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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)
Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

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

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2026

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

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

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 Martĩnez, 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.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

FASCICOLO N. 1/2026

SOMMARIO

1. **El VAR y la Inteligencia artificial en el arbitraje deportivo. Desafíos jurídicos de las decisiones automatizadas en el deporte.**
di José Luis Pérez Triviño……pag. 1
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

2. **L'ordinamento del *calcio* alla prova del codice della crisi e dell'insolvenza.**
di Francesco Fimmanò……...pag. 15

3. **Assistenza territoriale e sussidiarietà orizzontale.**
di Mario Rosario Spasiano……pag. 54

4. **Funzione amministrativa, governance e controlli: verso una logica della appropriatezza.**
di Loredana Giani ……..pag. 99

5. **Vulnerabilità istituzionale dei comuni e infiltrazioni criminali: evidenze dagli scioglimenti comunali in Italia.**
di Donato Ferrari e Maria Mazzuca……...pag. 124

ISSN 2036-7821

6. **Il nucleare sostenibile.**
di Francesco Rota e Bianca Nicla Romano……pag. 138

7. **La concorrenza dei livelli di governo nella disciplina giuridica dello spettacolo in Italia e in Germania.**
di Luigi Ferrara……pag. 169

8. **Appunti su autonomia contrattuale, rinegoziazione dei contratti pubblici, risultato.**
di Fiorenzo Liguori……pag. 185

9. **La sovranità digitale nell'ambiente urbano e nell'ambiente ambiente esteso.**
di Andrea Marco Colarusso……pag. 199
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

10. **Autonomia differenziata e ZES Unica: modelli di sviluppo compatibili o contrastanti?**
di Salvatore Villani……...pag. 219

11. **Scenari (relativamente) nuovi nel trattamento degli atti di disposizione 'abusiva' di beni d'uso civico: vincolo di destinazione, complementarizzazione dei principi, 'tipo normativo' di problema; implicazioni dell'accertamento in punto di responsabilità.**
di Paolo Cotza……...pag. 238

ISSN 2036-7821

12. **Sorte del contratto pubblico stipulato a valle in caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione e del bando di gara: è davvero possibile la "correzione" del contratto ad opera delle parti?**
di Gerardo Soricelli……..pag. 298

13. **Il processo in assenza delle parti: riflessioni sul contraddittorio dimidiato nel giudizio amministrativo e nel rapporto con l'art. 105 cpa.**
di augusto Di Cagno……pag. 313

14. **L'effettività dei Modelli Organizzativi al vaglio del caso Cosenza Calcio.**
di Alfonso Laudonia…….....pag. 341

15. **Diritto, diritti e libertà in un mondo tecnocratico.**
di Fabrizio Giulimondi……pag. 362

16. **Il credito tributario dei comuni tra indisponibilità e discrezionalità: una riflessione sulle nuove prassi amministrative.**
di Ludovico Castiglione……..pag. 376

17. **Giudice amministrativo e intelligenza artificiale tra legislazione, legittimazione e rapporto con il provvedimento algoritmico.**
di Edoardo Giovannelli……...pag. 388
(Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale")

18. **Alla ricerca dell'equilibrio perduto: il ruolo delle polizze assicurative nel sistema di responsabilità amministrativo-contabile tra divieti ed aperture.**
di Matteo Celsa……pag. 419

ISSN 2036-7821

19. Conoscenza e gestione del rischio.
di Alexander Di Donato……...pag. 438

20. La disciplina delle concessioni demaniali marittime nell'attuale contesto normativo e giurisprudenziale. Alcune riflessioni alla luce del nuovo "scontro" tra Commissione Europea e Governo Italiano.
di Giuseppe Laurieri……pag. 452

21. La tutela delle situazioni soggettive nei confronti delle attività amministrative che usufruiscono degli algoritmi informatici.
di Mario Paladino……pag. 497
(Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale")

SEGNALAZIONI

1. Recensione a G. Clemente di San Luca, G. Martini, M. Paladino, *Lezioni di giuridicità delle regole del calcio*, Napoli, 2024.
di Federico Orso……pag. 515

2. Riflessioni a margine del volume di G. Clemente di San Luca, G. Martini, M. Paladino, *Lezioni di giuridicità delle regole del calcio*, Esi Napoli, 2025.
di Mario Luigi Torsello……pag. 521

3. La Carta di Benevento……pag. 533

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

El VAR y la Inteligencia artificial en el arbitraje deportivo. Desafíos jurídicos de las decisiones automatizadas en el deporte

di José Luis Pérez Triviño

(Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona)

Sommario

1. Introducción; 2. La IA en el VAR; 3. La IA y la naturaleza de las decisiones; 4. Desafíos jurídicos diferenciados según la naturaleza de la decisión; 5. La IA en el arbitraje y la resolución de disputas: perspectiva comparada; 6. El estatuto probatorio del VAR y la inteligencia artificial en un modelo despublificado; 7. Propuestas normativas diferenciadas por nivel decisional; 8. Conclusiones.

Abstract

This article examines the legal challenges arising from the integration of artificial intelligence (AI) into sports officiating, with particular focus on the use of the Video Assistant Referee (VAR). Contrary to the prevailing literature, which tends to treat refereeing decisions as a homogeneous category, the article advances a fundamental conceptual distinction between technical decisions related to the rules of the game—embedded in the private lex sportiva and generally non-reviewable—and disciplinary decisions, which in jurisdictions such as Spain possess a public nature and are subject to the guarantees of administrative sanctioning law. Building on this distinction, the paper reassesses key issues such as liability for algorithmic errors, decision-making opacity, bias, and rights of appeal, demonstrating that their legal treatment must vary depending on the type of decision involved. It also explores the "grey zone" created by VAR-assisted mixed decisions, highlighting the phenomenon of algorithmic deference. Finally, the article proposes differentiated regulatory frameworks for technical and disciplinary decisions, taking into account developments in comparative law and the implications of the European Union's Artificial Intelligence Act.

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

1. Introducción.[1]

El arbitraje deportivo ha convivido históricamente con el error humano como un elemento inherente a la competición. La aparición de tecnologías de asistencia (Pérez Triviño, 2025) –el Video Assistant Referee (VAR) en fútbol, el Hawk-Eye en tenis, los sistemas de gol en línea, los sensores electrónicos en deportes de combate– prometía reducir ese margen de error y reforzar la objetividad de las decisiones. Sin embargo, la combinación del VAR y de la IA en los encuentros deportivos ha generado una literatura creciente centrada principalmente en tres ejes controvertidos: la precisión técnica de los sistemas (Pérez Triviño, 2023), los problemas de sesgo algorítmico y la falta de transparencia decisional –el llamado "problema de la caja negra"– (Burrell, 2016). La investigación empírica sobre el impacto del VAR en la toma de decisiones arbitrales muestra resultados mixtos: aunque mejora la corrección de errores obvios, puede –y de hecho– introduce nuevas distorsiones derivadas de la confianza excesiva del árbitro en la herramienta tecnológica (Spitz et al., 2021). En resumen, la irrupción de estas herramientas no ha eliminado la controversia sino que más bien la ha desplazado del plano técnico al plano jurídico.

El interés jurídico que presenta la aplicación de la IA al VAR es que contribuye significativamente a reducir todavía más el juicio del árbitro –sustituido por la herramienta tecnológica– y, por otro lado, dado su funcionamiento, puede ser de difícil explicación e impugnación, disminuyendo consecuentemente los derechos de los deportistas afectados por las decisiones basadas en la confianza en la IA. En efecto, el debate académico sobre IA y arbitraje deportivo ha tendido a tratar como un todo homogéneo las distintas decisiones que un árbitro puede emitir en el ejercicio de sus funciones. Esta homogeneización encubre una distinción jurídica fundamental: no todas las decisiones arbitrales tienen la misma naturaleza, y, en consecuencia, no todas están sometidas al mismo régimen de control, responsabilidad e impugnación. Así, cabe distinguir entre las decisiones sobre las reglas técnicas del juego y las de carácter disciplinario. El VAR actúa precisamente a ambos lados de esa frontera. Su intervención puede afectar simultáneamente a la regla técnica (¿fue gol?) y a la consecuencia disciplinaria (¿hay expulsión?), lo que convierte a esta tecnología en un objeto jurídico especialmente complejo. El enjuiciamiento sobre las reglas de juego –si el balón cruzó la línea de gol o si existe fuera de juego– pertenecen al ámbito de la *lex sportiva*, el ordenamiento privado transnacional de las organizaciones deportivas internacionales, y son estructuralmente irrevisables por los tribunales ordinarios. Las segundas –expulsiones, sanciones económicas, descalificaciones– tienen un potencial de revisión, pero en cambio una naturaleza particular que justifica un nivel de garantías

[1] Esta investigación fue financiada por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España (Proyecto de investigación "LA GOBERNANZA EN EL MARCO DEL MODELO EUROPEO DEL DEPORTE: DESAFIOS, AMENAZAS Y PROPUESTAS. Ref. PID2024-161171NB-I00).

superior, las cuales pueden verse afectadas por el carácter "infalible" pero opaco de la IA.

Esta dimensión jurídica de estas tecnologías ha recibido un tratamiento comparativamente superficial. La mayor parte de los estudios identifican los problemas de responsabilidad y de impugnación sin reparar en que el marco jurídico aplicable depende esencialmente de la naturaleza de la decisión impugnada. Esta omisión es particularmente significativa en los sistemas legales donde la autoridad disciplinaria deportiva ha sido de naturaleza pública, como es el caso de España, donde la Ley 10/1990, del Deporte, ha regido hasta 2022, pero cuyo régimen sancionador y disciplinario continua rigiendo hasta que el nuevo sistema de solución extrajudicial de conflictos desarrolle reglamentariamente la Ley 39/2022, del deporte.

Este artículo propone repensar los desafíos jurídicos de la IA en el arbitraje deportivo desde esa distinción estructural, con el fin de formular propuestas normativas más precisas y operativas. Así en primer lugar (II) se expondrá la irrupción de la IA en el VAR. A continuación, (III) la distinción entre distintas decisiones (técnicas y disciplinarias) que puede adoptar un árbitro en el transcurso de un encuentro deportivo. En tercer lugar (IV), una vez establecida esta distinción, se expondrán los desafíos jurídicos que plantea la IA en el arbitraje deportivo. A continuación, (V) se llevará un análisis comparado de la IA en el arbitraje y la resolución de disputas. En el apartado VI se abordará el estatuto probatorio del VAR y la inteligencia artificial en un modelo despublificado de la potestad disciplinaria, para finalizar (VII) con una serie de propuestas normativas.

2. La IA en el VAR

El fútbol ha sido pionero en integrar tecnología en la tarea arbitral al introducir el videoarbitraje (VAR) desde 2018. Más recientemente ha incorporado la IA para optimizar decisiones específicas. Un caso emblemático es la tecnología semiautomatizada de fuera de juego (denominada Semi-Automated Fuera de juego Technology o SAOT). Este sistema combina cámaras de seguimiento óptico y algoritmos de IA para detectar automáticamente posiciones adelantadas milimétricas. La FIFA estrenó la SAOT en la Copa Mundial de 2022 en Catar, instalando 12 cámaras especializadas bajo el techo del estadio que rastrean 29 puntos corporales por jugador a razón de 50 veces por segundo, junto con un sensor dentro del balón que da cuenta de su ubicación 500 veces por segundo. Mediante la fusión de los datos de posición de extremidades y el balón, la IA identifica al instante si un atacante estaba en posición ilegal en el momento justo del pase, enviando una alerta al equipo VAR. Los árbitros de vídeo (sala VOR) luego verifican manualmente la selección automática del "kick point" (instante del pase) y la línea de fuera de juego generada, antes de comunicar la decisión al árbitro central. Este proceso se completa en cuestión de segundos, significativamente más rápido que la revisión VAR

tradicional, mejorando tanto la velocidad como la precisión de las decisiones por fuera de juego. La tecnología se probó con éxito en torneos previos (Copa Árabe 2021, Mundial de Clubes 2021) y fue validada científicamente por el MIT Sports Lab y la ETH Zurich (FIFA, 2022, p. 2).

El impacto fue inmediato: durante el Mundial 2022, se pudo observar decisiones arbitrales asistidas por IA, mostrando las posibilidades de esta tecnología a gran escala. Tras el Mundial, la UEFA introdujo la SAOT en la Liga de Campeones desde la fase de grupos de la temporada 2022-23. Ligas domésticas de primer nivel también comenzaron a adoptarla. La Serie A italiana fue la primera liga europea en hacerlo a partir de enero de 2023, motivada, quizás, por las dudas de error arbitral a inicios de esa temporada en el que un gol válido de la Juventus fue anulado por un fuera de juego probablemente inexistente. De forma similar, la liga mexicana (Liga MX) incorporó la SAOT a principios de 2023. La Premier League inglesa anunció oficialmente la introducción de la SAOT para la temporada 2024-25, tras más de un año de pruebas tecnológicas. No obstante, los directivos de la Premier aclararon que no estaría lista al inicio de la temporada debido a pruebas adicionales para garantizar su fiabilidad, previendo su activación tras alguna de las pausas internacionales de otoño 2024 (Johnson, 2023).

Los beneficios esperados de la SAOT en el fútbol son reducir drásticamente los retrasos y la subjetividad en las decisiones de fuera de juego, una de las jugadas más sensibles en el fútbol y que despierta más dudas acerca de su correcta aplicación. Al automatizar el proceso de dibujo de líneas y detección de posiciones ilegales, se estima que las revisiones por fuera de juego serán en promedio 30 segundos más rápidas que con el VAR convencional. Además, al eliminar la necesidad de que el árbitro de vídeo trace manualmente las líneas, se busca mayor consistencia y objetividad en estas determinaciones. La esperanza de la Premier League estriba en que la adopción de SAOT aumentará la confianza del público en las decisiones arbitrales, al reducir errores humanos y ofrecer visualizaciones claras de los lances dudosos.

A pesar de estas ventajas, la implementación de IA en el arbitraje futbolístico no ha estado exenta de desafíos iniciales. Por ejemplo, se señaló que la SAOT, si bien detecta posiciones, no puede juzgar por sí sola aspectos reglamentarios complejos, como si un jugador en fuera de juego está interfiriendo en el juego o si una jugada se reinició. Por ello, se recalca el carácter "semi-automatizado": la decisión final sigue en manos humanas, con el VAR confirmando que el atacante participó activamente en la jugada antes de sancionar la infracción. Asimismo, se han dado casos de errores de comunicación no ligados a la tecnología en sí; un ejemplo notorio fue un gol mal anulado al Liverpool en octubre de 2023, donde una confusión en la cabina VAR llevó a no corregir un fuera de juego inexistente, demostrando que incluso con sistemas avanzados, la intervención humana sigue siendo crítica y puede fallar. Con

todo, la tendencia es clara: la IA se está consolidando como aliada del árbitro en el fútbol de élite, con organismos como FIFA y UEFA impulsando su expansión para fortalecer la equidad competitiva y la credibilidad del arbitraje. Ahora bien, dado su carácter "semi-automático" la intervención arbitral se reduce dado que delega *fácticamente* en el dispositivo tecnológico la decisión final.

3. La IA y la naturaleza de las decisiones

La comprensión de los desafíos jurídicos que plantea la IA en el arbitraje deportivo hace indispensable distinguir los tipos de decisiones que el árbitro puede adoptar y el régimen jurídico que corresponde a cada una de ellas (Rodríguez Ten, 2018, p. 52). Esta distinción es el eje sobre el que debe articularse cualquier análisis riguroso de la responsabilidad por errores algorítmicos.

3.1. Las decisiones técnicas sobre las reglas de juego

Las decisiones técnicas del árbitro son aquellas que aplican directamente las reglas del juego para determinar el resultado de una jugada: si el balón cruzó completamente la línea de gol o si un jugador estaba en posición de fuera de juego. Estas decisiones están reguladas por normas privadas de alcance internacional —por ej.- las *Laws of the Game* de la IFAB en fútbol, los reglamentos de la ITF en tenis— y son, por su propia naturaleza, irrevisables –en términos generales– ante los órganos administrativos o judiciales ordinarios. (IFAB, 2023/24)

La exclusión del control jurisdiccional sobre las decisiones técnicas arbitrales no se encuentra formulada en términos explícitos en una única sentencia de referencia del Tribunal Supremo, pero constituye una consecuencia ampliamente aceptada en la doctrina (Gamero Casado, 2003; Rodríguez Ten, 2018; Lanzadera, 2021) y en la práctica jurídica derivada de la autonomía del ordenamiento deportivo. La distinción entre decisiones técnicas de juego y decisiones disciplinarias ha sido desarrollada por la doctrina científica y asumida implícitamente por la jurisprudencia, en la medida en que únicamente estas últimas han sido consideradas susceptibles de control administrativo y jurisdiccional.

En el ámbito internacional, esta distinción ha sido formulada con mayor claridad por el Tribunal Arbitral del Deporte (CAS), que ha afirmado de manera constante que las denominadas *field of play decisions* no son revisables, salvo en supuestos excepcionales de mala fe, arbitrariedad o infracción de reglas fundamentales. Esta solución responde a una exigencia funcional del sistema competitivo, en la medida en que la revisión generalizada de tales decisiones comprometería la estabilidad del resultado deportivo.

Esta exclusión no constituye una anomalía jurídica, sino una exigencia funcional del sistema competitivo: permitir la revisión generalizada de las decisiones técnicas comprometería la estabilidad del resultado deportivo y haría inviable la finalización

de las competiciones en condiciones de seguridad jurídica.
Cuando la IA actúa en este plano –el sistema de gol en línea indica que el balón cruzó la línea de gol; el VAR semiautomático calcula que existe fuera de juego por milímetros; el Hawk-Eye determina que la pelota botó fuera– la decisión resultante pertenece al ámbito de la *lex sportiva* privada. Ningún club ni deportista puede recurrir esa decisión ante los comités de competición federativos ni ante la jurisdicción contencioso-administrativa arguyendo que el algoritmo se equivocó. El problema de responsabilidad en este nivel, por tanto, no es de Derecho Administrativo: es un problema de gobierno privado de la competición deportiva que debe resolverse en el seno de los organismos deportivos nacionales e internacionales (IFAB, FIFA, ITF, COI).

3.2. Las decisiones disciplinarias: naturaleza pública y garantías

La situación cambia radicalmente cuando la decisión del árbitro —apoyada o no en tecnología— produce consecuencias disciplinarias: una expulsión, una sanción económica, la exclusión de una competición. En estos casos, el ordenamiento jurídico de numerosos Estados, y en particular el español, ha atribuido históricamente a la decisión una naturaleza pública. Las federaciones deportivas ejercen la potestad disciplinaria en calidad de entidades privadas titulares de funciones públicas delegadas por la Administración, conforme a la doctrina sentada por la Ley 10/1990 del Deporte y desarrollada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Administrativo del Deporte (Gamero Casado, 2003; Rodríguez Ten, 2018; Landaberea, 2021).
Esta naturaleza pública de la disciplina deportiva tiene consecuencias sustanciales. El procedimiento disciplinario se encuentra sometido a los principios del Derecho Administrativo sancionador —legalidad, tipicidad, proporcionalidad, presunción de inocencia y derecho de defensa—, que incluyen el acceso a los elementos probatorios en que se funda la sanción. Cuando dicha sanción se apoya en imágenes de VAR o en datos procedentes de sistemas tecnológicos, el derecho de defensa exige que el expedientado pueda conocer, contrastar e impugnar esos elementos en la medida necesaria para garantizar una contradicción efectiva. En este contexto, la opacidad algorítmica —el denominado problema de la "caja negra" (Burrell, 2016; Goodman & Flaxman, 2017)— deja de ser una cuestión meramente teórica para adquirir relevancia constitucional, pudiendo dar lugar a una vulneración del artículo 24 de la Constitución española cuando impida el ejercicio pleno del derecho de defensa y genere una situación de indefensión material.

3.3. La zona gris: decisiones mixtas asistidas por VAR

El VAR opera en una posición estructuralmente ambigua porque sus cuatro áreas de intervención —validación de goles, penaltis, expulsiones directas y confusión de identidad— combinan decisiones de ambas categorías. La validación del gol es una

decisión técnica; la expulsión derivada de esa misma jugada es una decisión disciplinaria. Esta superposición hace que un único episodio de intervención del VAR pueda generar simultáneamente efectos en el plano técnico-irrevisable y en el plano disciplinario-revisable, siendo posible la intervención del VAR únicamente ante «error claro, obvio y manifiesto» o «incidente grave inadvertido» (Reglamento VAR, IFAB/FIFA, 2023, arts. 3-5)

Conviene añadir que el VAR no toma decisiones en sentido jurídico estricto: asiste al árbitro, que formalmente mantiene la decisión final (IFAB, Protocolo VAR, 2023, art. 7). Sin embargo, en la práctica —especialmente con el sistema semiautomático de fuera de juego, que genera gráficos tridimensionales cuya conclusión el árbitro apenas puede cuestionar— la decisión humana se vuelve nominal. Se produce lo que podría denominarse deferencia algorítmica: el árbitro rubrica una decisión que ha tomado en sustancia el sistema tecnológico. Esto produce una ficción de la supervisión humana, la cual tiene consecuencias jurídicas relevantes que los reglamentos actuales no han resuelto. (Spitz et al., 2021, pp. 147-153)

Llegados a este punto es conveniente señalar que ni el VAR ni la IA han llegado hasta el momento a ser utilizados para determinar la comisión de un infracción que dé origen a una sanción disciplinaria. No obstante, técnicamente es ya posible. En la actualidad se están desarrollando aplicaciones de IA para analizar y detectar faltas personales en baloncesto. Investigaciones recientes han logrado entrenar algoritmos que identifican contactos ilegales y clasifican tipos de falta a partir de vídeo de partidos de alto nivel. Un estudio de 2025 aplicó *machine learning* a partidos de la selección de China contra otros equipos internacionales, encontrando patrones diferenciados de cuándo y cómo se cometen las faltas (Dongxu Du, et al., 2024). El sistema de IA analizó cuadro a cuadro los movimientos de jugadores, puntos de contacto y dinámica espacial, captando incluso contactos leves que pueden escapar al ojo humano. Esto aportó estadísticas sobre subcategorías de faltas (por ejemplo, uso ilegal de manos vs. colisiones) y diferencias de comportamiento defensivo entre equipos. Si bien por ahora estos desarrollos están en fase de investigación, sus implicaciones son importantes: en el futuro podrían asistir a los árbitros en tiempo real señalando posibles faltas pasadas por alto, o más factible, servir de herramienta de *feedback* y capacitación. No es desdeñable que en poco tiempo estos dispositivos pueda utilizarse también en el fútbol. Es sobre esta posibilidad que se analizará la factibilidad del uso de la IA con el VAR para determinar la sanción de reglas disciplinarias.

4. Desafíos jurídicos diferenciados según la naturaleza de la decisión

Una vez establecida la distinción entre decisiones técnicas y disciplinarias, los desafíos jurídicos que plantea la IA en el arbitraje deportivo deben ser reexaminados separadamente para cada ámbito de actuación. A continuación se analizan los cuatro

problemas centrales —responsabilidad, transparencia, sesgo y derecho de impugnación— desde esa perspectiva diferenciada.

4.1. Responsabilidad por errores del sistema: un régimen tripartito

En el plano técnico, el error algorítmico que afecta a la regla de juego no genera responsabilidad jurídica en sentido administrativo porque la decisión pertenece al ámbito privado de la *lex sportiva*. La reclamación, si procede, deberá plantearse ante los propios órganos de la federación nacional o internacional conforme a sus protocolos internos, o ante el TAS/CAS cuando exista cláusula de sumisión. La posibilidad de obtener reparación por esta vía es, en la práctica, extremadamente limitada: ni el TAS ni las federaciones reconocen habitualmente reclamaciones fundadas en errores técnicos por parte del árbitro.

En el plano disciplinario, la situación es diferente. La sanción impuesta en ejercicio de potestad pública delegada puede ser recurrida ante el Tribunal Administrativo del Deporte (TAD) y, en última instancia, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Si la sanción se fundó en datos tecnológicos incorrectos, el vicio puede afectar a la motivación del acto administrativo y determinar su anulación.

Existe además un tercer nivel, todavía abierto en la doctrina: la eventual responsabilidad patrimonial por daños causados por el error del sistema tecnológico utilizado. Si el error del VAR produce, por ejemplo, la inhabilitación errónea de un jugador de una competición con consecuencias económicas demostrables, la responsabilidad de la federación podría estar comprometida.

4.2. Transparencia y explicabilidad: distintas exigencias según el nivel

En el plano técnico, la exigencia de transparencia es una demanda de gobernanza: las federaciones tienen razones de legitimidad deportiva para hacer inteligibles sus sistemas de videoarbitraje, pero no están sometidas a una obligación jurídica de explicación en sentido administrativo. (Burrell, 2016)

En el plano disciplinario, la exigencia de transparencia es una obligación jurídica que debería respetarse plenamente. Recuérdese que el artículo 22 del RGDP establece "el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en tratamiento automatizado que produzca efectos jurídicos o significativamente similares". El derecho a conocer los fundamentos de la sanción implica que el expedientado debe tener acceso a los datos tecnológicos que fundamentan la decisión sancionadora. El Reglamento Europeo de IA (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2024) refuerza esta exigencia al establecer, para los sistemas de IA de alto riesgo, obligaciones de documentación, trazabilidad y explicabilidad que serían aplicables si los sistemas de videoarbitraje se califican como tales.

4.3. Sesgo algorítmico y principio de igualdad

ISSN 2036-7821

El sesgo en los sistemas de IA deportiva –documentado en estudios sobre detección de faltas en la NBA (Buolamwini & Gebru, 2018; Veale et al., 2018) y en la disparidad de resultados de los sensores de taekwondo en razón de género (International Olympic Committee, 2021)– tiene también un tratamiento jurídico diferente según el nivel en que opera.

En el plano de las decisiones técnicas sobre el juego, el sesgo algorítmico es principalmente una cuestión ética y de gobernanza deportiva. En el nivel disciplinario, puede convertirse en una vulneración del principio de igualdad con relevancia constitucional y, eventualmente, en un motivo de nulidad de la sanción si el sesgo produce un tratamiento diferenciado en el ejercicio de la potestad sancionadora. La corrección de este sesgo no puede limitarse a la diversificación de los conjunto de datos (*datasets*) sobre los que entrenar a la IA–medida necesaria pero insuficiente–; requiere auditorías algorítmicas periódicas e independientes y mecanismos de control continuo de los resultados.

4.4. Derecho de impugnación: asimetría entre ámbitos

La asimetría entre ambos niveles es quizá el rasgo más característico del régimen jurídico de las decisiones automatizadas en el deporte. Las decisiones técnicas son, por definición, no impugnables ante instancias externas al sistema privado deportivo. Las decisiones disciplinarias, por el contrario, son plenamente recurribles, y la asistencia tecnológica en su adopción no debilita ese derecho. Es más, el uso de datos algorítmicos como prueba en un procedimiento sancionador exige un estándar más riguroso de acceso y contradicción. Como señalan Cobbe et alii, una decisión automatizada solo puede considerarse jurídicamente aceptable si cumple una serie de condiciones básicas vinculadas al debido proceso. En primer lugar, debe poder ser comprendida en términos relevantes para el Derecho, esto es, no necesariamente en su lógica técnica interna, sino en las razones que permiten evaluarla jurídicamente. En segundo lugar, debe poder ser cuestionada por los sujetos afectados, quienes han de disponer de medios efectivos para impugnarla y oponerse a sus fundamentos. Finalmente, ha de ser susceptible de revisión por una autoridad independiente, capaz de ejercer un control externo que garantice la corrección y legitimidad de la decisión adoptada.(Cobbe, 2021)

5. La IA en el arbitraje y la resolución de disputas: perspectiva comparada

La regulación del uso de la inteligencia artificial permite identificar en el derecho comparado dos grandes modelos normativos de referencia, de especial interés para su eventual proyección en el ámbito deportivo, en su vertiente de resolución de conflictos.

Un primer modelo –presente, con importantes matices, en jurisdicciones como Estados Unidos, China o Canadá– admite la utilización de sistemas algorítmicos con

una incidencia relevante en el proceso decisorio, en ocasiones condicionando de manera significativa el contenido de la resolución, aunque formalmente bajo supervisión humana (Berk, 2017; Veale & Borgesius, 2021). Ejemplos paradigmáticos de este enfoque son el empleo de herramientas de evaluación del riesgo como COMPAS en el sistema penal estadounidense –cuyo uso ha suscitado importantes debates sobre sesgos y debido proceso– o los tribunales de internet en China, caracterizados por un alto grado de digitalización y automatización procedimental (Stern, 2018).

Frente a ello, un segundo modelo –característico de ordenamientos como el alemán o el francés, y reforzado en el ámbito europeo por el Reglamento de Inteligencia Artificial– establece una clara reserva de la función decisoria en favor del ser humano, relegando la inteligencia artificial a funciones instrumentales de apoyo, análisis o recomendación (European Commission, 2021). En estos sistemas, además, se imponen límites normativos explícitos al uso de algoritmos, especialmente cuando puedan afectar a derechos fundamentales, prohibiéndose que la decisión final sea adoptada de manera autónoma por sistemas automatizados y exigiéndose garantías de transparencia, control y explicabilidad (Veale & Borgesius, 2021).

Trasladada esta dicotomía al arbitraje deportivo, resulta que los sistemas de videoarbitraje actuales presentan una dualidad que los hace difícilmente clasificables en uno u otro modelo. En el nivel de la revisión de faltas técnicas, la IA es prácticamente decisor casi decisivo (el sistema semiautomático de fuera de juego); en el nivel disciplinario, debería aplicarse el modelo de supervisión humana reforzada. La regulación de la Unión Europea en materia de IA –el AI Act– ofrece un marco potencialmente aplicable al segundo nivel, al exigir para los sistemas de alto riesgo documentación, explicabilidad y supervisión humana efectiva.

6. El estatuto probatorio del VAR y la inteligencia artificial en un modelo despublificado

La previsión contenida en la Ley 39/2022 del Deporte, en virtud de la cual las decisiones disciplinarias deportivas tenderán a someterse a mecanismos arbitrales o a la jurisdicción civil, plantea un cambio estructural en el estatuto jurídico de la prueba tecnológica en el deporte. Este cambio no afecta a la naturaleza técnica de los sistemas de inteligencia artificial utilizados en el arbitraje —como el VAR—, pero sí altera de forma sustancial las condiciones jurídicas bajo las cuales sus resultados pueden ser utilizados como fundamento de decisiones sancionadoras.

En el modelo clásico, construido sobre la base de la Ley 10/1990, la utilización de datos procedentes de sistemas tecnológicos en procedimientos disciplinarios se encontraba sometida a las exigencias propias del Derecho Administrativo sancionador. Ello implicaba, en particular, la necesidad de garantizar el acceso a la prueba, su contradicción efectiva y una motivación suficiente de la decisión, en línea

con las exigencias derivadas del artículo 24 de la Constitución española. En este contexto, la opacidad algorítmica constituiría un problema jurídico relevante, en la medida en que puede comprometer el derecho de defensa del expedientado (Cotino, 2022).

Sin embargo, en un modelo despublificado, en el que las sanciones disciplinarias se articulan a través de mecanismos arbitrales o de la jurisdicción civil, el estatuto probatorio de la inteligencia artificial se transforma significativamente. En estos ámbitos, rige el principio de libertad probatoria y un estándar de valoración basado en la convicción del órgano decisor, lo que reduce las exigencias formales de acceso, explicabilidad y contradicción de la prueba tecnológica.

En particular, los resultados algorítmicos del sistema VAR –imágenes, reconstrucciones tridimensionales o decisiones automatizadas de fuera de juego– puede operar como un elemento suficiente de convicción sin necesidad de una completa explicación sobre su funcionamiento interno. La "caja negra" algorítmica, que en el ámbito administrativo puede comprometer la validez de la decisión, se convierte aquí en un factor que afecta únicamente al peso probatorio del dato, pero no necesariamente a su admisibilidad. Como señalan Goodman & Flaxman (2017) ni siquiera el General Data Protection Regulation (Reglamento (UE) 2016/679) aunque consagra el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado –aspecto que *formalmente* no sucede con el VAR ni con el SAOT–, no reconoce de manera expresa un derecho robusto que obligue a revelar el funcionamiento interno de los algoritmos, sino más bien una obligación de proporcionar "información significativa sobre la lógica aplicada", cuyo contenido es más limitado y abierto a interpretación.

Asimismo, el acceso a la información técnica y la posibilidad de impugnación dependen en gran medida de las reglas procedimentales establecidas por las organizaciones deportivas o por los convenios arbitrales aplicables. En ausencia de una obligación legal de transparencia reforzada, el expedientado puede ver limitada su capacidad para cuestionar la fiabilidad del sistema, especialmente cuando este es desarrollado por proveedores privados y protegido por secretos comerciales.

Este desplazamiento del régimen probatorio tiene consecuencias relevantes. Por un lado, reduce la intensidad del control jurídico sobre los sistemas de inteligencia artificial utilizados en el arbitraje deportivo, trasladando el foco desde la legalidad hacia la gobernanza y la autorregulación. Por otro, introduce un riesgo potencial de asimetría informativa entre las organizaciones deportivas y los participantes, que puede afectar a la equidad del procedimiento.

En este contexto, la inteligencia artificial deja de ser, principalmente, un problema de garantías jurídicas –como lo era en el modelo administrativo– para convertirse en un problema de diseño institucional. La cuestión central ya no es si el algoritmo puede ser plenamente explicado y contradicho, sino si el sistema en su conjunto ofrece

suficientes garantías de fiabilidad, independencia y control.

De este modo, puede afirmarse que la transición hacia un modelo despublificado no elimina los problemas jurídicos asociados al uso de la inteligencia artificial en el deporte, pero sí los reconfigura profundamente, reduciendo su posibilidad de control. En particular, transforma el estatuto probatorio del VAR: de ser una prueba sometida a exigencias estrictas de transparencia y contradicción, pasa a ser un elemento de convicción cuyo valor depende, en gran medida, de las reglas del juego institucional en el que se inserta. Y es aquí donde reside la voluntad y responsabilidad de las organizaciones deportivas y las federaciones que implementan el VAR y la IA respecto de la confiabilidad y carácter impugnable de las decisiones adoptadas con esa tecnología.

7. Propuestas normativas diferenciadas por nivel decisional

Las propuestas de regulación de la IA en el arbitraje deportivo deben articularse necesariamente en torno a la distinción expuesta. Una regulación indiferenciada correría el riesgo de imponer exigencias de transparencia o impugnabilidad en el nivel técnico —que colisionarían con la *lex sportiva* y resultarían inaplicables— o de no garantizar suficientemente el derecho de defensa en el nivel disciplinario.

