza del 23 febbraio 2021, n. 1568; Consiglio di Stato, sezione V, sentenza del 2 ottobre 2019, n. 6591; Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza del 26 luglio 2018, n. 4585; id., sentenza del 12 marzo 2018, n. 1128); «b) sono inammissibili le censure che mirano a sollecitare il giudice affinché eserciti un sindacato di merito e sostitutorio al di fuori dei casi tassativi dell'art. 134 c.p.a., trattandosi di un sindacato non consentito se non entro detti casi» (cfr., *ex plurimis*, Consiglio di Stato, sezione VII, sentenza del 14 luglio 2023, n. 6892; Consiglio di Stato, sezione V, sentenza del 3 agosto 2021, n. 5711; Consiglio di Stato, sezione III, sentenza del 9 dicembre 2020, n. 7787; Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza del 2 novembre 2017, n. 5060; Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza del 25 ottobre 2016, n. 4459).

[41]Se è vero che, secondo una parte della giurisprudenza, il divieto di integrazione della motivazione in sede processuale non ha carattere assoluto, la sola e unica eccezione alla sua applicazione è data dal venire in rilievo di un'attività amministrativa «interamente vincolata», nell'ambito della quale, dunque, «è escluso qualsiasi apprezzamento di natura discrezionale» (cfr., tra le più recenti, Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza del 31 gennaio 2023, n. 1096; Consiglio di Stato, sezione VII, sentenza del 5 gennaio 2024, n. 212; Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza del 27 febbraio 2024, n. 1903; Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza del 23 luglio 2024, n. 6620).

Una simile deroga o eccezione non è, peraltro, neppure pacifica, tant'è che, secondo un altro orientamento giurisprudenziale, il difetto motivazionale non sarebbe colmabile o superabile neppure attraverso «il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della L. n. 241 del 1990, il provvedimento affetto da cosiddetti vizi non invalidanti» (Consiglio di Stato, sezione V, sentenza del 10 settembre 2018, n. 5984; Consiglio di Stato, sezione III, sentenza del 7 aprile 2014, n. 1629), non potendo la mancanza o inadeguatezza della motivazione essere «in alcun modo assimilati alla mera violazione di norme procedimentali o ai vizi di forma» (cfr. Consiglio di Stato, sezione III, sentenza del 30 aprile 2014, n. 2247). La motivazione non può, quindi, essere «emendata o integrata quasi fosse una formula vuota o una pagina bianca, da una successiva motivazione postuma, prospettata *ad hoc* dall'Amministrazione resistente nel corso del giudizio» (Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza del 19 ottobre 2018, n. 5291). In ogni caso – per quello che qui più interessa – è certamente e categoricamente inammissibile la motivazione postuma, in giudizio, del provvedimento impugnato nei casi di esercizio di potere discrezionale (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sezione V, sentenza del 10 maggio 2022, n. 3632; Consiglio di Stato, sezione V, sentenza del 30 settembre 2024, n. 7856) o non del tutto vincolato (T.A.R. Lazio, Roma, sezione III-*bis*, sentenza del 4 ottobre 2022, n. 12571). «A maggior ragione, non è ammissibile l'integrazione in giudizio delle motivazioni espresse a fondamento dei dinieghi di abilitazione scientifica nazionale» (v., per tutte, T.A.R. Lazio, Roma, sezione IV-*quater*, sentenza del 31 gennaio 2025, n. 2254).

[42]Tanto è che la giurisprudenza, già da tempo, ha affermato che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, in linea generale, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, teso a riscontrare vizi di manifesta illogicità e incongruenza, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, attraverso la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e il controllo sull'attendibilità della valutazione compiuta dall'amministrazione. Cfr., tra le altre, Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza del 9 aprile 1999, n. 601; Id., sentenza del 13 ottobre 2003, n. 6201; T.A.R. Lazio, Roma, sezione III-*bis*, sentenza del 9 maggio 2019, n. 5795; T.A.R. Lazio, Roma, sezione III, sentenza del 19 marzo 2019, n. 3653.

[43]Cfr., ad esempio, T.A.R. Lazio, Roma, sezione IV-*quater*, sentenza del 6 giugno 2025, n. 11111; id., sentenza n. 10467 del 2025, *cit.* V. pure Consiglio di Stato, sezione V, sentenza del 24 agosto 2023, n. 7931.

[44]Un eccesso di potere giurisdizionale può registrarsi solo se l'indagine del giudice sia trasmodata, estendendosi al vaglio dell'opportunità o della convenienza dell'atto impugnato, con oggettiva sostituzione della volontà dell'organo giudicante, a quella dell'amministrazione competente in materia. V. Cassazione civile, sezioni unite, sentenza del 5 agosto 1994, n. 7261.

ISSN 2036-7821

connotata da un elevato grado di specializzazione, non è sinonimo di arbitrarietà[45].
Nell'ambito in esame si verte, peraltro, in tipologie di censure riconducibili, per pacifica giurisprudenza, ai limiti di un riscontro estrinseco e le domande di annullamento proposte risultano dirette alla ripetizione del procedimento, con un riesame della posizione del candidato da parte di una commissione in diversa composizione[46]; e non all'ottenimento dell'abilitazione quale effetto della sentenza[47].
Ma, proprio considerando tale ultimo aspetto, si profila il rischio che, una volta annullato il giudizio negativo poiché viziato, la nuova commissione in diversa composizione, nominata dal MUR su ordine del giudice, usando una maggiore cautela, lo possa confermare, articolando in maniera più puntuale e analitica la motivazione, ma pervenendo, comunque, ad una valutazione sostanzialmente e gravemente ingiusta e/o illogica e/o discriminatoria; in tal modo, alimentando un contenzioso che si potrebbe protrarre all'"infinito".
Sicché, per limitare lo strapotere e gli abusi perpetrati, non di rado, dalle commissioni in *subiecta materia* e *de iure condendo*, sarebbe pure prospettabile la soluzione abbastanza drastica di una previsione di legge che rimetta le controversie inerenti agli esami e ai concorsi pubblici alla giurisdizione estesa al merito (art. 134 c.p.a.). Ciò, sebbene una simile conclusione, se non accompagnata da ulteriori garanzie e considerata *sic et simpliciter*, potrebbe rappresentare un pericolo e portare ad un aggravio di lavoro per gli organi giurisdizionali amministrativi e per i loro ausiliari (verificatori, c.t.u., periti, commissari *ad acta*). Il T.A.R. potrebbe diventare una sorta di "commissione di secondo grado" priva delle necessarie competenze.
La questione è, tuttavia, assai complessa.
Vanno considerate, *in primis*, la posizione e la levatura detenute dai commissari per la ASN nell'esprimere valutazioni di tipo specialistico.
Passando da una giurisdizione di (mera) legittimità ad una estesa al merito, il pericolo è quello di rimettere alla autorità giurisdizionale un giudizio che dovrebbe restare "confinato" nell'ambito accademico; mentre, mantenendo inalterata la normativa vigente, il rischio è che la tutela giurisdizionale in materia non risulti piena ed effettiva, vulnerando, in tal modo, il disposto degli artt. 24, 101, 103, 111, 113, Cost. e dell'art. 47 della Carta di Nizza.
Un effetto ulteriore che potrebbe verificarsi, ove si accogliesse la soluzione proposta, è che molti docenti universitari non darebbero la propria disponibilità a far parte delle commissioni anche per evitare di esporsi a domande risarcitorie, sia pur in casi estremi di gravi negligenze.

[45]V. T.A.R. Lombardia, Milano, sezione III, sentenza dell'11 giugno 2003, n. 3083; T.A.R. Puglia, Bari, sezione I, sentenza del 29 agosto 2005, n. 3637.
[46]V., tra decisioni più recenti, T.A.R. Lazio, Roma, sezione IV-*quater*, sentenza del 10 gennaio 2025, n. 476; id., sentenza n. 10467 del 2025, *cit.*; id., sentenza n. 11111 del 2025, *cit.*; id., sentenza n. 12350 del 2025, *cit.*
[47]Come ha chiarito T.A.R. Lazio, Roma, sezione IV-*quater*, sentenza n. 10467 del 2025, *cit.*

ISSN 2036-7821

Tuttavia, un simile effetto potrebbe essere compensato e/o neutralizzato da previsioni che impongano il pagamento del contributo unificato in misura non irrisoria, ma pari a quanto richiesto per altri giudizi amministrativi (accesso agli atti e ai documenti amministrativi, silenzio-inadempimento, ottemperanza, ecc.), con la prospettiva risarcitoria, anche per lite temeraria *ex* art. 96 c.p.c., oltre che la possibile condanna al pagamento delle spese legali.

Il che sarebbe un forte deterrente per chi volesse proporre ricorsi non supportati da validi motivi. Inoltre, i candidati lesi da giudizi negativi ingiustificati potrebbero conseguire un risarcimento del danno da illegittimo esercizio dell'attività amministrativa solo in presenza di gravi mancanze da parte dei commissari, di difficile verificazione e dimostrazione.

Ne discende che non vi sarebbero, a rigor di logica, conseguenze significative sulle candidature dei docenti universitari chiamati a far parte delle commissioni giudicatrici.

La soluzione illustrata, per poter essere proficua, richiede massima cautela ed imparzialità dei giudici e dei loro ausiliari; al contempo, essa potrebbe avere ripercussioni assai positive, sia nella direzione di una gestione più sana e corretta delle procedure selettive, sia nel senso dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale. E ciò, senza discriminare alcuno e senza paralizzare le attività dei T.A.R., agevolando i candidati che fossero risultati effettivamente ed ingiustamente lesi o penalizzati ad ottenere una decisione che consenta loro la realizzazione dell'agognato bene della vita.

Inoltre, una decisione del giudice amministrativo che non si limiti ad annullare il giudizio negativo e ad ordinare all'amministrazione di rinnovare il procedimento e di rivalutare la posizione del candidato, ma che adottasse, di regola a mezzo di un commissario *ad acta*, un nuovo giudizio, sarebbe una conquista. Eviterebbe, infatti, le situazioni paventate in cui la neonominata commissione, limitandosi a formulare motivazioni (apparentemente) più congrue e puntuali rispetto a quelle elaborate dalla precedente, possa pervenire al medesimo risultato di negare, ingiustificatamente, il superamento dell'esame abilitativo o della procedura concorsuale.

Una prospettiva come quella indicata si collocherebbe, nel complesso, in maggiore armonia con i canoni di semplificazione ed economia processuale.◎La decisione del T.A.R. che entrasse nel merito, valutando la "giustezza" del giudizio della commissione impugnato (e che non esclude il vaglio di legittimità dello stesso nella medesima sede), comporterebbe che l'organo giudicante debba avvalersi, in ogni caso e a prescindere dalla disciplina dell'esame (o concorso), di ausiliari qualificati, specie verificatori, c.t.u., periti e, per la fase attuativa, di commissari *ad acta.* Trattandosi, come si diceva, di giudizi tecnici di valore, ampiamente discrezionali, si

ISSN 2036-7821

porrebbe una questione non del tutto dissimile da quella sollevata per agli atti delle Autorità amministrative indipendenti.
Dunque, l'elenco degli ausiliari (consultivi ed esecutivi) da cui attingere dovrebbe comprendere, unicamente, soggetti aventi competenze e qualificazioni equipollenti a quelle dei commissari che hanno espresso il giudizio (sfavorevole); altrimenti, paradossalmente, una simile innovazione causerebbe il passaggio "dalla padella nella brace".
Ciò, potrebbe comportare, tuttavia, almeno in alcune evenienze, non pochi problemi attuativi, poiché presuppone la disponibilità di esperti, per lo più di docenti universitari (anche in quiescenza), a far parte dei consulenti del giudice amministrativo e, quindi, ad essere chiamati a rivalutare i giudizi espressi da propri "colleghi". Si verserebbe in una situazione non semplice, specie considerando l'ambiente universitario e le relazioni che, spesso, legano i docenti della stessa disciplina, anche se una evenienza non del tutto difforme si verifica nell'ipotesi in cui i candidati presentino, a supporto e a comprova della validità dei loro lavori scientifici, pareri *pro veritate* elaborati da docenti autorevoli o accreditati.
Ovviamente, nel caso assai più raro di giudizi in cui la commissione abbia valutato l'insussistenza di presupposti, quali requisiti/titoli ecc., pressoché *ictu oculi* in possesso del candidato, ed espresso, contestualmente, giudizi positivi sulle pubblicazioni, il giudice amministrativo[48], già in virtù del disposto degli attuali artt. 31 e 117 c.p.a., potrebbe adottare direttamente il provvedimento favorevole. Si tratterebbe, nella fattispecie, di un atto dal contenuto interamente vincolato, non residuando margini di discrezionalità e non essendo necessario porre in essere ulteriori incombenti istruttori da parte della p.a.

3. Verso il superamento della ASN

Partendo da una concezione piuttosto negativa della ASN conseguente alle diverse esperienze trascorse in oltre dodici anni dall'avvio della prima tornata[49], è stato intrapreso un percorso di approfondimento e di elaborazione, finalizzato ad un intervento di modifica della disciplina vigente.
Tale intervento si è reso, peraltro, necessario, al fine di dare compiuta attuazione alla Riforma 1.5 (Missione 4, Componente 1) del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), di competenza del MUR.

[48]Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sezione IV-*quater*, sentenza del 31 luglio 2025, n. 15116.

[49]Secondo R. CALVANO, *Il reclutamento dei docenti*, *cit.*, p. 53, il percorso applicativo della l. n. 240/2010, per quanto concerne il reclutamento e le progressioni di carriera ha marciato, «nel bene o nel male, venendo ricondotto principalmente ad un doppio gradino (le due fasce) con due principali canali di accesso. Esso va ora guardato più da vicino, aggiornandolo via via alle vicende emendative ed al contenzioso insorto in ordine all'interpretazione di numerose disposizioni della richiamata legge, potendosi allora scorgere una serie di criticità ed anomalie».

ISSN 2036-7821

Sicché, è stata approvata, in data 19 maggio 2025, dal Consiglio dei Ministri, una bozza di articolato, poi divenuto d.d.l. A.S. n. 1518, intitolato: "Revisione delle modalità di accesso, valutazione e reclutamento del personale ricercatore e docente universitario", attualmente all'esame del Parlamento, che costituisce la risultante di una sintesi di quanto emerso e suggerito dal gruppo di lavoro all'uopo costituito[50].
Ed invero, pur foriere di molte criticità, le procedure per la ASN, con la previsione delle mediane o valori-soglia e, quindi, del necessario possesso di un numero minimo di monografie e, soprattutto, di un numero minimo di contributi in riviste di classe A per potervi partecipare, con il sorteggio ministeriale delle commissioni, da effettuarsi sulla base di apposite candidature, ecc., hanno contribuito ad incrementare la qualità della ricerca, limitando il peso degli interessi universitari locali e riducendo la dipendenza dei giovani ricercatori dai poteri accademici[51].
Tuttavia, il sistema della ASN, per quanto anzidetto, si è rivelato fragile nella pratica, sicché si è pervenuti alla conclusione che non possa essere mantenuto.
Ebbene, secondo il d.d.l. n. 1518[52], che interverrebbe sul testo degli artt. 16, 18 e 24 della l. n. 240/2010, i requisiti, i titoli e le pubblicazioni dei candidati, che costituiscono ora condizioni necessarie per poter ottenere una valutazione di idoneità all'immissione nei ruoli di docente universitario (di prima o seconda fascia) e che vengono dichiarati e/o attestati dall'interessato e – almeno in relazione alle pubblicazioni da sottoporre a valutazione e al vaglio per il superamento delle mediane – allegati alla domanda in formato PDF, verrebbero sostituiti da un CV. Quest'ultimo, redatto in formato internazionale, andrebbe caricato su una piattaforma messa a disposizione dal MUR, rivestendo la forma di autocertificazione, ai sensi e per gli effetti del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.
Se ne ricava, in teoria, un sistema estremamente più snello, nell'ambito del quale i requisiti (minimi) di produttività e qualificazione scientifica verrebbero mantenuti come condivisi a livello nazionale e aggiornati ad intervalli temporali predefiniti, e la cui proposta di identificazione, per ciascun gruppo scientifico-disciplinare[53] e per ciascuna fascia di docenza, sarebbe demandata ad un decreto del MUR, da adottarsi su proposta all'ANVUR, sentito il Consiglio Universitario Nazionale (CUN).

[50]Cfr. *supra* nt. 4.

[51]V. Società italiana di economia, *Un pericoloso ritorno al passato nei concorsi universitari*, *cit.*

[52]Sulle finalità che si propone di realizzare il Governo con il d.d.l. n. 1518, cfr. la *Relazione illustrativa* al medesimo articolato.

[53]Con decreto del Ministro dell'Università e della Ricerca del 2 maggio 2024, n. 639, si è provveduto ad individuare i nuovi Gruppi scientifico-disciplinari [per un totale di n. 190, che hanno sostituito, sia nell'inquadramento, sia per i compiti dei docenti che nei piani di studio, i Settori scientifico-disciplinari (SSD) e i Settori Concorsuali (SC)]. I Gruppi scientifico-disciplinari costituiscono una prerogativa necessaria per l'inquadramento dei professori di prima e seconda fascia e dei ricercatori e sono utilizzati per l'adempimento degli obblighi didattici da parte degli stessi. Trattasi di un'operazione di semplificazione per far sì che ciascun gruppo scientifico-disciplinare possa contenere uno o più settori scientifico-disciplinari afferenti allo stesso, alla luce delle declaratorie indicate nel decreto sopra menzionato.