7.1. Regulación del nivel técnico: reforma de la lex sportiva

En el plano de las decisiones técnicas de juego, el instrumento normativo pertinente no es el derecho administrativo nacional ni la legislación de la Unión Europea: es la reforma de los reglamentos privados de las organizaciones deportivas internacionales. Las siguientes medidas se proponen como contenido mínimo de esa reforma.

Primera. Establecer estándares mínimos de precisión y de margen de error para los sistemas tecnológicos de apoyo al arbitraje, con obligación de publicación periódica de los resultados de validación.

Segunda. Establecer protocolos claros sobre los supuestos en que el árbitro puede apartarse de la recomendación tecnológica, evitando la deferencia algorítmica irreflexiva. (IFAB, Protocolo VAR, 2023, art. 7)

Tercera. Crear, en el seno de la IFAB y las federaciones internacionales, un procedimiento de revisión interno para los casos en que el error tecnológico sea manifiesto y haya alterado decisivamente el resultado de la competición.

Cuarta. Someter el diseño, la implantación y la actualización de los sistemas de videoarbitraje a auditorías técnicas independientes, cuyos informes deben ser accesibles para los clubes y federaciones nacionales.

7.2. Regulación del nivel disciplinario: garantías del Derecho Administrativo sancionador

En el plano de las decisiones disciplinarias asistidas por IA, las propuestas deben orientarse a garantizar que el uso de datos algorítmicos como prueba no merme el derecho de defensa del expedientado. Ello exige las siguientes medidas.

Primera. Obligación de documentación técnica.

Toda sanción disciplinaria basada en datos de sistemas de IA debe incorporar al expediente una documentación mínima que explique qué sistema se utilizó, qué datos generó y cómo se interpretaron. (Reglamento IA UE, 2024/1689)

Segunda. Derecho de acceso e informe contrario.

El expedientado debe tener derecho a acceder a los datos tecnológicos que fundamentan la sanción y a proponer un informe técnico independiente sobre su fiabilidad y corrección.

Tercera. Estándar probatorio reforzado.

Cuando la decisión sancionadora se apoya exclusiva o principalmente en un dato algorítmico, el órgano disciplinario debe aplicar un estándar de valoración de la prueba especialmente exigente, con reflejo explícito en la motivación contando para ello, con el apoyo de expertos en las tecnologías aplicadas.

Cuarta. Supervisión del TAD

El TAD debería elaborar criterios específicos para la revisión de sanciones disciplinarias asistidas por IA, estableciendo qué deficiencias del sistema tecnológico son capaces de viciar la sanción y qué remedios corresponden en cada caso —en la línea de lo ya reconocido por el TAD, que confirmó la irrevisabilidad de las decisiones técnicas del árbitro pero admitió su competencia para revisar la sanción disciplinaria derivada de una expulsión fundamentada en imágenes de video (Resolución TAD Exp. 29/2025 (RFEF).

8. Conclusiones

La integración de la inteligencia artificial en el arbitraje deportivo no genera un problema jurídico unitario, sino un conjunto de problemas diferenciados cuya solución depende de la naturaleza de la decisión en que opera la tecnología. La distinción entre decisiones técnicas sobre las reglas de juego —pertenecientes al ámbito de la *lex sportiva* privada y, por lo general, irrevisables ante instancias externas— y decisiones disciplinarias —dotadas de naturaleza pública en numerosos ordenamientos y sometidas a las garantías del Derecho Administrativo sancionador— es el eje conceptual a partir del cual deben construirse los marcos regulatorios.

El VAR y la IA operan en la frontera entre ambas categorías, creando una zona gris de decisiones mixtas que ningún ordenamiento ha resuelto satisfactoriamente. La práctica de la deferencia algorítmica —en la que el árbitro humano rubrica nominalmente una decisión que ha adoptado en sustancia el sistema tecnológico— vacía de contenido la supervisión humana formal y puede comprometer la

ISSN 2036-7821

responsabilidad de federaciones y desarrolladores sin que existan instrumentos jurídicos claros para canalizarla.

Las propuestas normativas deben articularse en consecuencia en dos planos distintos: en el plano técnico, mediante la reforma de los reglamentos privados de las organizaciones deportivas internacionales (IFAB, FIFA, federaciones internacionales), estableciendo mejoras en los estándares de precisión, auditorías independientes y protocolos de supervisión humana efectiva; en el plano disciplinario, mediante la adaptación de los procedimientos federativos a las exigencias del Derecho Administrativo sancionador, garantizando el acceso a los datos tecnológicos, el derecho a un informe contrario y una motivación suficiente de las sanciones basadas en evidencia algorítmica.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'ordinamento del *calcio* alla prova del codice della crisi e dell'insolvenza

di **Francesco Fimmanò**

(Professore Ordinario di Diritto commerciale presso l'Università "Universitas Mercatorum")

Sommario

1. Lo sviluppo tracimante della fenomenologia e l'impatto della regolazione sulla crisi strutturale del settore; - 2. Le norme organizzative interne federali dettate in tema di crisi ed insolvenza; - 3. L'esercizio dell'impresa sportiva in liquidazione giudiziaria; - 4. La circolazione concorsuale dell'azienda e la sorte del titolo sportivo; - 5. L'evoluzione delle Noif in tema di circolazione *endoconcorsuale*; - 6. Le persistenti criticità successive alla modifica delle Noif; - 7. Il quadro regolatorio vigente e la problematica dello svincolo degli atleti in caso di insolvenza; - 8. Gli altri istituti di regolazione della crisi e la irragionevole esclusione nelle Noif della *continuità indiretta* - 9. Composizione negoziata,

Abstract

In just a few years, professional sport has become the most important and global entertainment industry: a complex mix of entertainment, television and image rights, finance, communications, advertising, and marketing that has surpassed every other media phenomenon. This formidable development, which has primarily affected football, has, however, been accompanied by serious distortions that have generated profound crises due to the paradox of continuous and exponential growth in revenues versus a concomitant increase in losses, due to unsustainable expenses for the costs of athletes and related intermediations, instrumental to an ability to compete that goes beyond all economic logic.

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

1. Lo sviluppo tracimante della fenomenologia e l'impatto della regolazione sulla crisi strutturale del settore.

Lo sport professionistico è diventato nel giro di pochi anni la più importante e globale delle industrie dell'intrattenimento: un complesso coacervo di spettacolo, diritti televisivi e di immagine, finanza, comunicazione, pubblicità e *marketing*, che ha surclassato ogni altro fenomeno mediatico [1]. Questo sviluppo formidabile, che ha riguardato soprattutto il calcio, è stato tuttavia accompagnato da gravi *distorsioni* che hanno generato *crisi profonde* dovute al *paradosso* di una crescita continua ed esponenziale dei ricavi a fronte di un coevo aumento delle perdite, dovute alle spese *insostenibili* per il costo degli atleti e delle relative intermediazioni [2], strumentali ad una capacità di competere che si spinge oltre ogni logica economica[3].

Questa situazione, nota sin dagli anni '70 [4] ed aggravata dagli effetti della sentenza "*Bosman*" [5] che decretò la fine del vincolo sportivo, è stata affrontata nel tempo con

---

* *Il saggio è destinato agli Studi in onore di Giuseppe Santoni.*

[1] Il primo rapporto dell'*Osservatorio sullo Sport System Italiano* istituito dalla *Banca Ifis* quantifica la ricchezza prodotta nel 2021 in 95,9 miliardi di Euro, equivalenti al 3,6% del Pil italiano (in *www.bancaifis.it/app/uploads/2022/03/ebook-sportsytem_digital-version.pdf*). Il *deficit* di bilancio dei 20 *club* di Serie A nell'ultimo decennio è raddoppiato, raggiungendo i 4,6 miliardi di euro, di cui una fetta consistente è costituita da premi alla firma, commissioni, *bonus* ed onorari (cfr. *pwc.com/it/it/publications/reportcalcio)*. Solo 7 club su 20 nella stagione 2023/24 hanno chiuso in utile, mentre per il 2022/23 il costo del personale è stato di circa 1,8 miliardi (53% dei ricavi e 48% dei costi complessivi); numeri che fotografano una dipendenza estrema dal monte ingaggi e dalla *performance* straordinaria (plusvalenze e qualificazioni europee) per far quadrare i conti, con criticità economico-finanziarie gravi e persistenti (mi permetto di rinviare a F. FIMMANÒ, *Introduzione al diritto del calcio*, in *Il Diritto del calcio*, Napoli, 2025 14 ss.).

[2] Difatti, alla funzione originaria e tipica di professionista di parte cui l'atleta "si affidava per la gestione dei propri interessi, si è sovrapposta nel tempo quella di intermediario tra il *club* che vende, il calciatore e il *club* acquirente con una evidente *distorsione* dei ruoli". Il medesimo agente negli ultimi anni ha finito spesso col curare la posizione degli atleti ma anche delle società, maturando commissioni per conto degli uni e degli altri (e talora anche da terzi) "pagate sempre dai *clubs* e dando così vita a doppie o triple rappresentanze e mediazioni con conseguenti ed evidenti conflitti di interesse" (al riguardo cfr. F. R. FIMMANÒ, *L'agente sportivo: un ircocervo tra professione, mediazione ed impresa alla prova del nuovo regolamento Fifa*, in *Riv. dir. sport*., 2023, 131 ss.).

[3] Il paradosso dell'impresa sportiva è ben tratteggiato da F.R. FIMMANÒ, *Sport professionistico e sostenibilità*, in *Amministrativ@mente*, 2025, 2, 729 ss.

[4] Il 18 luglio 1977 il presidente della Lega Calcio, Antonio Griffi, si dimise dopo che venti società professionistiche sulle trentasei di A e B avevano sottoscritto un documento per la richiesta di un commissario per far fronte ai gravissimi problemi del settore che presentava oltre 50 miliardi di lire di *deficit*. Inoltre, nel 1980, i *clubs* italiani vennero salvati, ancora una volta, *in extremis,* da un apposito provvedimento che permetteva di riscuotere l'IVA mai pagata (per un importo stimato attorno ai 150 miliardi di lire) sul trasferimento degli atleti a partire dal 1974.

[5] La sentenza (Corte giust. 15 dicembre 1995, C-415/1993, in *Foro it.,* 1996, IV, p. 1 ss.) porta, come noto, il nome del calciatore belga che ricorse alla Corte di Giustizia per vedersi riconosciuta la possibilità di trasferirsi allo scadere del contratto che lo teneva legato ad una società sportiva (*Royal Football Club de Liège*) senza possibilità, da parte di quest'ultima società, di chiedere un'indennità a titolo di trasferimento. Cfr. al riguardo M. CLARICH, *La sentenza Bosman: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi?*, in *Riv. dir. sport.*, 1996, p. 393 ss.; A. ANASTASI, *Annotazioni sul caso Bosman*, in *Riv. dir. sport.*, 1996, p. 458 ss.; S. BASTIANON, *La libera circolazione dei calciatori e il diritto della concorrenza alla luce della sentenza Bosman*, in *Riv. dir. sport.*, 1996, p. 508 ss.; M. COCCIA, *La sentenza Bosman: summum ius, summa iniuria*, in *Riv. dir. sport*, 1996, p. 650. Sul sito della Corte di giustizia

ISSN 2036-7821

una serie di provvedimenti straordinari, che non hanno risolto i problemi strutturali. La sostanziale bocciatura all'inizio degli anni duemila del c.d. «decreto salvacalcio» da parte della Commissione europea, in quanto contrario alle norme comunitarie sulla concorrenza, fu già sintomatico del contesto, che poi non è affatto mutato [6].

Peraltro le crisi hanno fatto esplodere una quantità enorme di problematiche, in virtù delle quali le Istituzioni sportive, che scontano il problema di essere al contempo associazioni di imprese e autorità regolatorie [7], sono dovute ricorrere allo Stato e alle sue leggi per risolvere le insormontabili difficoltà, rinunciando esse stesse a pezzi rilevanti della loro autonomia e togliendo credibilità e legittimazione all'autoregolamentazione.

Il settore, peraltro, nella fase *post-pandemica* ha chiesto ripetutamente aiuti e provvidenze pubbliche per obbligazioni pregresse, lamentando la mancanza di risorse e l'esplosione dei debiti. Ma una volta considerate queste imprese «industriali» come tali, a prescindere dall'oggetto peculiare dell'attività, non è più concepibile uno «*ius singulare* dinamico e volatile»[8], adattato alle criticità di turno. Invece tutto continua ad essere gestito con una «governance» istituzionale dai confini *fragili* e *mobili* nelle sue decisioni auto-regolatorie.

Eppure la Federcalcio ha elaborato, nel corso degli anni, un articolato sistema di regole e controlli per garantire la corretta gestione delle societa` e il rispetto di parametri essenziali per la loro sopravvivenza in condizioni di economicità ed efficienza [9]. Il *corpus* regolamentare è costituito dai Titoli VI e VII delle «Norme

---

(curia.europa.eu/juris/ce-lex.jsf) sono elencati oltre 150 commenti relativi alla sentenza *Bosman* che coprono un lasso temporale dal 1996 al 2010.

[6] Si trattò di una misura dai benefici temporanei nel bilancio dei *club*. Il d.l. del 24 dicembre 2002, n. 282 aggiunse l'art. 18 *bis*, alla legge n. 1/1981 che concesse la possibilità per le società professionistiche di operare la svalutazione dei diritti pluriennali delle prestazioni degli atleti, iscrivendola in bilancio come oneri da ammortizzare in 10 anni. Il provvedimento fu subito oggetto di censure da parte della Commissione Europea e nel 2005 si giunse alla risoluzione della controversia, in virtù di un accordo che sancì l'eliminazione del riconoscimento «a fini fiscali» delle quote di ammortamento delle svalutazioni, con la chiusura della procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, grazie alle modifiche apportate all'originaria disposizione.

[7] La Corte di giustizia Ue, nel celebre caso c.d. *Superlega*, ha affermato che le norme relative all'approvazione preventiva delle competizioni calcistiche adottate da Fifa e Uefa, quali "associazioni private tra imprese", sebbene idealmente sostenute dal perseguimento di obiettivi legittimi, in concreto conferiscono alle medesime il potere di controllare e definire le condizioni di accesso al mercato di riferimento per qualsiasi impresa concorrente, assecondando una finalità anticoncorrenziale, che risulta vieppiù rafforzata dalle norme sulla partecipazione delle società e dei tesserati a tali competizioni e dalle relative sanzioni, stante l'assenza di restrizioni, obblighi e controlli che ne possano garantire la trasparenza, l'oggettività ed il carattere non discriminatorio (Corte giust., grande sez., 21 dicembre 2023, C-333/21 Pres. M. K. Lenaerts, Rel. J. Passern – *European Superleague Company SL c. Uniòn de Federaciones Europeas de Fùtbol, Fédération internationale de football association*, in *Giur.it.*, 2024, 3, p. 525 ss. Cfr. al riguardo S. BASTIANON, *Superlega: una lettura della sentenza della Corte di giustizia in chiave prospettica,* in *Riv. dir. sport*., 2024, I, p. 19 ss.; F. R. FIMMANÒ, *La «lex sportiva» alla prova della sentenza «Superlega»: il ruolo del C.O.N.I. nel riequilibrio degli assetti*, in *Amministrativ@mente*, 2/2024, p. 585 ss.).

[8] Sul tema F.R. FIMMANÒ, *Il diritto privato dello sport tra* «lex mercatoria» *e* «ius singulare», Napoli, 2025.

[9] Cfr. al riguardo F. R. FIMMANÒ, *Il sistema dei controlli sulle società di calcio*, in *Il Diritto del Calcio*, (a cura di F. Fimmanò), Napoli, 2025, 409 s

ISSN 2036-7821

organizzative interne federali» (c.d. Noif), denominati «Controlli sulla gestione economico-finanziaria delle Leghe e delle società professionistiche» e «Rapporti tra società e calciatori». I club sono stati inoltre obbligati da qualche anno a redigere una serie di prospetti da cui risultino alcuni «indicatori di controllo» che funzionano come un vero e proprio «sistema di allerta e di prevenzione», finalizzati alla verifica, alla valutazione ed al giudizio coerente sulla loro situazione economico-finanziaria.

In particolare l'articolo 85 delle Noif, prevede la redazione dei prospetti contenenti: «l'indicatore di liquidità (AC/PC)», utilizzato per determinare l'eventuale carenza finanziaria, dato dal rapporto tra attività correnti (AC) e passività correnti (PC); «l'indicatore di indebitamento (D/R)» calcolato attraverso il rapporto tra debiti (D) e ricavi (R); «l'indicatore del costo del lavoro allargato (CLA/R)», dato dal rapporto tra il costo del lavoro allargato (CLA) ed i ricavi (R). L'«indicatore di liquidità» è stato introdotto nel 2015 per poter misurare il grado di equilibrio finanziario di breve termine, ovvero la capacità finanziaria delle società di far fronte agli impegni con scadenza entro i dodici mesi e viene calcolato sulla base del risultato d'esercizio, della relazione semestrale e delle situazioni patrimoniali intermedie approvate. In sostanza, quindi, si tratta di un indice che dimostra quanto un *club* sia in grado di poter rispettare i propri impegni finanziari a breve termine e la misura minima dell'indicatore è stabilita dal Consiglio federale [10].

Sul tema si aprì, tuttavia, nel corso del 2022 un aspro confronto tra Federazione e Lega, la quale ha ottenuto dalle sezioni unite del Collegio di Garanzia dello Sport del Coni l'annullamento dei provvedimenti impugnati nella parte in cui si prevedeva che la verifica del possesso del requisito dell'indice di liquidità fosse fissata in un termine antecedente alla chiusura dell'esercizio in corso. E la vicenda ha testimoniato la labile tenuta dell'autoregolamentazione incapace di risolvere la situazione a livello sistemico.

Le ultime vicende deflagranti, che hanno riguardato l'abuso delle c.d. *plusvalenze fittizie* [11], hanno poi provocato l'ennesimo intervento del legislatore per colmare il *gap*

[10] Il Consiglio federale, su proposta della Covisoc, nella riunione del 31 ottobre 2022, ravvisata la necessità di determinare, per la corrente stagione sportiva e per le tre stagioni sportive successive, i valori dell'indicatore di Liquidità, dell'indicatore di Indebitamento e dell'indicatore del Costo del Lavoro Allargato, per le società di Serie A, di Serie B e di Serie C, ai fini della campagna trasferimenti, fissò il primo nella misura minima dello 0,5 per cento per la stagione 2022\23 (valido per tutti per la sessione invernale) e a salire nella misura minima dello 0,6, 0,7 e 0,8 per cento per le tre stagioni successive per le società di serie A (0,7, 0,7 e 0,8 per cento per quelle di B e C). Al riguardo si veda Cu n. 63/A pubblicato il 9 novembre 2022, in *FIGC.it/media/182127/63-valori-indicatori-di-controllo.pdf*. Per la stagione 2021/22 il valore minimo fu ammorbidito allo 0,6 per cento, rispetto alla cifra prevista per le stagioni precedenti ossia per il 2019/20 lo 0,7 per cento e per il 2020/21 lo 0,8 per cento, su pressione come al solito di alcune società interessate.

[11] I vincoli nazionali e internazionali per l'iscrizione alle competizioni hanno determinato il ricorso alla realizzazione di operazioni incrociate (c.d. a specchio) tra società sulla base di intese dirette allo scambio di atleti (spesso giovani del vivaio) sopravvalutandoli ed in modo da realizzare plusvalenze fittizie senza movimenti finanziari (per aggiustare i bilanci). Tuttavia il caso che ha fatto esplodere la problematica è stato il c.d. «maxiprocesso disciplinare plusvalenze» che ha riguardato ben undici *club* professionisti del calcio e 61 tra

regolatorio sportivo e per stabilire che le società professionistiche siano sottoposte, al fine di verificarne l'equilibrio economico e finanziario, ad appositi controlli «tempestivi, efficaci ed esaustivi», oltre che alle regole federali, secondo le modalità ed i principi approvati dal CONI, con l'intento di garantire la possibilità di iscrizione ai campionati sportivi, il regolare svolgimento degli stessi e l'equa competizione.
Così è stata istituita la «Commissione indipendente per la verifica dell'equilibrio economico e finanziario delle società sportive professionistiche» [12], di natura pubblica e nominata dal governo, operativa dal 1 ottobre del 2025 per i club professionistici di calcio e *basket*, che sostituisce la Covisoc, consumando l'ennesimo arretramento dell'indipendenza del settore per incapacità dello stesso di autoregolamentarsi. Lo stesso è accaduto nel Regno unito, anche a seguito della crisi di *club* storici come *Bury FC* o *Macclesfield Town* [13], con la istituzione della «*Independent Football Regulator* (IFR)», un'autorità indipendente di diritto pubblico con competenze di vigilanza, licenza e controllo sui club professionistici operanti nei primi cinque livelli del sistema calcistico inglese (dalla *Premier League* fino alla *National League*) [14]. L'impianto

dirigenti e amministratori concernente la sanzionabilità del comportamento alla stregua degli artt. 4 e 31 del Codice di giustizia sportiva, che regolamentano, rispettivamente, i principi di lealtà, correttezza e probità e le violazioni in materia gestionale ed economica e che ha determinato gravi sanzioni in particolare per la *Juventus F.C.* (cfr. al riguardo F. R. FIMMANÒ, *Le "plusvalenze" da cessione dei diritti alle prestazioni dei calciatori*, in *Giur. comm.*, 2024, 769 ss.).

[12] Decreto legge 31 maggio 2024, n. 71 (*Disposizioni urgenti in materia di sport, di sostegno didattico agli alunni con disabilità, per il regolare avvio dell'anno scolastico 2024/2025 e in materia di Università e ricerca*), dettato per il controllo sui bilanci, delle società di Serie A, B e C (e su quelli di basket di Serie A che rientrano nel perimetro del professionismo). Il D.l. è stato convertito, con modificazioni, nella L. 29 luglio 2024, n. 106 ed aggiunge al D. lg. n. 36, del 28 febbraio 2021, l'art. 13 *ter* che istituisce la Commissione che svolge attività di controllo e vigilanza sulla legittimità e regolarità della gestione economica e finanziaria delle società sportive professionistiche partecipanti ai campionati relativi a discipline di sport di squadra al fine di verificare il rispetto dei principi di corretta gestione, il mantenimento dell'equilibrio economico e finanziario e il funzionamento dei controlli interni. La Commissione certifica altresì la regolarità della gestione economica e finanziaria, mediante pareri obbligatori che sono trasmessi alle rispettive Federazioni sportive nazionali per l'adozione dei provvedimenti di competenza concernenti l'ammissione, la partecipazione e l'esclusione dalle competizioni professionistiche, e di ogni altro provvedimento conseguente. La commissione viene dotata di autonomia regolamentare, organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile e finanziaria, ed opera con indipendenza di giudizio e di valutazione.

[13] Il *Bury F.C.*, dopo un primo *Company Voluntary Arrangement* (CVA) nel 2019, ha chiesto la *winding-up petition* (liquidazione giudiziaria) nel 2020. Il *Macclesfield Town F.C.* è stato invece direttamente assoggettato a *winding-up order* nel 2020. Analoga sorte è toccata nel 2011 al *Portsmouth F.C.* e all'*Oldham Athletic* all'esito di *winding-up petitions multiple*. Sono invece ricorsi a CVA il *Wimbledon F.C.* nel 2007 e il *Leeds United A.F.C.* nel 2004. Infine sono finiti in *administration* (che è una via di mezzo tra amministrazione controllata e concordato in continuità, ma con meccanismi più rapidi e più orientati al *rescue*): lo *Sheffield Wednesday F.C.* nel 2025, il *Derby County F.C.* nel 2021, il *Wigan Athletic* nel 2020; il *Bolton Wanderers* nel 2019, il *Coventry City* nel 2013, il *Port Vale* nel 2012; il *Crystal Palace F.C.* nel 2010 e nel 1999; il *Southampton F.C.* nel 2009, il *Rotherham United* nel 2008, l'*Ipswich Town* nel 2003, il *Leicester City* e il *Bradford City* nel 2002 ed il *Charlton Athletic* nel 1984.

[14] L'*Autority* è stata introdotta dal «*Football Governance Act 2025*», approvato con *Royal Assent* il 21 luglio 2025, nato dalle conclusioni della «*Fan-Led Review of Football Governance*» del 2021, rapporto commissionato dal Governo britannico, che ha evidenziato la fragilità strutturale del sistema calcistico inglese, la crescente diseguaglianza finanziaria tra i vertici della *Premier League* e le categorie inferiori, nonché la mancanza di meccanismi efficaci per la sostenibilità di lungo periodo dei club.

ISSN 2036-7821

del *Football Governance Act* risponde all'esigenza, avvertita a livello politico e sociale, di superare la tradizionale autoregolamentazione dello sport professionistico, che anche nel contesto inglese aveva mostrato gravi limiti nell'assicurare un equilibrio tra dimensione commerciale e responsabilità collettiva.

A livello continentale, sempre per porre riparo a questa situazione, il Comitato esecutivo della UEFA, a settembre 2009, emanò il «*Financial fair play concept*», un *corpus* di regole diretto ad incentivare le società ad operare in tendenziale autogestione sulla base dei propri ricavi, introdurre una maggiore razionalità nei conti e proteggere i creditori delle squadre nella prospettiva di potenziali crisi [15]. Il modello era basato su due principi: il *Break-even requirement* (il conseguimento del pareggio tra ricavi e costi) e il *No overdue payables* (la verifica tempestiva della regolarità dei pagamenti). Tuttavia, questo regime regolatorio, caratterizzato da un'applicazione densa di deroghe ed eccezioni «ad hoc», ha prodotto pessimi risultati, divenendo esso stesso causa del peggioramento della situazione, specie attraverso la citata pratica abusiva delle plusvalenze fittizie e l'utilizzo artificioso di contratti di sponsorizzazione da parte di entità correlate.

Così, dopo una sospensione per il *Covid* ed alla luce di queste gravi criticità, è stato introdotto il nuovo «Regolamento Uefa sulle licenze per *club* e la sostenibilità finanziaria», [16] che ha come obiettivo la solvibilità, la stabilità e soprattutto un maggiore controllo dei costi [17]. Il sistema viene applicato mediante un processo denominato «monitoraggio dei club» e vale per le squadre che partecipano alle competizioni UEFA. Più di 230 società (Ucl, Uel, Uecl) vengono per l'effetto osservate nell'arco dell'intera stagione dal «Club Financial Control Body Uefa (CFCB)», che è un organo di controllo finanziario che può imporre misure disciplinari in caso di

[15] F. DI GIROLAMO, *Il «fair play» finanziario nella giurisprudenza della Corte Arbitrale dello Sport*, in *Riv. dir sport.*, 2019, p. 405 ss.; E. SPAGNOLELLO, *Il Financial Fair Play alla prova del diritto antitrust dell'Unione europea*, in *Riv. dir. sport.*, 2016, II, p. 383 ss.

[16] Approvato il 28 giugno del 2023 ed integrato nella nuova versione nell'aprile 2024, dopo essere stato proposto dal Comitato Esecutivo Uefa a *Nyon* il 7 aprile del 2022.

[17] I cambiamenti vengono attuati in maniera graduale nell'arco di tre anni a partire dalla stagione 2024-2025, in modo tale da permettere a tutte le società di potersi adeguare e sono strutturati su quattro macroaree. La «solvibilità» (*no overdue payables rule)* ossia l'obbligo di pagare tutti i debiti verso altre società sportive, dipendenti, autorità fiscali, sociali e UEFA entro 90 giorni, soggetto a quattro controlli l'anno. La regola è diretta a garantire una maggiore solvibilità e a proteggere l'integrità delle competizioni. I controlli vengono effettuati ogni trimestre, con una minore tolleranza nei confronti dei soggetti morosi. La «stabilità» (*football earnings rule)* ossia la fissazione di un *deficit* massimo (*acceptable deviation)* di 60 milioni di euro in tre anni, mentre per le società con i conti in ordine di 90 milioni (10 milioni per ogni periodo di riferimento nel *monitoring period*), computando tuttavia le spese, comprese quelle per giovani e impianti prima escluse. Il «controllo dei costi» (*squad cost rule)* secondo cui per stipendi, mercato e commissioni per gli agenti, non si potrà spendere più del novanta per cento del fatturato per la prima stagione, l'ottanta per la successiva ed il settanta a regime dall'ultima stagione, ovvero quella 2025-2026. La regola è contenuta nell'art. 92 titolato «Calculation of squad cost ratio» che si occupa del calcolo e nell'art. 93 titolato «*Squad cost rule*» che si occupa di fissarne il limite Il sistema di «sanzioni fisse» all'esito dei controlli consiste nella previsione di sanzioni predeterminate in relazione alle violazioni, che non lascino margini di discrezionalità (almeno in astratto).

ISSN 2036-7821

mancato rispetto del Regolamento [18].
In ogni caso, tutti gli interventi descritti non hanno, allo stato, prodotto i risultati sperati e le crisi dei club, specie delle categorie inferiori, sono persino aumentate [19], facendo esplodere a cascata una serie di questioni interpretative e "stressando" i già difficili rapporti tra ordinamento sportivo e statale.
Nonostante le reiterate modifiche alle Noif in materia di insolvenza, a seguito dei tanti casi giudiziari, esistono tuttora numerose questioni aperte. Peraltro la c.d. riforma dello sport del 2021 non ha dettato alcuna norma in tema, anche se alcune novità introdotte impattano indirettamente sulla crisi delle società sportive e l'assoggettamento a procedure concorsuali [20].

2. Le norme organizzative interne federali dettate in tema di crisi ed insolvenza.

Prima di entrare nel merito dell'evoluzione applicativa nel tempo del diritto concorsuale alle imprese sportive, è opportuno analizzare le ultime modifiche alle Noif, come novellate all'esito dell'entrata in vigore del codice della crisi [21], in quanto ripropongono, in chiave evoluta, alcune questioni storiche.
Innanzitutto, a norma del nuovo art. 16, comma 6, Noif, il Presidente Federale

[18] Le misure disciplinari includono, fra le altre: l'ammonimento; il richiamo formale; le multe; la decurtazione di punti; il congelamento delle entrate provenienti dalle competizioni Uefa; il divieto di tesserare nuovi atleti; la limitazione del numero degli atleti iscrivibili alle competizioni europee, compreso un limite finanziario sul costo complessivo totale degli atleti iscritti in lista A; la squalifica dalle competizioni in corso e/o esclusione dalle future; la revoca di un titolo o di un premio. Le sanzioni per il mancato rispetto della «*No overdue payables rule*» sono state rafforzate, mentre in caso di violazione della «*Football earnings rule*» è prevista la possibilità di concludere accordi transattivi. Si tratta dei c.d. «*Settlement Agreement*» che con i «*Voluntary Agreement*» fanno parte del peculiare procedimento sanzionatorio previsto già dal sistema precedente. Le decisioni definitive del CFCB possono essere impugnate solo davanti al Tribunale Arbitrale dello Sport (TAS) di Losanna. Si tratta di un organo di controllo con funzioni di giustizia che ha il potere di determinare se i concessori di licenza (federazioni nazionali o la lega affiliata) e i richiedenti/licenziatari abbiano soddisfatto i criteri per la licenza o i requisiti di sostenibilità finanziaria e di decidere sull'idoneità di una società per le competizioni.

[19] L'ultima stagione del calcio professionistico senza *insolvenze* è stata quella del 1999/2000, dopo la quale si è verificato un ininterrotto crescendo di oltre 190 fallimenti (oggi liquidazioni giudiziarie), con alcuni casi eclatanti di doppio *default* (come per *Salernitana, Monza, Como, Avellino, Bari, Campobasso, Spal, Perugia, Matera, Siena, Ancona, Mestre*) o persino triplo (come per *Venezia, Sambenedettese, Gela, Varese, Cosenza, Lucchese*). Durante la stagione sportiva 2024/2025 sono state escluse dai relativi campionati per insolvenza l'*Alessandria,* l'*Ancona,* il *Taranto*, la *Turris*, la *Spal*, la *Lucchese,* il *Messina* ed il *Brescia,* provocando a cascata una serie di effetti sulle competizioni e relative controversie giudiziarie. All'inizio della stagione 2025/2026 è toccato invece al *Rimini* esordire nel "campionato delle crisi". Stesso discorso vale nel *basket*, dove sono state dichiarate fallite tra le altre: la *Fortitudo Pallacanestro Bologna* nel 2012; la *S.S. Felice Scandone Avellino S.p.A.* nel 2021, la *Mens Sana Basket 1871* di Siena (due volte nel 2014 e nel 2019), la *Kleb Basket Ferrara S.r.l.* nel 2023, la *Bergamo Basket 2014 S.S.D. a r.l.* nel 2024.

[20] In tema cfr. P.D. BELTRAMI, *Il fallimento (e le altre procedure concorsuali) delle società sportive alla luce della riforma dell'ordinamento sportivo*, in *Rass. dir. ec. sport*, 2021, 343 ss.

[21] Le modifiche sono state effettuate con le delibere del Consiglio federale del 19 aprile 2023 (rese note il 21 aprile 2023 con i comunicati 167/A, 168/A e 169/A) in funzione della esigenza di ridefinire le Noif in relazione ai criteri legali ed economico-finanziari, tenendo conto delle novità del codice della crisi, al fine di garantire il regolare svolgimento dei campionati in ambito professionistico.

ISSN 2036-7821

delibera la revoca della affiliazione di una società in caso di "*liquidazione giudiziale*". Gli effetti della revoca, qualora la procedura concorsuale sia intervenuta nel corso del campionato e comunque prima della scadenza fissata per la presentazione della domanda di iscrizione al campionato successivo, decorrono da tale data nel solo caso sia disposto *l'esercizio dell'impresa* ad opera del curatore. Nell'ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 52 comma 3, il titolo sportivo della società in liquidazione giudiziale venga attribuito ad altra società (che ne abbia acquisito l'intera azienda dopo avere ottenuto l'affiliazione ed averne assolto tutti i *debiti sportivi*) [22] prima della scadenza del termine fissato per la presentazione della domanda di iscrizione al Campionato successivo (semmai dopo una fase di esercizio dell'impresa), gli effetti della revoca decorrono dalla data di assegnazione del titolo.