ISSN 2036-7821

Ma tale sistema, benché più semplice e celere, è cosa ben diversa dalla ASN.
Quella che dal 2012 a tutt'oggi ha integrato una procedura di valutazione quali-quantitativa dei candidati, al termine della quale si ottiene un "certificato di abilitazione", sarebbe sostituita da una "ricevuta-attestazione" di avvenuto caricamento telematico, finalizzata a soddisfare una "mera condizione di ammissibilità" per la partecipazione ai concorsi indetti dalle singole università.
Il sistema è sicuramente discutibile, per alcuni versi, ma comporterebbe, come aspetto positivo, il rispetto e, forse, il rafforzamento dei canoni di trasparenza e pubblicità che una modalità del genere, tramite la piattaforma telematica, garantirebbe o, quantomeno, dovrebbe assicurare. Ciò, in quanto il possesso dei titoli, dei requisiti e delle pubblicazioni di ciascun candidato dovrebbe restare ampiamente pubblicizzato *online*. Verrebbe meno, invece, come naturale e ovvia conseguenza, la pubblicità (generalizzata) della valutazione nel merito delle pubblicazioni e del *curriculum* di ciascun candidato.
Ma (pure) il meccanismo in questione presenta molteplici limiti.
Una prima nota dolente è che le autocertificazioni, da quanto si deduce dal d.d.l. n. 1518, non sarebbero sottoposte ad alcun controllo o vaglio preventivo, neppure formale, da parte di chicchessia. Solo in seguito alla presentazione della domanda di partecipazione ovvero all'espletamento della procedura selettiva a livello locale, l'università interessata verificherebbe le autodichiarazioni, quando ormai potrebbe essere "troppo tardi", nel senso che, in presenza di presupposti non perfettamente in linea o parzialmente difformi da quelli richiesti dalla normativa, che fossero stati autocertificati, potrebbe essere necessario ripetere il concorso o intervenire in autotutela, con le relative conseguenze, anche in ordine a possibili ed, anzi probabili, contenziosi.
Al di là di casi estremi di presenza di elementi di falsità o mendacia, aventi carattere doloso, sanzionabili (pure) penalmente, sarebbe quantomai opportuno che la piattaforma del MUR fosse dotata di sistemi informatici o applicativi che escludessero i candidati non in possesso, neppure sulla carta, dei requisiti minimi di produttività e qualificazione scientifica ed, eventualmente, anche didattici. Ma, allo stato attuale, non vi sono previsioni in tal senso nel testo nel d.d.l. che si limita a rinviare ad un decreto del MUR la definizione (anche) delle modalità mediante le quali saranno effettuate le dichiarazioni.
È, dunque, prevedibile il pullulare di autocertificazioni attestanti il possesso di titoli discutibili o che soddisfino, solo potenzialmente, i criteri individuati a livello normativo nazionale che produrranno l'effetto di aumentare a dismisura la platea dei possibili aspiranti alla cattedra e, quindi, di aggravare enormemente i lavori delle commissioni di concorso.
Forse la soluzione ipotizzata del ricorso a particolari applicativi e/o all'intelligenza

ISSN 2036-7821

artificiale per verificare preventivamente il possesso dei requisiti dei candidati sarebbe la più idonea e la più vantaggiosa, comportando un minor margine di errore e un notevole risparmio di risorse, economiche e personali, da parte del MUR.

Resta ferma la previsione che i candidati dovranno possedere alcuni requisiti per l'ingresso nei ruoli universitari che sarebbero, presumibilmente, propedeutici per ottenere validamente una iscrizione alla piattaforma. In tal senso il d.d.l. n. 1518 prescrive che, nella fissazione dei requisiti da parte del decreto del MUR, sono tenuti, comunque, in considerazione:

"a) l'organizzazione o la partecipazione come relatore a convegni di carattere scientifico in Italia o all'estero;

b) la formale attribuzione di incarichi di insegnamento o di ricerca presso qualificati atenei e istituti di ricerca esteri o sovranazionali;

c) il raggiungimento degli indicatori minimi di quantità, continuità e distribuzione temporale dei prodotti della ricerca, definiti tenendo conto delle caratteristiche di ciascun gruppo scientifico-disciplinare, in diversa misura per la prima e per la seconda fascia, nonché della rilevanza nazionale e internazionale dei prodotti medesimi;

d) la partecipazione a progetti di ricerca di base e applicata, sulla base di bandi competitivi nazionali, europei e internazionali;

e) il conseguimento di premi riconosciuti come rilevanti nel gruppo scientifico-disciplinare di riferimento, inclusa l'affiliazione ad accademie di riconosciuto prestigio nel settore;

f) ove le specifiche caratteristiche del settore scientifico lo richiedano, i risultati ottenuti nel trasferimento tecnologico in termini di partecipazione alla creazione di nuove imprese (spin off), sviluppo, impiego e commercializzazione di brevetti".

Dunque, il riformatore, ricalcando in parte quanto previsto dall'all. A al D.M. n. 120/2016, ha individuato, direttamente, una serie di requisiti/titoli che devono essere necessariamente considerati dall'emanando decreto ministeriale, a cui si accennava, e, di conseguenza, dai bandi dei vari atenei e dalle commissioni giudicatrici.

Il decreto del MUR avrebbe la funzione di dettagliare il contenuto, per ciascun gruppo scientifico-disciplinare e per ognuna delle due fasce di docenza, e delimitare, quindi, l'ambito entro il quale ogni università sarà chiamata a svolgere le valutazioni mediante le commissioni giudicatrici.

Sarebbe, allora, importante comprendere le misure di attuazione della suddetta norma del d.d.l. n. 1518, correlate, a loro volta, alla chiave di lettura di tale disposizione che porterebbe a diverse conclusioni.

Allo stato attuale, resta incerto il numero minimo dei requisiti di legge che deve possedere il candidato. Forse, sarebbe opportuna una prescrizione che, in linea con quanto previsto per la ASN, stabilisca una lista "chiusa" e ampia di requisiti,

ISSN 2036-7821

lasciando alle diverse commissioni, preliminarmente, nel verbale di insediamento o della prima riunione, la facoltà di individuare, all'interno di questa, anche solo alcuni di essi, fino ad una soglia minima, tenendo conto delle peculiarità della disciplina concorsuale.

Ma, se la lettura della norma fosse diversa e il decreto del MUR lasciasse una discrezionalità abbastanza ampia agli atenei e alle commissioni giudicatrici, esso potrebbe pure dettagliare i contenuti e definire l'ambito in cui le stesse commissioni debbano svolgere le valutazioni, ma non impedire alle università di estendere l'elenco dei requisiti. In tal senso, le singole università e le varie commissioni potrebbero arrivare ad includere o a considerare requisiti di modesta rilevanza o, comunque, poco significativi, i quali potrebbero concorrere "alla pari", ovvero "promiscuamente", con quelli individuati, in via immediata, dal legislatore. Il che vanificherebbe, in buona parte, la *ratio legis*.

Sul punto, sarebbe necessaria una maggiore chiarezza della formulazione legislativa.

4. Il ritorno ai concorsi locali

L'introduzione della ASN è stata dettata, soprattutto, dall'esigenza di porre rimedio alle "patologie" della disciplina precedente di cui alla legge 3 luglio 1998, n. 210, contenente: "Norme per il reclutamento dei ricercatori e dei professori universitari di ruolo", c.d. legge Berlinguer.

Tale disciplina era esclusivamente basata sul sistema del concorso gestito in sede locale ed era stata criticata proprio per avere favorito un eccesso di "localismo"[54], assicurando una solida *pole position* al candidato interno alla facoltà che bandiva il concorso, indipendentemente dai suoi effettivi meriti. Sicché, nelle intenzioni del legislatore del 2010, la ASN avrebbe consentito, da un lato, di garantire la qualità[55] (minima) della produzione scientifica dei candidati; dall'altro, mediante la selezione decentrata, di tenere conto delle peculiari esigenze e delle variegate missioni delle singole università.

Ebbene, un aspetto problematico considerato cruciale è che il d.d.l. in commento, con norme non del tutto chiare e, talora, con formulazioni ambigue, reintrodurrebbe, per le procedure di reclutamento del personale accademico, meccanismi unicamente locali.

---

[54]Cfr. G. VESPERINI, *Per uno studio delle tendenze di riforma del sistema universitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 2, p. 202. Cfr. anche S. QUINTILI, *cit.*, pp. 202 ss.

[55]Rileva C. PINELLI, *cit.*, pp. 585 s., come «La standardizzazione generalizzata e preventiva dei criteri di valutazione è un pericolo mortale per la ricerca, un condizionamento ancora più grave dell'ingerenza politica. Da questa, in quanto riconoscibile, ci si può variamente difendere. Ma incasellare la valutazione dentro gabbiette di giudizi preconfezionati con scelte limitate a mere oscillazioni percentuali significa insinuare dentro la comunità scientifica il germe dell'autodissoluzione. Allora, l'incentivo a uniformarsi agli standard diventa una tentazione irresistibile, prevalente su ogni aspirazione a dire qualcosa di innovativo se non di originale».

ISSN 2036-7821

L'intento dichiarato dal Governo sarebbe quello di definire, per legge, le linee guida relativamente ai requisiti generali di accesso ai fini della partecipazione alle procedure di chiamata, onde garantire un'applicazione uniforme e trasparente delle singole procedure a livello locale, fornendo una cornice normativa generale in relazione alle regole e ai criteri da adottare da parte delle singole commissioni locali nell'ambito delle procedure di reclutamento. La finalità sarebbe quella di superare i picchi più marcati di disomogeneità a livello dei singoli atenei, fonte di numerosi contenziosi, e, al tempo stesso, di garantire che l'accesso effettivo al ruolo avvenga ovunque con requisiti minimali condivisi e rafforzati mediante l'obbligo del colloquio sui titoli da parte dei candidati.

Le commissioni di concorso sarebbero composte, in base al d.d.l. n. 1518, in netta prevalenza da membri esterni, ma sussisterebbe, comunque, un membro interno.

Nel testo del d.d.l. si richiede "il possesso dei requisiti per le funzioni di professore di prima fascia" da parte di tutti i commissari, e l'afferenza al medesimo settore scientifico-disciplinare oggetto della procedura.

Inoltre, vengono definiti alcuni principi, finora rimessi all'autonomia del singolo ateneo, relativi alla provenienza interna o esterna all'università che ha indetto la procedura e alla promozione dell'equilibrio di genere, nonché principi di imparzialità, trasparenza e rotazione.

Al dichiarato fine di rafforzare il rispetto dei principi di trasparenza ed imparzialità, il d.d.l. prevede, in particolare, che la commissione giudicatrice sarà formata da cinque componenti, di cui almeno quattro esterni all'università che ha indetto la procedura, individuati, dalla stessa, previo sorteggio tra i docenti disponibili a livello nazionale, afferenti al settore scientifico-disciplinare di cui al bando di concorso, e almeno un componente interno all'università che ha indetto la procedura, afferente al settore scientifico-disciplinare di cui al bando di concorso.

La norma non è chiara.

Sembra emergere una vistosa incongruenza. Come può esservi almeno un componente/membro interno e almeno quattro esterni, se la commissione deve essere costituita (inderogabilmente e nel complesso) da cinque componenti?

Una simile prospettiva avvalorerebbe una commissione formata da "non meno" di cinque componenti, che, però, la legge non prevede. Sembra, quindi, trattarsi di una formulazione infelice che potrebbe determinare difficoltà interpretative o attuative e/o aggravi per la finanza pubblica.

Forse la norma che prevede il numero di cinque componenti si ritiene derogabile dalle università, alla luce di una interpretazione logico-sistematica. Il che, tuttavia, potrebbe portare alla istituzione di commissioni con più di cinque componenti, di cui, peraltro, vi potrebbe essere più di uno interno alla università che ha avviato la procedura concorsuale. La qual cosa appare eccessiva e, comunque, potrebbe

ISSN 2036-7821

incrementare l'influenza e il condizionamento dell'università che ha indetto il concorso sugli esiti della procedura.

Mentre, nell'ambito della ASN, tutti i commissari devono detenere, necessariamente, la "qualifica" di professori ordinari, con la prevista riforma, essi dovrebbero appartenere "almeno" alla stessa fascia oggetto del procedimento e, comunque, essere in possesso, al momento della nomina, dei requisiti previsti "per le funzioni di professore di prima fascia". Per le procedure relative alle chiamate dei professori di seconda fascia, almeno tre componenti andrebbero individuati tra i professori di prima fascia.

La disposizione è formulata in modo ambiguo e ciò pone dei problemi.

Sembra desumersi da essa che per le procedure di chiamata dei professori ordinari potrebbero far parte della commissione alcuni professori (semplicemente) abilitati all'esercizio delle funzioni di professori di prima fascia e altri, tra cui il membro interno, ordinari.

In quelle relative alle procedure di professori associati, potrebbero esservi anche due commissari esterni, professori associati abilitati all'esercizio delle funzioni di prima fascia, mentre, altri, tra cui il membro interno, potrebbero essere professori di prima fascia.

Il che non appare, per nulla, la soluzione più confacente al caso.

Una simile prospettiva potrebbe creare una situazione di debolezza dei commissari meramente abilitati alla prima fascia rispetto al candidato "più meritevole" vincitore della procedura ed, eventualmente, rispetto al membro interno; al tempo stesso, potrebbe determinare una posizione di maggior forza di quest'ultimo nei confronti degli altri commissari, specie se esso rivestisse anche il ruolo di presidente della commissione.

I componenti esterni sarebbero sorteggiati. Sicché, per ogni concorso, i docenti interessati a far parte di una specifica commissione dovranno candidarsi per essere sorteggiati dalla medesima università che lo ha bandito. In questo modo, si presta il fianco alla possibilità di formare commissioni composte da docenti con i legami più stretti con l'ateneo che bandisce il concorso, innescando un meccanismo che può mettere in secondo piano il riconoscimento della qualità della ricerca[56].

La previsione in rilievo non pare pienamente in linea con i principi di legalità, imparzialità e buon andamento, soprattutto perché un sorteggio, effettuato all'interno, potrebbe essere anche, direttamente o indirettamente, "pilotato" (pure) alla luce del principio del *do ut des*.

Sicuramente, più conforme ai predetti principi costituzionali, sarebbe una disposizione che stabilisse la tenuta, presso il MUR, di un elenco nazionale di docenti di prima fascia disponibili per qualsiasi concorso, aventi determinati requisiti, da

[56]Cfr. Società italiana di economia, *Un pericoloso ritorno al passato nei concorsi universitari*, *cit.*

ISSN 2036-7821

aggiornare periodicamente, sempre a cura dello stesso ministero.
In questa ottica, le singole università, nella prospettiva dello svolgimento di un dato concorso, avrebbero l'onere di inoltrare una apposita richiesta al predetto dicastero affinché esso indichi, secondo determinati e prestabiliti criteri, i nominativi dei componenti esterni. Ciò, ferma restando la necessità che i componenti sorteggiati o avviati dal MUR e il membro interno rilascino una dichiarazione di essere imparziali e di non incorrere in alcuna delle cause di incompatibilità richiamate, sia pur ad altri fini, dall'art. 51 c.p.c., e di non versare in altre situazioni che possano compromettere l'equilibrato esercizio della relativa funzione[57]; dichiarazione che li impegni, quindi, ad esercitare l'attività valutativa con la massima autonomia, serietà e obiettività.
Andrebbero meglio definiti, comunque, gli spazi da riservare alla fonte statale, anche regolamentare, e quelli da ascrivere ai singoli atenei, tenendo conto che la legge statale è l'unica legittimata ad incidere sugli assetti e sulle attività "fondamentali" delle università, stante la riserva di legge ordinaria e relativa, sancita dall'art. 33, comma 6, Cost.[58], letto in connessione con l'art. 97, comma 2, Cost.

---

[57]Cfr. l'art. 5, comma 2, del decreto legislativo 7 maggio 1948, n. 1172, e l'art. 1 della legge 20 maggio 2016, n. 76.

[58]A riguardo, la Corte costituzionale aveva coniato la nozione innovativa – poi abbandonata – di riserva "aperta", nella sentenza del 27 novembre 1998, n. 383, annotata da A. D'ATENA, *Un'autonomia sotto tutela ministeriale: il caso dell'Università*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 3332. Cfr., pure, R. NIRO, *Numero chiuso all'Università e potere regolamentare del Ministro: morte della riserva di legge o sua trasfigurazione?*, *ivi*, 1999, 1235.

La Consulta (sentenza n. 383 del 1998, *cit.*) ha precisato come «sotto l'aspetto dei rapporti tra potestà legislativa e potestà normativa del Governo, nulla nella Costituzione esclude l'eventualità che un'attività normativa secondaria possa legittimamente essere chiamata dalla legge stessa a integrarne e svolgerne in concreto i contenuti sostanziali, quando – come nella specie – si versi in aspetti della materia che richiedono determinazioni bensì unitarie, e quindi non rientranti nelle autonome responsabilità dei singoli atenei, ma anche tali da dover essere conformate a circostanze e possibilità materiali varie e variabili, e quindi non facilmente regolabili in concreto secondo generali e stabili previsioni legislative. In sintesi, la riserva di legge in questione è tale da comportare, da un lato, la necessità di non comprimere l'autonomia delle università, per quanto riguarda gli aspetti della disciplina che ineriscono a tale autonomia; dall'altro, la possibilità che la legge, ove non disponga essa stessa direttamente ed esaustivamente, preveda l'intervento normativo dell'esecutivo, per la specificazione concreta della disciplina legislativa, quando la sua attuazione, richiedendo valutazioni d'insieme, non è attribuibile all'autonomia delle università».

Sul tema dell'autonomia universitaria v., in dottrina, tra gli altri, M. NIGRO, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica (profili organizzativi)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, 2, pp. 740 ss.; S. CASSESE, A. MURA, *Art. 33-34*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione - Rapporti etico-sociali*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1976, pp. 210 ss.; F. MODUGNO, *Riserva di legge e autonomia universitaria*, in *Diritto e società*, 1978, 4, pp. 757 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *L'autonomia universitaria nella Costituzione*, *ivi*, 1980, 2, pp. 229 ss.; L. MAZZAROLLI, *L'autonomia delle Università e delle Accademie nella Costituzione italiana*, *ivi*, 1981, 2, pp. 267 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Cedam, Padova, 1990, pp. 89 ss.; AA.VV., *L'autonomia universitaria, Atti del convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (Bologna, 25-26 novembre 1988)*, Cedam, Padova, 1990; G. SILVESTRI, *Questioni vecchie e nuove sull'autonomia universitaria*, Crui, Roma, 2002; R. BALDUZZI, *L'autonomia universitaria dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2004, 2-3, pp. 263 ss.; A. MARRA (a cura di), *L'autonomia universitaria del nuovo millennio*, *cit.*, *passim*; B. CARAVITA, *L'autonomia universitaria oggi*, in *Osservatorio AIC*, 2021, 6, pp. 6 ss.; G. TARLI BARBIERI, *Le fonti dell'autonomia universitaria*, in *Osservatoriosullefonti*, 2022, 1, pp. 157 ss.

ISSN 2036-7821

Il d.d.l. n. 1518 prevede che le università debbano determinare, nei bandi, il numero di pubblicazioni da sottoporre a valutazione (da un minimo di 10 ad un massimo di 15). Ciò si pone in analogia con quanto stabilito per i concorsi per ricercatori a tempo determinato di tipo A e di tipo B (RTDA e RTDB).

A differenza di quanto avviene nell'ambito della ASN, laddove è la fonte statale secondaria a prescrivere, per tutte le università, per ogni settore concorsuale (SC) e distintamente per la prima e per la seconda fascia, il numero massimo di pubblicazioni da sottoporre alla valutazione, ora sarebbe la legge a fissare un *range* entro il quale le singole università possono decidere. Ciò sempre, evidentemente, nel rispetto dei principi di logicità, proporzionalità e adeguatezza, tenendo conto delle fasce di docenza, nonché delle diverse discipline.

Questa norma potrebbe ritenersi in contrasto con l'impianto della riforma di fissare regole generali uniformi a livello nazionale e svilire, se non coordinata con altre disposizioni, la funzione dell'autodichiarazione da caricare sulla piattaforma del MUR, la quale dovrebbe attestare gli *standard* di produttività e la qualificazione che dovrebbero possedere tutti i candidati.