Il Presidente Federale, in secondo luogo, delibera la revoca dell'affiliazione in tutti gli altri casi di adozione delle procedure previste dal codice *che abbiano finalità liquidatorie*, quali ad esempio il concordato preventivo liquidatorio od il concordato semplificato (comma 6 *bis*). Ed ancora il Consiglio Federale delibera la revoca dell'affiliazione in caso di ricorso ad istituti di regolazione della crisi o dell'insolvenza previsti dal codice che presuppongano procedure *in continuità aziendale indiretta* (si pensi ad esempio all'affitto dell'azienda endo-concorsuale) e quindi che comportino l'esercizio dell'impresa, in qualsiasi forma, da parte di un soggetto diverso dal debitore, con la sola eccezione dell'ipotesi del conferimento dell'azienda a norma dell'art. 20 delle Noif (comma 6 *ter*).

Infine in caso di ricorso agli istituti di regolazione della crisi o dell'insolvenza che presuppongano procedure *in continuità aziendale diretta*, le società devono depositare la domanda di accesso alla procedura unitamente ad un piano economico-finanziario, asseverato da un soggetto abilitato, da cui risulti la capacità delle società di operare quali entità in funzionamento almeno sino al termine della stagione sportiva in corso.

Tali società continueranno ad essere onerate di tutti *gli adempimenti* relativi al Campionato di competenza, prescritti dall'art. 85 Noif, fatto salvo, per l'assolvimento dei debiti, il caso in cui, in esito alla omologazione della competente autorità giudiziaria o con equivalente provvedimento divenuto definitivo, siano stabiliti esplicitamente *effetti di esdebitazione* (art. 85, lett. E). A queste società, peraltro saranno normalmente applicabili i provvedimenti di non ammissione alle operazioni di

[22] Non esiste una puntuale codificazione dell'espressione "*Debito sportivo*" tuttavia si può affermare che essa comprende tutti i debiti verso i lavoratori dipendenti tesserati (calciatori, allenatori, *staff* tecnico) anche per ritenute e contributi non versati, i debiti nei confronti della Federazione, delle altre squadre italiane di *club* affiliate e delle squadre straniere affiliate ad una delle Federazioni della Uefa. In caso di liquidazione giudiziale trattandosi di debiti misti del soggetto insolvente, privilegiati, chirografari e semmai anche prededucibili (in caso di esercizio dell'impresa poi revocato), non è immaginabile un accollo a norma dell'art. 214 comma 8, c.c.i.i., in quanto vero è che è possibile pagare il prezzo dell'azienda anche mediante accollo dei debiti da parte del cessionario, purchè non venga alterata la graduazione dei crediti. Quindi l'acquirente dovrà semplicemente pagarli come terzo per intero e fare poi istanza di ammissione al passivo della procedura.

ISSN 2036-7821

acquisizione di calcio-mercato sino al termine della seconda sessione di mercato successiva all'intervenuta omologazione giudiziale o ad equivalente provvedimento divenuto definitivo, in cui siano stabiliti esplicitamente effetti di esdebitazione (art. 90, comma 4 *bis*) [23].

Le norme federali contemplano l'assoggettabilità a tutte le procedure concorsuali ma consentono la circolazione riallocativa dell'impresa (con la sopravvivenza del *club*) solo in caso di *Amministrazione straordinaria*, di procedure che prevedano la continuità diretta dell'impresa e di *liquidazione giudiziale* quando venga disposto od autorizzato l'*esercizio dell'impresa del debitore*.

D'altra parte da molti anni ormai sono pacificamente ritenute assoggettabili a procedure concorsuali sia le società che le associazioni sportive [24], anche se fino alla riforma del 1996 (che introdusse lo scopo di lucro soggettivo) la questione era oggetto di discussione [25] . Invero, prima dell'introduzione della legge 23 marzo 1981, n. 91 - secondo cui l'esercizio in forma collettiva dell'attività a livello professionistico

[23] A norma dell'art. 90, comma 6: "in caso di mancato rispetto da parte delle società della misura minima dell'indicatore di Liquidità al 31 marzo o al 30 settembre, la Covisoc (ed ora l'*Autority* di controllo) dispone la non ammissione ad operazioni di acquisizione del diritto alle prestazioni dei calciatori rispettivamente per la sessione estiva e per la sessione invernale, i cui termini sono definiti annualmente dalla FIGC, salvo che, per ogni nuova acquisizione, la Lega di competenza riscontri l'integrale copertura degli impegni economico-finanziari da assolvere nel corso della stagione sportiva, attraverso il saldo positivo derivante dalle operazioni di trasferimento dei calciatori intervenute nella sessione di riferimento. Ai fini della definizione di detto saldo positivo si terrà conto, oltre che del saldo finanziario relativo alla stagione sportiva in corso, anche della differenza tra il residuo costo contrattuale di competenza della stagione sportiva in corso, comprensivo di parte fissa e variabile, dei calciatori ceduti e il costo contrattuale, comprensivo di parte fissa e variabile di competenza della stagione sportiva in corso, dei calciatori acquisiti. Tale costo contrattuale non potrà essere oggetto di successiva rinegoziazione in aumento salvo che intervenga almeno una pari riduzione del costo complessivo dei contratti in essere o la eventuale successiva revoca del provvedimento".

[24] Cass. 18 settembre 1993 n. 9589, in *Fallimento*, 1994, 151 ss.; Cass. 20 giugno 2000 n. 8374; Cass. 9 novembre 1979, n. 5770; Cass. 14 ottobre 1958, n. 3251.

[25] In giurisprudenza: Trib. L'Aquila 11 maggio 1985, in *Società*, 1985, 1311 con nota di R. RORDORF ed in *Foro it.*, 1986, I, 300 ss., (secondo cui la società di calcio non fosse assoggettabile a fallimento in quanto il previsto procedimento *ex* art. 2409 c.c., derivando da "gravi irregolarità", dovesse essere ricondotto al procedimento di liquidazione amministrativa); Trib. Venezia 4 giugno 1984 in *Fallimento,* 1985, 196 con nota di R. MILLOZZA, *Il fallimento delle società sportive di calcio* ed in *Giur. comm.*, 1986, II, 362 ss. con commento di G. MARASÀ, *Note in tema di fallimento delle società sportive* (che si pronunciò, invece, sul fallimento del *Calcio Venezia S.r.l.*, affermando che la previsione legislativa, ossia l'art. 10, della legge 91 del 1981, sulla configurabilità di società di capitali prive di scopo di lucro avrebbe tolto essa stessa rilevanza autonoma allo scopo di lucro, spostando la questione sul differente piano della ipotizzabilità della titolarità di un'impresa in capo ad un centro di imputazione che non persegua scopo di lucro. Pertanto, secondo i giudici, non bisognava tenere conto dell'intento del soggetto che svolgeva l'attività, bensì dei caratteri dell'organizzazione, sicché, nel verificare la sussistenza del requisito dell'economicità dell'attività *ex* art. 2082, a rilevare doveva essere l'adozione di un metodo idoneo al conseguimento di un utile, non il fatto che l'attività economica venisse svolta a tal fine, né la concreta produzione dell'utile). Nella stessa direzione Trib. Bologna, VI Sez. civ., 6 maggio 1999, in *Giur. comm.*, 2001, II, 135 ss. con nota di N. BRICOLA, *Sulla fallibilità delle società sportive* (secondo cui il divieto dello scopo di lucro non comportasse un'automatica esclusione del requisito dell'economicità, che sarebbe sussistito anche ove l'attività imprenditoriale non era fonte di lucro comunque sufficiente a coprire le spese sostenute). In senso opposto B.S. MAGGIORE, *Ancora sull'assoggettabilità a fallimento delle società sportive*, in *Dir. fall.*, 1987, I, 311. In tema prima della riforma cfr. L. GHIA, *Fallimento delle società sportive*, in *Fallimento*, 1994, 800 ss.

ISSN 2036-7821

veniva riservato solo alle S.p.a. ed S.r.l. in quanto uniche a poter stipulare contratti con calciatori professionisti - era dibattuto se i *clubs* potessero fallire. La tesi negativa si fondava sul fatto che le associazioni sportive professionistiche non rientrassero nel novero delle società e dei soggetti titolari di impresa, ai sensi dell'art. 2195 c.c., in quanto appartenenti a un ordinamento dotato di una propria indipendenza e autonomia [26].

3. L'esercizio dell'impresa sportiva in liquidazione giudiziaria.

L'apertura della liquidazione giudiziale, a norma dell'art. 211, c.c.i.i., non determina più "la cessazione dell'attività d'impresa quando ricorrono le condizioni previste dalla norma", consentendo, *attraverso la continuità*, la conservazione e la valorizzazione del complesso aziendale, di parti di esso, di valori aggregati, di *assets*, *funzionanti* in via autonoma o *funzionali* ad altre imprese, purché ciò sia comunque compatibile col migliore soddisfacimento dei creditori. L'esercizio dell'impresa ad opera del curatore diviene, almeno in astratto, una ipotesi strutturale (scomparendo ovunque nella norma l'aggettivazione di "provvisorio") pur se inserito in un capo unitario con la liquidazione dell'attivo ed anche se riguarda comunque *la fase di amministrazione* dei beni del debitore insolvente, risolvendo i problemi della organizzazione e della custodia [27].

L'esercizio può essere disposto in due diverse fasi. Innanzitutto può essere deciso dal tribunale con la sentenza dichiarativa dell'insolvenza e se del caso con l'indicazione di un termine di durata. In questa fase l'impresa continua "purché la prosecuzione non arrechi pregiudizio ai creditori" (e non più per evitare un *danno grave* come avveniva nella vigenza della legge fallimentare, danno che prima della riforma del

[26] Cfr. Trib. Salerno, 14 aprile 1977, in *Giur. merito*, 1978, 1015 ss.; Trib. Napoli, 20 febbraio 1974, in *Riv. dir. sport.*, 1974, 30; Trib. Rovereto, 5 marzo 1970, in *Foro it.* 1970, I, 3164. Invero, la Cassazione aveva avuto modo di evidenziare che le associazioni sportive costituite in forma di S.p.a. andassero annoverate tra le imprese soggette a registrazione e che svolgono attività economica imprenditoriale nel promuovere ed organizzare manifestazioni agonistiche che si traducono, nei confronti del pubblico cui sono destinate, nell'allestimento, nella produzione, nell'offerta di spettacoli sportivi (Cass., sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174). In tema cfr. M.T. CIRENEI, *Società di calcio e fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1973, II, 273 (nota a Trib. Livorno, 23 giugno 1973); U. APICE, *La società sportiva dentro o fuori al Codice civile?* in *Dir. fall.*, 1986, 539 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *La società sportiva e la responsabilità dell'interprete*, in *Dir. fall.*, 1984, II, 1651, nota a Trib. Napoli, 6 maggio 1982; S. LANDOLFI, *La nuova società sportiva*, in *Società*, 1985, 15; G. MARASÀ, *Società sportive e società di diritto speciale*, in *Riv. soc.* 1982, 493. L. GHIA, *Fallimento delle società sportive*, in *Fallimento*, 1994, 800 ss.; N. BRICOLA, *Sulla fallibilità delle società sportive*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 135 ss.

[27] Sull'istituto riformato cfr. anche: D. DALFINO, *La Liquidazione dell'attivo, Esercizio dell'impresa, in Diritto della crisi d'impresa*, a cura di G. TRISORIO LIUZZI, Bari, 2023, 533 ss.; F. FIMMANÒ, *L'esercizio dell'impresa endoliquidatorio*, in *Dir. fall.*, 2024, 574 ss.; S. LEUZZI, *L'esercizio dell'impresa del debitore*, in *dirittodellacrisi.it*, 16 marzo 2023, 3; M.T. DELLA CORTIGLIA, *Liquidazione e ricostruzione dell'attivo nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2021, 133 ss. Sulla versione precedente, novellata nel 2006, cfr. P. FABBIO, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Napoli, 2011; F. FIMMANÒ, *La gestione dell'impresa nell'ambito del fallimento*, in *Trattato delle procedure concorsuali* a cura di Jorio – Sassani, Milano 2016, Volume III, *Il Fallimento*, 75 ss.; ID., *Prove tecniche di esercizio provvisorio*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 756 ss.

2006 doveva essere perdippiù *irreparabile*).

Nel caso delle società di calcio è evidente da un lato l'interesse diffuso socio-economico della comunità di riferimento e della tifoseria alla prosecuzione dell'attività, dall'altro dell'organizzazione sportiva che dall'improvvisa eliminazione di una delle compagini che competono vede alterati i risultati, le classifiche e i calendari, con effetti sulla regolarità complessiva delle competizioni [28]. È ovvio che, essendo l'esercizio diretto l'unica modalità "federale" per tenere in vita l'azienda in funzione della sua eventuale vendita, è difficile, almeno nella prima fase, che possa recare pregiudizio ai creditori, laddove ci sia un interesse del mercato per il club.

Infatti l'impresa intanto ha un valore di liquidazione proprio se mantiene l'affiliazione e quindi il titolo sportivo, ossia il diritto a partecipare al campionato di riferimento. Per comprendere i termini del problema giova rimarcare come l'esercizio ad opera del curatore sia realizzabile in funzione della *ottimizzazione della liquidazione* riallocativa che consenta una soddisfazione dei creditori pari o superiore a quella realizzabile dalla vendita dei singoli beni.

L'interesse dei creditori viene realizzato dal fatto che sia possibile ottenere un prezzo per l'azienda in funzionamento superiore a quello ricavabile dalla liquidazione atomistica degli *asset* (specie gli *intangibles*), che può permettere di recuperare le eventuali perdite derivanti dalla gestione endoconcorsuale. Peraltro, come vedremo, l'insolvenza e la revoca dell'affiliazione, sempre per le norme sportive, comporta, seppur in modo opinabile, lo *svincolo dei calciatori*, i cui contratti rappresentano spesso la più importante componente patrimoniale che può anche essere oggetto di cessione e di conseguente *plusvalenza*.

La gestione della curatela è strumentale alla liquidazione riallocativa dei valori aziendali, quale alternativa "preferibile" alla vendita dei singoli beni. Volendo applicare le Noif, la cessione dell'azienda calcistica è possibile sino al momento della iscrizione al nuovo campionato, anche se, come vedremo, ciò è quello che risulta dalla prassi giurisprudenziale. Se tuttavia guardiamo al diritto comune in realtà non v'è alcuna ragione per cui, una volta scaduto questo termine, avvenga la dissoluzione dell'azienda conseguente alla revoca dell'affiliazione.

D'altra parte molti sono stati i casi nell'ultimo lustro in cui proprio per rispettare la norma federale - ed evitare le controversie che invece si sono prodotte in altre fattispecie – si è accelerato l'*autofallimento* per permettere l'esercizio dell'impresa e la liquidazione unitaria dell'azienda durante il campionato e prima dell'inizio della nuova stagione sportiva. Quando viceversa le società non sono state iscritte alla fine del campionato, per mancanza dei requisiti patrimoniali, si è verificato che le nuove compagini siano state ammesse, in base alla normativa federale, ai campionati

[28] A. GUIOTTO, *L'esercizio provvisorio della società calcistica fallita*, in *Fallimento*, 2018, 762; P.D. BELTRAMI, *Il fallimento cit.*, 347.

dilettantistici [29] e le escluse sono state dichiarate insolventi solo molto tempo dopo.
Si sono persino verificati casi in cui gli stessi *clubs* nella loro storia siano andati più volte in *default*, con sorti diverse a secondo delle procedure seguite dalle parti e per l'effetto dai Tribunali fallimentari. Si pensi al riguardo ai casi del *Calcio Monza Spa* fallito nel 2004 durante il campionato con conseguente esercizio provvisorio e cessione unitaria, a differenza di quanto accaduto successivamente con il fallimento dell'*Ac Monza Brianza 1912 Spa*, con la ripartenza dai dilettanti della nuova compagine[30], oppure al caso della *A.S. Bari Spa* nel 2014 gestita dal curatore dopo l'autofallimento, a differenza di quanto accaduto per il *Football Club Bari 1908 Spa* nel 2018,[31] o ancora al *Parma AC* gestita nel perimetro dell'Amministrazione

[29] Si pensi alle esclusioni per mancanza dei requisiti patrimoniali e finanziari dell'*A.C. Siena SpA* erede del club nato nel 1904, e del *Calcio Padova SpA*, che non essendo fallite in corso di campionato, si sono iscritte alla serie D per la stagione 2014\2015.

[30] Il Tribunale di Monza, il 18 marzo del 2004 dichiarava il fallimento della società *Calcio Monza SpA* disponendo l'esercizio provvisorio, reso possibile dai crediti vantati verso la Lega Calcio di serie C, nominando due curatori fallimentari. Prima della nuova stagione alla terza asta, svoltasi il 3 giugno 2004, l'imprenditore bergamasco Begnini acquisiva l'azienda. Il Tribunale di Monza con decreto del 17 giugno 2004, trasferiva a seguito di vendita senza incanto dal fallimento *Calcio Monza SpA* all'*Associazione Calcio Monza Brianza 1912 SpA*, il complesso aziendale della società, ivi compresi calciatori e diritto all'utilizzo dello stadio. Conseguentemente la Figc con delibera del 30 giugno 2004 affiliava la cessionaria, mantenendo in capo alla stessa i diritti derivanti dalla anzianità di affiliazione della società fallita ed autorizzava il trasferimento dell'azienda con particolare riferimento a titolo sportivo e parco tesserati (al riguardo cfr. G. SCHIAVON, *Profili dell'insolvenza delle società sportive, anche alla luce del cosiddetto Lodo Petrucci,* in *Dir. Fall*. 2004, 295 ss. Con ordinanza del 27 maggio 2004, il Tribunale ha disposto la vendita dell'azienda motivando tale decisione con la necessità di garantire "…il miglior risultato sul piano prettamente economico dei valori realizzabili e quindi rispondente all'interesse della massa dei creditori, assicurando nel contempo la continuità dell'attività già oggetto dell'impresa fallita …e la tutela dell'interesse dei dipendenti alla prosecuzione del rapporto di lavoro nonché con riferimento all'aspettativa diffusa (certamente non qualificata sul piano giuridico ma non per questo non meritevole di considerazione sia pure nel limite della compatibilità con le finalità prevalenti di una procedura concorsuale) alla conservazione della squadra di calcio ….".La società acquirente cambiava il nome alla compagine, in omaggio alla nuova Provincia di Monza, in l'*A.c. Monza Brianza 1912*, la quale veniva a sua volta dichiarata fallita ed estromessa dal calcio professionistico al termine della stagione 2014-2015. Rifondata nel 2015 come *Società Sportiva Dilettantistica Monza 1912*, come erede sostanziale della tradizione sportiva iniziata il 1º settembre 1912 con la fondazione del *Monza Foot Ball Club*, doveva iscriversi come nuova affiliata ai dilettanti ed il 1º luglio 2019 modificava la denominazione societaria *Associazione Calcio Monza*.

[31] Ci riferiamo in particolare al fallimento dell'*A.S. Bari Spa* (Trib. Bari, 10 marzo 2014 n. 31) fondata nel 1928, la cui azienda dopo l'esercizio provvisorio della curatela è stata venduta alla fine del campionato. Nel febbraio 2014 l'*A.S. Bari*, con circa 30 milioni di euro di debiti, ricorreva al tribunale del capoluogo pugliese per ottenere l'auto-fallimento, dichiarato il 10 marzo dello stesso anno, al fine di consentire l'applicazione della norma federale. Il 23 maggio 2014 l'azienda, comprese prima squadra, formazioni giovanili e titolo sportivo, veniva ceduta all'asta al *Football Club Bari 1908* rappresentato dall'*ex* arbitro Gianluca Paparesta, che diveniva il nuovo presidente. Nel giugno del 2016 l'imprenditore Cosmo Antonio Giancaspro, già socio di minoranza del Bari Calcio dal dicembre 2015, ne diveniva amministratore unico, quale unico sottoscrittore dell'aumento di capitale sociale deliberato in precedenza. Dopo aver disputato quattro campionati in Serie B, il 16 luglio 2018 la società, con un debito di 12 milioni di euro, veniva esclusa dal successivo campionato cadetto a causa della mancata ricapitalizzazione e del mancato fallimento tempestivo. Il titolo sportivo e tutti gli atleti, che il club aveva ereditato quattro anni prima dalla vecchia *A.S. Bari*, venivano perduti. Il *Football Club Bari 1908* sarà poi dichiarato fallito dal Tribunale il 15 gennaio 2019. Il 1º agosto 2018 il sindaco di Bari aveva individuato la nuova *S.S.C. Bari Spa* cui assegnare il titolo sportivo di Serie D, concesso dalla FIGC in virtù della tradizione sportiva biancorossa (art. 52, Noif), la cui

ISSN 2036-7821

straordinaria[32], contrariamente a quanto accaduto col fallimento *Parma Football Club* nel 2015 e la conseguente iscrizione in serie D della *S.S.D. Parma Calcio 1913* [33].
Sulle antinomie e criticità delle norme sportive, contrarie ai principi di diritto comune, ci soffermeremo nei prossimi paragrafi, qui è sufficiente rimarcare che i tribunali, pur sulla base di principi smentiti da varie corti in sede di gravame, hanno preferito in genere applicare le regole federali, fino al punto, in alcuni casi di disporre persino una sorta di *esercizio provvisorio* anticipato, come ad esempio nel caso del *Vicenza Calcio spa,* con modalità perdippiù assai opinabili[34]. I giudici, in quel caso, hanno applicato le regole sportive quasi che non fossero soggette all'ordinamento giuridico statale affermando che la dichiarazione di insolvenza "comporta, *ex* art. 16 Noif, la revoca immediata della affiliazione e, di conseguenza, la perdita della titolarità del titolo sportivo" e che "la revoca dell'affiliazione comporta, inoltre, a

azionista è la Filmauro S.r.l., già proprietaria dal 2004 del *Calcio Napoli*. Presidente della *Società Sportiva Calcio Bari* veniva nominato Luigi De Laurentiis, con le implicazioni riguardanti la c.d. pluriproprietà di società di calcio (al riguardo cfr. F.R. FIMMANÒ, *Il fenomeno delle "multi-club ownerships" MCO. Le pluriproprietà delle società di calcio*, in *Riv. dir. sport*., 2022, 2 ss.).

[32] In occasione dei celebri *crack* Parmalat e Cirio e con essi delle collegate società Lazio e Parma calcio, il *Wall Street Journal Europe* rappresentò l'intreccio, anche un pò provinciale, di interessi finanziari, industriali, politici e sportivi, richiamando Lorenzo dé Medici e facendone un paragone con le complicità che hanno creato i mostri Parmalat e Cirio e ravvisava nello scandalo peculiarità tipicamente italiane con al centro le figure di questa sorta di baroni, adulati spesso senza ritegno indipendentemente dalla effettiva abilità imprenditoriale, e la cui manifestazione più eclatante e provinciale è emblematicamente rappresentata dal possesso della squadra calcistica cittadina (già in F. FIMMANÒ, *I gap di informazione e controllo nei crac Cirio e Parmalat e le prospettive di riforma*, in *Società*, 2004, n. 4).

[33] Nell'ambito dell'amministrazione straordinaria del gruppo Parmalat, per il quale fu coniata la *c.d. Legge Marzano*, il Parma Calcio è stato gestito in continuità per lungo tempo nel perimetro della procedura concorsuale per poi essere ceduto. In particolare il 25 giugno 2004, per evitare la ripartenza dai dilettanti, nasce il *Parma Football Club Spa*, conferitaria di i diritti del *Parma AC*. La nuova società, a cui furono trasferiti anche i debiti sportivi del *Parma AC*, temporaneamente proprietaria del nuovo club, venne posta in amministrazione straordinaria da parte del Commissario straordinario Enrico Bondi in attesa di un compratore (al riguardo cfr. G. SCHIAVON, *Il caso del Parma calcio: distonia applicativa dei principi di diritto concorsuale in sede di giustizia sportiva?*, in *Dir. fall*., 2004, 1123). Il club così passò dalla procedura concorsuale al nuovo azionista (Tommaso Ghilardi) il 24 gennaio 2007. Successivamente il 19 marzo 2015 veniva dichiarata fallita la *Parma Football Club Spa* ceduta dall'Amministrazione straordinaria qualche anno prima e nonostante l'esercizio provvisorio, la curatela non riusciva a cedere l'azienda entro il termine previsto per l'iscrizione ai campionati per mancanza di interessati. Così il 27 luglio 2015 una nuova società, la *Parma Calcio 1913*, veniva affiliata alla Federcalcio e ammessa in sovrannumero in Serie D, in rappresentanza della città di Parma. Il nuovo *club* posseduto da due società: *Nuovo Inizio* (partecipata da imprenditori locali) e *Parma Partecipazioni Calcistiche* (partecipata da tifosi). Dopo una sola stagione tra i dilettanti, il 17 aprile 2016, il *club* ritornò tra i professionisti e nel 2017 dopo la conquista della Serie B venne ceduto al gruppo cinese *Desports* (già titolare di altri clubs come *Granada* e *Chongqing Lifan*, e socio minoritario dei *Minnesota T'wolves*) approdando infine in Serie A. Frattanto sul piano societario, nell'ottobre 2018, in concomitanza col disimpegno dal settore delle società cinesi, la società *Nuovo Inizio* riassunse il controllo fino al settembre 2020, quando il gruppo statunitense *Krause* divenne azionista di maggioranza.

[34] Trib. Vicenza 15 gennaio 2018 (decreto) e 18 gennaio 2018 (sentenza), in *Giur comm*., II, 2018, 758 ss., con nota di F. FIMMANÒ, *Fallimento della società di Calcio, nomina cautelare del "pre-curatore" ed effetti sull'ordinamento sportivo.* Il *Vicenza Calcio*, iscritto alla Lega Pro e fallito nel gennaio del 2018, dopo che la curatela aveva ceduto nel giugno 2018 (al termine della stagione) l'azienda comprensiva del titolo sportivo, è stato iscritto nuovamente alla Serie C per la stagione 2018-19.

ISSN 2036-7821

norma dell'art. 110 delle Noif, anche l'immediato svincolo d'autorità dei calciatori" con il conseguente azzeramento del principale *asset* del *club*.
Se può essere vero che in corso di campionato la migliore soluzione sia l'esercizio dell'impresa ad opera del curatore, al contrario non è condivisibile l'impostazione secondo cui la liquidazione giudiziale, in assenza dell'esercizio, produca di per sé stessa la revoca dell'affiliazione, la perdita del titolo sportivo e lo svincolo "d'autorità" dei lavoratori-calciatori. Ciò in quanto non si può *obliare* il primato di norme imperative dettate dal legislatore a tutela dei diritti soggettivi dei creditori rispetto ad interessi particolari e settoriali del sub-ordinamento del calcio.

4. La circolazione dell'azienda e la sorte del titolo sportivo.

Il quadro che abbiamo delineato fino alle ultime modifiche alle Noif è l'effetto di una lunga storia in cui - grazie anche alle controversie giudiziarie - è emerso che l'azienda ed il relativo titolo sportivo (ovvero del diritto al riconoscimento *delle condizioni tecnico-sportive*) non può essere di fatto sottratta al patrimonio dell'impresa in virtù di mere norme sportive, visto che peraltro l'unitarietà produttiva va sempre tutelato anche nell'interesse dell'ordinamento del calcio.
L'azienda come complesso di beni e rapporti, organizzato mediante l'attività di coordinamento dell'imprenditore, deve, infatti, essere considerata come una realtà che si estingue solo a causa della disgregazione dei fattori della produzione e non certo per effetto di altri eventi [35], semmai previsti solo dalle norme sportive.
Al fine di evitare la disgregazione, come anticipato, il codice della crisi prevede accanto all'esercizio dell'impresa ad opera del curatore, l'affitto dell'azienda e la gestione mediante veicoli societari appositamente creati. Il citato comma 6 *ter* dell'art. 16 delle Noif, prevede che il Consiglio Federale delibera la revoca della affiliazione in caso di ricorso ad istituti di regolazione della crisi o dell'insolvenza previsti dal codice che presuppongano procedure in continuità aziendale "indiretta" e quindi che comportino l'esercizio dell'impresa, in qualsiasi forma, da parte di soggetto diverso dal debitore (escludendo in questo modo l'affitto dell'azienda endoconcorsuale).
Tuttavia la stessa norma, nell'escludere l'affitto, all'ultimo comma sancisce "che sono fatte salve le disposizioni di cui all'art. 20 delle Noif in materia di conferimento di azienda". Tale disposizione prevede l'ipotesi della conservazione del titolo sportivo in presenza di vicende circolatorie dell'azienda della società sportiva che ne sia titolare, nelle forme della fusione, di scissione o, appunto, del *conferimento in conto capitale* [36]. In particolare si legge che in caso di "di conferimento dell'azienda sportiva in altra società interamente posseduta dalla società conferente, l'approvazione può

[35] Cfr. Cass. 9 giugno 1981, n. 3723, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2492.
[36] La norma parlando di conferimento in conto capitale, implicitamente già comprende l'ipotesi del conferimento in natura del *godimento* dell'azienda, fattispecie sostanzialmente identica a quella dell'affitto (che continua ingiustificatamente a non essere contemplato dalle norme federali).

ISSN 2036-7821

essere concessa, a condizione che sia preservata l'unitarietà dell'intera azienda sportiva e sia garantita la regolarità e il proseguimento dell'attività sportiva".

Orbene, la norma federale - forse involontariamente – ammette, almeno in linea teorica, la sostanziale "continuità indiretta" mediante l'operazione prevista dal comma 7 dell'art. 214, c.c.i.i., secondo cui il curatore può procedere alla liquidazione dell'attivo anche mediante il conferimento in una o più società, eventualmente di nuova costituzione, dell'azienda o di rami della stessa, ovvero di beni o crediti, con i relativi rapporti contrattuali in corso, esclusa la responsabilità dell'alienante ai sensi dell'articolo 2560 c.c. [37].

In buona sostanza il curatore potrebbe essere autorizzato - dopo averlo eventualmente previsto nel programma di liquidazione e col parere favorevole del comitato dei creditori - a conferire l'azienda sportiva in una società che diverrebbe, almeno fino alla cessione, un veicolo dinamico anche per l'esercizio concreto dell'impresa calcistica con amministratori che rappresentino una diretta promanazione della procedura e che si può iscrivere al campionato sussistendone i requisiti richiesti [38].

Resta invece inibita la circolazione dell'azienda tra imprese *in bonis* e nell'ambito delle procedure concorsuali con l'eccezione della vendita ad opera della liquidazione giudiziale, dopo l'eventuale esercizio diretto dell'impresa ad opera del curatore entro il termine fissato per la presentazione della domanda di iscrizione al campionato successivo [39].

---

[37] In alternativa alla vendita delle partecipazioni sociali, il curatore può soddisfare i creditori concorsuali mediante quell'assegnazione delle partecipazioni della società veicolo e in questo caso saremmo di fronte ad una liquidazione mediante conferimento in senso stretto. Al riguardo mi permetto di rinviare a F. FIMMANÒ *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc.*, 2010, 155 ss.

[38] Si tratta di un'operazione analoga a quella realizzata nell'ambito dell'Amministrazione straordinaria della Parmalat. Le ragioni economiche di una scelta di questo tipo possono risiedere nella riduzione dei costi di transazione e nelle normali *controindicazioni* all'esercizio dell'impresa ed all'*affitto endoliquidatorio*. La segregazione attuata con la costituzione di un apposito veicolo societario evita le potenziali conseguenze negative derivanti dall'assunzione di debiti in prededuzione che potrebbero, nel caso in cui l'attività economica gestita dal curatore andasse male, pregiudicare in modo irreversibile la massa. Dall'altro lato l'affitto può presentare l'oggettivo svantaggio che l'affittuario (in linea di principio) non ha in genere particolare interesse a valorizzare l'azienda, anzi ha un potenziale interesse a deprimerne il valore, in modo da evitare che il prezzo di vendita lieviti troppo in relazione ad una procedura competitiva alla quale comunque è rimessa la liquidazione anche nel caso in cui gli venga riconosciuto il diritto di prelazione in via convenzionale o legale (prelazione che comunque rimane un mero diritto ad essere preferito a parità di condizioni). Inoltre la gestione mediante una società direttamente controllata consente quegli interventi per così dire "autoritativi", fino ad arrivare all'interruzione nei casi in cui la prosecuzione si presenti dannosa per i creditori o per la vendita, che in caso di affitto non è possibile obbligando gli organi a ricorrere all'autorità giudiziaria in sede contenziosa. Rispetto alla gestione diretta, inoltre, il conferimento in una *newco* agevola sensibilmente la possibilità di finanziare l'attività di impresa (specie in un settore come quello sportivo) o comunque di avere credito dai fornitori, incentivati altrimenti dalla sola collocazione in prededuzione in un contesto tipicamente caratterizzato dalla carenza di liquidità della procedura.

[39] Invero già prima della riforma la giurisprudenza aveva affermato che: "in caso di messa in liquidazione di una società calcistica per gravi irregolarità di gestione, i liquidatori possono essere autorizzati dal tribunale a continuare l'esercizio dell'attività dell'impresa calcistica al fine di far completare alla squadra il campionato intrapreso, non ricadendo tale attività nel divieto di nuove operazioni di cui all'art. 2279 c.c. richiamato

ISSN 2036-7821

Tale divieto è evidentemente contrario alle norme dell'ordinamento giuridico come lo erano le regole precedenti che, come vedremo, prevedevano l'assegnazione gratuita del titolo sportivo. Difatti l'azienda, anche quella sportiva, è qualificabile come una pluralità di beni unificati dalla unitaria destinazione produttiva, ed in quanto tale, oggetto di rapporti di diritto pubblico e di diritto privato. Essa è presa in considerazione dalla legge proprio in vista della sua circolazione, volontaria o coattiva che sia. Il complesso produttivo oggetto della circolazione è costituito da beni materiali, immateriali e da rapporti giuridici che talora *non possono essere esclusi*, come nel caso del titolo appartenente ad una squadra di calcio [40].

Orbene la natura del titolo sportivo, ovvero del diritto al riconoscimento delle condizioni tecniche e sportive che, laddove ricorrano i requisiti di carattere patrimoniale e finanziario, permette l'iscrizione al campionato di competenza, è, un diritto potestativo assoggettato ad un accertamento dei presupposti [41]. Questo tipo di autorizzazione non ha natura di concessione amministrativa ma di autorizzazione costitutiva, ossia crea nel privato una situazione giuridica che non deriva dalla sfera dell'ente pubblico[42]. In questo senso il diritto alla partecipazione al campionato in

---

dall'art. 2452 c.c., e potendo altresì configurarsi la ricorrenza di un danno grave e irreparabile per la società nell'interruzione dell'attività" (Trib. Catania, 21 maggio 1992, Soc. Catania calcio, in *Vita not.*,1993,355).

[40] Pret. Foggia 11 febbraio 1995, in *Dir. fall.*, 1985, II, 625, ha ritenuto che si configurasse trasferimento d'azienda con conseguente applicazione del 2112, c.c., nel caso di trasferimento dei soli calciatori e del titolo sportivo; **Corte d'Appello di Torino, 28 ottobre 2008 – rel. Peyron. - B.P.M. c. Torino F.C. S.p.a., con nota di F.FIMMANÒ,** *L'assegnazione del titolo sportivo come trasferimento coattivo e senza indennizzo dell'azienda calcistica,* in *Società*, 2009, 299.

[41] Assimilabile a ciò che si verifica ad esempio nell'autorizzazione amministrativa all'esercizio farmaceutico cioè alla titolarità di una farmacia, cosa diversa dalla legittimazione, visto che nel nostro ordinamento il servizio farmaceutico non è riservato all'autorità pubblica in regime di monopolio. E nessuno dubita della trasferibilità dell'azienda farmacia comprensiva dell'autorizzazione, come nessuno dubita che il trasferimento della farmacia senza autorizzazione si traduce nella cessione di una mera somma di beni e rapporti. È ovvio poi che la P.A. (come per la Federcalcio in quanto delegata dal Coni) dovrà verificare la sussistenza dei requisiti di farmacista in capo al cessionario, così come è necessario che la Federazione verifichi la sussistenza dei requisiti della società sportiva affiliata cessionaria ai fini dell'iscrizione al campionato. Ma pure se avesse altra natura giuridica, alla luce di quanto detto, è inimmaginabile che si possa attribuire a terzi prima di aver accertato la disgregazione irreversibile dell'azienda di cui fa parte, con pregiudizio dei creditori della società dichiarata insolvente a cui apparteneva. Secondo una certa giurisprudenza - che si è espressa su tutt'altri temi (in ordine ad un'azione di responsabilità agli *ex* amministratori del *Napoli Calcio* fallito) - il titolo sportivo, pur facendo capo, in modo personalissimo ed esclusivo, soltanto alla società che l'ha conquistato sul campo, non si sostanzierebbe in una situazione giuridica di vantaggio alla società attribuita dall'ordinamento generale, ma in una qualità inerente allo *status* della società all'interno dell'ordinamento settoriale sportivo. Per l'effetto non potrebbe essere qualificato come bene ai sensi dell'art. 810 c.c., nè come diritto potestativo. Esso identificherebbe il merito sportivo, ossia la posizione acquistata dalla società sportiva sul campo, nel corso del campionato, appunto per merito sportivo, oggetto del riconoscimento da parte della Federcalcio delle condizioni tecniche sportive che consentono, concorrendo gli altri requisiti previsti dalle norme federali, la partecipazione di una società ad un determinato campionato (Trib. Napoli 25 febbraio 2010, in *Società*, 2011, 769 ss., con nota di C. SOTTORIVA, *La qualificazione del c.d. "titolo sportivo" nel trasferimento d'azienda nell'ambito di procedure concorsuali)*.

[42] La iscrizione al campionato della categoria conquistata sul campo configura una ipotesi di accertamento costitutivo: ovvero la Federazione deve limitarsi ad accertare l'esistenza delle condizioni tecniche e sportive (organizzazione, rapporti di lavoro con i calciatori, diritto a disputare le partite in un impianto adeguato, diritto a

ISSN 2036-7821

presenza dei requisititi e della legittimazione è una imprescindibile componente aziendale, che circola unitamente alle altre prerogative, attribuendo al cessionario il diritto all'accertamento costitutivo dell'iscrizione al campionato indipendentemente dalla forma del trasferimento che deve poter avvenire anche a mezzo di affitto o di conferimento.

Discorso diverso è quello riguardante la impossibilità della circolazione del solo titolo, senza l'azienda di riferimento, fattispecie su cui una certa giurisprudenza ha fatto confusione [43]. La norma di cui al comma 2, dell'art. 52 Noif, secondo cui "in nessun caso il titolo sportivo può essere oggetto di valutazione economica o di cessione", va infatti interpretata nel senso che il diritto a partecipare ad un campionato (in presenza dei requisiti e delle legittimazioni) non può circolare autonomamente dal complesso dell'azienda calcistica, esattamente come accade per la ditta che a norma dell'art. 2565, c.c., non può essere trasferita separatamente dall'azienda. È chiaro che se l'azienda non esiste più e comunque non genera alcun interesse nel mercato diventa viceversa assegnabile a chicchessia. Tuttavia questa situazione non può derivare da mere scadenze temporali imposte dalle norme sportive ma deve scaturire dall'assenza di acquirenti e dalla effettiva disgregazione.

In realtà a monte del divieto di circolazione dell'azienda sportiva (comprensiva del diritto a partecipare ad un campionato professionistico), nei casi diversi da quelli previsti dalla norma sportiva ed in particolare dell'affitto, c'è la preoccupazione che questa pratica possa prestarsi ad abusi generalizzati e funzionare da *escamotage* per lasciare i debiti alla società locatrice e trasferire di fatto il titolo ad altra società appositamente creata seppure in godimento [44]. Tuttavia il potenziale abuso nell'utilizzo di un istituto di carattere generale, quale è l'affitto dell'azienda, abuso ben noto alla prassi fallimentare in settori diversi da quello sportivo, non può certo giustificare la inapplicabilità dello stesso alle società di calcio.

5. L'evoluzione delle Noif in tema di circolazione endoconcorsuale.

L'attuale disciplina federale riguardante la circolazione dell'azienda calcistica in crisi e l'assegnazione del titolo è, come anticipato, l'effetto di un lungo percorso che

partecipare ad una certa serie) e di quelle patrimoniali-finanziarie (eventualmente del cessionario dell'azienda sportiva), la cui complessiva ricorrenza genera il diritto alla partecipazione al campionato di calcio.

[43] Il T.A.R. Lazio nella vicenda Napoli ha avuto occasione di affermare alcuni principi, che non tenevano adeguatamente conto della pendenza della procedura concorsuale (TAR Lazio, 6 settembre 2004, n. 9668 in https://dirittocalcistico.it/2021/08/30/t-a-r-lazio-sentenza-n-96682004/).

[44] Non a caso nella citata ordinanza del 16 luglio 2004, il Tribunale di Napoli, precisò che "che soluzioni come quella prospettata dell'affitto di azienda non potranno mai essere utilizzate come strumento per lasciare alla società locatrice la gran parte della debitoria esonerando la società sportiva Calcio Napoli Spa dalla necessaria dimostrazione che la crisi economica in cui attualmente versa sia effettivamente transitoria e non irreversibile". Se, come affermano i giudici napoletani, scopo della procedura concorsuale è quello di tutelare le ragioni dei creditori, secondo criteri ispirati al principio della parità di trattamento, una linea diversa si risolverebbe "in un risultato di segno affatto opposto, paradossalmente favorendo, per una sorta di eterogenesi dei fini non trasparenti *operazioni e speculazioni finanziarie* in pregiudizio dei medesimi".

cominciò con il c.d. "lodo Petrucci" approvato dal Consiglio federale del 14 maggio 2004. La norma, ispirata dall'allora presidente del Coni Gianni Petrucci, era diretta a permettere alle società calcistiche, in crisi finanziaria e dichiarate insolventi, di far rivivere il loro titolo sportivo mediante l'assegnazione gratuita ad una nuova società, con il declassamento di una categoria.

Il precedente famoso, che poi avrebbe prodotto la regola codificata, era stato quello della *Associazione Calcio Fiorentina* Spa, retrocessa in Serie B nel 2002 e poi fallita, il cui titolo sportivo fu conferito a una nuova società, la *Florentia Viola Spa* [45], ammessa alla Serie C2 della stagione successiva su iniziativa della Federcalcio [46]. La gestione discrezionale del *caso Fiorentina* con tutte le polemiche che ne conseguirono, consigliarono l'elaborazione di una regola apposita per le insolvenze dei *clubs* professionistici, anche perché all'orizzonte si profilavano altri casi di imminenti collassi di società che avevano militato nel campionato di massima serie nazionale [47].

---

[45] Peraltro senza pagare i creditori in violazione dell'art. 2560, c.c., come accaduto nel caso della *Fiorentina Calcio* in virtù di un provvedimento *ad hoc,* in deroga alle stesse Noif di affiliazione della società *Florentia Viola.* A norma dell'art. 52 comma 7 "Le società non ammesse ai Campionati di Serie A, B o C1 potranno iscriversi al Campionato di Terza Categoria - Dilettanti".

[46] Dopo la retrocessione in serie B, il 1° agosto del 2002 la Figc, escluse dal campionato l'*Associazione Calcio Fiorentina Spa* e il tribunale civile di Firenze ne decretò il fallimento. Il neonato club *Fiorentina 1926 Florentia*, sorto per volontà dell'allora sindaco di Firenze, Leonardo Domenici e quasi subito rinominato *Florentia Viola*, fu autorizzato dalla Figc a iscriversi in Serie C2 al posto della *Cavese*, squadra retrocessa in Serie D dalla giustizia sportiva per «illecito sportivo» accaduto nel *play-out* disputato contro il *Nardò* e vinto col punteggio aggregato di 2-0, e assolta sei anni più tardi dalla giustizia ordinaria per insussistenza dei fatti imputati. La *Florentia* fu ammessa in C2 quale erede *de facto* della *Fiorentina*, vantando così una maggiore tradizione sportiva rispetto al Nardò, società quest'ultima che aveva chiesto, senza successo, il posto nella categoria perso dalla Cavese. Dopo aver vinto il campionato di Serie C2 2002-2003, per la stagione seguente la *Florentia*, in virtù di «meriti sportivi e territoriali», fu eccezionalmente ammessa d'ufficio direttamente in Serie B - vista l'iscrizione di 24 squadre in seguito al cosiddetto caso *Catania*- al posto del fallito *Cosenza*. Ciò avvenne nonostante il fatto che il sodalizio gigliato si sarebbe dovuto iscrivere in Serie C1, all'epoca la categoria immediatamente superiore a quella appena disputata, suscitando aspre proteste tra altre società già militanti nella categoria cadetta. Successivamente a seguito dell'acquisto dalla procedura fallimentare del logotipo della vecchia *Fiorentina* e del nome, venne richiamata "*ACF Fiorentina*" il 19 maggio del 2003.

[47] Il "lodo" sanciva che "in caso di non ammissione al campionato di serie A, B o C1, per mancato rispetto dei criteri economico-finanziari, di una società costituente espressione della tradizione sportiva italiana e con un radicamento nel territorio di appartenenza comprovato da una continuativa partecipazione anche in serie diverse, ai campionati professionistici di Serie A, B, C1 e C2 negli ultimi dieci anni, ovvero, da una partecipazione per almeno venticinque anni nell'ambito del calcio professionistico, la Figc, sentito il Sindaco della città interessata", poteva attribuire il titolo sportivo "inferiore di una categoria rispetto a quello di pertinenza della società non ammessa ad altra società, avente sede nella stessa città della società non ammessa, che sia in grado di fornire garanzie di solidità finanziaria e continuità aziendale...". La società esclusa doveva possedere dei meriti sportivi per poter consentire l'apertura del "lodo", ovvero una permanenza consecutiva di cinque anni nelle serie professionistiche o almeno quindici anni anche non consecutivi nel corso della propria storia (condizioni elevate nel 2008 a dieci anni consecutivi di permanenza nella Lega o, genericamente, venticinque stagioni nelle categorie professionistiche). Di contro, la società che subentrava non doveva avere alcun legame con quella decaduta e doveva presentare una serie di garanzie di solidità economica. La subentrante comunque non ereditava il marchio che poteva, in caso di successiva insolvenza della squadra esclusa, essere comunque acquistato all'asta, né tanto meno i calciatori che venivano tutti svincolati. In caso di più domande, era l'amministrazione comunale che si riservava di scegliere quale era più rappresentativa o meritevole di ereditare la storia sportiva

La norma federale fu oggetto di forti critiche per il fatto di aver dato vita a società improvvisate e create solo per sfruttare la tradizione sportiva dei precedenti club falliti, tanto che molte di esse furono subito cedute per speculare sulla differenza di valore a seguito dell'assegnazione del titolo o peggio ancora fallirono poco tempo dopo la loro fondazione.
Così il 20 maggio 2011 il presidente federale sospese i quattro commi che regolavano l'inserimento delle squadre non iscritte ai campionati professionistici, tra cui il comma che disciplinava l'applicazione del lodo, a seguito del blocco dei ripescaggi. La norma fu poi definitivamente abrogata il 27 maggio 2014 allorquando, in vista dell'imminente riforma dei campionati di Lega Pro, la Figc deliberò la generale ripartenza dalla Lega Nazionale Dilettanti di ogni squadra esclusa dai campionati professionistici.
Tuttavia nel periodo di vigenza è accaduto che per effetto dell'assegnazione di un titolo sportivo a società "*clone*" (come ad esempio *Salernitanta Calcio 1919* [48], *Perugia Calcio* [49], *Società Civile Campo Torino* [50]), appositamente costituite per svolgere nelle stesse città la medesima attività economica, per rivolgersi alla medesima clientela (tifosi della squadra cittadina) ed al medesimo bacino di utenza, queste hanno acquisito "*a titolo originario e gratuito*" i valori aziendali intangibili principali appartenenti alla vecchia società (la clientela, l'immagine, l'avviamento, il *Know how*, i colori sociali, il nome in genere storpiato con minimi cambiamenti [51]). In alcuni casi con l'ulteriore criticità (che ad esempio ha riguardato la squadra di Salerno nel 2005\2006) di avere due compagini sostanzialmente gemmate dal medesimo "ceppo storico" in due categorie diverse.
Tuttavia il caso sicuramente più famoso, nella vigenza del lodo Petrucci, fu quello della crisi della *Società Sportiva Calcio Napoli S.p.a.* e dei relativi provvedimenti del

---

cittadina. Originariamente aperto a tutte le società professionistiche, con la riforma del 2008 il lodo fu ristretto ai soli sodalizi appartenenti a serie A e serie B, con l'esclusione dunque di quelli della *Lega Pro*). Inoltre fu stabilito che le squadre beneficiarie fossero inserite nell'organico federale attraverso la *Lega Pro*, cui venivano iscritti i nuovi sodalizi (in serie C1 quelli rilevanti un titolo sportivo di A, e in serie C2 quelle che arrivavano dalla serie B)

[48] Al termine del campionato 2004/05, la *Salernitana Sport 1919 Spa*, non venne ammessa, per ragioni finanziarie, al campionato di Serie B. Subito dopo, attraverso il *lodo Petrucci*, il titolo venne assegnato ad una nuova società, la *Salernitana Calcio* 1919 Spa, che venne ammessa al campionato di serie C1 2005/2006. La *Salernitana Sport* ripartì dalla terza categoria, attraverso una selezione di giovani calciatori, ma il 19 luglio 2006 cessò definitivamente ogni attività sportiva in seguito alla dichiarazione di fallimento ad opera del Tribunale fallimentare di Salerno.

[49] A seguito del fallimento della società *Associazione Calcio Perugia S.p.A.*, militante in Serie B, venne costituita una nuova società, il *Perugia Calcio S.r.l.* (in seguito *Perugia Calcio S.p.A.*), che aderì al *lodo Petrucci* venendo ammessa al Campionato di Serie C1.

[50] La società fondata come *FC Torino* il 3 dicembre 1906, poi ridenominata *AC Torino* (e, in seguito, *Torino Calcio*), è stata dichiarata fallita il 17 novembre 2005 dopo l'esclusione dal campionato di serie A. La nuova società, fondata il 17 luglio 2005, veniva iscritta al campionato di B 2005\2206, con il nome provvisorio di *Società Civile Campo Torino*, poi modificato in *Torino FC* per effetto dell'acquisizione dei diritti sportivi e della denominazione dalla procedura fallimentare.

[51] Sul rapporto tra nome e bacino cfr. P. ZAGNOLI, *Il nome della società sportiva: identità territoriale, immagine e valorizzazione del marchio*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2006, 158 ss.

ISSN 2036-7821

Tribunale partenopeo [52]. La vicenda nacque proprio dalla inammissibilità dello strumento dell'affitto dell'azienda calcistica.

Il *Calcio Napoli* - fortemente indebitato e privo dei requisiti per l'iscrizione al campionato professionistico di serie B - aveva concesso in affitto ad altra società l'azienda sportiva di cui era titolare al fine di salvare il rilevantissimo valore del titolo di partecipazione al campionato, in pendenza di un ricorso di fallimento proposto dal pubblico ministero[53].

Prima di dichiarare l'insolvenza il tribunale, con un primo provvedimento, riteneva opportuno rinviare la decisione in attesa delle determinazioni della Figc sulla legittimità della *circolazione del titolo sportivo unitamente all'azienda* ed al fine di valutare le garanzie di soddisfacimento dei creditori anche non tesserati. In particolare i giudici partenopei rilevavano che se scopo della procedura concorsuale è quello di tutelare le ragioni dei creditori, secondo criteri ispirati al principio della parità di trattamento, la dichiarazione di fallimento si sarebbe risolta in un risultato di segno opposto, paradossalmente favorendo, per una sorta di eterogenesi dei fini non trasparenti operazioni e speculazioni finanziarie in pregiudizio dei medesimi. [54]

---

[52] Trib. Napoli 16 Luglio 2004 ord., in *Fallimento on line;* e Tribunale Napoli 2 agosto 2004, in *Dir. fall.,* II, 180 ss. con nota di C. ESPOSITO*).*

[53] Più precisamente nel marzo 2004 la *Società Napoli Sportiva S.p.A.* aveva presentato domanda di affiliazione alla Figc e che con scrittura privata del 30 giugno 2004 il *club* si impegnava a cedere in affitto alla *Napoli Sportiva S.p.A.* l'azienda da essa condotta subordinando l'efficacia degli obblighi da essa nascenti all'iscrizione al campionato di Serie B per la stagione 2004/2005 dell'affittuario. Con note del 2 e del 6 luglio 2004, la società *Napoli Sportiva S.p.A.* presentava domanda di iscrizione al Campionato di Serie B per la stagione 2004/2005. Con lettera del 7 luglio 2004, il Presidente federale comunicava alla *Napoli Sportiva* il rigetto dell'istanza di iscrizione al Campionato di Serie B in luogo della *Società Sportiva Calcio Napoli S.p.A.* per effetto del richiamato contratto di affitto d'azienda. La mancata iscrizione della *Napoli Sportiva* al Campionato di Serie B (secondo la ricostruzione operata in sede di procedimento arbitrale, avviato in data 9 luglio 2004, avanti il Collegio Arbitrale della Camera di Conciliazione e Arbitrato per lo Sport avverso la non ammissione al torneo di calcio professionistico di serie B della stessa), sarebbe stata la conseguenza del divieto di affitto, costituente illegittimo atto dispositivo del titolo sportivo. In particolare, il club evidenziava che il contratto di affitto di azienda non trasferiva dall'affittante all'affittuario la titolarità degli elementi che compongono l'azienda, bensì consentiva a quest'ultimo il godimento e lo sfruttamento commerciale dell'azienda oggetto di locazione; conseguentemente non si sarebbero realizzati effetti traslativi dell'azienda con conseguente inapplicabilità degli artt. 16, 20 e 52 delle Noif. Il Collegio Arbitrale, impregiudicata ogni valutazione sul merito della domanda di arbitrato, la riteneva inammissibile in quanto non preceduta dall'istanza di conciliazione (come previsto dall'art. 27 dello Statuto federale).

[54] Per il Tribunale, infatti, "la maggiore ricchezza patrimoniale di una società calcistica è per l'appunto il titolo sportivo il cui recupero alla massa per via giudiziaria, sicuramente perseguibile in forza del primato dell'ordinamento statuale, se per un verso si imporrebbe agli eventuali, futuri organi fallimentari, per altro, realisticamente, esigerebbe tempi forse incompatibili con quelli dell'iscrizione e della partecipazione al campionato di competenza". Il Tribunale partenopeo, in uno dei suoi provvedimenti, aveva escluso la possibilità di immaginare, anche con riferimento ai principi costituzionali di cui agli artt. 41, 42 e 47 Cost., che il titolo sportivo "potesse, senza neppure la previsione di un indennizzo, essere sottratto ai creditori dell'impresa fallita, in favore di un'organizzazione che, sorta al servizio dello sport e dei valori sportivi, si è andata da tempo trasformando in una mastodontica impresa dello spettacolo che movimenta affari e business miliardari, addirittura riferibili a società di capitali, alcune delle quali quotate in borsa. Il giudici avevano rilevato il preminente interesse dei creditori a conservare alla massa attiva il titolo " anche in considerazione del dato che appare in contrasto con l'ordinamento statuale in quanto giusta la normativa di cui all'art. 1/2 l. 17.10.2003 n. 280

ISSN 2036-7821

Il Presidente della Federcalcio, infatti, con nota del 7 luglio 2004, aveva affermato che «…l'operazione prefigurata nel contratto preliminare d'affitto d'azienda dando luogo al trasferimento ad altro soggetto del diritto di godimento del titolo sportivo appartenente alla Società Sportiva…. incorre nel divieto sancito dal combinato disposto di cui agli artt. 52-16, co. IV, lett. a) delle Noif. A tale conclusione sono pervenuto, sentiti i Vice Presidente Federali, nonché i competenti uffici ed i legali della F.I.G.C., in conformità alle conclusioni rappresentate nel parere pro-veritate reso sull'argomento dal prof. Carlo Angelici che ha espresso a sostegno della non autorizzabilità dell'operazione motivazioni giuridiche meritevoli di integrale adesione…».

Avverso tale decisione veniva adita la Camera di conciliazione e arbitrato per lo Sport, presso il Coni, competente secondo le norme federali per la risoluzione delle controversie relative all'iscrizione ai Campionati nazionali di calcio professionistico. Nelle more di quell'arbitrato, il Presidente federale aveva disposto lo svincolo d'autorità *ex* art. 110, comma 1 Noif, per i calciatori tesserati [55]. A seguito poi della sentenza di fallimento pubblicata il 2 agosto 2004, la Federcalcio, con diverso provvedimento del 5 agosto 2004, disponeva la revoca di diritto dell'affiliazione. La curatela fallimentare si costituiva nel giudizio arbitrale ma il Collegio in data 5 agosto 2004 dichiarava inammissibili ed infondati i gravami, confermando la legittimità della delibera del consiglio federale, i relativi pareri della Covisoc e della Coavisoc, nonché l'inefficacia dell'affitto d'azienda, peraltro sottoposto a condizione sospensiva[56].

A quel punto, il Tribunale di Napoli, con ordinanza cautelare richiesta dalla curatela del 10 agosto 2004, ordinava al Coni ed alla Figc di non disporre del titolo di partecipazione al Campionato di calcio di serie B per la stagione 2004/2005, né di attribuirlo a terzi. Nonostante ciò con deliberazione del Consiglio federale del 12 agosto 2004, la Federcalcio provvedeva al c.d. "ripescaggio", per l'organico, di altre

---

di conversione con modifica del D.L. 19.08.03 n. 220, sussiste la prevalenza dell'ordinamento statale nei casi (come è sicuramente quello in esame) di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo …. considerato che nel caso del fallimento della società *Calcio Napoli S.p.A.* (società professionistica, organizzata come società di capitali) il titolo costituisce, se non l'unico, sicuramente il principale bene patrimoniale, e comunque un elemento imprescindibile dell'azienda calcistica di cui la curatela è titolare, dalla cui liquidazione è prevedibile l'acquisizione di un attivo tale da garantire un'ampia possibilità di riparto …" (Trib. Napoli 2 agosto, 2004, cit.).

[55] Provvedimento di cui al C.U. n. 42/A del 27 luglio 2004 (emanato in base alla delibera assunta dal Consiglio Federale in pari data sulla non ammissione al Campionato di competenza, tra le altre squadre, anche della Società affittuaria).

[56] Nel caso della società *Calcio Como s.r.l.*, dichiarata fallita con sentenza del Tribunale di Como in data 22 dicembre 2004 e autorizzata all'esercizio provvisorio sino al termine della stagione sportiva 2004/2005, il Collegio Arbitrale della Camera di Conciliazione e Arbitrato per lo Sport (5 agosto 2005) ha evidenziato che il titolo sportivo di una società, ai sensi dell'art. 52, comma 3, (nel testo antecedente il C.U. 221/A del 13 giugno 2005), delle Noif, può essere attribuito ad altra società previo parere vincolante della Covisoc, che nel caso del Napoli era stato negativo.

ISSN 2036-7821

due Società. La curatela, ritenendo tale statuizione elusiva dell'ordine del Giudice civile, otteneva in data 13 agosto 2004, un decreto dal Tribunale di Napoli, recante l'ordine di sospensione, tra l'altro, del Campionato di calcio di serie B.
Le vicende giudiziarie, sempre più intricate, furono poi risolte, con una transazione nota appunto come "*lodo Napoli*", con il riconoscimento da parte della Federcalcio alla procedura concorsuale del diritto di cedere l'azienda calcistica partenopea e con l'attribuzione ad opera della stessa FIGC alla società cessionaria dell'azienda del titolo sportivo per partecipare al campionato della serie inferiore C1 [57].

6. Le persistenti criticità successive alla modifica delle Noif.

A seguito del caso giudiziario del *Napoli calcio* e della relativa soluzione transattiva le Noif furono modificate [58] in modo sostanziale. In particolare il nuovo testo dell'art. 52, comma 3, Noif - all'esito del c.d. *lodo Napoli* - sanciva per la prima volta che il titolo di una società cui fosse stata revocata l'affiliazione poteva essere attribuito ad altra società, a condizione che la subentrante dimostrasse, tra gli altri, di aver acquisito l'intera azienda della società insolvente in uno al titolo sportivo, fermo restando il controllo tecnico organizzativo della Federcalcio per la definitiva attribuzione del titolo stesso [59].

---

[57] La procedura concorsuale cedette l'azienda alla "*Napoli Soccer Spa*", società neocostituita dal gruppo Filmauro cui la Federazione assegnò il titolo, che successivamente avrebbe poi ripreso il nome originario di *Società sportiva Calcio Napoli Spa*, a seguito della riacquisizione dalla curatela all'asta anche degli storici trofei. Ci fu poi una ulteriore coda giudiziaria l'anno successivo legata al contratto di acquisto dalla procedura (che prevedeva un "bonus" in caso di promozione in categorie superiori negli anni successivi) a seguito di una impugnativa ad opera della curatela dei ripescaggi nella categoria superiore. La giurisprudenza amministrativa nel caso dei ripescaggi del 2005 affermò che "deve escludersi l'esperibilità del rimedio ex art. 2900 c.c. da parte del Fallimento mancando in capo alla società il requisito dell'essere titolare di un diritto o azione di natura patrimoniale (Tar Lazio Roma 7 giugno 2013 n. 5744, in *Foro amm. TAR*, 2013, 6). Analogamente la Cassazione ha statuito che "La domanda di risarcimento del danno, proposta avverso la Figc e la Commissione di vigilanza delle società calcistiche (Covisoc) per l'illegittima ammissione, da parte della Federazione, pur in mancanza dei requisiti prescritti, di altra società calcistica al campionato di calcio di Serie A, dalla quale sia derivato il mancato "ripescaggio" della società attrice, retrocessa in Serie B, è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 3 d.l. 19 agosto 2003 n. 220 (convertito nella l. 17 ottobre 2003 n. 280). Costituisce, al contrario, una controversia fra soggetti privati, devoluta al g.o., quella avente ad oggetto la domanda di risarcimento del danno, avanzata contro i singoli componenti della federazione sportiva e della Covisoc, nonché contro la società calcistica concorrente ed i suoi amministratori, per i comportamenti illeciti loro ascritti, che quell'illegittima iscrizione avrebbero indotto" (Cass., sez. un. 22 novembre 2010, n. 23598, in *Foro it.*, 2011, 10, I, 2602).

[58] Sulle modifiche introdotte alle Noif nel 2005, con il comunicato 221\A del 13 giugno 2005 e per una analisi delle varie insolvenze fino a quella fase cfr. P. BELLAMIO, *La stagione delle insolvenze nel calcio. Occasione per un cambiamento*, *Dir. fall.*, 2005, 719.

[59] Ma vi è di più: nei commi 7, 8 e 9, dell'art. 52 (*ora abrogati*), si sanciva che anche nelle ipotesi in cui lo stato di insolvenza fosse accertato o dichiarato, era la procedura concorsuale ad individuare la società assegnataria dell'azienda. Le Noif prevedevano una procedura di assegnazione del titolo alla categoria subito inferiore che implicava la negoziazione dell'azienda in uno al titolo della categoria da parte della procedura fallimentare. Tutto ciò determinava l'acquisibilità all'attivo della procedura dei valori aziendali trasferiti, a prescindere dalle condizioni patrimoniali che l'acquirente corrispondesse alla Federazione quale "sacrificio di ingresso", sia esso

ISSN 2036-7821

Tuttavia nel modificare le Noif (in particolare gli artt. 16 e 52) per renderle conformi ai principi dell'ordinamento, la Federazione ometteva all'epoca di modificare il c.d. *lodo Petrucci* (comma 6 dell'art. 52), che continuava per l'effetto a consentire l'assegnazione del titolo ad una nuova società della medesima città, nel caso in cui la vecchia compagine fosse stata esclusa dai campionati professionistici, ma non fosse stata ancora dichiarata insolvente (con conseguente revoca dell'affiliazione) al momento dell'elaborazione dei calendari della nuova stagione. Non aveva alcun senso una regola in base alla quale in caso di tempestivo fallimento della società esclusa, fosse contemplato il necessario l'acquisto dell'azienda della fallita ai fini dell'attribuzione del titolo, ed invece nel caso di mancato fallimento o di fallimento intempestivo (successivo alla elaborazione dei calendari), fosse legittima l'attribuzione a titolo originario della partecipazione al campionato a terzi soggetti che non avessero avuto causa dalla vecchia società sportiva. Tanto più se si pensa che la "nuova" società avrebbe potuto iscriversi alla categoria inferiore sulla base dell'ottenimento sul campo da parte della "vecchia" società della categoria superiore e sulla base del presupposto dell'accertata sussistenza dei requisititi di *tradizione sportiva* (continuativa partecipazione, anche in serie diverse, ai campionati professionistici di Serie A, B, C1 e C2 negli ultimi dieci anni, ovvero, da una partecipazione per almeno venticinque anni nell'ambito del calcio professionistico). Requisiti evidentemente posseduti dalla vecchia società (e non dalla nuova) e che viceversa consentivano l'attribuzione della componente patrimoniale del titolo alla seconda *in via originaria* e *non derivativa* dalla prima.

La norma federale novellata era comunque *disarmonica* rispetto ai principi dell'ordinamento giuridico ed era potenzialmente in grado di generare un danno grave e irreparabile al patrimonio della società esclusa ed ai suoi creditori. È evidente, infatti, che la sottrazione improvvisa dei detti valori e l'attribuzione gratuita a titolo originario a terzi, determinava un *deficit* patrimoniale della società interessata che non potendo più partecipare alle competizioni federali professionistiche era destinata all'impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale e quindi, prima o poi, all'insolvenza [60].

---

rappresentato dal pagamento dei debiti sportivi ovvero da un contributo straordinario. Come accadeva rispettivamente per le ipotesi di cui agli abrogati commi 3 ovvero 7, 8 e 9 dell'art. 52, Noif.

[60] L'ordinamento giuridico non può consentire che i valori aziendali connessi al titolo sportivo, elemento infungibile ed indispensabile per l'azienda calcistica, possano essere sottratti alla massa dei creditori in virtù di un sub-ordinamento convenzionale in quanto l'unitarietà dell'azienda, o quanto meno dei suoi elementi essenziali, è *normativamente tutelata*. Un titolo sportivo legato alla città, alla storia, ai trofei, al bacino di utenza dei tifosi, non può essere attribuito a titolo originario e gratuito prescindendo dall'azienda della società dante causa, in quanto ciò violerebbe un principio fondamentale addirittura di rango costituzionale, con una sostanziale espropriazione senza indennizzo. Si è affermato che prima di dubitare della legittimità costituzionale di quelle norme, che comporterebbero appunto una sorta di "espropriazione forzata senza indennizzo", bisognerebbe accertarsi che il titolo sportivo appartenga alla società (per una critica alla soluzione positiva data dal diritto sportivo già all'epoca F. LUBRANO, *Ammissione ai campionati di calcio e titolo sportivo: un sistema da rivedere?*", in *A.G.E.*, 2/2005, 449 ss.). In realtà come si è visto il problema non è la proprietà del titolo, visto che pur volendo

ISSN 2036-7821

Ed infatti proprio sulla base di queste criticità è intervenuta negli anni successivi la giurisprudenza di merito che in particolare nei *casi Salernitana e Torino* ha riconosciuto che il trasferimento di fatto e coattivo dell'azienda, sotto forma di trasferimento della legittimazione a partecipare ad un campionato professionistico, ledesse i diritti soggettivi del *club* dante causa non ancora dichiarato insolvente o comunque dell'avente causa curatela fallimentare.

La Corte di appello di Torino riuscì, nella fattispecie, ad applicare le norme del codice civile senza disapplicare le norme organizzative interne federali ed anzi interpretando le stesse (ed in particolare il profilo della continuità) nel solco dei principi civilistici e nel quadro della unitarietà dell'ordinamento[61]. Si trattava di un

---

ritenere che non sia un diritto potestativo il quadro complessivo nella circolazione unitaria dell'azienda non cambia.