La prova di concorso prevedrebbe necessariamente la discussione orale dei contenuti delle pubblicazioni e delle esperienze didattiche; e tale previsione appare congruente con le finalità del meccanismo selettivo basato su titoli già acquisiti.

In effetti, gli aspiranti docenti universitari, a differenza di altre categorie di dipendenti che sostengono vere e proprie prove (scritte, orali ecc.), non devono dimostrare tanto la (propria) conoscenza della materia[59], che è insita nei titoli e nelle pubblicazioni, ma comprovare un'attitudine trascendente da essa, consistente nella capacità di analisi critica, nell'originalità, nell'accuratezza, nell'apporto concreto dato alla comunità degli studiosi.

Ulteriori prove obbligatorie, quali la tenuta di una vera e propria lezione, si sarebbero poste in contrasto con la finalità di semplificare e accelerare le procedure

---

Sulla riserva di legge fissata dall'art. 33, comma 6, Cost., in dottrina v., tra gli altri, F. MODUGNO, *cit.*, pp. 757 ss.; R. BALDUZZI, *cit.*, pp. 264 ss.; B. CARAVITA, *cit.*, pp. 35-37.

[59]Di diverso avviso R. CALVANO, *I professori universitari tra riforma strisciante dello stato giuridico e processi di valutazione. "Sorvegliare e punire"?*, *cit.*, pp. 19 s. Per questa Autrice, un «esempio paradossale della fallacia in termini "meritocratici" dei processi di valutazione voluti dal legislatore italiano è poi evidente nelle procedure di reclutamento e di progressione di carriera. Non sono più previste prove concorsuali scritte né orali, per cui, stante l'incipiente abolizione della prova scritta in molti atenei nell'esame di ammissione al dottorato di ricerca, dopo la discussione finale del dottorato, si può arrivare fino al posto da professore ordinario senza mai essere sottoposti ad un "esame" – tramite prova scritta o orale – circa le proprie conoscenze e capacità. L'introduzione di un'abilitazione nazionale rimane poi un'arma spuntata se, lasciando ai regolamenti di ateneo la disciplina delle chiamate, si riportano in sede locale (con le conseguenze viste negli anni, e spesso finite in indagini penali e titoli di giornale pesantemente nocivi per tutto il sistema universitario) le scelte sul reclutamento, disancorandole da qualsiasi parametro legislativo. In definitiva, molta confusione c'è oggi nel sistema universitario e un po' di ordine andrebbe al più presto fatto. Dove ci dovrebbe essere autonomia c'è accentramento, e dove il principio di legalità richiederebbe una chiara disciplina statale, come per lo stato giuridico dei docenti, si lascia carta bianca ai regolamenti d'ateneo».

ISSN 2036-7821

di reclutamento.
Del resto, poiché vi sarebbe la valutazione dei titoli didattici e la discussione orale delle esperienze didattiche dei candidati, una dimostrazione delle abilità a tenere lezioni viene, in qualche modo e pur in maniera indiretta, comunque, verificata dalla commissione. Inoltre, il d.d.l. prevede che possa essere richiesto al candidato di tenere un seminario pubblico alla presenza della commissione.
Secondo il d.d.l. in esame, la commissione giudicatrice, alla fine della procedura, indica "Il candidato più meritevole".
Tale previsione è dettata dall'esigenza di escludere che essa possa limitarsi a indicare "rose" di candidati idonei, lasciando poi la discrezionalità ai dipartimenti in sede di proposta di chiamata[60].
Ma, se trattasi di un vero e proprio concorso, la graduatoria finale di merito dovrebbe prevedere un numero di vincitori non superiore ai posti banditi, ed eventuali idonei in numero indefinito ed in un certo ordine di merito inderogabile. Ciò, sembra ovvio, in base ai principi generali, ed insito nella natura concorsuale-comparativa, e non di esame abilitante o di idoneità, detenuta, per l'appunto, da tale modalità selettiva.
Appare, comunque, necessaria l'adozione di giuste misure per bilanciare i diritti di quanti, precari da anni e realmente meritevoli di ottenere un inquadramento stabile, restano in tale situazione a tempo indeterminato e, contestualmente, per inibire gli atenei a programmare percorsi privilegiati per strutturare i precari interni "a tutti i costi", anche a discapito di coloro che, in possesso di una elevata qualificazione scientifica e di esperienza didattica, non intrattengono, in un dato periodo, rapporti di dipendenza o collaborazione con le università.
In altre parole, il legislatore dovrebbe preoccuparsi di fare in modo che i concorsi siano superati dai migliori, *tout court*, senza sconti per gli interni e senza preclusioni o penalizzazioni per gli esterni.
Al più, come nel pubblico impiego, si potrebbe prevedere la facoltà, in casi peculiari, normativamente circoscritti e motivati, di bandire concorsi con una riserva di posti limitata in favore degli interni[61]; subordinandone il superamento, ovvero il conseguimento dell'idoneità, al raggiungimento di un punteggio superiore ad una certa soglia.
Al riguardo, è stato sottolineato[62] che la riforma dei concorsi sarebbe introdotta senza alcuna definizione delle dimensioni del reclutamento che è necessario per il sistema universitario. Oggi una percentuale consistente del personale di ricerca è in posizioni

[60]La problematica è emersa alla luce della sentenza del Consiglio di Stato, sezione VII, sentenza del 25 ottobre 2024, n. 8516, relativamente alle chiamate dei ricercatori, in cui è stata censurata la disciplina d'ateneo che consentiva la rimessione alla decisione del dipartimento, anche nel senso di sovvertire la graduatoria di merito definita dalla commissione giudicatrice.
[61]Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 24 luglio 2020, n. 165.
[62]V. Società italiana di economia, *Un pericoloso ritorno al passato nei concorsi universitari*, *cit.*

ISSN 2036-7821

di precarietà. In questo contesto, il problema non sarebbe moltiplicare le figure nelle fasi di carriera iniziali, come ha fatto la legge sugli incarichi, ma offrire prospettive di avanzamento agli attuali assegnisti di ricerca e RTDA verso la posizione di ricercatore *tenure track* (RTT) e riprendere il piano di reclutamento di professori associati. In tale prospettiva, il d.d.l. n. 1518 rappresenterebbe un intervento di particolare gravità, che potrebbe avere conseguenze negative di lungo periodo, frammentando il sistema universitario del Paese, peggiorando la qualità della ricerca e il ruolo dell'università italiana. Sarebbe importante che il mondo dell'università, della ricerca, della scienza e della cultura prendesse una posizione critica verso un ritorno al passato di questo tipo e chieda al Parlamento e al Governo di modificare profondamente l'orientamento della riforma dei concorsi universitari[63].

A parere di chi scrive, non può ignorarsi che la carriera universitaria è, per sua natura, un ambito in cui domina il principio di concorrenza e, quindi, risultano, in qualche modo, recessivi i criteri-principi di certezza del diritto, di prevedibilità delle conseguenze giuridiche e di legittimo affidamento. I soggetti che vi aspirino dovrebbero essere consapevoli, *ex ante*, di dover meritare di salire in cattedra; e ciò comporta quantomeno un'alea consistente.

È logico che chi è interno al mondo accademico è avvantaggiato dal poter sfruttare i titoli, l'esperienza e le abilità conseguiti e dalla circostanza di essere inserito in una struttura universitaria sotto la guida dei docenti; ma non andrebbe favorito o preferito ad altri solo perché ha un rapporto personale e diretto con essi.

Quanti facciano ricerca all'esterno e raggiungano determinati ed elevati *standard* di qualità, quantità, continuità nella produzione scientifica, ancorché abbiano optato, preliminarmente o occasionalmente, per altre soluzioni lavorative al di fuori dei dipartimenti, vanno sempre posti in condizione di inserirsi, senza preclusioni di diritto e/o di fatto.

Diversamente, potrebbe essere vulnerata una serie di diritti, specie quelli tutelati o sottesi agli artt. 1, 2, 3, 4, 35, 36, 51 e 97, Cost., a che qualunque soggetto possa mirare a cambiare attività lavorativa e ottenere un lavoro ritenuto migliorativo e più congeniale alle proprie attitudini, capacità ed aspirazioni, e a che, al tempo stesso, le

[63]La Società italiana di economia ha già preso posizione con il documento: *Un ritorno al passato per l'Università. Le misure del governo sulle nuove figure per i giovani ricercatori e sul passaggio a concorsi universitari locali*, pubblicato in *Scienzainrete* il 28 maggio 2025. In precedenza, la Rete delle Società Scientifiche aveva elaborato il documento: *I rischi di ridimensionamento dell'università e della ricerca: una lettera delle società scientifiche!*, sottoscritto da oltre 130 Società Scientifiche e pubblicato in *Scienzainrete* il 10 ottobre 2024, che sottolineava: «È necessario che le nuove regole e le risorse per il reclutamento consentano di rinnovare il personale docente di ruolo e ridurre le condizioni di precariato. Sul piano della qualità della ricerca – un tema su cui si è molto insistito negli ultimi anni, anche con l'introduzione dall'Abilitazione scientifica nazionale (ASN) – ci sono preoccupanti segnali di ritorno indietro […]. È necessario che chi insegna all'università sia scelto attraverso adeguati meccanismi di verifica delle competenze. Ulteriori preoccupazioni sul piano della qualità della formazione superiore provengono dall'espansione delle università telematiche private».