[61] **App. Torino, 28 ottobre 2008 – rel. Peyron. - B.P.M. c. Torino F.C. S.p.a. (**in *Società*, 2009, 299 con nota di F. **FIMMANÒ,** *L'assegnazione del titolo sportivo come trasferimento coattivo e senza indennizzo dell'azienda calcistica,* in *Società*, 2009, 299; in *Mass. giur. lav.*, 2009, 826, con nota di S. DE LUCA TAMAJO, *La mancata ammissione di una società al campionato di calcio e l'attribuzione del diritto all'iscrizione ad altra società configura un trasferimento d'azienda?*; in *Riv. giur. lav. prev.*, 2008, 423, con nota di M.D. FERRARA, *La conservazione dell'indennità aziendale nel trasferimento d'azienda*). In particolare la corte di Appello di Torino ha avuto modo di affermare, nel caso Torino, che il trasferimento del titolo sportivo da una società ad un'altra, attuato dalla Federcalcio ai sensi dell'art. 52 delle Noif, presuppone il mutamento di titolarità dell'attività economica organizzata preesistente e la conservazione in capo alla seconda società dell'identità della precedente, pur in assenza del trasferimento di beni materiali organizzati. Indipendentemente da un rapporto contrattuale diretto tra le due società, sussistevano pertanto nel caso di specie del *Torino calcio* i requisiti richiesti per il trasferimento d'azienda, con conseguente applicazione del regime inderogabile previsto a garanzia della prosecuzione del rapporto di lavoro e della conservazione dei diritti che ne derivano. Il titolo sportivo, per i giudici piemontesi, "non è solo un asettico riconoscimento da parte della Figc delle condizioni tecniche sportive che consentono, concorrendo gli altri requisiti previsti dalle norme federali, la partecipazione di una società ad un determinato Campionato ma è soprattutto un trasferimento del patrimonio immateriale della precedente società. E questo patrimonio non ha solo un valore di eredità morale bensì un rilevante valore economico costituito dalla possibilità di sfruttare economicamente la continuità (si pensi alle sponsorizzazioni, ai diritti per le riprese televisive etc.); non per nulla nella fattispecie la nuova squadra ha conservato il nome ed i colori della vecchia e la tifoseria ha trasferito la propria passione sportiva, come è dato notorio, alla nuova squadra, pur composta in gran parte da calciatori diversi. Il divieto di partecipazione alla nuova società di soggetti che abbiano ricoperto cariche sociali od abbiano avuto partecipazioni di rilievo nella vecchia società attiene alla discontinuità degli assetti proprietari ma non incide sulla continuità aziendale e sportiva". C'è da dire che nel caso del *Torino Calcio*, la sentenza della Corte di Appello è stata riformata in quanto la Cassazione ha ritenuto che agli specifici fini lavoristici, e quindi solo a quei fini e della disciplina di cui all'art. 2112 c.c. (non intaccando gli altri fondamentali principi espressi), "non integri la fattispecie trasferimento di azienda, l'assegnazione da parte della F.I.G.C. ad una diversa società, nel caso di esclusione di una società calcistica professionista dal campionato di serie A o B o C1, del titolo sportivo necessario per partecipare ad un campionato di serie immediatamente inferiore (inteso come riconoscimento delle condizioni tecnico-sportive che consentono la partecipazione ad esso), ma è necessario il trasferimento dall'una all'altra società dell'organizzazione di mezzi e servizi necessari per lo svolgimento dell'attività sportiva" (Cass., sez. lavoro, 8 luglio 2011 n. 15094 del 2011, Pres. De luca – Rel Ianniello, in *Riv. dir sport.*, 2012, 95 ss. con nota di R. RANUCCI, *Titolo sportivo e trasferimento d'azienda*; in *Riv. Dir. Econ. Sport*, VII, fasc. 2, 2011; in *Giust. civ.*, fasc. 12, 2011, 2824 ss., con nota di G. VIDIRI, *Società sportive e trasferimento d'azienda*). Per la Cassazione, secondo principi ormai consolidati, il trasferimento di azienda *ex* art. 2112 c.c. si verifica in ogni caso in cui, ferma restando nel suo nucleo essenziale l'organizzazione del complesso dei beni destinati all'esercizio dell'impresa, si verifichi la sostituzione del soggetto fisico o giuridico titolare qualunque sia il mezzo tecnico-giuridico attraverso ciò venga attuato. Tale sostituzione può verificarsi anche a seguito di un atto autoritativo della pubblica amministrazione e, sempre che

approccio che comunque evidenziava la persistente incapacità dell'ordinamento sportivo di «affrancarsi dal nefasto coacervo di regolamenti, pratiche e financo leggi speciali ad hoc che impedisce alle società calcistiche di rispettare una serie di condizioni ed obblighi (…) che costituiscono un presupposto essenziale per assicurare un corretto funzionamento della stessa impresa societaria» [62] nell'interesse del mercato.

Ancora più ricco di criticità fu il *caso Salernitana*. Dopo l'esclusione dell'originario *club* e l'assegnazione del titolo nella categoria inferiore ad una *newco* (la *Salernitana Sport Spa)* con il meccanismo del "lodo Petrucci" nel 2005, la originaria "*U.S. Salernitana Calcio*" continuò per un certo periodo a militare tra i dilettanti prima di essere dichiarata fallita l'anno successivo.

Nella fattispecie il Tribunale di Napoli ebbe modo di accertare l'appartenenza di tutti i segni distintivi del *club* al fallimento, condannando al risarcimento la società assegnataria del titolo e lasciando fuori il tema del titolo sportivo solo per questioni di giurisdizione, in quanto attribuita per materia al giudice amministrativo ed in particolare al Tar del Lazio [63].

---

si abbia un passaggio dei beni di non trascurabile entità, anche in due fasi per effetto dell'intermediazione di un terzo. Il trasferimento può riguardare anche un ramo dell'azienda, da intendersi ogni entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità, il che presuppone una preesistente realtà produttiva autonoma e funzionalmente esistente, e non anche una struttura produttiva creata *ad hoc* in occasione del trasferimento, o come tale identificata dalle parti del negozio traslativo. Per quanto riguarda poi la posizione dei lavoratori trasferiti è stato affermato che i mutamenti nella titolarità dell'azienda *ex* art. 2112 c.c. non interferiscono su rapporti di lavoro già intercorsi con il cedente, che continuano a tutti gli effetti con il cessionario, con la conseguenza che questi subentra in tutte le posizioni attive e passive facenti capo al cedente tanto da esercitare pure i poteri disciplinari inerenti il rapporto di lavoro per fatti precedenti la cessione dell'azienda; ed è stato più volte ribadito che nel trasferimento d'azienda non sia necessario il consenso dei dipendenti della impresa cedente non potendosi in materia applicare le regole della cessione del contratto *ex* art. 1406 ss. c.c.

[62] Così D. REGOLI, *Società sportive e quotazione*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 340; e prima nello stesso senso V. SPARANO, *La crisi delle società sportive di calcio (nella prospettiva del campionato 2002\2003*), in *Dir. fall.*, 2003, I, 898.

[63] Trib. Napoli del 18 aprile 2011 n. 6559, rel. Petruzziello, inedita, secondo cui la denominazione sociale Salernitana, i marchi denominativi registrati Salernitana, carta granata e quello figurativo avente ad oggetto l'ippocampo ritratto in uno scudetto recante la scritta 1919 costituiscono segni distintivi da sempre appartenuti alla società ora fallita. I predetti "segni distintivi hanno conseguito notorietà generale nel corso e per effetto dei numerosi decenni di attività calcistica della *Salernitana Sport spa*. Così come è da reputarsi priva di significato la circostanza che la vecchia Salernitana abbia cessato l'attività, prima per effetto del recesso dall'affiliazione alla Figc e poi a causa del fallimento, dal momento che la decadenza dal marchio per non uso si verifica solo dopo che l'uso dello stesso sia stato "sospeso per un periodo ininterrotto di cinque anni, salvo che il mancato uso non sia giustificato da un motivo legittimo" (art. 24 cod. p.i.), motivo legittimo in questo caso rappresentato dal sopraggiunto fallimento. La parola "calcio" è meramente descrittiva del settore di attività in cui opera ed è in questo senso affine alla parola "sport" presente nella denominazione dell'attrice, sicché la confondibilità non è eliminata (cfr. Cass. n. 6678 del 1987). Ma, soprattutto, si tratta di una parola generica, priva di qualsiasi attitudine individualizzante, incapace di divenire cuore od elemento centrale ed autenticamente distintivo della denominazione, come invece accade, tanto per esemplificare, per le denominazioni *Real Madrid* ed *Atletico Madrid*, che, pur contenendo l'identico riferimento geografico, riescono comunque a distinguere i due club grazie al fatto che la loro evocazione viene usualmente contratta utilizzando i termini, forti specifici ed individualizzanti, *Real* ed *Atletico*. Quanto poi alla parola *1919*, è stato sufficientemente dimostrato che essa indica ed evoca l'epoca in cui

I giudici invece esclusero ogni responsabilità della Federcalcio in quanto estranea alla condotta attiva di compartecipazione alla commissione degli illeciti della "nuova Salernitana", cui aveva attribuito il titolo sportivo nell'esercizio delle sue potestà regolamentari ed amministrative ed all'esito di una valutazione dei requisiti tecnico-finanziari-societari indicati nell'artt. 52 comma 6 delle Noif. La responsabilità della Figc veniva esclusa anche sotto il profilo *omissivo*, non potendosi configurare un dovere da parte della federazione di impedire la realizzazione della condotta commissiva da parte della nuova società, impedendone l'affiliazione ovvero consentendola solo dopo la cessazione dell'uso illecito dei segni distintivi. Siffatto dovere secondo il Tribunale "non incombeva sulla Federazione per effetto della disposizione - contenuta nell'art. 17 comma 1 delle Noif - in tema di tutela della priorità della denominazione all'atto dell'affiliazione, in quanto una norma interna, regolante i soli rapporti tra la Figc e le società affiliate nell'ambito normativo ed amministrativo di sua competenza, le cui interpretazione ed applicazione spettavano esclusivamente ad essa, ed erano sindacabili unicamente dal giudice amministrativo (perché attinenti, per l'appunto, all'affiliazione)". Infine, si legge nella sentenza che ove pure fosse nel caso concreto ravvisabile la giurisdizione del giudice ordinario (il che poteva accadere solo riconducendo all'area comportamentale l'omesso esercizio del dovere di salvaguardia della priorità della denominazione) avrebbe dovuto in ogni caso osservarsi che l'iscrizione delle due società "Salernitana" in due diversi campionati – uno professionistico e l'altro dilettantistico - aveva evidentemente indotto la Federcalcio ad escludere, a causa

è sorta la "vecchia" Salernitana, il che da un lato non elimina la confondibilità, anzi la rende ancor più concreta, inducendo a credere che si tratti di un club (*rectius*, del club salemitano) di antica tradizione, dall'altro rivela un intento autenticamente decettivo della società convenuta, laddove si consideri che, a differenza del frequente e per lo più innocuo inserimento di date risalenti nel tempo nei marchi di commercio finalizzato a trasmettere al consumatore la sensazione di trovarsi di fronte ad un prodotto frutto d'una tradizione industriale od artigianale consolidata e quindi affidabile, nel caso in esame la data appartiene o è comunque riconducibile alla storia calcistica e societaria della vecchia Salernitana, storia della quale la società convenuta, sorta pochi mesi fa, rivela l'intento, mediante quest'evocazione, di voler appropriarsi…. Deve quindi concludersi che la denominazione sociale, il marchio, i colori sociali ed ogni altro segno distintivo ad essi collegato, utilizzati dalla "nuova" Salernitana, sono illegittimamente adoperati". I giudici partenopei, in questo caso, affermarono in modo inequivocabile che non è ammissibile ipotizzare che la perdita del titolo sportivo, nel privare la società calcistica della sua clientela, potesse consentire ad altri di appropriarsi dei suoi cd. *intangibles*. L'indiscutibile valenza economica di questi ultimi e la loro autonoma rilevanza nella determinazione del valore complessivo del patrimonio dell'azienda calcistica imponevano di respingere una tesi siffatta che avrebbe vanificato le legittime aspettative liquidatorie non solo della società medesima ma soprattutto dei suoi creditori, espropriando in un sol colpo l'una e gli altri di entità immateriali e valori patrimoniali frutto di interi decenni di investimenti. Così il Tribunale accoglieva le domande della procedura concorsuale "sull'appartenenza ad essa soltanto della storica e quasi centenaria tradizione calcistica che accompagna il nome del *club Salernitana*. Nell'immaginario dei tifosi, che costituiscono la particolarissima clientela delle società calcistiche, questo nome evoca la storia della squadra e dei segni di cui è ed è stata proprietaria la società ora fallita, ed il colore granata riferito al calcio salemitano, colore di cui ora si fregia anche la società convenuta per vestire i suoi calciatori e contraddistinguere il suo marchio, rappresenta elemento distintivo e segno attrattivo della passione sportiva dei tifosi salemitani. Gli *intangibiles* in questione sono quindi patrimonio della società attrice, che detiene sugli stessi un diritto assoluto".

ISSN 2036-7821

dell'asimmetria determinatasi, la ricorrenza dell'esigenza di tutela, essendo il pericolo di militanza di entrambe le formazioni nel medesimo campionato o in campionati vicini solo potenziale.

7. Il quadro regolatorio vigente e la problematica dello svincolo degli atleti in caso di insolvenza.

All'esito di questo travagliato percorso, in cui le novelle alle norme federali sono state determinate dai descritti casi giudiziari, si è arrivati all'attuale assetto normativo di cui all'art. 52, comma 3 Noif, per cui il titolo sportivo di una società cui venga revocata l'affiliazione ai sensi dell'art. 16, comma 6, Noif, può essere attribuito, entro il termine del 10 giugno della stagione in corso, ad altra società con delibera del Presidente federale, previo parere vincolante della Covisoc (sostituita, come visto, dalla "*Commissione indipendente per la verifica dell'equilibrio economico e finanziario delle società sportive professionistiche*").

Tutto ciò laddove il titolo sportivo concerna un campionato professionistico ed a condizione che la nuova società, con sede nello stesso comune della precedente, dimostri nel termine perentorio di cinque giorni prima, esclusi i festivi, di detta scadenza: di avere acquisito l'intera azienda sportiva della società in liquidazione giudiziale; di avere ottenuto l'affiliazione federale; di essersi accollata e di avere assolto tutti i debiti sportivi della società cui è stata revocata l'affiliazione ovvero di averne garantito il pagamento mediante fideiussione a prima richiesta [64]; di possedere un adeguato patrimonio e risorse sufficienti a garantire il soddisfacimento degli oneri relativi al campionato di competenza; di aver depositato, per le società professionistiche, dichiarazione del legale rappresentante contenente l'impegno a garantire con fideiussione bancaria a prima richiesta[65] le obbligazioni derivanti dai contratti con i tesserati e dalle operazioni di acquisizione di calciatori [66].

Non vi sono più insomma distoniche differenze nel caso in cui la società venga dichiarata insolvente prima o dopo l'assegnazione del titolo, o vada in concordato od in mera liquidazione volontaria. V'è appunto una norma che *tendenzialmente* rispetta i principi dell'ordinamento giuridico e che evita conseguenze, come la perdita di categoria per l'acquirente, che possano danneggiare il patrimonio e con esso i terzi creditori.

---

[64] Rilasciata da istituti bancari, da società assicurative e da società iscritte all'Albo Unico ex art. 106 TUB, aventi i requisiti previsti per gli enti tenuti alla emissione delle fideiussioni, richieste dal Sistema delle Licenze Nazionali in ambito professionistico, nell'ultima versione pubblicata prima della presentazione della domanda di attribuzione del titolo sportivo.

[65]Il deposito della fideiussione è condizione per il rilascio del visto di esecutività dei contratti. I soci e gli amministratori della nuova società non devono aver ricoperto, negli ultimi 5 anni, il ruolo di socio, di amministratore e/o di dirigente con poteri di rappresentanza nell'ambito federale, in società destinatarie di provvedimenti di esclusione dal campionato di competenza o di revoca dell'affiliazione dalla FIGC".

[66] In tema: C. CANNELLA, *Il trasferimento del "titolo sportivo" di un club fallito nell'ordinamento sportivo e statuale*, in *Riv. dir. ec. sport*, 2017, 1, 168.

ISSN 2036-7821

L'unico caso di "assegnazione" del titolo rimane quello in cui la società in liquidazione giudiziale appartenga alla Lega Nazionale Dilettanti o partecipi al Campionato di Serie B Femminile e la nuova aspirante al titolo si accolli ed assolva gli eventuali debiti di quella insolvente alla quale viene revocata l'affiliazione (art. 52 comma 4) [67]. In tutti gli altri casi la Federcalcio, nel sovrintendere agli interessi dell'ordinamento sportivo, attribuisce il titolo all'acquirente dell'azienda dopo avere verificato che quell'aspettativa acquisita, con il complesso, possa divenire un diritto (il titolo) per avere soddisfatto i requisiti tecnico organizzativi[68].

Dunque la dichiarazione di insolvenza non produce più di fatto la perdita del titolo sportivo, a meno che non si verifichi quanto accade per ogni altra azienda ovvero il mancato interesse del mercato al relativo acquisto. Solo in quest'ultimo caso scatterà l'assegnazione del titolo in via originaria e non derivativa al soggetto aspirante a partire dai dilettanti. È quanto accaduto ad esempio nel 2022 per il *Calcio Catania Spa* in virtù della accertata mancanza di acquirenti e l'impossibilità di proseguire la gestione da parte della curatela [69].

Resta però il grave problema del breve lasso temporale entro cui la liquidazione giudiziale deve trasferire l'azienda, legato ai termini cogenti di iscrizione al campionato. Problematica che, come abbiamo anticipato, potrebbe essere risolta attraverso l'*affitto endoconcorsuale*. Tuttavia ciò non avviene e la *dead line* continua ad essere il termine per l'iscrizione al campionato di pertinenza senza che possa iscriversi l'affittuario o la curatela, pur in presenza dei requisiti patrimoniali. In linea teorica la norma sportiva lascia ora aperto solo il varco del conferimento in una *newco* di proprietà della procedura concorsuale dell'azienda calcistica, in attesa della vendita.

Resta contraria ai principi dell'ordinamento la norma sportiva che vieta l'affitto di azienda tra società *in bonis* oppure endoconcorsuale (anche in ambito concordatario),

[67] I soci e gli amministratori della nuova società non devono aver ricoperto, negli ultimi 5 anni, il ruolo di socio, di amministratore e/o di dirigente con poteri di rappresentanza nell'ambito federale, in società destinatarie di provvedimenti di esclusione dal campionato di competenza o di revoca dell'affiliazione dalla FIGC.

[68] Come accade ad esempio nel caso delle farmacie che possono essere trasferite solo a soggetti muniti di legittimazione e requisiti all'esito di una verifica, ed il trasferimento, non è valido se insieme al diritto di esercizio non venga alienata l'azienda commerciale connessa, pena la decadenza. Anche in quel caso non si pone il problema della proprietà del titolo ma il diritto potestativo in caso di circolazione. La procedura concorsuale (o comunque il dante causa) dispone dell'azienda in cui esiste il diritto potestativo incedibile ed "inassegnabile" autonomamente dall'intero complesso aziendale e la Federcalcio dispone del solo potere di riconoscere i requisiti tecnico-organizzativi in capo all'acquirente quale elemento ulteriore alla partecipazione al campionato.

[69] Il *Catania* è stato dichiarato insolvente il 22 dicembre del 2021 con un esercizio provvisorio prorogato fino al 19 aprile del 2022 ma poi revocato in virtù della decisione del tribunale etneo 10 giorni prima. Dopo due aste deserte e la decadenza a seguito dell'aggiudicazione alla terza per "inadempimento di pagamento integrale del corrispettivo" - e dopo avere chiesto invano un aiuto economico alla Figc e alla Lega Pro - il Tribunale ha disposto la cessazione dell'esercizio provvisorio, con la conseguente revoca dell'affiliazione e lo svincolo dei calciatori disposti da Federcalcio con comunicato 214/A del 9 aprile 2022. Nella fattispecie peraltro la revoca dell'esercizio provvisorio durante il campionato ha prodotto la esclusione e la conseguente variazione dei punti distribuiti nel torneo in modo che le gare della società etnea fossero in pratica come mai disputate.

ISSN 2036-7821

laddove il titolo sportivo è in fin dei conti una sorta di *asset contrattuale* (configurando la convenzione base con il sistema per esplicare l'attività economica dell'impresa sportiva) da salvaguardare secondo le regole generali dell'ordinamento, a cominciare da quelle contenute negli artt. 172 e ss. c.c.i.i.

Chiaramente stesso ragionamento va fatto per contratti di lavoro coi calciatori professionisti visto che anche in questo caso, a prescindere da ciò che sanciscono le Noif, l'ordinamento giuridico non può tollerare una norma sportiva che si ponga in contrasto col sistema di cui agli artt. 172 e ss, c.c.i.i. E quindi tali contratti con i calciatori professionisti, in quanto *asset* fondamentali dell'impresa insolvente, devono essere trattati secondo le regole del diritto comune. Viceversa l'art. 110 Noif sancisce che "nel caso in cui la società non prenda parte al Campionato di competenza, o se ne ritiri o ne venga esclusa, o ad essa sia revocata l'affiliazione, i calciatori e le calciatrici per la stessa tesserati/e, salvo casi eccezionali riconosciuti dal Presidente Federale, decadono d'autorità dal tesseramento". [70]

La giurisprudenza di merito, specie nei casi della *Sambenedettese* e del *Vicenza* [71], si è erroneamente allineata a questa disposizione, che al contrario non è conforme ai principi di diritto comune, visto che, specie in sede concorsuale, contrasta con le regole di cui all'art. 172 e ss, c.c.i.i., e produce un ingiustificato depauperamento della massa, se non addirittura una illecita sottrazione di valori al concorso [72].

---

[70] La norma aggiunge che in tali ipotesi, qualora il calciatore/calciatrice sia tesserato a titolo temporaneo per detta società, verrà ripristinato l'originario rapporto con la società cedente; sia stato trasferito a titolo temporaneo da detta società, il tesseramento temporaneo terminerà alla sua scadenza naturale. Ed inoltre che se le ipotesi previste nel precedente comma si verificano a Campionato già iniziato, i calciatori/calciatrici decaduti/e dal tesseramento possono tesserarsi per altre società subito dopo la pubblicazione del provvedimento. Tale possibilità è esclusa per coloro che hanno già disputato anche una sola gara del girone di ritorno del Campionato, cui partecipa la prima squadra della società divenuta inattiva.

[71] Ci riferiamo da ultimo a Trib. Ascoli Piceno - 4 maggio 2021 (Cirillo pres. – Calagna rel.) relativo al caso S.S. Sambenedetiese s.r.l. in *Rass. dir. ec. sport*, 2021, 176 con nota di F. FIMMANÒ, *Gli effetti del fallimento della società sportiva sui rapporti in corso di esecuzione*. Nello stesso senso Trib. Vicenza 18 gennaio 2018 cit.; secondo cui "Con la dichiarazione di fallimento la Società subirebbe, ex art. 16 NOIF, la revoca immediata della affiliazione e, di conseguenza, la perdita della titolarità del titolo sportivo. La revoca dell'affiliazione comporterebbe, inoltre, a norma dell'art. 110 delle NOIF, anche l'immediato svincolo d'autorità dei calciatori con azzeramento del principale asset di una società di calcio" anche se nella fattispecie i giudici utilizzano queste ragioni per affermare solo che "la procedura di esercizio provvisorio viene a concretizzarsi quale scelta obbligatoria per la migliore conservazione dell'azienda e per trarre una liquidazione maggiore dell'attivo fallimentare". In senso conforme anche Trib. di Latina, 9 marzo 2017, con riferimento al caso del *Latina Calcio* (commentata da A. GUIOTTO, *op.cit.*, 756).

[72] Andrebbero valorizzati quanto meno i "casi eccezionali riconosciuti dal Presidente Federale" di cui parla la norma federale, richiamati anche dalla giurisprudenza sportiva che ad esempio ha affermato che "ai sensi dell'art. 110 Noif lo svincolo è disposto d'autorità salvo casi eccezionali riconosciuti dal Presidente Federale e questo implica la possibilità piena che una società faccia istanza al Presidente Federale (motivandone le ragioni) di non disporre lo svincolo pur in costanza di una rinuncia all'iscrizione al Campionato di competenza. Ciò che dimostra anche la possibilità) di una inattività solo temporanea e non definitiva, posto che una simile istanza presuppone poi un ritorno alla normalità" (Corte app. federale n. 34 del 22 ottobre 2020 (A.C.D. Campodarsego). E ancora in altra

8. Gli altri istituti di regolazione della crisi e la irragionevole esclusione nelle Noif della continuità indiretta.

Gli istituti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, alternativi alla liquidazione giudiziale, sono stati raramente utilizzati per le società sportive, anche perchè il regolatore sportivo neppure li citava.

Ci riferiamo in particolare al concordato preventivo, agli accordi di ristrutturazione dei debiti [73] ed alla transazione fiscale-contributiva, contemplata ora dall'art. 63 del c.c.i. (e prima dall'art. 182 ter l. fall.), il cui antesignano ovvero la "*transazione dei tributi iscritti a ruolo*" (o esattoriale) nacque come soluzione alla gravissima crisi della *Società Sportiva Lazio Spa.*

L'accordo con l'Agenzia delle Entrate col quale il *club* ottenne nel 2005 la rateizzazione delle proprie pendenze fiscali (pari a 140 milioni di euro maturati al 31 agosto 2004, in 23 rate annuali con interesse a tasso legale) fu infatti reso possibile da una norma di legge nota appunto come "*Lodo Lazio*" [74].

---

circostanza che: "è vincolato e doveroso il provvedimento del Presidente federale previsto dall'art. 110, 1 comma, Noif, che dispone, nel caso in cui la società non prenda parte al campionato di competenza, o se ne ritiri o ne venga esclusa, o ad essa sia revocata l'affiliazione, lo svincolo dei calciatori e delle calciatrici tesserati/e, salvo casi eccezionali riconosciuti dal Presidente Federale; tale provvedimento ha la funzione di garantire ai tesserati vincolati alla Società di recuperare il cartellino e di poter continuare l'attività con altra società sportiva a condizioni migliori di quelle che la società retrocessa può garantire loro. Diritto che risulterebbe vanificato o, comunque, fortemente pregiudicato dall'ulteriore trascorrere del tempo nell'impossibilità di tesserarsi per altre società. Si tratta quindi di un provvedimento dovuto che non abbisogna di motivazione a parte quella di dare atto della sussistenza dei presupposti di fatto per applicare la norma stessa. La motivazione è certamente necessaria solo se il Presidente federale ravvisi casi eccezionali che possono indurlo a superare la doverosità del provvedimento di svincolo" (Corte appello federale, se. Unite, n. 28 del 25 ottobre 2021 (A.C. Chievo Verona-FIGC-Cosenza Calcio e altri).

[73] è il caso della *Reggina Calcio S.p.A.*, che ha ottenuto la omologazione dell'accordo di ristrutturazione da parte del Tribunale di Reggio Calabria sul presupposto che tale accordo – concluso con l'Istituto per il Credito Sportivo e con l'Agenzia delle Entrate e rappresentanti più del 60 per cento dei creditori – fosse la soluzione più soddisfacente per i creditori nonché idonea al superamento dello stato di crisi (Trib. Reggio Calabria, 17 giugno 2014, ined.).

[74] L'art. 3, comma 3, del d.l. 138/2002 (convertito con modifica con l. 178/2002 e successivamente abrogato dal d. lgs. 5/2006) prevedeva la facoltà per l'Agenzia delle Entrate di procedere alla transazione dei tributi iscritti a ruolo, dopo l'inizio dell'esecuzione coattiva e più precisamente che "l'Agenzia delle Entrate, dopo l'inizio dell'esecuzione coattiva, può procedere alla transazione dei tributi iscritti a ruolo dai propri uffici, il cui gettito è di esclusiva spettanza dello Stato in caso di accertata maggiore economicità e proficuità rispetto alle attività di riscossione coattiva, quando nel corso della procedura esecutiva emerga l'insolvenza del debitore o questi è assoggettato a procedure concorsuali. Alla transazione si procede con atto approvato dal Direttore dell'Agenzia , su conforme parere obbligatorio della Commissione Consultiva per la riscossione di cui all'art.6 del d. lgs. 112/1999, acquisiti altresì gli altri pareri obbligatoriamente prescritti dalle vigenti disposizioni di legge. I pareri si intendono rilasciati con esito favorevole decorsi 45 giorni dalla data di ricevimento della richiesta, se non pronunciati espressamente nel termine predetto. La transazione può comportare la dilazione del pagamento delle somme iscritte a ruolo anche a prescindere dalla sussistenza delle condizioni di cu all'art.19.commi 1 e 2 del Decreto del Presidente della Repubblica n.602/1973" (al riguardo cfr. L. MANDRIOLI, *La transazione dei tributi*

La disposizione provocò grandi polemiche, visto che era stata emanata *ad hoc* e di fatto non applicata a nessun altro contribuente, neppure del settore del calcio; tant'è che la *Salernitana* nello stesso anno fu dichiarata fallita dopo la mancata accettazione di una proposta analoga al fisco[75]. La transazione non era sistematicamente inquadrata tra le procedure concorsuali e sostanzialmente veniva rimessa ad una autonoma determinazione dell'Agenzia delle Entrate, sentita l'apposita Commissione consultiva, senza un'effettiva possibilità del debitore di incidere sul procedimento. L'atteggiamento diffidente dell'Amministrazione finanziaria, esplicitato nella circolare 8/E/2005, nasceva dalla difficoltà di coordinare la disciplina della crisi con quella fiscale (tutela del gettito contro tutela della massa)[76]. Così con l'abrogazione *ex* art.151 D. lgs. 5/2006 dettato con la riforma complessiva della legge fallimentare l'istituto lasciò il passo alla nuova "transazione fiscale" inserita necessariamente nell'alveo delle procedure concorsuali.

In verità, a seguito dell'entrata in vigore del codice della crisi, le norme federali, come anticipato, ammettono il ricorso a tutti gli istituti di regolazione della crisi (o dell'insolvenza) di carattere non liquidatorio e che presuppongono procedure *in continuità aziendale diretta*.

In particolare le società devono depositare la domanda di accesso alla procedura unitamente ad un piano economico-finanziario, asseverato da un soggetto abilitato, da cui risulti la capacità delle società di operare quali "entità in funzionamento *almeno sino al termine della stagione* sportiva in corso" [77].

---

iscritti a ruolo nel fallimento e nell'esecuzione individuale, in *Fallimento,* 2003, 1033*)*. In quella sede la *ratio* venne individuata nel bisogno di potenziare l'attività di riscossione attraverso il perseguimento dell'interesse pubblico, la cui rappresentazione era la maggiore proficuità di una transazione rispetto all'esecuzione forzata. La C.M. n.40/E del 2008 specificò che il principio di economicità dell'azione amministrativa si elevava "ad elemento qualificante dell'istituto ed al tempo stesso elemento importante di valutazione per la sua applicazione" e chiarì che la transazione era ammessa per quei tributi iscritti a ruolo per coloro che si mostrassero insolventi nel corso di una procedura di esecuzione coattiva o fossero assoggettati a procedure concorsuali.

[75] Cfr. Interrogazione e risposta parlamentare n. 5 – 04130 del 15 marzo 2005, in *Banca dati – Fisconline.*

[76] Si è osservato che la norma impartiva istruzioni operative pensate come disincentivanti e non funzionali alla riuscita dell'istituto, limitava fortemente l'ambito applicativo (senza lite o almeno il sentore, non era possibile ricorrervi); introduceva senza alcun fondamento normativo un forte deterrente al perfezionamento dell'accordo di tutti debiti iscritti a ruolo per i quali non fosse possibile accedere alla transazione, e, cosa più penalizzante, – precludeva l'utilizzo dell'istituto quando il debitore/contribuente rivestiva la qualifica di imprenditore commerciale assoggettabile a procedure concorsuali, a meno che l'accordo transattivo non fosse inserito in un più generale piano di ristrutturazione dei debiti aziendali, certificato da un revisore contabile o da una società di revisione e con il coinvolgimento di tutti i creditori, soprattutto quelli di grado pari o superiore che dovevano esprimere il loro consenso. Tale ultima preclusione traeva origine dalla valutazione (confortata dal parere del Consiglio di Stato) secondo cui la chiusura dell'accordo transattivo con un contribuente – imprenditore commerciale dava origine "ad un atto dispositivo che deve ritenersi soggetto alle regole generali dettate in tema di revocatoria nell'ipotesi di successivo fallimento del contribuente, pur riguardando il pagamento di imposte scadute" (così M. BASILAVECCHIA, *La transazione dei ruoli, Corr. trib.*, 2005, 1217*)*.

[77] Questa previsione temporale risente anche della modifica apportata alla definizione di crisi di cui all'art. 2, comma 1 c.c.i.i. (che individua appunto nell'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici rispetto alle obbligazioni

Si tratta di un adempimento simile a quello che è richiesto per i contratti in corso con la pubblica amministrazione (art. 95, comma 2, c.c.i.i.). Il codice della crisi sancisce in che l'ammissione al concordato preventivo "non impedisce" la continuazione dei "contratti pubblici" laddove un professionista indipendente *ne attesti* la conformità al piano e la *ragionevole capacità di adempimento*, proprio al fine di garantire, innanzitutto nell'interesse pubblico, l'affidabilità del soggetto.[78]

L'utilizzo della locuzione "*asseverato*" in realtà si discosta dalla definizione che il codice della crisi utilizza per il giudizio che esprime il professionista indipendente che deve valutare la fattibilità dei piani di risanamento, ma in fin dei conti equivale ad "attestato". Detto giudizio è, infatti, un giudizio di "*attestazione*" e si risolve in un *giudizio di coerenza* della prosecuzione del contratto rispetto al piano di concordato, con particolare riguardo all'esistenza di una correlazione tra tale prosecuzione ed i flussi dalla stessa generati [79]. Con riferimento invece all'attestazione sulla "ragionevole capacità di adempimento" analoga a quella prevista dalle Noif, questa dovrebbe comprendere l'insussistenza di ragioni ostative, anche prospettiche, alla "capacità del debitore di far fronte agli impegni già assunti nei confronti della stazione appaltante, tenuto anche conto dei presupposti e delle condizioni la cui ricorrenza renderebbe legittima la risoluzione in danno di cui all'art. 108 del codice degli appalti" [80].

In questa logica, la partecipazione ad un campionato di calcio, così come la partecipazione ad una gara pubblica, esige l'asseverazione di una continuità aziendale diretta (essendo irragionevolmente esclusa dalle Noif quella indiretta) che esprima quanto meno un equilibrio finanziario tale per cui il *club* conclude un contatto con il soggetto privato delegato di funzioni pubbliche dal Coni (ossia la Figc) avente ad oggetto la dimostrazione di poter portare a compimento la stagione e,

---

in scadenza nei successivi dodici mesi) e dei principi contabili internazionali ed in particolare dei paragrafi 25 e 26 dello Ias 1 e dei principi di revisione (doc. 570).

[78] Si tratta del comma 2 dell'art. 95 c.c.i.i., norma che riproduce il terzo periodo del terzo comma del vecchio art. 186 *bis*, l. fall.

[79] L. QUATTROCCHIO - R. RANALLI, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in *Ilfallimentarista.it*, 2012, 11.

[80] I nuovi codici della crisi e dei contratti pubblici ridefiniscono il quadro regolatorio e degli interessi tutelati nelle procedure che abbiano stipulato od intendano stipulare contratti con la pubblica amministrazione (attivi, passivi od associativi). Emerge complessivamente un rafforzamento dell'interesse pubblico all'efficiente adempimento delle obbligazioni assunte o da assumere nei confronti della P.A. rispetto a quello di tutela dell'interesse officioso dei creditori della procedura di crisi (ed in modo analogo ciò accade nel rapporto con la Figc in quanto delegata di una pubblica funzione dal Coni). Ed al tempo stesso si registra una attenzione alle *modalità di valorizzazione* dell'attivo derivante dagli *assets* contrattuali che non incidano sul risultato prodotto dagli stessi rispetto all'interesse della collettività alla migliore esecuzione di attività, servizi, opere e forniture, a cominciare da forme di *cessione onerosa* dei rapporti in oggetto (e qui invece le norme federali soffrono di limitazioni ingiustificate rispetto alle occasioni di cessione dell'azienda calcistica, fatta eccezione per la liquidazione giudiziale entro stretti limiti temporali). Per un esame ampio e dettagliato ci permettiamo di rinviare a: F. FIMMANÒ, *I contratti pubblici nei nuovi codici della crisi e degli appalti*, in *Amministrativamente.com*, 3, 2023, 1291 e ss.

ISSN 2036-7821

con essa, il relativo campionato, con conseguente diritto di conservazione del titolo sportivo e di salvaguardia della regolarità delle competizioni. La lettera e) dell'art. 85 delle Noif prosegue con un esplicito riferimento all'omologazione che deve pronunciare il tribunale in merito agli strumenti di regolazione della crisi, permettendo la permanenza al campionato della società sportiva anche prima della definitiva omologazione pronunciata dal tribunale.

Il legislatore federale viceversa esclude, come visto, in tutte le procedure la *continuità indiretta*, violando così il diritto comune ed impedendo l'utilizzo di uno strumento in grado di risolvere tante criticità. Peraltro non si comprende la ragione per la quale la cessione dell'azienda sia consentita soltanto nella liquidazione giudiziale e ad esempio, in presenza delle condizioni richieste, non viene ammessa dalle Noif nell'ambito del concordato liquidatorio semplificato all'esito di una fase di composizione negoziata (art. 25 sexies e ss. c.c.i.i).

Lo strumento costituisce una utilissima soluzione cui l'impresa calcistica potrebbe ricorrere in caso di impossibilità ad accedere alle soluzioni "consensuali" previste dell'art. 23, comma 1, o di assoggettare ad omologa un accordo di ristrutturazione ex art. 23, comma 2, lett. d) c.c.i.i. [81], anche perché analogamente alla liquidazione giudiziale, è "residuale" rispetto agli altri strumenti di regolazione della crisi e ne rappresenta un'alternativa liquidatoria "premiale" per la partecipazione in buona fede alla composizione funzionale ad una definizione più rapida ed efficiente.

9. Composizione negoziata, accordi di ristrutturazione e concordato preventivo delle imprese sportive.

In questo contesto la *composizione negoziata* appare particolarmente adatta al calcio per evitare gli effetti pregiudizievoli sistemici, in quanto lo "stato di crisi" di per sé, non implica gli effetti *ex* art. 16 Noif, ossia la decadenza e la revoca dell'affiliazione [82],

[81] In particolare, il concordato semplificato è finalizzato a liquidare la società debitrice senza la votazione dei creditori e con la garanzia nella proposta di una percentuale di soddisfazione minima dei creditori chirografari in luogo almeno del 20 % del concordato liquidatorio. Occorre solo che la proposta di liquidazione, a norma dell'art. 25 sexies, comma 5, c.c.i.i. non arrechi "pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale", che comunque assicuri un'utilità a ciascun creditore che l'azienda possa essere ceduta anche prima dell'omologa ad un soggetto individuato nella proposta "verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato" (art. 25 *septies*, comma 2 e 3, c.c.i.i.). A tal fine è necessario che l'esperto confermi nella propria relazione finale che "le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate dall'art. 23, commi 1 e 2, lett. b non sono praticabili" (art. 25 sexies, comma 1, c.c.i.i.). Invero soltanto nel caso in cui i creditori abbiano rifiutato tutte le proposte di accordo formulate loro nella composizione, il debitore potrà proporre la domanda di concordato semplificato e ciò nello spirito della legge rappresenta un incentivo ai creditori ad accettare soluzioni possibili per evitare il concordato.

[82] L'art. 2, comma 1, lett. m bis), c.c.i.i. sancisce che la composizione non rientra tra gli "strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza" (in cui sono comprese le procedure giudiziali e gli strumenti stragiudiziali, quali i piani attestati e gli accordi di ristrutturazione) in quanto il creditore ha la facoltà di ricorrervi prima di avvalersi di tali strumenti. Ed infatti a norma dell'art. 21 c.c.i.i., nel corso delle trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria ed essendo in stato di crisi gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività. Quando, nel corso della composizione, poi, emerga l'insolvenza,

ISSN 2036-7821

né l'istituto configura una procedura concorsuale in senso proprio anche ai fini sportivi [83].

In particolare una delle disposizioni più utili in materia è quella riguardante la circolazione dell'azienda, in quanto rende effettivamente *commerciabile* la "res" decisiva dell'impresa calcistica in crisi, sterilizzandone la massa debitoria in funzione di una successiva procedura. La norma parla di trasferimento "in qualunque forma" ed è quindi possibile la cessione definitiva ammessa dalle Noif, anche se in linea di principio dovrebbe essere ammesso ogni altro tipo di circolazione della "res" a cominciare dal conferimento in una *newco* (se del caso interamente controllata o gemmata) ovvero dall'affitto. Tuttavia la circolazione dell'azienda calcistica è, come visto, inibita dalle norme federali anche tra società in *bonis* e quindi nella composizione, anche laddove la società affittuaria fosse più affidabile e patrimonializzata della locatrice.

Anche in tema di composizione ancora una volta è stato un caso "giudiziario" a generare l'ennesima modifica delle Noif nel 2023 che abbiamo descritto. In particolare la società *UC Sampdoria*, iscritta al campionato di serie A 2022/23, aveva chiesto la nomina dell'esperto il 31 gennaio 2023 depositando un piano che prevedeva apporto di nuova finanza (convertibile in capitale) che, in assenza di disponibilità del socio e delle banche era aperto a terzi investitori. Tuttavia l'unico investitore interessato intendeva acquistare l'azienda sportiva (e non entrare nel capitale sociale) pagandola mediante accollo di una parte dei debiti (quelli sportivi, quelli ipotecari e alcuni di quelli privilegiati entro il termine di iscrizione al campionato). Visto che la cessione dell'azienda avrebbe potuto essere realizzata (peraltro senza stralcio del debito fiscale) nell'ambito della composizione (oppure, in caso di insuccesso della stessa e nel rispetto delle condizioni previste dal legislatore, nell'ambito di un concordato semplificato liquidatorio *ex* art. 23, comma 22, c.c.i.i.), l'esperto nominato ha invitato il *club* a interpellare la Federcalcio, che in risposta ha modificato le Noif nel senso descritto, con la novella agli artt. 16, 85 e 90.

A questo punto, sulla base delle nuove norme sportive non è rimasto che realizzare il risanamento con un piano in continuità diretta, con la sottoscrizione, nell'ambito della composizione, di accordi di ristrutturazione con i vari creditori, di un accordo con un investitore che metteva a disposizione della società, tra l'altro, la "finanza ponte", assistita dalla prededuzione ex art. 22 c.c.i.i. (destinata al pagamento dei debiti sportivi necessari per l'iscrizione al campionato cadetto) ed infine di una

ma con concrete prospettive di risanamento, l'imprenditore gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori, fermo restando le sue eventuali responsabilità.

[83] Pertanto è da considerarsi compatibile anche con il nuovo «Regolamento Uefa sulle licenze per club e la sostenibilità finanziaria», vista la differenza con la situazione di insolvenza, irreversibile o transitoria che sia e che potrebbe conclamarsi successivamente e sfociare in una procedura concorsuale.

ISSN 2036-7821

transazione fiscale *ex* art. 63 c.c.i.i. [84]. Accordi con efficacia estesa da sottoporre alla omologa con coeva richiesta di applicazione delle misure protettive ai sensi degli artt. 40, comma 3, e 54, comma 2, c.c.i.i.

Il Tribunale di Genova confermava le misure protettive in sostanziale continuità con i provvedimenti resi durante la composizione e, alla luce della relazione favorevole dell'esperto, omologava gli accordi di ristrutturazione del debito, con estensione degli effetti nei confronti dei creditori non aderenti [85].

Passando al concordato preventivo, lo strumento è evidentemente accessibile dalle società di calcio professionistico ed anzi un *club* in concordato "con continuità diretta" può avere le condizioni (in astratto) non solo per proseguire il campionato di riferimento in cui si è conclamata la crisi (con tutti i limiti operativi previsti dalla legge chiaramente)[86], ma persino per iscriversi ad una nuova stagione[87], visto che la condizione in sé può essere in linea con i parametri ed i coefficienti patrimoniali previsti dall'ordinamento sportivo[88] e che non possono prodursi gli effetti risolutivi di contratti pubblici (in cui mettiamo anche il titolo sportivo) [89] e lo *svincolo* dei calciatori *ex* art. 94 *bis* c.c.i.i. [90]. Chiaramente anche in questo caso, ingiustificatamente, le Noif impediscono non solo l'affitto endoconcordatario ma

[84] Accordi *ex* artt. 57 e 61 c.c.i.i. con creditori finanziari chirografari, creditori privilegiati in quanto assistiti dalla garanzia rilasciata dalla Sace e dal Mediocredito centrale, creditori finanziari ipotecari, agenti, fornitori chirografari, privilegiati e strategici. Quanto invece alla transazione fiscale ha consentito lo stralcio del 65% dei debiti fiscali e contributivi e lo scomputo dei pagamenti di debiti fiscali eseguiti anteriormente alla omologazione dell'accordo di ristrutturazione a cui la proposta di transazione fiscale era collegata. Sui dettagli dell'operazione cfr. E. BISSOCOLI, *La composizione negoziata della crisi d'impresa alla prova del sistema calcio: il caso UC Sampdoria*, in *dirittodellacrisi.it*, 27 dicembre 2023, 16 ss.).

[85] Cfr. Trib. Genoa 14 agosto 2023 di conferma delle misure e Trib. Genoa 13 ottobre 2023 di omologa degli accordi.

[86] L'*Unione Sportiva Città di Palermo spa,* ad esempio, aveva depositato, in data 21 agosto 2019, una domanda di concordato preventivo in bianco, successivamente dichiarata improcedibile, con conseguente dichiarazione di fallimento della società, in quanto erano stati posti in essere, in corso di procedura, pagamenti in favore di vari soggetti per crediti anteriori all'apertura del concorso (Trib. Palermo, 18 ottobre 2019, *ined.).*

[87] In analogia con quanto previsto dal comma 3 dell'art. 95 c.c.i.i. secondo cui "successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 40, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal Tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato".

[88] Ciò chiaramente in linea di principio, considerato che in concreto il Tribunale di Ferrara dichiarò il fallimento della società sportiva *Spal 1907*, la quale, dopo essere stata radiata dalla FIGC in data 11 settembre 2013, aveva presentato domanda di concordato preventivo, in quanto il piano e la proposta concordataria per i giudici non erano fattibili (Trib. Ferrara, 31 marzo 2014, *ined*).

[89] E ciò vale anche per i rapporti con le amministrazioni locali per l'utilizzo degli stadi o comunque di impianti sportivi a norma dell'art. 95, c.c.i.i.

[90] A norma dell'art. 94-*bis*, c.c.i.i. (*Disposizioni speciali per i contratti pendenti nel concordato in continuità aziendale)*: "1. I creditori non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, nè possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del deposito della domanda di accesso al concordato in continuità aziendale, dell'emissione del decreto di apertura di cui all'articolo 47 e della concessione delle misure protettive o cautelari. Sono inefficaci eventuali patti contrari".

ISSN 2036-7821

anche la cessione dell'azienda all'esito della omologazione a differenza di quanto accade per le altre imprese [91].

In tema di concordato è interessante analizzare nuovamente il caso della *Unione Calcio Sampdoria*, che nella fase precedente alla composizione negoziata che abbiamo descritto, è stato oggetto della segregazione delle relative partecipazioni in un *trust* finalizzato a garantire finanza esterna in un concordato preventivo, come strumento di garanzia dei creditori concordatari [92]. Si tratta, invero, di uno strumento noto, anche se mai utilizzato prima per una società sportiva, in cui qualora il concordato si converta in liquidazione giudiziale questo *trust di scopo* [93] viene sciolto, salvo che non diventi *liquidatorio* e quindi funzionale al soddisfacimento dei creditori della procedura [94]. L'operazione in astratto è legittima visto che la ratifica italiana alla Convenzione de L'Aja ha posto come limiti all'operatività dell'istituto soltanto le regole di diritto interno ritenute di applicazione necessaria e, tra queste, la riserva contenuta nell'art. 15, lettera e), riguardante *la protezione dei creditori in caso di insolvenza* [95].

---

[91] L'art. 95, comma 2, c.c.i.i., sancisce che "il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti con le pubbliche amministrazioni, se il professionista indipendente ha attestato la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, *anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti, purché in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione del contratto*".

[92] Esistono precedenti giurisprudenziali specifici, *ante riforma*, secondo cui il *trust* consente di superare le incertezze interpretative registrate sul concordato misto e sulle modalità di attuazione, assicurando la meritevole composizione degli interessi coinvolti nella procedura, non unilateralmente definibili e valutabili con riferimento al solo debitore concordatario in quanto parallelamente assistiti dall'adempimento del terzo (Trib. Parma, 3 marzo 2005, in *Fallimento*, 2005, 553, con nota di L. PANZANI, *Trust e concordato preventivo*; Trib. Mondovì 16 settembre 2005 inedito, secondo cui in caso di concordato preventivo per "*cessio bonorum*", il piano di concordato, qualora vi siano i presupposti, può essere attuato anche tramite il conferimento dei beni immobili in un *trust* liquidatorio). Dopo la riforma del 2006 si è diffuso l'utilizzo a partire dal precedente del Tribunale di Napoli, 19 novembre 2008 con nota critica di F. FIMMANÒ, *Il Trust a garanzia del concordato preventivo*, in *Banca, borsa tit. cred*, n. 1, 2010, 90 ss.

[93] Il *trust di scopo* è un *trust* il cui patrimonio non è destinato a beneficiari individuati, ma è volto a raggiungere determinate finalità previste nell'atto istitutivo. Tra le innumerevoli applicazioni pratiche che i trust di scopo consentono di realizzare, a livello internazionale si è diffusa la costituzione del c.d. *blind trust*, detto anche trust "cieco", è una forma di *trust* usato in passato in genere per evitare conflitti di interessi quando si assumono ruoli pubblici o incarichi privati dai quali potrebbero derivare vantaggi per il proprio patrimonio, se le informazioni acquisite nello svolgimento dell'incarico fossero usate per finalità personali.

[94] Nella fattispecie il presidente ed azionista della Sampdoria in quanto «disponente» del *Rosan Trust* aveva trasferito al trustee *Trust Services* il 100 per cento di *Spettacolo Holding*, quota pari a 950.000 euro, che deteneva fra l'altro il 99,9 per cento della squadra ligure. Il *Trust* si avvaleva nel limite di 33 milioni di garantire «finanza esterna ai piani concordatari o fallimentari delle società *Eleven Finance, Farvem Real Estate* e *Abaco*» facendo in modo di prevenire per quanto possibile, anche per mezzo di transazioni, che venissero iniziate o proseguano iniziative giudiziarie contro i soci anche «quali amministratori di fatto o di diritto delle fallite società *Ellemme Group, Blu Cinematografica, Blu Line* e *Maestrale*» oltre che delle tre società sopra citate. Il *trust* veniva regolato dalla legge del *Jersey*, Isole del Canale della Manica. La proposta concordataria della *Eleven Finance* contemplava la vendita della gestione e degli immobili di vari cinema in Italia in provincia di Pisa, dei beni mobili e immobili. Il tutto integrato dalla finanza esterna riveniente dalla vendita delle partecipazioni delle azioni segregate.

[95] Mi permetto di rinviare al riguardo a F. FIMMANÒ, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Riv. not.*, 2011, 511 ss.

ISSN 2036-7821

Nel caso del concordato preventivo il problema è rappresentato dalla difficoltà di costituire un vincolo sui beni personali dei terzi che si rendano garanti dell'adempimento della proposta mettendo a disposizione il proprio patrimonio. Si tratta infatti di soggetti diversi dal debitore assoggettato alla procedura, sì che i vincoli previsti dalla legge, non possono trovare applicazione [96]. Nello stesso tempo il patrimonio non viene normalmente messo a disposizione attraverso la costituzione di una garanzia reale a favore della massa dei creditori, sicché è ben possibile che in pendenza del concordato e prima della sua omologazione i creditori personali del terzo possano agire a tutela dei loro crediti, vanificando di fatto la messa a disposizione dei beni a favore dei creditori concordatari. La costituzione del *trust* viene perciò ritenuta come uno strumento più efficiente della concessione di *una garanzia reale sui beni* ad assicurare l'effettiva destinazione dei beni, nei limiti della percentuale concordataria offerta, al pagamento dei creditori, tramite la costituzione di un vincolo, in forza del quale il *trust* è finalizzato alla liquidazione del patrimonio ed alla distribuzione del ricavato ai creditori concordatari [97].

In realtà, considerato che l'istituzione del *trust* è per sé un atto pianificatorio *neutro* che nella *common law* si pone ai margini dell'area del *contract*, collocandosi nell'ambito del *law of property*, per i particolari e soprattutto *irriproducibili* rapporti che nei paesi di *common law* vengono a porsi «fra *legal estate* ed *equitable interests*, si deve prendere atto della mancanza nel nostro ordinamento di quell'apparato "rimediale" dell'*equity* che nella sostanza attribuisce effettività al *trust* [98]. Di conseguenza in casi come quello della *U.S. Sampdoria*, la soluzione più corretta non appare il *trust* ma quella di secondo grado consistente nella costituzione di una società, eventualmente con un patrimonio destinato per lo specifico affare. Il

[96] È stato escluso, in passato, in relazione alla possibilità per il creditore di realizzare una garanzia pignoratizia, che nel concordato preventivo ci si potesse avvalere delle norme generali dettate in materia, in quanto la cessione era vincolata alla procedura *ex* art. 168 l. fall. Con riferimento alla disciplina di cui all'art. 53 l. fall., era stato negato dalla giurisprudenza che il creditore pignoratizio potesse soddisfarsi del proprio credito nel procedimento di concordato preventivo mediante il ricorso alla vendita del bene (Trib. Udine 15 febbraio 1995, in *Fallimento*, 1995, 668 con nota di G. RAGO, *Inapplicabilità dell'art. 53 L.F. al concordato preventivo*). Non si era tuttavia ritenuto possibile estendere questa impostazione all'esercizio del pegno, allorché il bene vincolato fosse di proprietà del terzo perché il divieto delle azioni esecutive di cui all'art. 168 l. fall. non è applicabile ai beni ceduti dal terzo medesimo (cfr. G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo ed il trust*, in *Fallimento*, 2007, 249).

[97] La giurisprudenza esclude il diritto dei creditori del disponente di assoggettare ad esecuzione forzata i beni immobili costituiti in *trust* con atto avente data certa anteriore al pignoramento (Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, in *Trusts*, 2005, 83; Trib. Siena, 16 gennaio 2007, in *Trusts*, 2007, 266), considerato che dal riconoscimento del *trust*, istituito in conformità alla legge regolatrice, deriva automaticamente l'effetto segregativo del patrimonio del *trustee* (Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Giur. mer.*, 2008, 707) e che inoltre «…la nomina del commissario giudiziale o di soggetto indicato dagli organi della procedura come *trustee*, assicura l'effettivo adempimento delle finalità per le quali il *trust* è stato costituito».

[98] M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. not.*, 2009, I, 575, che evidenzia la mancanza nel nostro sistema, a differenza del sistema di *common law*, di rimedi di carattere reale e recuperatorio che consentano di dare rilevanza esterna al rapporto di destinazione e in generale al rapporto fiduciario, rimedi che si rivelano determinanti nel caso di abuso di gestione.

ISSN 2036-7821

concordato, in queste situazioni, può efficacemente essere garantito mediante il conferimento delle partecipazioni in una *newco* appositamente costituita dal terzo (o gemmata mediante una scissione parziale), avente ad oggetto l'esecuzione della procedura concorsuale, il cui amministratore può essere designato dal Tribunale. Il tutto completato dalla concessione di un pegno sulle quote od azioni della *società-veicolo* a favore della società ammessa al concordato con diritto di voto. In modo che le sorti della società veicolo rimangano indissolubilmente legate a quella della società debitrice, per il caso di inadempimento delle obbligazioni assunte in ordine alla esecuzione del concordato, non potendo agli stessi beni conferiti estendersi *gli effetti conservativi*.

Venendo infine alla transazione fiscale, prevista dagli artt. 63 e 88, c.c.i.i., essa è utilizzabile, come per tutte le altre imprese, solo all'interno degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 57 e ss. c.c.i.i.[99] e del concordato preventivo *ex* art. 84 e ss.[100]. Anche in questo caso si è tuttavia registrato un conflitto tra il diritto sportivo e quello della crisi (oltre che tra diverse giurisdizioni) nel caso della *Reggina Calcio*. Il Consiglio di Stato - nel confermare il provvedimento di esclusione della squadra di Reggio Calabria emesso dal Tar Lazio adito dopo l'esaurimento del corso della giustizia sportiva [101]- ha affermato che il provvedimento con cui il Tribunale di Reggio aveva omologato [102] l'accordo di ristrutturazione dei debiti della società di calcio non fosse idoneo a modificare i termini fissati dall'ordinamento sportivo per il pagamento di debiti fiscali e previdenziali necessari per l'iscrizione al campionato.

Secondo i giudici del Supremo consesso amministrativo, infatti, l'ordinamento sportivo è connotato da "autonomia relativa" rispetto all'ordina-mento statale (art. 1 D.L. n. 220/2003), nel rispetto dei principi generali e costituzionali dell'ordinamento ed il Tribunale fallimentare in questo contesto non ha alcuna giurisdizione in materia

[99] La società *Fermana A.C.* ha evitato la mancata iscrizione al campionato di riferimento in virtù della omologazione di un accordo di ristrutturazione con transazione fiscale e contributiva (Trib. Fermo, 11 luglio 2025).

[100] Il *Genoa Cricket and Football Club Spa* è ricorso allo strumento con una domanda, presentata il 2 novembre 2023, di omologa di un accordo di ristrutturazione semplificato finalizzato ad ottenere lo stralcio del debito erariale sulla base di un accordo raggiunto con l'Agenzia delle Entrate il 31 ottobre 2023. In tema di ricorso per un accordo di ristrutturazione proposto dalla *SS Juve Stabia Spa* al fine di ottenere in via giudiziale un *cram-down* del debito fiscale si veda invece Trib. Torre Annunziata (decreto) 4 maggio 2022, in *ilCaso.it*.

[101] Consiglio di Stato, Sez. V, 30 agosto 2023 (in *dirittodellacrisi.it*); Tar Lazio, Sez. I, n. 3173/2023; Collegio di Garanzia dello Sport, Sez. Controversie, del 20 luglio 2023, n. 64; Delibera del consiglio federale del 7 luglio 2023 CUn. 8/A (al riguardo cfr. E. BISSOCOLI, *op. ult. cit.*, 8 ss.).

[102] Trib. Reggio Calabria, 9 giugno 2023, in *ilCaso.it*, che aveva provveduto ad omologare in presenza di rigetto della proposta dei creditori fiscali evidenziando "che il *cram down* non opera in presenza di qualsivoglia rigetto ma solo quando il rifiuto opposto dall'amministrazione finanziaria alla proposta formulata dal ricorrente appaia ingiustificato e irragionevole (cfr. Corte d'Appello di Milano n. 1125/2022 del 23.02.2023; Tribunale Lecce del 17.10.2022)" e che "l'eventuale non omologazione del piano comporterebbe la perdita quasi totalitaria del patrimonio aziendale poiché determinerebbe l'impossibilità, in caso di apertura della liquidazione giudiziale, di cedere il titolo sportivo che, come sopra detto, costituisce l'asset principale della società".

sportiva e pertanto la sua decisione di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e di transazione fiscale e previdenziale è "intrinsecamente" inidonea a sortire per forza propria effetti di modifica del termine fissato dal manuale delle licenze per la prova degli adempimenti in materia fiscale e previdenziale. Un diverso termine fissato dal provvedimento di omologazione – secondo il Consiglio di Stato - può acquisire rilevanza per l'ordinamento sportivo solo se e nei limiti in cui lo stabiliscano le norme federali che nel caso di specie pongono precise condizioni che devono necessariamente verificarsi.

Insomma la fissazione dei termini per l'adempimento degli obblighi di pagamento è materia di competenza unicamente dell'Ordinamento sportivo e, pertanto, non può essere derogato da un provvedimento del giudice ordinario. In realtà, nel caso in esame il diverso termine di pagamento (successivo alla scadenza imposta dalla Federazione) era contenuto in un provvedimento non definitivo perché reclamato dall'Agenzia delle Entrate. Tale circostanza risultava assorbente in quanto la Figc aveva chiarito che avrebbe preso in considerazione ai fini dell'iscrizione al campionato l'eventuale esdebitazione ed i relativi effetti unicamente di provvedimenti "definitivi" depositati presso Covisoc entro il 20 giugno 2023 [103]. Non essendo tale il provvedimento di omologa dell'accordo di ristrutturazione del debito della *Reggina Calcio*, quest'ultima avrebbe dovuto pagare integralmente entro il termine fissato il debito fiscale e previdenziale per potersi iscrivere al campionato.

Anche sulla base di questa decisione della mancata iscrizione, la Corte d'appello di Reggio Calabria alla fine ha accolto il reclamo proposto dall'Inps, dall'Inail e dall'Agenzia delle Entrate (respingendo quello del *Brescia Calcio*), e per l'effetto ha revocato l'omologazione degli accordi di ristrutturazione e delle transazioni sui crediti tributari e contributivi, dichiarando aperta la liquidazione giudiziale [104].

[103] Con il comunicato n. 169 del 21 aprile 2023.

[104] App. Reggio Calabria, 25 marzo 2024, Pres. Morabito (secondo cui il piano economico finanziario su cui si basava l'Adr trovava il presupposto nella partecipazione della Reggina 1914 S.r.l. al campionato di serie B che essendo venuta meno lo rende "insostenibile, non essendo più plausibili le previsioni circa le entrate e gli incassi attesi" che costituivano il "presupposto fondamentale anche della convenienza del piano per gli enti erariali e previdenziali", senza dimenticare che inevitabile conseguenza dell'esclusione dal campionato è stato lo svincolo (in data 31 agosto 2023) dei calciatori della squadra, principale, o comunque fondamentale, elemento del patrimonio aziendale". Sulla vicenda cfr. pure M. MAURO, "*Cram down" fiscale e pericolo di abusi degli accordi di ristrutturazione dei debiti: note critiche*, in *Fallimento*, 2024, 248 ss.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Assistenza territoriale e sussidiarietà orizzontale

di Mario Rosario Spasiano

(Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli)

Sommario

1. Premessa metodologica - 2. Il sistema solidaristico in campo sanitario in Italia - 3. Il diritto alla salute: la sua evoluzione giuridica e le forme di attuazione - 4. La sussidiarietà nel sistema sanitario: il nuovo volto della sanità territoriale - 5. Il ruolo del Terzo Settore e la sanità integrata - 6. Esperienze operative di nuove forme di gestione - 7. Il terzo settore e il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) - 8. Talune considerazioni conclusive: il Terzo Settore è ancora un "*loose and baggy monster*"? No, ma la riforma non è a costo zero.

Abstract

To understand the motivations and effects of any phenomenon of social (as well as legal) significance, it is essential to first contextualize the topic historically, supported by an approach aimed at highlighting the ideological, ethical, political, economic, sociological, and, last but not least, religious constraints that have shaped it.

Given this premise, it is clear that the theme of "Territorial Assistance and Horizontal Subsidiarity" is composed of two distinct areas: one that could be defined as "humanitarian," responding to a prevailing logic of solidarity, guaranteed by the constitution; the other, social and healthcare, based mostly on organizational and efficiency-oriented logics.

The interaction of the two components will guide the path of this investigation with the aim of arriving at a treatment that allows us to grasp the true extent of the problems faced, the sometimes contradictory solutions devised by the legislator, the existence of obstacles, economic but not only, deriving from the absence of a more coherent and conscious policy of incentives for the implementation of the quality of the territorial healthcare offer.

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

1. Premessa metodologica.

Per comprendere motivazioni ed effetti di un qualsiasi fenomeno a rilevanza sociale (oltre che giuridica) non si può prescindere da una previa contestualizzazione storica del tema, supportato da un approccio teso a porre in luce i condizionamenti ideologici, etici, politici, economici, sociologici e, non ultimo, religiosi, dei quali esso sia stato frutto.

Data questa premessa, appare evidente come il tema "*Assistenza territoriale e sussidiarietà orizzontale*" si componga di due distinti ambiti: quello che si potrebbe definire "umanitaristico", rispondente a prevalenti logiche di solidarietà, fornite di garanzia di copertura costituzionale; l'altro socio-sanitario, fondato per lo più su logiche di tipo organizzativo-efficientistico.

L'interazione delle due componenti guiderà il percorso di questa indagine nell'intento di pervenire ad una trattazione che consenta di poter cogliere l'effettiva portata delle problematiche affrontate, le talora contraddittorie soluzioni ideate dal legislatore, la sussistenza di ostacoli, economici ma non solo, derivanti dall'assenza di una più coerente e consapevole politica di incentivazione alla implementazione della qualità dell'offerta sanitaria territoriale.

2. Il sistema solidaristico in campo sanitario in Italia.

La nascita e lo sviluppo del sistema solidaristico nel nostro Paese in campo socio-sanitario è connotato da un percorso peculiare rispetto a quello che ha avuto luogo in altri Stati pur geograficamente vicini e peraltro sovente a noi accomunati da una analoga evoluzione culturale, tanto da essere comunemente definiti quali componenti l'indistinto "Mondo occidentale"[1].

[1] In Italia, a partire dal secondo dopoguerra, si sono succedute diverse stagioni di sviluppo del Terzo Settore, ciascuna caratterizzata dall'emergere di specifiche forme organizzative e da una crescente strutturazione normativa. La prima coincide con la nascita e l'affermazione dell'associazionismo di promozione sociale, che si estende dal secondo dopoguerra ai primi anni Settanta. In tale fase, segnata dalla ricostruzione *post*-bellica e da un intenso sviluppo industriale, soprattutto nelle regioni settentrionali, si diffonde un tessuto associativo volto a rispondere ai bisogni di rappresentanza, tutela degli interessi economico-sociali, formazione e gestione del tempo libero delle classi lavoratrici.

La seconda stagione è quella del volontariato, formalmente riconosciuto con la legge n. 266 del 1991. Tale fenomeno trae impulso, da un lato, dal rinnovamento ecclesiale avviato dal Concilio Vaticano II (1962-1965) e, dall'altro, dai movimenti sociali e culturali del 1968, che ridefinirono il rapporto tra cittadinanza attiva, politica e solidarietà. Il volontariato si configura così come una forma organizzata di solidarietà sociale, animata da valori di gratuità e di impegno civico.

La terza stagione, infine, riguarda la nascita e lo sviluppo della cooperazione sociale, disciplinata dalla legge n. 381 del 1991. Le prime esperienze di cooperative di solidarietà emergono, tuttavia, solo negli anni Settanta, in seguito al processo di deistituzionalizzazione dei malati psichiatrici, consolidandosi poi negli anni Ottanta come forma di imprenditorialità sociale volta a promuovere l'inclusione lavorativa di soggetti svantaggiati — persone con disabilità, ex tossicodipendenti ex detenuti — e ad offrire servizi sociosanitari e assistenziali innovativi.

Accanto a tali esperienze, a partire dagli anni Novanta, si è affermata la forma fondazionale, disciplinata dal Codice Civile (Titolo II, Libro I), che conosce una progressiva espansione in ambiti quali la cultura, la ricerca scientifica, la sanità e l'assistenza sociale.

ISSN 2036-7821

Proprio quei Paesi (si pensi alla Francia, alla Spagna, all'Olanda, alla Germania o alla Gran Bretagna), infatti, nello sviluppo dei rispettivi sistemi di *welfare*, hanno subito, in misura differenziata e con diversa incidenza, l'influenza di fenomeni a noi rimasti per lo più estranei o di scarsa incidenza; mi riferisco, in modo particolare, al fenomeno migratorio conseguente alle politiche coloniali e imperialiste poste in essere da quegli Stati, politiche che – se non altro per condizioni storiche – sono notoriamente rimaste marginali e comunque hanno avuto tempi attuativi ritardati e di relativa portata per quanto concerne l'Italia. Basti al riguardo considerare che il vero impatto con le grandi migrazioni nel nostro Paese si è avuto solo a partire dagli anni '80 dello scorso secolo e ciò in ragione di fattori di ordine geografico piuttosto che di conseguenza di pregresse esperienze a carattere colonialistico. L'emigrazione sul nostro territorio ha prevalentemente costituito il più rapido (ancorché non più sicuro) approdo per raggiungere i Paesi dell'Europa centro-continentale.
Un ulteriore fattore ha poi connotato l'Italia rispetto agli altri Paesi europei: la presenza, nel contesto del suo territorio, della Santa Sede, elemento che lungi dal costituire una condizione a rilevanza geografica, si è rivelato fonte di peculiare e significativa influenza politico-culturale, oltre che religiosa.
In questo peculiare contesto si è dunque sviluppato ed evoluto il sistema socio-sanitario in Italia.
L'esercizio delle attività caritatevoli, a carattere socio-assistenziale, da parte della Chiesa Cattolica – come noto - ha da sempre contribuito in misura determinante a promuovere una peculiare e diffusa cultura solidaristica che rinvenne in seguito espressione anche nel testo costituzionale; una cultura profondamente diversa dalle variegate forme di mutuo soccorso socio-assistenziale promosse da minoranze presenti in altri Paesi europei[2], minoranze di immigrati connotate da eterogeneità etnica, linguistica, culturale e religiosa e soprattutto sottoposte a forme di tutela sanitaria blanda o persino nulla, da cui la nascita di forme organizzative sociali di soccorso sanitario.
In Italia, dunque l'assistenza nasce promossa in misura prevalente dall'azione solidaristica realizzata dalla Chiesa Cattolica mediante la promozione di associazioni, fondazioni e altre forme similari di organizzazione. Solo in seguito, a esse si affiancherà una crescente presenza della mano pubblica che tuttavia a lungo non perderà affatto quei caratteri propri originari di corrispondenza ad uno spirito umanitario e solidaristico, come dimostra il combinato disposto degli artt. 2, 32, e 118 della Costituzione che fonda la nozione di sanità pubblica sull'esercizio di doveri di solidarietà e di sussidiarietà quali pilastri irrinunciabili dello Stato sociale. Quella sanità sarà il frutto della compresenza di tre fondamentali soggetti di riferimento: il pubblico, il privato e il c.d. Terzo Settore o, meglio, il privato-sociale che, a seguito

[2] Sul tema, sia consentito il rinvio a M.R. SPASIANO, *Interessi pubblici e soggettività emergenti. Gli organismi non lucrativi di utilità sociale*, Napoli, 1996.