ISSN 2036-7821

università eroghino servizi della maggiore qualità possibile in favore di studiosi e studenti (artt. 9, 33, 34 e 97, Cost.).
Del resto, come in altri ambiti, una sana competizione tra studiosi indurrebbe gli stessi a profondere un maggiore impegno[64] e arricchirebbe il loro patrimonio scientifico, innalzando la qualità dei contributi. Mentre, simili effetti sarebbero del tutto mortificati, a mio avviso, dal riconoscimento di aspettative fortemente tutelate, ovvero, peggio, da diritti quesiti, *sub specie*, diritti ad una "stabilizzazione"[65].
Certo, anche ai soggetti precari, se, in qualche modo, titolari di un contratto o di un rapporto a tempo definito (ricercatori a tempo determinato, dottori di ricerca, assegnisti di ricerca, contrattisti, ecc.), conseguito a seguito di un concorso o di una selezione *ex* art. 97, comma 4, Cost., e ove proficuamente attivi e produttivi, devono essere riconosciuti i relativi meriti e tutto quanto di loro spettanza, trattandosi di soggetti che svolgono una attività lavorativa che si innesta nelle previsioni di cui agli artt. 35 e 36 Cost.
Se ne potrebbe dedurre, quindi, che la situazione prospettata di concorsi con possibilità di riserve di posti, a determinate condizioni ed entro certi limiti, in favore degli interni possa essere un valido compromesso.
Un tema cruciale, ma differente, e a mio avviso serio, che la riforma porrebbe alla ribalta attiene alla disparità di trattamento tra chi tenta di accedere, tramite concorso locale, presso atenei con scarse risorse finanziarie, rispetto a chi effettua una simile prova presso quelli maggiormente premiati dai criteri di finanziamento. A riguardo, il d.d.l. n. 1518 contiene disposizioni che, quantomeno indirettamente, interessano tale profilo e di cui si tratterà nel paragrafo seguente.

5. I meccanismi a presidio del nuovo sistema

Il sistema di reclutamento illustrato, per poter funzionare efficacemente, dovrebbe implicare l'accentuazione rilevante dei meccanismi incentivanti/disincentivanti. Ciò, negli intenti del riformatore, avverrebbe, anche e soprattutto, con la previsione di un

[64] In relazione ai precari, osserva A. BELLAVISTA, *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la legge "Gelmini"*, *cit.*, p. 11, che «In realtà, l'esperienza insegna che qualunque lavoratore, senza un rapporto con un orizzonte temporale stabile, non è in grado di progettare il futuro né di dedicarsi compiutamente ai propri compiti. La catena di rapporti precari escogitata dal legislatore può produrre un effetto deleterio del genere: lo studioso dovrà dedicare parte considerevole del proprio tempo alla ricerca di una proroga o di un nuovo contratto».

[65] V., però, la *Carta europea dei ricercatori*, adottata con Raccomandazione della Commissione dell'11 marzo 2005, la quale prevede che «I datori di lavoro e/o i finanziatori dovrebbero garantire che le prestazioni dei ricercatori non risentano dell'instabilità dei contratti di lavoro e dovrebbero, pertanto, impegnarsi nella misura del possibile a migliorare la stabilità delle condizioni di lavoro dei ricercatori, attuando e rispettando le condizioni stabilite nella direttiva 1999/70/CE del Consiglio». In dottrina cfr. R. CALVANO, *Il reclutamento dei docenti*, *cit.*, p. 49 e pp. 66 s.

ISSN 2036-7821

riparto più razionale della quota premiale del fondo per il finanziamento ordinario (FFO)[66] e, in particolare, con l'aggiunta di un'ulteriore "voce".

Invero, le politiche di reclutamento incidono, da anni, sulla determinazione del finanziamento degli atenei, avendo un peso tra gli indicatori che concorrono a determinare il fondo di finanziamento ordinario delle università in misura non trascurabile, la valutazione della qualità delle pubblicazioni del personale reclutato o con progressione di carriera nel periodo di riferimento, oltre al peso, in termini di punti organico, del personale reclutato.

Il d.d.l. n. 1518 prevede, con modalità tutte da definire, una valutazione da espletarsi "dopo due anni dalla presa di servizio e con cadenza triennale per la durata del rapporto di lavoro, dei vincitori […] ai fini del computo delle assegnazioni del fondo per il finanziamento ordinario".

Nonostante il mezzo individuato, ossia l'incremento del FFO, sia molto pertinente ed, almeno astrattamente, efficace, resta difficile immaginare come tale prospettiva di valutazione – che finirebbe per riguardare tutti i professori neoassunti e che andrebbe ad aggiungersi alla valutazione della qualità della ricerca (VQR)[67] – possa scoraggiare, in maniera significativa, scelte che privilegino logiche localistiche, anziché la qualità della ricerca[68].

Il d.d.l. n. 1518 non interviene e non specifica l'entità e le modalità degli stanziamenti, ma prescrive valutazioni, effettive e periodiche, sulla qualità, sulla produttività e sullo svolgimento della didattica e sull'attività di ricerca dei docenti

[66]Cfr. G. COLOMBINI (a cura di), *Finanziamento, competizione ed* accountability *nel Governo dell'Università*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013.

[67]Sul tema cfr. E. GRAGNOLI, *La mancata valutazione della ricerca scientifica dei professori universitari*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2013, 2, pp. 129 ss.; G. GRASSO, *Ricerca (valutazione della)*, *cit.*, pp. 422 ss.; E. BALLETTI, *La classificazione delle riviste e le altre sedi editoriali in relazione alle procedure di abilitazione scientifica nazionale*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2016, 3-4, pp. 399 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Valutazione della ricerca, valutazione delle riviste e cooptazione universitaria*, in *Federalismi*, 2017, 4, pp. 1 ss.; G. VESPERINI, *L'Anvur nella "governance" del sistema universitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, 4, pp. 431 ss.; A. SANDULLI, *La classificazione delle riviste scientifiche e la revisione tra dispari*, *ivi*, pp. 436 ss.; G. COLOMBINI, *L'università e il cacciatore con il fucile spianato*, in *Diritto e società*, 2018, 1, pp. 71 ss.; E. FURIOSI, *La valutazione della qualità della ricerca (VQR) al vaglio del giudice amministrativo*, in *Il Foro amministrativo*, 2018, 6, pp. 1087 ss.; P. SERAFINO, *La valutazione dell'Assicurazione della qualità nell'università italiana. Dal processo di Bologna al sistema AVA*, in *Amministrativ@mente*, 2018, 1-2, pp. 3 ss.; ID., *L'Assicurazione della qualità nel sistema universitario italiano: risvolti applicativi*, *ivi*, 7-8, pp. 3 ss.; E. FURIOSI, *Il sistema reputazionale nelle Università: la Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR)*, *cit.*, pp. 463 ss.; B. RABAI, *C'era una volta il carattere libero ed indipendente del sapere accademico*, in *Nuove Autonomie*, 2020, 1, pp. 203 ss.; C. DE FIORES, *Per una critica della valutazione. Il sistema universitario tra autonomia finanziaria e retorica del merito*, in *Democrazia e diritto*, 2022, 3, pp. 13 ss.; E. ROSSI, *Prime considerazioni sulla procedura VQR 2015-2019 (con specifica attenzione ai settori IUS/08, Diritto costituzionale, e IUS/09, Istituzioni di Diritto pubblico)*, in *Osservatorio AIC*, 2022, 6, pp. 6 ss.

La questione della valutazione delle università investe anche la qualità della didattica. Sul punto, v. N. AVERSANO, M. LUCCHESE, F. DI CARLO, G. SANNINO, P. TARTAGLIA POLCINI, *La valutazione della didattica nelle università: un confronto tra il modello AVA e il "framework" del capitale intellettuale*, in *Azienda Pubblica*, 2019, 1, pp. 79 ss.

[68]In tale direzione, Società italiana di economia, *Un pericoloso ritorno al passato nei concorsi universitari*, *cit.*

ISSN 2036-7821

neo-reclutati, nulla prevedendo, di nuovo, in merito a quella dei docenti in servizio da diversi anni; di fatto, finora, più formale che sostanziale.
Sarebbe necessaria, a mio avviso, una previsione legislativa espressa circa l'entità, in punti percentuali e con oscillazioni contenute in un massimo ed un minimo, cioè in una sorta di "forbice", della quota premiale del FFO da destinare agli atenei che ottengano una valutazione[69] positiva in relazione alla qualità della produzione scientifica dei neoassunti o reinquadrati.
Al tempo stesso, senza stravolgere il sistema, bisognerebbe armonizzare e coordinare alcune norme, creando una "coerenza interna" tra le percentuali di ripartizione del FFO, allo stato attuale divise, principalmente, nella misura del 60% in relazione alla VQR e del 20% per le politiche di reclutamento (PR). In particolare, andrebbe