ISSN 2036-7821

della progressiva emancipazione del principio di sussidiarietà, è in misura crescente assurto (almeno nelle intenzioni del legislatore) quale interlocutore necessario nell'attuazione e nella innovazione dei servizi socio-sanitari territoriali, in grado di contribuire in misura determinante alla costruzione di una sanità di prossimità fondata sulla partecipazione, sulla responsabilità sociale e sulla coesione sociale.
Pare possa ragionevolmente ritenersi che quella stessa cultura di una sanità frutto di una consapevole e diffusa esigenza di solidarietà, prevalentemente (benché non in via esclusiva) interpretata dalla Chiesa Cattolica, non sia del tutto mutata nel tempo, ma abbia mutato il proprio riferimento centrale, trasferendolo sul soggetto Stato, innegabilmente munito di maggiore forza economica e organizzativo-gestionale. Ma lo spirito umanitario è rimasto comunque lo stesso, come si cercherà di dimostrare.

3. Il diritto alla salute: la sua evoluzione giuridica e le forme di attuazione.

Come rilevato, il sistema sanitario italiano rinviene le proprie origini nel settore privato, attraverso le c.d. opere di carità e la beneficenza.
Solo la legge Crispi del 1890 (n. 6972) aveva dato vita alle c.d. I.P.A.B. - Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza, organismi pubblici nati da lasciti e iniziative private, con compiti di natura socio-assistenziale e di beneficenza, rivolte alle fasce più deboli della popolazione, in particolare a categorie specifiche come anziani, minori e persone svantaggiate. Le I.P.A.B. operavano sotto il controllo dello Stato e dei Comuni.
Di più non si poteva pretendere se solo si consideri che ancora agli inizi del Novecento, i pubblici poteri riguardanti la materia in questione erano per lo più impegnati nel perseguimento di finalità di igiene e di ordine pubblico: il settore sanitario rientrava nelle funzioni di polizia, di competenza del Ministero dell'Interno.
In quel contesto, i soggetti privati (istituzioni religiose ma anche laiche), privi di scopo di lucro, ricoprivano un ruolo essenziale nella cura degli infermi e delle fasce povere della popolazione, concentrando la loro attività soprattutto nel soccorso delle ondate di pellegrini in occasione di grandi eventi religiosi, nonché all'assistenza nel corso di epidemie e al soccorso a combattenti impegnati nelle guerre.
Tutte quelle attività venivano a svolgersi grazie ad un determinante contributo di quelle istituzioni per lo più private che oggi definiremmo di "volontariato umanitario".
Invero, dal punto di vista normativo[3], ancora ad inizio del XX secolo si registrava una forte frammentarietà e disomogeneità dell'intervento del sistema sanitario: da un

[3] Una tra le tappe fondamentali del processo legislativo della sanità italiana è rappresentata anche dalla legge 22 dicembre 1888, n. 5849 (legge sulla tutela dell'igiene e della sanità pubblica, cd. Legge Crispi-Pagliani). Lo Stato italiano, con la nuova disciplina, riuscì ad acquisire un duplice sistema di igiene e sanità pubblica, rimanendo però in un sistema bipartito scoordinato che vedeva ancora da una parte il sistema pubblico e dall'altra quello privato-caritativo. Si veda a riguardo: F. MERUSI, *Aspetti problematici del servizio sanitario nazionale nei vari progetti di legge, L'istituzione del servizio sanitario nazionale,* Rapporto n. 1, Roma, 1977

ISSN 2036-7821

lato, iniziative di tipo centralistico o localistico della Chiesa Cattolica o anche di laici benefattori motivati dalle carenze sanitarie di tipo organico o anche estemporaneo; dall'altro, iniziative per lo più localistiche, che registravano la presenza di strutture pubbliche promosse per lo più da Comuni.

È soltanto a partire dagli anni Trenta del Novecento che il fenomeno di "pubblicizzazione" del "mutualismo sanitario" cominciò a muovere ulteriori passi significativi. Il T.U. delle Leggi Sanitarie, approvato con R.D. del 27 luglio 1934, n. 1265, previde un sistema di assistenza medico chirurgica e ostetrica, legata all'ambito territoriale comunale, con somministrazione gratuita di prestazioni «ai poveri», salvo rimborso da parte del Comune di residenza laddove il paziente provenisse da altra località.

Il successivo R.D. del 30 settembre 1938, n. 1631, rubricato "*Sull'istituzione per l'ordinamento dei servizi sanitari e del personale sanitario degli ospedali*" definì un vero e proprio sistema di prossimità per gli individui non abbienti: in particolare, l'art. 10 del decreto prescrisse che i Comuni fossero legittimati a stipulare convenzioni con le amministrazioni ospedaliere per fornire assistenza ambulatoriale dei poveri. In tal caso, l'Ente locale avrebbe rilasciato agli aventi diritto (indigenti) una «scheda di cura ambulatoriale», su cui si sarebbero annotate le cure prestate.

La presenza di queste forme di organizzazione pubblica non determinò il venir meno del ruolo delle istituzioni socio-assistenziali private che continuarono a sviluppare il proprio impegno, stavolta orientate alla stipula di prime forme di convenzionamento con il sistema pubblico, per lo più con singole istituzioni sanitarie pubbliche (IPAB). Nascevano in quel modo le prime forme di coordinamento pubblico-privato, che avrebbero poi caratterizzato il successivo evolversi della sanità italiana.

A distanza di pochi anni, la legge 11 gennaio 1943, n. 138 costituì il più consistente fra gli interventi normativi in materia di sanità pubblica, istituendo l'Ente "*Mutualità Fascista - Istituto nazionale per l'assistenza di malattia ai lavoratori*", le cui finalità erano molteplici e articolate: dall'assistenza sanitaria generica domiciliare e ambulatoriale, sino all'assistenza specialistica ambulatoriale; dall'assistenza farmaceutica a quella ospedaliera; dall'assistenza ostetrica a quella pediatrica. Sino ad ulteriori forme di assistenza integrativa o persino di concessione di una indennità di malattia.

Nonostante l'ampiezza delle previsioni del dato normativo, non poteva certo pretendersi una rapida evoluzione del sistema. Al di là delle pur pregevoli intenzioni, l'intervento dei pubblici poteri nell'erogazione di prestazioni assistenziali e sanitarie continuò ad avere carattere residuale in quanto la domanda di prestazioni non era assolutamente in grado di essere soddisfatta dal sistema pubblico.

Questo dato finì ancora una volta col preservare ampio spazio all'iniziativa privata a carattere solidaristico, laddove la tradizionale azione di beneficenza cominciava ad essere sostituita o affiancata da varie forme di contribuzione pubblica, destinate ad assumere nel tempo un ruolo via via crescente, nel contesto di un inedito e composito

ISSN 2036-7821

sistema di sicurezza sociale.

Fu la Carta costituzionale ad imprimere la svolta decisiva: l'art. 32, come noto, erigendo la salute contestualmente a diritto fondamentale dell'individuo e ad interesse della collettività, impegnava l'ordinamento a garantire cure gratuite agli indigenti[4]: una vera e propria rivoluzione dello stato sociale che la nascente Repubblica si proponeva di realizzare[5].

---

[4] Circa queste funzioni dei diritti sociali e del diritto alla salute, in particolare, la letteratura è amplissima. Senza pretese di completezza e per alcuni riferimenti si vedano L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Atti del Congresso Celebrativo del Centenario delle Leggi amministrative di Unificazione, Neri Pozza, Vicenza, 1967-1969, 103 ss.; S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, n. 1/1985; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e Società*, 1980, 769 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società* n. 1, 1983, 21 ss.; R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, 514 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002; R. FERRARA., *Il diritto alla salute: principi costituzionali*, in ID. (a cura di), *Salute e sanita`*, in S. RODOTA`, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. IV, Milano, 2010, 22 ss.; E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012; R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio Sanitario Nazionale*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 23 ss.; E. LONGO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana: un percorso di analisi*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 2, 2017, 201 ss.. Se si vuole, sia consentito rinviare anche a L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, *passim*. Recentemente, in relazione alla tutela del diritto alla salute, v. anche T. ANDREANI, *Il Servizio sanitario nazionale, tra storia e attualità: riflessioni intorno alla gestazione e alle prospettive di attuazione della riforma della sanita` territoriale*, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2023, 335 ss.

Peraltro, la condizione di indigenza necessita essa stessa di una definizione. A tale proposito, è interessante sottolineare che, in questa sentenza, una volta individuato il principio che deve orientare l'attività legislativa, la Corte opera un esplicito self-restraint, affermando di non potersi occupare di indicare nel dettaglio i modi, i requisiti e le forme per dare attuazione ai diritti degli indigenti (cfr. il punto 6 del considerato in diritto). Si tratta di elementi cui deve parametrarsi la discrezionalità legislativa, anche se a distanza di alcuni anni (Corte cost., sent. 354/2008, in tema di assistenza sanitaria agli italiani all'estero e diritto a fruire di prestazioni sanitarie in forma indiretta in strutture estere diverse dai centri di altissima specializzazione), il giudice delle leggi ha avuto l'occasione per determinare – questa volta verso l'alto – il limite dell'indigenza, stabilendo che il diritto al rimborso di cure mediche fruite all'estero non può spingersi sino a coprire la posizione di coloro che si trovano in una condizione di «indigenza relativa». A tale proposito, vale forse la pena di evidenziare che proprio la vocazione tendenzialmente espansiva del diritto alla salute, la rapida evoluzione delle tecnologie mediche e il mutamento dei tradizionali paradigmi economici imposti dalla recente crisi economica sono elementi che richiedono di affrontare con particolare accortezza la definizione di indigenza (rispetto al diritto alla gratuità delle prestazioni sanitarie).

[5] Il sistema sanitario ereditato dalla Repubblica era composto quindi da servizi di igiene pubblica a carico del Ministero dell'Interno e alle prefetture, servizi di cure gratuite agli indigenti, di responsabilità dei comuni, strutture ospedaliere regolate da norme di diritto pubblico e amministrate in buona parte dagli enti locali, ma gestite da più soggetti privati e le grandi casse mutue di assicurazione contro gli infortuni e le malattie dei lavoratori, statalizzate e beneficiate di un regime di monopolio durante il ventennio fascista, insieme a una miriade di piccole casse territoriali e aziendali. All'interno di questo sistema la salute della persona acquisiva rilievo giuridico nell'ambito di tutela dell'ordine pubblico sanitario, beneficenza pubblica principalmente a carico dei Comuni e di previdenza sociale, dove il lavoratore poteva fare affidamento su una tutela di tipo sanitario con il principale interesse di preservare il sistema produttivo nazionale. Cfr. R. BALDUZZI - D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute,* in *Manuale di diritto sanitario* a cura di R. BALDUZZI e G. CARPANI, Bologna, 2013, pp. 18-19; G. CILIONE, G. GASPARRO, E. GUARNIERI, M.L. GIANNELLA, *Diritto sanitario: profili costituzionali, legislativi e amministrativi; ripartizione delle competenze istituzionali; organizzazione, prestazioni e*

Come si è rilevato già in precedenza, la salute diveniva, nella nuova prospettiva, una delle espressioni di garanzia dei diritti sociali, persino uno strumento di realizzazione della persona: da qui, il diritto alla salute veniva a costituire il fondamento di altrettante situazioni giuridiche soggettive tutelabili da parte di chi ne fosse il titolare[6].

Invero nel vivace dibattito che aveva accompagnato i lavori della Costituente[7] sino all'approvazione dell'art. 32 Cost., era emerso un innovativo profilo, di estremo interesse culturale oltre che sociale: per la prima volta, veniva riconosciuta la natura relazionale e non meramente individualistica della salute. La salute cominciava ad essere ritenuta un bene la cui tutela dovesse coinvolgere l'intera comunità: assicurarne la protezione avrebbe implicato, dunque, anche un obiettivo di crescita civile, sociale e persino morale della collettività, in quanto il benessere del singolo si sarebbe riflesso inevitabilmente su quello della società nel suo complesso. In questa prospettiva, la garanzia del diritto alla salute si traduceva in un "impegno pubblico" sociale di estrema rilevanza: esso non era volto solo alla cura delle persone, ma alla promozione di condizioni di vita dignitose, alla prevenzione delle malattie e al miglioramento complessivo dello stato di salute della popolazione.

In apparenza potrebbe ritenersi che la nuova prospettiva costituisse l'emancipazione del sistema mediante l'enfatizzazione esclusiva del ruolo delle strutture pubbliche a discapito dell'impegno privato. Ma non era affatto così. In queste nuove condizioni, infatti, gli organismi della sussidiarietà, pur mutando le proprie modalità di intervento, avrebbero finito con l'assumere nuove consapevolezze che aprivano loro nuovi spazi.

Invero il processo evolutivo che si era innestato rinveniva il proprio fondamento in una diffusa presa di coscienza, frutto della lunga onda prodotta dalla dottrina sociale della Chiesa: in particolare, un effetto della lunga onda della Enciclica *Rerum Novarum* (1891) di Papa Leone XIII che si era profondamente innervata non solo nella cultura della parte cattolica della popolazione del Paese, ma anche in quella che rinveniva i propri riferimenti in ideologie e visioni profondamente diverse della

funzionamento del servizio pubblico; ruolo dei soggetti sanitari privati; disciplina delle professioni e del sistema delle responsabilità, Nuova ed., Santarcangelo di Romagna (RN), 2019

[6] In questa prospettiva, la norma sul diritto alla salute diveniva una delle principali forme di realizzazione dell'altrettanto principio fondamentale di eguaglianza sostanziale che anima e ispira l'intero progetto della Carta fondamentale, contribuendo ad "emancipare la persona da quei vincoli ed ostacoli che impediscono o rallentano il raggiungimento degli obiettivi di crescita individuale e relazionale che il singolo avverte come propri": L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie,* Torino, 2018, *passim*.

[7] A questo proposito, appaiono significative le parole pronunciate da Alberto Mario Cavallotti, durante i lavori dell'Assemblea costituente: "l'obiettivo da prefiggersi deve essere quello di «garantire la sicurezza sanitaria della popolazione su una base di solidarietà». Nella sua visione, il principio di solidarietà, quale perno della sanità, è una garanzia di eguaglianza, poiché consente una fusione tra classi e categorie della popolazione, assicurando una ridistribuzione equa delle ricchezze ai fini della risposta ai bisogni della persona". A.M. CAVALLOTTI, intervento in Assemblea costituente, 22 aprile 1947.

ISSN 2036-7821

società, quella socialista e quella liberal-democratica in modo particolare. Insomma, al di là delle barriere ideologiche e politiche, risultava chiaro, in un momento di forte esigenza di ricostruzione fisica e morale del Paese, che affinché i modelli ed i principi innovativi rinvenissero l'effettiva realizzazione che tutti attendevano, era necessario che la tutela della salute fosse sostenuta da tutti e si basasse su una nuova architettura organizzativa della sanità, a tutti i livelli, a cominciare da quello territoriale[8].

I Costituenti, dal canto loro, avevano preferito non vincolare il nascente ordinamento ad un preciso modello organizzativo. Essi, piuttosto, avevano scelto di garantire un'ampia flessibilità istituzionale, capace di adattarsi a quelle che sarebbero state le mutevoli esigenze sociali ed economiche del Paese[9]: il futuro d'altronde appariva ignoto, l'unità di intenti era l'unico modo per affrontarlo. E così quella "doppia dimensione del diritto alla salute" – "diritto fondamentale della persona" e "interesse della collettività" – fortemente ispirato dalla *Rerum Novarum* progressivamente proiettò nuovamente il sistema italiano verso una visione prevalentemente universalistica e solidaristica[10], una tendenza che nell'arco di trent'anni condusse al concepimento del Servizio Sanitario Nazionale dovuto alla legge 23 dicembre 1978, n. 833.

La disciplina sopravvenuta interpretava il tradizionale principio di solidarietà in una dimensione succedanea: da fondamento etico astratto del patto costituzionale, esso

[8] Sono interessanti le considerazioni di L. TORCHIA, *Le amministrazioni nazionali*, Padova, 1988, che, a pagina 77, illustra la concezione della materia sanitaria quale complesso di attività e funzioni, come già risulta dall'art. 1 della legge istitutiva del SSN.

[9] Durante i lavori preparatori emerse infatti la chiara consapevolezza dei vantaggi e dei limiti dei due principali paradigmi allora in discussione: il modello mutualistico, fondato sulla frammentazione in enti assicurativi di categoria, e il modello universalistico, che si andava affermando in altri ordinamenti europei, primo fra tutti quello britannico.

Per uno studio sul servizio sanitario nazionale basato sulle categorie dell'efficienza e dell'efficacia più che su altri modelli o categorie giuridiche è necessario leggere il *Rapporto Perkoff: salute e organizzazione del servizio sanitario nazionale* (a cura di G. FREDDI), Bologna, 1984.

Una prima ricostruzione dei problemi incontrati nel funzionamento del SSN è data da M. CAMMELLI, *Strategia e congiuntura: il finanziamento del servizio sanitario nazionale*; G. PASTORI, *L'attuazione del servizio sanitario nazionale nei primi anni della riforma*; G. FALCON, *Regioni e riforma sanitaria: il caso Veneto*, tutti in Il Mulino, n. 278/1981.

In questi scritti, si legge che il finanziamento dell'assistenza sanitaria è stato riformato circa tre volte nei dieci anni antecedenti l'entrata in vigore della legge istitutiva del SSN. Nel 1968, il SSN era basato su tariffe e, quindi, sul principio fra costi e ricavi. Sei anni più tardi, la legge n. 386 del 1974 introdusse un sistema di finanziamento basato sui trasferimenti dallo Stato agli enti decentrati, definito a cascata. Quattro anni dopo, fu istituito il fondo sanitario nazionale che pose definitivamente a carico dello Stato il finanziamento delle attività in materia di assistenza sanitaria.

[10] Fra le principali riforme, si pensi al d.lgs. n. 502/1999, in tema di "Riordino della disciplina sanitaria"; al d.lgs. n. 299/1999, di razionalizzazione del Servizio Sanitario Nazionale; alla riforma del Titolo V Cost.; il d.l. 158/2012, conv. nella l. 189/2012, recante «Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute»; senza tralasciare le innumerevoli norme di carattere sanitario adottate durante l'emergenza pandemica e alla riforma dell'assistenza e della sanita` territoriale attualmente ancora *in fieri*, nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

ISSN 2036-7821

diveniva fondamento organizzativo della sanità pubblica[11], chiamata in concreto a garantire l'accesso generalizzato alle cure a prescindere dal livello di reddito, nell'ambito dell'intero territorio nazionale[12]: quelle stesse cure sarebbero gravate prevalentemente a carico dei fondi pubblici[13] secondo una logica di diffusione delle politiche di *Welfare State* e di estensione universale[14] delle prestazioni. La spesa sanitaria diveniva una variabile indipendente dalle effettive disponibilità di bilancio.
Insomma, si passava dall'impegno solidaristico su base individuale o poco più, proprio dell'esercizio della sussidiarietà in tutte le sue forme differenziate, ad una presenza capillare e tendenzialmente esclusivistica della mano pubblica.
In questa prospettiva, il trapasso non poteva fare a meno di determinare la dequotazione dell'intervento volontaristico, al quale, peraltro, fu persino impedito l'accesso alle strutture sanitarie di qualsiasi livello, salvo che per la limitata azione di assistenza ai pazienti, il cui esercizio restava ancora consentito per talune organizzazioni di associazionismo volontaristico.
Il quadro che era l'estremizzazione di un sogno sociale ("sanità a tutti a qualsiasi costo" quale compito inderogabile dello Stato) non ebbe vita lunga, mostrando ben presto le proprie fragilità e soprattutto la mancanza di sostenibilità finanziaria.
Le crescenti difficoltà economiche degli anni Novanta, infatti, determinate dall'esplosione della spesa pubblica e dal concomitante intervento calmierante delle

[11] Legge n. 833/1978, recante «Istituzione del servizio sanitario nazionale». I tratti dell'attuazione del disegno costituzionale che, come si è indicato, lega il diritto alla salute ai principi solidaristico e personalistico e al perseguimento dell'eguaglianza sostanziale, sono da rinvenire nei fondamenti del SSN, enunciati all'articolo 1 della legge: «il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio».

[12] La legge n. 833/1978 afferma un sistema ripartito a livello di governo centrale e regionale per quanto riguarda la programmazione, mentre disloca a livello distrettuale l'erogazione delle cure e dei servizi primari. I nuovi principi del Servizio Sanitario Nazionale cercavano di arginare le problematiche gestionali e finanziarie emerse con il sistema mutualistico: l'unificazione di tutte le funzioni sanitarie entro la gestione delle Unità sanitarie locali superava la frammentazione del sistema di assistenza mutualistica compartimentalizzato nei tre circuiti paralleli della medicina generale, dell'assistenza specialistica e di quella ospedaliera, con nessuna attenzione alla prevenzione, individuale o di massa. Lo scopo principale era quello di implementare un progetto basato sull'integrazione verticale, sviluppata su base territoriale ma gestita "centralmente" su base nazionale, con al vertice il SSN che avrebbe coordinato tutti i servizi e le prestazioni erogate ai cittadini dagli Enti ospedalieri.

[13] La riforma sanitaria ha successivamente aperto il campo ad una serie, sempre in divenire, di ulteriori interventi normativi, che hanno avuto la funzione di completare il disegno della sanità universalistica, da un lato, e di renderla sostenibile, anche a fronte dell'evoluzione delle dinamiche territoriali e delle contingenze economiche. Il passaggio forse più significativo, dal punto di vista dell'organizzazione e nella prospettiva costituzionalistica, è quello della regionalizzazione e aziendalizzazione della sanità, veicolato a livello legislativo dai d.lgs. 502/1992, 517/1993 e 229/1999, su cui si innesta la riforma costituzionale del 2001.

[14] Come è noto, il modello di sistema sanitario c.d. universalistico è stato teorizzato da Sir William Beveridge, nel dossier dal titolo *Report on Social Insurance and Allied Services*, predisposto nel novembre 1942 per il Parlamento di Westminster. Nel documento, egli proponeva di affrontare la ricostruzione attraverso una nuova strutturazione dello stato sociale, basata sulla redistribuzione delle risorse derivanti dall'imposizione fiscale, non sulla base della contribuzione del singolo, ma a seconda dei bisogni individuali.

ISSN 2036-7821

istituzioni europee, finirono con l'imporre la scelta di politiche di contenimento di spesa, che inevitabilmente produsse la graduale riduzione dell'area di gratuità assoluta delle cure e la previsione di condizioni di compartecipazione alla spesa da parte dell'utente.

L'approvazione del D. Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, "*Riordino della disciplina in materia sanitaria*", attuativo della legge delega 23 ottobre 1992, n. 421, introdusse infatti la privatizzazione di talune prestazioni sanitarie rispetto a una parte che sarebbe rimasta garantita dal Servizio Sanitario Nazionale e contemporaneamente sancì la facoltà, per i cittadini, di poter uscire dal SSN per accedere alle cd. mutue volontarie.

Il passo era evidentemente di drastico impatto e contraddiceva profondamente tutti gli orientamenti, anche di natura ideologica, che pure avevano indotto a sostituire *tout court* la sanità pubblica a quell'intervento solidaristico più o meno spontaneo che in Italia aveva per oltre un secolo fortemente connotato il sistema sanitario. Lo sconcerto determinato dal radicale cambio di rotta finiva d'altronde col produrre conseguenze anche di natura politica "spiazzando" quei partiti che per decenni avevano spinto verso la istituzionalizzazione di una sanità accessibile a tutti quale garanzia di livello individuale e sociale. Insomma, apparve necessario ricorrere al ridimensionamento delle ultime scelte operate, tantomeno giustificabili in prossimità di turni elettorali.

Fu il D. Lgs. 7 dicembre 1993, n. 517 (recante modifiche al D. Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502) ad avviare il processo di riduzione della portata delle novità introdotte appena cinque anni prima. Con esso si operò una sorta di retromarcia. Innanzitutto chiarendo che il ricorso a mutue volontarie avrebbe potuto coprire esclusivamente servizi e prestazioni non offerti dal SSN. In sintesi, ci si orientò al ritorno all'impronta universalistica del sistema sanitario, fondata sui principi di universalità, globalità, uguaglianza e di garanzia di un insieme tendenzialmente completo di prestazioni di promozione, cura e recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione mediante l'iscrizione obbligatoria al sistema di ogni cittadino ed il finanziamento dei servizi a carico della fiscalità generale. Il D. Lgs. 517/93 lasciò tuttavia in vigore il passaggio ad un sistema a competizione amministrata tra erogatori pubblici e privati, orientato a parametri di efficacia e organizzazione di stampo (almeno nominalmente) aziendalistico.

Un sistema invero complessivamente ambiguo, nel quale si poteva leggere la coesistenza di due modelli ibridi di sanità. Contraddittorie condizioni nelle quali non era difficile prevedere che il SSN continuasse ad accumulare debiti, mentre nella società e nella politica si apriva un acceso dibattito tra quanti, in nome della efficienza del sistema e delle prestazioni, auspicavano una maggiore privatizzazione della sanità e quanti, invece, non ritenevano si dovesse comunque mai rinunciare alla

rilevanza centrale dell'intervento pubblico in campo sanitario[15].

In quel contesto venne ad inserirsi l'intervento della giurisprudenza della Corte Costituzionale che, a partire dalla sentenza 16 ottobre 1990, n. 455, cominciò ad affermare che il diritto a prestazioni sanitarie, pur garantito a ciascun individuo, non costituiva un diritto soggettivo pieno e incondizionato a prestazioni sanitarie eccedenti i limiti previsti dalla legge, nella quale sarebbe stato possibile prevedere un bilanciamento con altri interessi costituzionali e comunque nell'ambito dei limiti oggettivi imposti dalle risorse disponibili: salvo che non si finisse col comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute, collegato all'inviolabile dignità della persona[16].

La successiva crisi economica che connotò la fine dello scorso secolo e gli inizi di quello attuale finì con l'aggravare ulteriormente l'interdipendenza tra il diritto alla salute e le risorse finanziarie disponibili[17], rendendo necessari ulteriori interventi legislativi volti a standardizzare i costi e razionalizzare la spesa sanitaria (come si evince chiaramente dalle riforme sul federalismo fiscale[18] e dalla c.d. *spending review* di cui al d.l. 95/2012).

La revisione del Titolo V della Costituzione, di cui alla legge costituzionale n. 3/2001, aveva dal canto suo sancito la competenza legislativa esclusiva statale nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, nocciolo duro di prestazione per gli utenti del SSN, da garantire "a tutti, in modo uniforme sul territorio nazionale".

È poi a tutti noto come negli ultimi anni, sullo sfondo della evidente eterogeneità territoriale e delle relative condizioni delle aree del Paese, si sia innestato un ulteriore elemento di novità: la richiesta, da parte di alcune Regioni, "virtuose" sotto il profilo del bilancio e dell'efficienza gestionale, di ottenere forme e condizioni particolari di autonomia ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione. Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna hanno avviato negoziazioni con lo Stato per ottenere una maggiore competenza in ambito sanitario, rivendicando la possibilità di gestire in modo più autonomo risorse, organizzazione e programmazione dei servizi sanitari. Come noto, la questione è tuttora aperta, in discussione in Parlamento e le sentenze

[15] G. FATTORE, *Sistemi di competizione amministrata nel SSN: modelli di finanziamento a tariffa e modelli negoziali,* in Mecosan, 5, 1996, 81 ss, che afferma: "Con il cosiddetto **Decreto Bindi (d.lgs. 229/1999)** si assiste a una centralizzazione dei poteri in ambito sanitario, che riporta il controllo in capo al governo centrale, seguendo i principi ispiratori della legge 833/78. La dottrina ha sottolineato come il nuovo SSN risultasse, in questa fase, un "servizio sanitario imperiale", ordinato in modo gerarchico e più orientato ai bisogni del centro che a quelli della collettività. Nonostante ciò, il decreto introduce un importante cambiamento prospettico, modificando l'organizzazione del Servizio sanitario nazionale e inaugurando un nuovo modello di relazioni tra Stato e Regioni. Negli anni successivi, tuttavia, le politiche sanitarie hanno spesso mirato a ridimensionare o a superare le innovazioni introdotte dal Decreto Bindi".

[16] Si veda a riguardo il contenuto delle sentenze della Corte Cost. nn 306/2008; 11/2009; 40/2013.

[17] In tal senso, si leggano le sentenze Corte Cost. nn. 203/2008; 187/2012.

[18] Attuato con la l. 5 maggio 2009, n.42, c.d. delega sul federalismo fiscale.

ISSN 2036-7821

della Corte Costituzionale emesse in materia continuano a richiamare ad esigenze di equo bilanciamento di contrapposti interessi di efficienza del sistema e di equità[19].

4. La sussidiarietà nel sistema sanitario: il nuovo volto della sanità territoriale.

Nell'ambito della *governance* sanitaria italiana, il diritto alla salute rappresenta una materia concorrente tra Stato e Regioni, richiedendo, pertanto, un delicato equilibrio tra competenze centrali e autonomie locali. In questo contesto, il principio di sussidiarietà si configura, tra l'altro, come strumento fondamentale per garantire sia l'efficienza del sistema, sia la prossimità delle risposte ai bisogni dei cittadini, assumendo due principali conformazioni. La prima (in senso verticale) attiene, come noto, al rapporto tra i diversi livelli di governo. In questo senso, quindi, le funzioni amministrative per lo svolgimento di determinate azioni seguono un sistema di prossimità, in cui i livelli più vicini sono maggiormente consapevoli dei bisogni della cittadinanza.
Diversamente, la seconda (in senso orizzontale) assume un punto centrale per il presente studio, soprattutto perché foriera di nuovi modelli di amministrazione.
In quest'ottica, è importante analizzare il contesto del diritto alla salute, il quale assume e pone in essere nuove relazioni tra i soggetti pubblici e privati.
La pandemia da COVID-19 ha di certo evidenziato, e con forza, le criticità di un sistema frammentario e non sostenibile[20], segnato da forti diseguaglianze nell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA) e da differenze significative tra le legislazioni regionali in materia di spesa sanitaria[21]. Disparità, già presenti prima dell'emergenza sanitaria, in contrasto con i principi costituzionali di uguaglianza e universalità nell'accesso alle cure.
Dunque, la pandemia[22] non ha fatto altro che acuire le tensioni fra centri e periferie –

[19] Fra le più significative, Cort. Cost. n. 141/2024. Sul tema, N. VICECONTE, *Corte Costituzionale e autonomia finanziaria delle Regioni: il problema della spesa sanitaria*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Diritto alla salute e servizi sanitari tra consolidamento e indebolimento*, Bologna, 2017. Ivi si fa non a caso riferimento a "servizi sanitari pubblici" in senso pluralistico e non più a servizio sanitario. Inoltre, in riferimento alla richiamata sentenza della Consulta, M. BELLETTI, *Il coordinamento finanziario nella regione Sardegna. Uno spunto per l'attuazione del regionalismo differenziato*, in *Riv. Giur. Ital., Corti Supr. e Salute*, 2025, 2, 323.

[20] M. COSULICH, *Equità va cercando ... Il Servizio sanitario nazionale, strumento di attuazione dell'art. 32 Cost.*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 1, 2022, 211.

[21] Per più ampie considerazioni in proposito, si rinvia ad A. PIOGGIA, *La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 385; ID., *La lezione dell'epidemia di Covid-19 sul sistema sanitario e il suo ruolo*, in *Istituzioni del federalismo*, 2020, 17; G. F. FERRARI, *Il nuovo piano di rafforzamento del SSN*, Osservatorio del farmaco, Milano, EGEA, 2021, 52 ss.

[22] L. BUSATTA, *Potenzialità e aspetti critici del nuovo volto della sanità territoriale, tra esigenze di uniformità e difficoltà attuative*, cit., chiarisce ancora che: "Le contingenze determinate da quanto accaduto durante le prime frenetiche fasi di gestione della pandemia sono state fronteggiate in modo complessivamente positivo grazie a un'eccellente capacita` di riadattamento e a una notevole resilienza di tutti coloro che vi erano a diverso titolo coinvolti, in prima linea o nelle retrovie.

ISSN 2036-7821

anche istituzionali – mostrando, da un lato, le attuali deficienze di quel modello organizzativo; dall'altro, l'emersione di una spinta del regionalismo a transitare da un modello solidale ad un modello competitivo[23].

Per queste ragioni, è parso chiaramente imprescindibile il ruolo dello Stato nella definizione di una *policy* in materia sanitaria al fine di contrastare il carattere non solo frammentario, quanto contradditorio delle forme organizzative che si sono, nel tempo, sviluppate sui territori in assenza di una regia a livello centrale nella programmazione e nella *governance* dei servizi e che sono destinate ormai a fallire[24].

Questo enorme sforzo umano e strumentale ha trovato appoggio e sostegno nella c.d. normazione dell'emergenza, con l'affidamento dei poteri straordinari alla protezione civile e con il progressivo e sempre più incisivo intervento dell'esecutivo attraverso la decretazione d'urgenza. Piu` nello specifico, nel nostro ordinamento, il dies a quo e` il 31 gennaio 2020, giorno in cui una delibera del Consiglio dei Ministri ha dichiarato lo stato di emergenza nazionale, secondo quanto previsto dall'art. 7, co. 1, lett. c), e dall'art. 24 del Codice della protezione civile. Tale atto ha costituito il presupposto di fatto e di diritto che ha permesso alle istituzioni italiane l'adozione delle norme dell'emergenza che, in ambito sanitario e al di fuori di esso, hanno determinato il cambiamento (in alcuni ambiti probabilmente irreversibile) della vita e delle abitudini della popolazione italiana. L'immediata e unanime approvazione da parte delle Camere dello scostamento di bilancio in data 11 marzo 2020 ha consentito, inoltre, di disporre di risorse economiche eccezionali, pari ad un ammontare che la nostra sanita`, con ogni probabilità non rivedrà più.