[69]Rileva A.F. URICCHIO, *cit.*, pp. 131 s., come «Non potendo l'autonomia essere confusa con l'autorefenzialità, essa diviene responsabile in quanto pronta a dare conto delle regole che le istituzioni si sono date, della loro applicazione e quindi delle modalità con le quali sono stati perseguite le finalità che la ispirano e la sorreggono. L'autonomia richiede una maggiore consapevolezza sia degli organi di governo in ordine al posizionamento della propria istituzione anche attraverso l'elaborazione di strategie autonome nel reperimento delle necessarie risorse finanziarie e nella valutazione dell'efficacia dei risultati, sia dell'intera comunità, sempre più coinvolta nella partecipazione alla vita accademica e nell'apprezzamento dei risultati delle attività, di ricerca, di didattica e di studio. Coerentemente, l'affermazione della responsabilità implica allo stesso tempo maggiore trasparenza delle scelte, sia esterna che interna, con migliore possibilità di acquisizione della conoscenza degli atti fondamentali dell'istituzione come bilanci, piani strategici, ecc. Evidente è, quindi, come la valutazione non può che essere di stimolo alla trasparenza e alla partecipazione, rendendo più piena e completa l'autonomia responsabile. La responsabilità richiede, pertanto, giudizio e capacità decisionale e soprattutto verifica di processi e risultati, con conseguenze premiali o meno a seconda che gli obiettivi definiti siano stati o meno raggiunti. In quanto garanzia di adeguatezza delle proprie attività a principi e obiettivi, l'autonomia responsabile aderisce e si collega alla valutazione. Depurato da apriorismi ideologici, il modello della autonomia universitaria responsabile, differenziata o omogenea, costituisce una straordinaria opportunità, promuovendo qualità e merito e con essa sviluppo culturale e scientifico del Paese. La valutazione, pertanto, non è né compressione né negazione dell'autonomia, atteggiandosi come espressione del principio di responsabilità che la connota e allo stesso tempo la valorizza. Non può essere quindi condivisa l'idea […] secondo cui la valutazione può limitare l'autonomia istituzionale, organizzativa e gestionale delle istituzioni valutate e finanche gli spazi all'autonomia scientifica, di ricerca e didattica. La valutazione, nel dare senso e valore all'autonomia, la promuove, liberando le nostre istituzioni dalla irresponsabilità e da un certo snobismo culturale che talvolta le ha accompagnate, consentendo quello scatto di orgoglio a cui l'Università è chiamata […]. La valutazione va, quindi, percepita come modello proteso a garantire la qualità ma anche come garanzia dell'autonomia. Se manca la valutazione, l'autonomia scema perché non se ne avverte più l'esigenza. Se l'autonomia perde di valore e di significato, magari anche per effetto di meccanismi burocratici poco comprensibili, la valutazione non viene più percepita come una opportunità ma sempre e soltanto come un limite, come un vincolo, come un adempimento opprimente. D'altronde, valutare non significa esercitare un controllo fiscale e censorio ma valorizzare, secondo la logica euristica, l'eccellenza e il merito e quindi i tratti identitari di ogni ente coinvolto, rendendoli visibili e riconoscibili. Fondamentale è quindi che la valutazione rinunci a presentarsi ed essere intesa come "potere" per divenire partecipata e condivisa, richiedendo approcci metodologici plurali, basati su meccanismi di consultazione diffusi. È la strada della valutazione partecipativa che appare in grado di migliorare la qualità delle attività e dei servizi pubblici, favorendo una conoscenza più completa dei bisogni. La stessa, peraltro, innesca processi di innovazione amministrativa e rafforza la fiducia nelle istituzioni e contrasta il deficit di legittimità e consenso, anche attraverso il miglioramento della trasparenza e l'apertura verso l'esterno dell'operato dell'amministrazione universitaria. Allora consolidare l'autonomia attraverso la valutazione è una esigenza e una prospettiva di lavoro essenziale e imprescindibile comune […]».

ISSN 2036-7821

incrementata l'attuale quota del 20% per le politiche di reclutamento, poiché nel suo campo di operatività rientra, evidentemente, la scelta dei soggetti da reclutare, l'accertata loro validità e le loro capacità; andrebbe ridotta, invece, correlativamente e proporzionalmente, quella del 60% dei docenti di ruolo da anni in relazione alla valutazione della qualità della relativa ricerca; quota che si rivela eccessiva e che, di fatto, comporta erogazioni pressoché "a pioggia".

Nel loro complesso, le prescrizioni contenute nel d.d.l. n. 1518 sono innovative rispetto al quadro vigente[70] e dovrebbero responsabilizzare, in modo significativo, gli atenei[71] nella gestione delle procedure di reclutamento[72].

La leva economico-finanziaria, nella fattispecie, ha finalità similari e ricalca quella che il legislatore ha perseguito nel pubblico impiego, mediante il decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 (decreto Brunetta), con la retribuzione di risultato e i premi

[70]Cfr. R. CALVANO, *Il reclutamento dei docenti*, *cit.*, pp. 50 s., secondo cui dalla pluralità di percorsi «la certezza del *cursus* accademico appare una chimera, e ne fa piuttosto un percorso accidentato, nel quale si presenta ripetutamente il rischio che il passaggio alla tappa successiva possa essere ritardato o non avvenire mai, oppure – di rado in verità – presentarsi immediato e agevole. Ciò potrà variare innanzitutto in base alle risorse a disposizione dell'ateneo per il reclutamento e le progressioni di carriera, e dei criteri con cui sono distribuite all'interno delle singole università. Tali criteri si sostanziano sovente in algoritmi al cui interno, tra i vari fattori considerati, assumono di regola un peso rilevante gli esiti della VQR del dipartimento, con un conseguente effetto di "pioggia sul bagnato", almeno dove non siano presenti fondi o meccanismi perequativi rispetto alle strutture che necessiterebbero di nuove risorse per migliorare la propria "performance", e rimanendo un margine ampio di discrezionalità nell'applicazione di tali meccanismi alla *governance* degli atenei. Tutti questi fattori appaiono insomma piuttosto slegati dal valore dell'attività svolta sia sul piano didattico che su quello della produzione scientifica da parte del singolo ricercatore/candidato, così come talvolta dall'urgenza di ricoprire un determinato settore scientifico disciplinare con il reclutamento di nuovi ricercatori».

[71]Osserva A.F. URICCHIO, *cit.*, p. 130, come «Particolare rilievo assume in materia l'articolo 1, comma 2, legge 240/2010, secondo il quale: "in attuazione delle disposizioni di cui all'art. 33 e al titolo V della parte II della Costituzione, ciascuna università opera ispirandosi a principi di autonomia e di responsabilità". Completa tale disciplina l'art. 5 che riconduce il principio di autonomia a quello di responsabilità, esprimendo una serie di vincoli al finanziamento pubblico delle istituzioni accademiche e più in generale alla spesa universitaria. D'altronde, gestione responsabile e sostenibilità dei bilanci universitari appaiono condizioni essenziali dell'autonomia costituzionalmente garantita e allo stesso tempo per una efficace trasferimento della conoscenza e per una ricerca di qualità. In questa prospettiva, fondamentale appare la collaborazione tra Ministero ed atenei, declinata su un chiaro riparto delle funzioni: il primo, tenuto a esprimere indirizzi e assegnando su base perequativa e del merito, i secondi, chiamati a garantire assicurare alla comunità nazionale e internazionale, didattica e ricerca di qualità, gestione efficiente delle risorse, contributo efficace allo sviluppo culturale, economico e tecnologico del Paese. Pur recando un complesso regolatorio articolato e puntuale, che sembra andare ben al di là della sola definizione dei principi generali (e che è stata in qualche modo apprezzata come espressione di una sorta di riaccentramento delle funzioni a vantaggio del Ministero), la legge 240, all'art. 1, secondo comma, applicando la logica della geometria variabile, stabilisce modalità di rafforzamento dell'autonomia, in attuazione delle disposizioni di cui all'articolo 33 della Costituzione […]».

[72]Cfr. R. CALVANO, *ult. cit.*, p. 47, la quale rilevava come «Dai numerosi episodi di cronaca circa abusi ed anche illeciti verificatisi […] la classe politica traeva argomento innanzitutto per legittimare scelte che oggi non appare eccessivo definire scellerate circa i tagli alle voci del bilancio dello Stato destinate a Università e Ricerca, e poi per intervenire nuovamente ed in modo organico sulla disciplina dell'università, dal punto di vista organizzativo, di bilancio e del reclutamento, ammantando i propri interventi con la retorica circa la necessità di limitare l'eccessivo "potere dei baroni"».

ISSN 2036-7821

per i dipendenti più capaci, efficienti, competenti e produttivi, seppur in contesti diversi e con applicazioni differenti. Nel caso di specie, però, i vantaggi/svantaggi sarebbero rivolti più alle università, indotte ad assumere realmente i migliori.
Infatti, l'ipotesi in commento riguarda l'introduzione di un sistema premiale per le università che assumono i docenti più talentuosi, ossia coloro i quali, nel periodo successivo all'assunzione, dimostrano, con i loro indicatori di produttività, con le loro pubblicazioni e con la loro attività complessiva, di aver contribuito al miglioramento della qualità delle attività dell'università che li ha reclutati. Solo indirettamente, i contributi e i finanziamenti costituirebbero un incentivo o premio per i singoli.
Se ne deduce che il parallelismo con la retribuzione di risultato o incentivante nel pubblico impiego – sebbene basato sullo stesso principio – è alquanto sfumato, poiché nel caso dei funzionari e dipendenti pubblici è l'ente di appartenenza che eroga gli emolumenti nei confronti dei singoli, sulla base delle proprie risorse disponibili.
Il sistema si pone, comunque, in linea con le recenti tendenze della p.a.
Sorge, però, un interrogativo.
È corretto che la valutazione della ricerca e della didattica dei vincitori la effettui la stessa università che li ha assunti o reinquadrati? Non vi sono soggetti più indicati ad effettuare, quantomeno, la valutazione della qualità della ricerca?
Forse, sarebbe opportuna una previsione legislativa che stabilisse la costituzione di un organismo interno, altamente qualificato, indipendente ed imparziale, presso ciascun ateneo, preposto alla valutazione dell'attività scientifica e didattica dei docenti e, soprattutto, dei neo assunti. Ciò, in linea e simmetria con quanto avviene nelle p.a. per il personale di categoria dirigenziale, la cui attività è valutata dall'Organismo Indipendente di Valutazione della *Performance* (OIVP).
Tale organismo, che dovrebbe avere una composizione idonea per poter valutare docenti di più ambiti disciplinari, potrebbe avvalersi, nel caso in cui fosse strettamente necessario, di specifiche consulenze esterne, oltre che dell'intelligenza artificiale per la raccolta di dati ed informazioni significativi e comprovati, reperibili da determinati canali, reti e circuiti *internet*, quali il numero di citazioni ottenute dal docente valutato, in che maniera quest'ultimo è citato dagli altri studiosi, lo spessore scientifico, ovvero la "caratura" delle opere in cui compare il riferimento bibliografico, nonché il "blasone" dello studioso e la rilevanza dello studio ove trovasi il rinvio bibliografico.
Il d.d.l. n. 1518 demanda ad un decreto del MUR la definizione delle linee-guida per la valutazione scientifica periodica dei vincitori dei concorsi locali.
Trattasi di una disposizione importante, perché una mancata indicazione generale dei criteri e delle modalità di valutazione potrebbe determinare diversificazioni

ISSN 2036-7821

territoriali ingiustificate e un'autonomia dei singoli atenei che è necessario non vi sia, in quanto le singole università potrebbero stabilire le regole di valutazione dei docenti, da esse stesse reclutati, condizionando, altresì, l'erogazione delle risorse.
Per come è formulato il d.d.l. n. 1518, poi, non è definito come la valutazione influenzerebbe la distribuzione dei fondi agli atenei. Inoltre, negativa, a mio giudizio, appare la mancata previsione di qualsiasi forma di "ridimensionamento" diretto, cioè mirato *ad hoc* a quei soggetti reclutati che si dimostrino, anche alla distanza, niente affatto all'altezza delle aspettative o che non si impegnino per nulla nella ricerca.
Sarebbe il caso che il legislatore si sforzasse di prevedere meccanismi, soprattutto di carattere economico, che comportino "penalità", come la riduzione di fondi, emolumenti o compensi destinati ai singoli docenti, membri interni e/o componenti delle commissioni valutatrici che abbiano assunto soggetti non all'altezza del ruolo di docenti.
Peraltro, un meccanismo simile potrebbe essere adottato nei confronti degli stessi reclutati, una volta incardinati o reinquadrati, ove si dimostrino poco validi.
Diversamente, la riduzione, ovvero la calibrazione del fondo di finanziamento ordinario, potrebbe andare a discapito dell'intera università e, quindi, anche di docenti di discipline scientifiche diverse da quelle del concorso espletato, a cui non è addebitabile alcunché.
In ogni caso, il sistema delineato risulterebbe complessivamente appesantito, anziché semplificato, dalla necessità di una vigilanza ed un controllo più pregnante, successivo e continuativo.

6. Conclusioni

Volendo trarre le conclusioni da quanto evidenziato e da quanto emerge dal testo del d.d.l. n. 1518, sembrano evidenti i buoni propositi del Governo, ma, al tempo stesso, traspare una visione poco realistica del sistema italiano.
Nel complesso, se presenta diverse crepe il sistema costruito sull'ASN, non impeccabile e probabilmente foriero di problematiche di non minore, o quantomeno non esigua, entità si preannuncia quello congegnato dal d.d.l. n. 1518.
Una contraddizione mi pare tangibile.
Il d.d.l. si prefigge l'obiettivo di migliorare la qualità della ricerca e della didattica universitarie, ma, volendo combattere le iniquità insite nel mondo accademico italiano relativamente al connesso oggetto del reclutamento dei docenti, presuppone, perché possa funzionare appieno, proprio una serietà, imparzialità ed integrità che, troppo spesso, difettano.
Dunque, per quanto apprezzabili gli sforzi di migliorare, semplificare e razionalizzare la materia, si profila l'ennesimo tentativo di introdurre una riforma che, per arginare le manovre di potere, legate alla circostanza che trattasi, nella

ISSN 2036-7821

fattispecie, di posti e carriere tra i più ambiti, si presta, anch'essa, ad essere aggirata o elusa.

Certo, l'assetto normativo su cui si basa la ASN non può restare inalterato e necessita di una riforma alquanto pervasiva.

La scelta più indovinata e che potrebbe fare la differenza in senso positivo, rispetto al sistema attuale e a quello precedente, appare la previsione dell'incremento del FFO per le università più virtuose sotto il profilo della scelta dei neo-reclutati. Ma la sua riuscita e la sua efficacia dipenderanno molto dalle misure attuative. Inoltre, si tratterebbe di una soluzione parziale, che investirebbe un limitato aspetto del sistema accademico, per quanto assai rilevante.

Dal punto di vista costituzionale, la disciplina che dovrebbe essere varata sembra attenuare, ma solo parzialmente, l'incidenza di una pluralità di fonti regolamentari statali in materia. Il che appare una soluzione più conforme al disposto degli artt. 33 (commi 1 e 6), 9 (comma 1) e 5 della Carta Fondamentale, rispetto a quella attualmente in essere.

Allo stesso tempo, è bene che la materia dei concorsi locali sia sottratta, nei suoi aspetti principali e più delicati, alle fonti autonome degli atenei; di conseguenza, è opportuno che sia regolata, per quanto è possibile, da fonti primarie statali.

A norma dell'art. 33, comma 6, Cost., le università "hanno diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato".

La Costituzione, con il combinato disposto dei commi 6 e 1 dell'art. 33, sembra fissare una riserva normativa in favore (in particolar modo) di statuti e regolamenti delle diverse università, di tipo parziale e flessibile[73]. Tale riserva riguarderebbe, segnatamente, gli apparati (amministrazione centrale, dipartimenti, organi di governo, ecc.) e le attività (ricerca, didattica, ecc.) degli atenei, nella parte non disciplinata dalla legge; sebbene ciò non escluda, come ha affermato la Corte costituzionale[74], la concorrenza di regolamenti statali per gli aspetti ad essi demandati dal legislatore nazionale. Ma, le discipline delle procedure di reclutamento e delle carriere del personale docente dovrebbero considerarsi e restare, per lo più, esterne rispetto alle fonti autonome delle singole università,

[73]Si tratta di un'autonomia che, come la Corte costituzionale ha avuto occasione di precisare nella sentenza del 14 maggio 1985, n. 145, «lo Stato può accordare in termini più o meno larghi, sulla base di un suo apprezzamento discrezionale», sempreché quest'ultimo «non sia irrazionale».

[74]Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 383 del 1998, *cit.*, la quale rileva che «Gli "ordinamenti autonomi" delle università, cui la legge, secondo l'art. 33 della Costituzione, deve fare da cornice, non possono considerarsi soltanto sotto l'aspetto organizzativo interno, manifestantesi in amministrazione e in normazione statutaria e regolamentare». Per il rapporto di «necessaria reciproca implicazione, l'organizzazione deve considerarsi anche sul suo lato funzionale esterno, coinvolgente i diritti e incidente su di essi. La necessità di leggi dello Stato, quali limiti dell'autonomia ordinamentale universitaria, vale pertanto sia per l'aspetto organizzativo, sia, a maggior ragione, per l'aspetto funzionale che coinvolge i diritti di accesso alle prestazioni». Cfr., pure, Corte costituzionale, sentenza del 9 novembre 1988, n. 1017.

ISSN 2036-7821

riconnettendosi a quanto stabilito dagli artt. 97 e 81 Cost. in linea con gli artt. 3, 117, comma 2, lett. m), e 120, comma 2, Cost.

Nel complesso, bisognerebbe eliminare, quindi, le lacune, le ambiguità e le irrazionalità illustrate in precedenza e approfondire la legittimità e/o l'opportunità delle previsioni che rimetterebbero ai singoli atenei la definizione di alcuni ulteriori aspetti dei concorsi locali, abbastanza rilevanti che necessiterebbero di una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale.

Sul fronte del contenzioso (ad ordinamento processuale inalterato), a mio avviso, non si determinerebbe un abbattimento del numero dei ricorsi, ma, al più, una loro riduzione.

Un elemento che fa propendere in tal senso è che, una volta escluso l'accentramento delle procedure di valutazione, le commissioni esaminatrici locali giudicherebbero, per ogni concorso, un numero sicuramente non esagerato di partecipanti. Ciò, sebbene bisognerà considerare attentamente come verrà concepito il sistema di caricamento dei requisiti, dei titoli e delle pubblicazioni; esso non deve lasciare spazio ad incertezze sulla congruenza di quanto dichiarato e autocertificato dai candidati a quanto richiesto dalla normativa.

Certamente, il numero dei candidati alle procedure resterà condizionato dalla grandezza degli atenei stessi e delle città ove hanno sede, dal loro prestigio, ecc. A quel punto, le commissioni giudicatrici dovrebbero avere a disposizione, tendenzialmente, più tempo per valutare i concorrenti, escludendo preliminarmente quelli non in possesso dei requisiti attestati o richiesti. Inoltre, avrebbero, presumibilmente, la possibilità di esprimere giudizi meno superficiali e più accurati e ponderati, soprattutto in punto di motivazione e sotto il profilo del rispetto di tutti i criteri di valutazione.

In ogni caso, l'unica certezza, ove la riforma si traducesse in legge, è che una parte cospicua di contenzioso transiterebbe dalla cognizione del solo T.A.R. Lazio, Roma, a quella dei T.A.R. delle varie Regioni in cui si svolgono le prove concorsuali. Ciò, invero, non lascia intravedere vantaggi rilevanti, se non un alleggerimento del grande carico di lavoro del T.A.R. Lazio, Roma, con una ripartizione più equilibrata del contenzioso tra tutti i T.A.R. italiani.

ISSN 2036-7821