Tutto ciò ha evidentemente consentito di far fronte alle necessita` contingenti in un periodo decisamente drammatico non solo per il nostro ordinamento, ma per il mondo intero. Tuttavia, ben presto, le ferite aperte del Servizio sanitario nazionale hanno ricominciato a farsi sentire: si pensi, in primis, alle difficolta` organizzative, di personale e strumentali legate al lento recupero delle attività ospedaliere ed ambulatoriali per tutte quelle prestazioni che erano state sospese durante il c.d. *lockdown.* Cosi`, in pochissimo tempo, la crisi pandemica ha evidenziato ciò che era probabilmente da tempo sotto gli occhi di tutti, ma che non era ancora stato affrontato in maniera sistemica: l'attenzione, la sorveglianza e la prevenzione sanitaria sul territorio si erano scoperti, al confronto con il virus, terribilmente fragili, poiché svuotati e depotenziati da anni di scarsa attenzione a livello istituzionale e insufficienti finanziamenti. La sostanziale mancanza di quei «sensori» capillari che consentono di intercettare i bisogni di salute e fare ad essi fronte tempestivamente e in maniera efficace, prima dell'insorgenza dell'acuzie, di un aggravamento e per prevenire la necessita` di cure più intensive o specialistiche si e` avvertita, per la prima volta in tutta la sua drammaticità. Di conseguenza, anche a partire da tali carenze si e` scelto di ricostruire la sanita` post-pandemica grazie ai finanziamenti per la ripresa".

[23] A. PIOGGIA, *La sanita` nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2, 2022, 165 ss.

[24] "A questo problema si affianca un ulteriore elemento, che non può essere sottovalutato e che può essere individuato nella peculiare posizione del diritto dell'Unione europea rispetto ai servizi sanitari nazionali. In base alle disposizioni dei Trattati, infatti, le istituzioni dell'UE godono di una competenza molto limitata in questo settore. In base agli articoli 6 e 168.7 del TFUE, agli Stati membri spetta l'organizzazione interna dei sistemi sanitari, nonche` ogni decisione concernente le prestazioni da garantire, la tipologia di assistenza sanitaria da assicurare alle persone presenti sui loro territori e il finanziamento della sanita`, mentre l'Unione gode di una competenza di sostegno nel settore del miglioramento della salute umana. Tuttavia, negli anni, attraverso l'intervento in altri ambiti indubitabilmente rientranti nelle attribuzioni europee, l'UE e` riuscita ad intervenire più o meno direttamente sulle politiche sanitarie degli Stati membri. Infatti, se in passato l'approccio europeo alle questioni sanitarie sembrava più incentrato sulla prevenzione delle malattie e sui problemi di sicurezza pubblica, ora una concezione più ampia, ed olistica, della promozione della salute umana e` stata fatta propria dalle istituzioni ed e` apprezzabile in tutti gli interventi aventi carattere più o meno vincolante che mirano alla promozione di stili di vita sani, ad intervenire sui determinanti della salute e sulla sorveglianza sanitaria, secondo l'approccio della c.d. "salute in tutte le politiche". In aggiunta, atti normativi europei adottati nell'ambito delle competenze assegnate all'Unione proiettano i propri effetti anche sul diritto interno, finendo per condizionare pure le politiche e le decisioni sanitarie: si pensi, solo per fare qualche esempio, al Regolamento Generale sulla

Nel descritto quadro, va inserito il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)[25], con il quale il Governo ha programmato l'utilizzo delle risorse rese disponibili dal programma *Next Generation EU* (NGEU) in risposta alla crisi pandemica, il cui obiettivo è quello di dare nuovo impulso al processo di riorganizzazione del SSN, con particolare attenzione alla valorizzazione della medicina di prossimità e alla riforma dell'assistenza territoriale.

Le esigenze di modernizzazione del sistema avevano invero già costituito oggetto di disciplina da parte del "Decreto Rilancio" (D.L. 19 maggio 2020, n. 34)[26], che aveva introdotto strumenti innovativi quali il *budget* di salute e le strutture di prossimità, finalizzati a favorire la permanenza a domicilio dei pazienti non bisognosi di ricovero ospedaliero.

Sulla sua scia, il Decreto Ministeriale 23 maggio 2022, n. 77[27], adottato dal Ministero della Salute di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, rappresenta l'attuazione normativa delle riforme previste dal PNRR[28].

L'onere realizzativo della riforma viene assegnato agli enti territoriali, per i quali è

---

protezione dei dati personali n. 2016/679, alla Direttiva sulla mobilita` transfrontaliera dei pazienti n. 2011/24/UE, al Regolamento sulla sperimentazione clinica dei medicinali n. 536/2014 e alle norme relative alla sicurezza dei prodotti e dei dispositivi medici. Tutto ciò ha richiesto ai sistemi sanitari nazionali progressivi e significativi interventi di adeguamento che, sebbene abbiano comportato un complessivo avanzamento anche nell'armonizzazione del diritto tra gli Stati membri, hanno richiesto investimenti e risorse". L. BUSATTA, *Potenzialità e aspetti critici del nuovo volto della sanità territoriale, tra esigenze di uniformità e difficoltà attuative, cit.*, 25.

[25] Il PNRR identifica le seguenti criticità del sistema sanitario: (i) significative disparità territoriali nell'erogazione dei servizi, in particolare in termini di prevenzione e assistenza sul territorio; (ii) un'inadeguata integrazione tra servizi ospedalieri, servizi territoriali e servizi sociali; (iii) tempi di attesa elevati per l'erogazione di alcune prestazioni; (iv) una scarsa capacità di conseguire sinergie nella definizione delle strategie di risposta ai rischi ambientali, climatici e sanitari. È, a proposito, significativo che la Missione n. 6 sia dedicata alla definizione di un «nuovo modello organizzativo» dell'assistenza sanitaria territoriale.

Si veda: https://www.governo.it/*sites*/governo.it/*files*/PNRR.pdf

[26] D.l. n. 34/2020, "Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19".

[27] G. GIARELLI, *Il Servizio sanitario nazionale dalla salute di prossimità alle reti territoriali*, in S. Buoso, A. Viscomi (a cura di), Per un welfare di comunità. Organizzazione e lavoro nella sanità territoriale, Torino, 2024, 27.

[28] Decreto del Ministero della Salute n. 77/2022, "Regolamento recante la definizione di modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio Sanitario Nazionale". L'intervento legislativo statale, nell'ottica delle relazioni tra Stato e Regioni, va ascritto ad una attrazione in sussidiarietà che ha attribuito alle fonti secondarie statali la definizione dei modelli organizzativi e degli *standard* di funzionamento dell'assistenza sanitaria: a rigore, infatti, la materia oggetto della riforma ricade nella tutela della salute e, in particolare, nell'organizzazione sanitaria, ambiti che spettano alla competenza concorrente e che, per la normativa di dettaglio, dovrebbero essere regolate a livello regionale. Tuttavia, stante l'inequivocabile esigenza di unitarietà della disciplina, il legislatore statale ha previsto che ad occuparsi della disciplina di dettaglio della sanita` territoriale e, più nello specifico, della dotazione delle nuove Case della Comunità, fosse l'esecutivo, attraverso una fonte secondaria.

Tale atto ministeriale si compone di quattro articoli, dei quali il primo è dedicato agli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza territoriale, che a sua volta si completa con gli Allegati 1 (Modelli e standard per lo sviluppo dell'Assistenza Territoriale nel Servizio Sanitario Nazionale) e 2 (Case della Comunità). Gli altri articoli del decreto ministeriale in parola si occupano del monitoraggio, del ruolo delle Regioni e delle Province autonome e della clausola di invarianza finanziaria che richiama le risorse già previste dal PNRR.

stato previsto il termine di sei mesi dall'entrata in vigore del provvedimento per la programmazione di quanto necessario ad adeguare la propria sanità territoriale alle nuove prescrizioni normative: un termine evidentemente impossibile da applicare.
La nuova disciplina dispone l'introduzione di "strutture di prossimità" per la promozione della salute e la presa in carico e riabilitazione di persone più fragili: lo scopo perseguito è quello della piena integrazione sociosanitaria, con il coinvolgimento degli enti locali e degli attori del Terzo Settore[29].
Già da questo appare evidente come il ruolo del Terzo Settore sia chiamato a mutare profondamente i propri connotati, con il passaggio da un ruolo solidaristico, per lo più basato sul carattere spontaneo e poco preorganizzato, ad uno organico incentrato sulla più ampia organizzazione dell'assistenza, con l'esigenza di incremento di professionalità e l'instaurazione di stabili rapporti tra le varie componenti (medica, infermieristica, programmatoria, ecc.) del comparto.
Il D.M. 77/2022 introduce infatti "una visione organica e integrata" del sistema sanitario, coerente con le linee strategiche europee e con il principio dell'*One Health*[30], che - come noto - considera addirittura salute umana, animale e ambientale quali componenti interdipendenti di un unico ecosistema.
L'assistenza sanitaria di prossimità ruota, nel nuovo disegno, attorno a tre elementi portanti: la pianificazione dell'attività, il rafforzamento e la valorizzazione dei servizi attraverso la istituzione di Case della Comunità[31], Ospedali di Comunità[32] e Centrali Operative Territoriali[33] per lo sviluppo della rete di prevenzione e monitoraggio

[29] Al contempo, il decreto stabilisce standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi dei livelli essenziali di assistenza territoriale, ai sensi dell'art. 1, comma 169, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, e in conformità alla sentenza n. 134/2006 della Corte Costituzionale, che impone la previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni nel rispetto del principio di leale collaborazione.

[30] Sul tema, si rinvia all'interessante lavoro di F. GAMBARDELLA, *La tutela integrata della salute e dell'ambiente per l'approccio one health*, Napoli, 2025; inoltre, G. RAGONE, *One Health e Costituzione italiana, tra spinte eco-centriche e nuove prospettive di tutela della salute umana, ambientale e animale*, in Corti supreme e salute, n. 3, 2022, pp. 809 ss.

[31] L'idea delle Case di Comunità già si legge nel D.M. Salute 10 luglio 2007, attuativo della l. 27 dicembre 2006, n. 296.
Si legga in merito uno dei primi Dossier, il n. 269/2020 – Valutazione di impatto delle Case della Salute su indicatori di cura, 2009-2019, redatto da Lucia Nobilio, Elena Berti e Maria Luisa Moro,
disponibile online all'indirizzo:
https://assr.regione.emilia-romagna.it/pubblicazioni/dossier/doss269

[32] Va ricordato che gli Ospedali di Comunità sono una realtà ben diversa dalle Case della Comunità, configurandosi come una struttura di ricovero breve per quei pazienti che, a seguito di un episodio di acuzie minori o per la riacutizzazione di patologie croniche, necessitano di interventi sanitari a bassa intensità critica. L'Ospedale di Comunità svolgerà insomma una funzione intermedia tra la cura domiciliare e il ricovero ospedaliero": così nella definizione offertane dal Presidente della Conferenza Stato-Regioni a valle dell'intesa sancita il 20 gennaio 2020 con il Governo (in *Regioni.it*).

[33] Le Centrali Operative Territoriali nel 2023 ancora poco presenti sul territorio nazionale contano nel 2024 una numerosità pari a 590. Esse appaiono equamente distribuite nel territorio nazionale, non evidenziando particolari tendenze spaziali. Nella regione Lombardia sono presenti 101 COT, valore massimo registrato nel territorio nazionale. In crescita la numerosità delle COT anche nelle regioni rimanenti che hanno dichiarato presenza di COT nel 2023. In particolare, si segnala un aumento notevole nelle regioni Veneto (+55), Lazio (+49) ed Emilia-

ambientale e climatico.

La realizzazione delle Case della Comunità[34], in misura particolare, concretizza in astratto l'idea di un'assistenza integrata e multidisciplinare, basata sulla collaborazione strutturata tra medici di medicina generale, specialisti, pediatri, infermieri di comunità e assistenti sociali. In particolare, lo sviluppo delle Case della Comunità non richiede soltanto l'istituzione di questi "poli" di assistenza territoriale, ma implica una vera e propria "rivoluzione" nelle modalità di intendere i servizi sanitari primari[35], tanto da parte degli utenti, quanto da parte dei medici e degli altri professionisti sanitari. Il potenziamento delle cure domiciliari, la presa in carico della persona da parte di *equipe* multiprofessionali, l'attenzione alla popolazione secondo un approccio basato sui bisogni, la digitalizzazione dei servizi[36], nonché la

---

Romagna (+35). Gli ambiti territoriali in cui non risulta essere stata ancora implementata questa forma organizzativa prevista dal citato Decreto n. 77/2022 sono la provincia autonoma di Trento e il Molise.

[34] D. CALDIROLA, *Welfare comunitario e Casa della Comunità: dal PNRR alla riforma dell'assistenza sanitaria territoriale*, in Jus-online, n. 5, 2022, 171.

La previsione del PNRR sembra muovere da una prospettiva ambiziosa: vi si legge infatti che "l'attuazione della riforma intende perseguire una nuova strategia sanitaria, sostenuta dalla definizione di un adeguato assetto istituzionale e organizzativo, che consenta al Paese di conseguire standard qualitativi di cura adeguati, in linea con i migliori paesi europei". In tale orizzonte complessivo, le Case di Comunità costituiscono lo strumento mediante cui "potenziare e riorganizzare i servizi offerti sul territorio migliorandone la qualità": in esse verranno coordinati "tutti i servizi offerti" (si dovrebbe intendere: dal sistema sanitario e sociale a livello territoriale), ma al contempo specificando "in particolare ai malati cronici". Le finalità di carattere generale indicate vengono specificate con l'indicazione delle funzioni attribuite alle strutture, che si collocano in un'ottica di rafforzamento della medicina territoriale.

Per la legge n. 77/2020 esse operano in quattro ambiti: la promozione della salute, la prevenzione, la presa in carico e la riabilitazione, mediante modalità che riducano le scelte di istituzionalizzazione e favoriscano la domiciliarità. Quest'ultimo punto, che contribuisce a definire anche le finalità dell'intervento, si collega logicamente alla destinazione di esso a soggetti con maggiori fragilità, i quali, in assenza di tali interventi, sarebbero costretti a prospettive di istituzionalizzazione.

La proposta di atto ministeriale sopra indicata specifica tali riferimenti, precisando che: "L'obiettivo ideale è promuovere il benessere, la qualità della vita e l'autonomia di tutte le persone con particolare attenzione a quelle fragili, prevenire l'aggravamento delle patologie e il mantenimento dell'autonomia, evitare ricoveri impropri e favorire la permanenza nel loro contesto di vita nel rispetto prioritario della cultura della domiciliarità della persona". Ed ancora, in esso si legge che "I servizi forniti dalle strutture di prossimità favoriscono la domiciliarità e riducono l'istituzionalizzazione, con l'obiettivo principale di preservare il benessere e la capacità di vivere, per consentire alla persona di far fronte ai propri limiti e di poter mantenere, il più possibile, il "controllo" della propria vita". In verità tale prospettiva pare contraddetta da quello che si afferma poco dopo, nel medesimo documento, dove si precisa che "la struttura prevede un'ampia gamma di servizi con l'obiettivo di soddisfare, in maniera appropriata, i bisogni delle persone cui si rivolge, potenzialmente tutti i cittadini della comunità di riferimento".

[35] Si veda quanto riportato nel report CREA, Case della salute e presidi territoriali di assistenza. Lo stato dell'arte, pubblicato nel mese di marzo 2020 e disponibile online all'indirizzo http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato8337424.pdf.

[36] Parimenti centrale, in questo nuovo assetto normativo, è la digitalizzazione dei servizi, considerata uno degli strumenti utili alla personalizzazione della cura e alla valorizzazione della centralità della persona. Grazie ad essa, infatti, la domiciliazione e il controllo delle condizioni del paziente sul territorio, anche a distanza, per tramite della telemedicina, consente di promuovere una migliore qualità della vita per le persone, assecondando non solo le esigenze sanitarie, ma valorizzando anche quelle relazionali, nella concretizzazione del principio personalista e pluralista che anima la Costituzione.

ISSN 2036-7821

promozione della co-progettazione: questi gli elementi chiave del nuovo intervento.
Secondo il parametro organizzativo dell'assistenza di prossimità, la Casa della Comunità viene eletta a suo fulcro, «luogo in cui il Servizio Sanitario Nazionale si coordina e si integra con il sistema dei servizi sociali».
Il nuovo volto della sanità territoriale si integra con altre strutture distribuite sul territorio in base alla popolazione: ogni centomila abitanti sono previsti una unità di continuità assistenziale, una centrale operativa territoriale e un ospedale di comunità con venti posti letto. Questi ultimi, in particolare, sono chiamati ad erogare cure a bassa intensità, sovente necessarie dopo il ricovero ospedaliero e prima del rientro del paziente a domicilio. Inoltre, ogni ventimila abitanti deve essere previsto un consultorio familiare.
La Casa della Comunità è destinata a integrare i servizi sanitari e sociali e a svolgere una duplice funzione: da un lato, essa è la struttura di riferimento per le cure primarie, ma dall'altro, è spazio di partecipazione democratica, in cui cittadini e associazioni di tutela dei pazienti sono chiamati a contribuire alla programmazione dei servizi e alla valutazione dei risultati in termini di salute e benessere percepito. Nella prospettiva, le Case di Comunità incarnano la dimensione dinamica del *welfare* comunitario, promuovendo principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale e favorendo rapporti collaborativi tra istituzioni e comunità nel perseguimento dell'interesse generale. Esse sono concepite come contesti in cui sviluppare inedite forme di co-programmazione e co-progettazione, valorizzando le risorse locali e il coinvolgimento attivo della comunità, non più solo destinataria, ma parte integrante della costruzione di politiche sociosanitarie e della gestione del presidio.
Parallelamente, sono previsti Ospedali di Comunità[37] che rappresentano il livello intermedio dell'assistenza, destinato a pazienti che necessitano di prestazioni a bassa intensità e di breve durata, riducendo così i ricoveri ospedalieri impropri e i costi complessivi del sistema.
Appare evidente come una simile organizzazione della sanità territoriale si distolga

[37] L'Ospedale di Comunità (OdC) è una struttura sanitaria territoriale rivolta a pazienti che a seguito di un episodio di acuzie minori o in seguito a riacutizzazione di patologie croniche necessitano di interventi a bassa intensità clinica; ma gli interventi sanitari necessari non sono erogabili al domicilio perché tali pazienti hanno bisogno di sorveglianza sanitaria e quindi del paziente. L'OdC può avere una sede propria o dislocarsi all'interno di una Casa della Comunità, di strutture sanitarie polifunzionali, di strutture residenziali sociosanitarie o di una struttura ospedaliera.
Nel biennio 2023-2024 la numerosità assoluta degli Ospedali di Comunità è più che raddoppiata, passando da 57 nel 2023 a 120 nel 2024. Le regioni che hanno indicato nel 2023 la presenza di OdC non hanno manifestato evidenti tendenze nell'anno successivo. L'aumento di OdC nel 2024 è trainato dalla regione Veneto, che nel 2024 ospita il 35% del totale degli OdC nazionali. Anche la distribuzione della numerosità di posti letto associati è più che raddoppiata nel biennio in analisi passando da un totale di 883 posti letto nel 2023 a 2057 posti letto nel 2024 con circa 16 posti letto medi per ogni OdC. L'ampiezza degli OdC denota una certa disomogeneità regionale: nel 2024 il valore minimo si registra in Puglia (11,3 posti letto) e il valore massimo in Friuli Venezia giulia, Molise e Sardegna (20,0 posti letto). Dati tratti da Annuario statistico SSN, 1° febbraio 2025.

dall'approccio fortemente aziendalistico ed economico che, come visto, ha connotato per anni il sistema sanitario e prenda coscienza dell'importanza dell'uniforme distribuzione dei servizi sul territorio, anche con riferimento alle aree scarsamente popolate, in cui inevitabilmente la richiesta è minore, o in quelle zone in cui i bisogni di salute sono resi più complessi da fattori ambientali. Anche sotto questo profilo emerge un rinnovato protagonismo dell'Amministrazione nell'erogazione di un servizio che si rivela molto limitatamente surrogabile dal mercato.

Un ulteriore asse strategico della riforma è costituito poi dall'Assistenza Domiciliare Integrata (ADI)[38], rafforzata e uniformata a livello nazionale, con l'obiettivo di assicurare continuità delle cure, sostenibilità economica e prossimità al cittadino.

La cura domiciliare viene così riconosciuta quale strumento essenziale per evitare ospedalizzazioni improprie e promuovere un modello di sanità diffusa[39].

[38] Istituita a livello nazionale quasi un trentennio fa, l'ADI è stata più recentemente ridisegnata dal decreto sui Livelli essenziali delle prestazioni sanitarie del 2017 (34), che ha stabilito che il Servizio Sanitario Nazionale "garantisce alle persone non autosufficienti e in condizioni di fragilità, con patologie in atto o esiti delle stesse, percorsi assistenziali a domicilio costituiti dall'insieme organizzato di trattamenti medici, riabilitativi, infermieristici e di aiuto infermieristico necessari per stabilizzare il quadro clinico, limitare il declino funzionale e migliorare la qualità della vita". A seconda dell'intensità, complessità e durata dell'intervento assistenziale, le cure domiciliari si articolano in quattro livelli di crescente impegno dei servizi, e possono essere integrate da prestazioni di assistenza sociale in caso di particolare fragilità economica della persona assistita

[39] Nel corso del 2023 sono stati assistiti al proprio domicilio 1.645.234 pazienti; di questi, il 74,9 % è rappresentato da assistibili di età maggiore o uguale a 65 anni e il 7 % è rappresentato da pazienti terminali. Mediamente, a ciascun paziente sono state dedicate circa 15 ore di assistenza, erogata in gran parte da personale infermieristico (10 ore per caso). In particolare, le ore dedicate a ciascun assistito anziano sono state 14, di cui 9 erogate da personale infermieristico, mentre le ore dedicate a ciascun malato terminale risultano pari a 29, di cui 20 erogate dal personale infermieristico. Le strutture sanitarie che erogano prestazioni in ambito di assistenza distrettuale sono: gli ambulatori/laboratori in cui si erogano prestazioni specialistiche come l'attività clinica, di laboratorio e di diagnostica strumentale; le strutture di assistenza territoriale in regime residenziale; le strutture di assistenza territoriale in regime semiresidenziale; le strutture territoriali di altro tipo quali i centri di dialisi ad assistenza limitata, gli stabilimenti idrotermali, i centri di salute mentale, i consultori familiari, i centri distrettuali, ecc.; gli istituti o centri di riabilitazione *ex* art. 26 L. 833/78 che svolgono la propria attività fornendo prestazioni diagnostiche e terapeutico-riabilitative in forma residenziale, semiresidenziale, ambulatoriale, extramurale e domiciliare. Nel 2023 in totale sono state censite 9.121 strutture sanitarie di tipo ambulatorio/laboratorio: la percentuale di strutture pubbliche è molto variabile a livello regionale; in generale nelle Regioni Centro-meridionali si ha una prevalenza di strutture private accreditate. Una situazione opposta si registra per quanto riguarda le altre strutture territoriali (centri dialisi ad assistenza limitata, stabilimenti idrotermali, centri di salute mentale, consultori familiari, centri distrettuali ecc.) nelle quali prevale la gestione diretta delle Aziende Sanitarie in ciascuna Regione. Le strutture di tipo Ambulatorio/Laboratorio pubbliche erogano nella maggior parte dei casi assistenza clinica (3.248 strutture); le strutture private accreditate invece erogano principalmente assistenza clinica (2.932 strutture) e prestazioni di laboratorio (2.311 strutture). Per quanto riguarda le altre strutture territoriali, nel 2023 sono state censite 8.114 strutture residenziali, 3.192 strutture di tipo semiresidenziale, 6.760 strutture di altro tipo (come centri di salute mentale, consultori, stabilimenti idrotermali). Si segnala nel computo delle strutture residenziali e semiresidenziali la presenza di rispettivamente 99 e 94 centri di assistenza di neuropsichiatria infantile e adolescenziale. Con riferimento alle strutture residenziali e semiresidenziali sono stati censiti 326.575 posti, pari a 554 per 100.000 abitanti. Di questi il 70,1 % sono stati dedicati all'assistenza agli anziani, l'11,2 % all'assistenza psichiatrica, il 16,8% all'assistenza ai disabili psichici e fisici, 1,1% ai pazienti terminali e 0,7 % all'assistenza di neuropsichiatria infantile e dell'adolescenza. Nel 2023 sono state rilevate 1.203 strutture riabilitative con 14.470 posti per l'attività di tipo residenziale e 13.239 per l'attività di tipo semiresidenziale. Nel complesso in Italia sono presenti 47 posti in strutture riabilitative ogni 100.000 abitanti

ISSN 2036-7821

Attraverso un Piano Assistenziale Individuale viene definito un insieme organizzato di trattamenti medici, infermieristici e riabilitativi, necessari a stabilizzare il quadro clinico, limitare il declino funzionale e migliorare la qualità della vita. In generale le ipotesi di attivazione dell'intervento si riferiscono a malati terminali, incidenti vascolari acuti, gravi fratture in anziani, forme psicotiche acute gravi, riabilitazione di vasculopatici, malattie acute temporaneamente invalidanti dell'anziano e dimissioni protette da strutture ospedaliere.

L'assistenza domiciliare si articola in differenti tipologie e livelli di assistenza (Assistenza Domiciliare Programmata; Assistenza domiciliare integrata di I, II e III livello) che richiedono tutti continuità assistenziale ed interventi programmati volti a fornire supporto alla famiglia e/o al *care-giver*.

L'assistenza domiciliare è compresa tra i Livelli Essenziali di Assistenza (c.d. LEA) il cui elenco di prestazioni viene aggiornato periodicamente secondo i disposti di cui al DPCM 12/01/2017 recante "Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502".

Al fine di rispettare gli obblighi derivanti dal PNRR, sono stati definiti modelli standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio Sanitario Nazionale alla cui soddisfazione i Servizi sanitari regionali dispongono il potenziamento dei servizi di assistenza sanitaria domiciliare mediante il supporto di soggetti privati qualificati per le attività di cure domiciliari muniti di requisiti strutturali, tecnologici, organizzativi previsti per l'autorizzazione ed eventualmente l'accreditamento sulla base della normativa vigente.

Le linee della riforma della sanita` territoriale tratteggiate sono ispirate alla logica del superamento della centralità dell'ospedale, luogo ormai deputato solo alle cure ad alta intensità e alla gestione delle acuzie.

La nuova normativa si focalizza quindi sulla persona, sulla risposta ai bisogni e, dunque, sulla necessita` di rafforzare le capacita` del territorio, secondo quello che e` stato denominato in più sedi il nuovo "archetipo antropocentrico"[40].

---

residenti. Il numero di utenti totali assistiti in regime residenziale è superiore agli utenti assistiti in regime semiresidenziale (rispettivamente 58.245 e 21.546 utenti); tale rapporto cambia a seconda della tipologia di attività riabilitativa, in particolare la riabilitazione neuropsichiatrica infantile è svolta preferibilmente in strutture semiresidenziali. Nel 2023 le strutture riabilitative hanno impiegato 54.984 unità di personale di cui il 9,2% costituito da medici ed il 44,8 % da terapisti e logopedisti. Dati tratti da Annuario statistico SSN, 1° febbraio 2025.

[40] La riforma mira a creare una rete di assistenza che permetta il superamento delle disuguaglianze e la concretizzazione di un sistema organizzativo dell'assistenza sanitaria primaria dotato di standard qualitativi di cura elevati. Il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), con la componente M6C1- Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale, rappresenta uno strumento fondamentale per dare attuazione alla riforma. Con le finalità specifiche di facilitare l'individuazione delle priorità di intervento in un'ottica di prossimità e di integrazione tra le reti assistenziali territoriali, ospedaliere e specialistiche, garantendo ai cittadini il rispetto dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA), favorendo la continuità delle cure per coloro che vivono in condizioni di cronicità, fragilità o disabilità nonché per allinearsi a standard qualitativi di cura elevati nel più ampio contesto comunitario, sono state introdotte delle tipologie di strutture sanitarie innovative come le

ISSN 2036-7821

Non mancano tuttavia criticità[41] e rischi connessi all'ampliamento dell'assistenza

Case della Comunità, le Centrali Operative Territoriali e gli Ospedali di Comunità. La Casa della Comunità (CdC), aperta fino a 24h su 24 e 7 giorni su 7, è il luogo fisico al quale i cittadini possono accedere per bisogni di assistenza sanitaria e sociosanitaria, rappresenta il pilastro del modello organizzativo dell'assistenza di prossimità per la popolazione. Infatti, al loro interno sono presenti delle equipe multiprofessionali che assicurano un'ampia varietà di servizi assistenziali. La Centrale Operativa Territoriale (COT) svolge una funzione di coordinamento della presa in carico della persona e raccordo tra servizi e professionisti coinvolti nei diversi setting assistenziali: attività territoriali, sanitarie e sociosanitarie, ospedaliere e dialoga con la rete dell'emergenza-urgenza. L'Ospedale di Comunità (OdC) è invece una struttura sanitaria di ricovero dell'assistenza territoriale, con 20 posti letto, che svolge una funzione intermedia tra il domicilio e il ricovero ospedaliero, per evitare ricoveri ospedalieri impropri o favorire dimissioni protette in luoghi più idonei a soddisfare il fabbisogno sociosanitario, di stabilizzazione clinica, di recupero funzionale e dell'autonomia e più prossimi al domicilio. La necessità di monitorare lo stato di implementazione di queste ha reso necessaria la variazione dei modelli di rilevazione dei dati delle attività gestionali delle strutture recepita con il decreto del Ministero della Salute del 22 dicembre 2023. In particolare, la variazione più sostanziale è avvenuta per il modello STS11, che rileva i dati anagrafici delle strutture sanitarie territoriali. Il censimento delle nuove tipologie di struttura è partito già dal 2023 ma è entrato a regime con la rilevazione 2024, pertanto in questo focus verranno presentati i dati rilevati per il 2023 e la situazione provvisoria relativa al 2024. Le regioni che nel 2023 hanno valorizzato suddetti campi hanno permesso di realizzare un focus preliminare sullo stato di attuazione della riforma dell'assistenza territoriale che verrà ampliato nel 2024.

Nell'anno 2023, solo tre regioni hanno valorizzato la modalità Casa della Comunità all'interno del quadro G del modello STS11 per un totale di 127 Case della Comunità. La situazione provvisoria per l'anno 2024 mostra un incremento di 56 CdC dislocate in 9 regioni. L'Emilia-Romagna è la regione con il numero più elevato di strutture (121 nel 2023 e 123 nel 2024).

Dati tratti da Annuario statistico SSN, 1° febbraio 2025.

È interessante ricordare che il 18 ottobre 2025 è stato inaugurato al Parco Verde, alla presenza del presidente della Regione Vincenzo De Luca, del direttore generale dell'Asl Napoli 2 Nord Monica Vanni e del viceprefetto Simonetta Calcaterra, l'*hub* di viale Dalia a Caivano.

Una struttura aperta 24 ore su 24, 365 giorni all'anno, con accesso diretto alle prestazioni di medicina generale del Distretto 45, anche attraverso i medici della continuità assistenziale, e finalizzata alla presa in carico integrata del paziente con specialisti ed infermieri presenti su prenotazione. A completare l'offerta sanitaria la diagnostica di base, prevenzione e promozione della salute e supporto sociale. Sono soltanto alcuni dei tratti distintivi del nuovo modello messo in campo dall'Asl Napoli 2 Nord. Il centro diventerà la prima porta di accesso ai servizi sanitari territoriali per tutti i cittadini del Distretto sanitario 45 (Caivano, Cardito e Crispano), circa 72 mila, che necessitano di cure di prossimità perché pazienti cronici (diabete, malattie respiratorie croniche, pazienti oncologici, ipertesi con scompenso cardiaco). L'obiettivo è assicurare un'assistenza sanitaria e sociosanitaria efficace di prossimità, anche di sabato e domenica e nelle ore notturne (con il servizio di guardia medica), riducendo il sovraffollamento dei Pronto Soccorso e fornendo prestazioni appropriate in tempi rapidi ai cittadini con problemi di salute a bassa complessità assistenziale.

La Casa di Comunità e la Centrale Operativa Territoriale (COT) saranno da subito già attive, operando nella pronta assistenza e nelle attività ambulatoriali, promuovendo la telemedicina e il controllo a distanza dei pazienti in trattamento cronico. L'Ospedale di Comunità (OdC) è stato completato e inizierà la sua attività nelle prossime settimane, proponendo a pieno regime 18 posti letto per il trattamento dei pazienti dimessi o stabilizzati dagli ospedali, ma che necessitano di un ulteriore periodo di controllo e terapia.

[41] Si consideri anche, per quanto riguarda la determinazione del LEP nelle materie che possono essere oggetto di autonomia differenziata, che la legge di bilancio per il 2023 (legge 29 dicembre 2022, n. 197, articolo 1, commi da 791 a 801) ha istituito una cabina di regia che dovrà curare un procedimento *ad hoc* a partire da una ricognizione del quadro normativo di riferimento, al fine di giungere alla determinazione dei LEP e dei costi e fabbisogni standard in tali specifici ambiti. *Cfr.* il Dossier a cura della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, *Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*, A.S. 615, 3 maggio 2023, disponibile all'indirizzo https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01375767.pdf.

domiciliare[42]. In particolare, l'uno concerne la necessità di coordinamento tra territorio e ospedale, con una programmazione anticipata delle dimissioni protette e il coinvolgimento, almeno in una fase iniziale, delle stesse figure professionali che hanno seguito il paziente durante il ricovero[43]: problema di non facile soluzione.
Per di più, la diversità dei modelli organizzativi regionali[44] mostra l'ampiamento delle disuguaglianze già esistenti[45]: il successo di esperienze come quella delle Unità speciali di continuità assistenziale - USCA è stato strettamente correlato al grado di sviluppo preesistente dei servizi di cure domiciliari, come dimostra il confronto tra Emilia-Romagna, dove la copertura ha raggiunto il 91% del territorio, e la

In argomento G.M. SALERNO, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere dell'autonomia differenziata*, in *Federalismi.it*, n. 1, 2023.

[42] Per una fotografia attuale dello stato dell'arte nell'attuazione di quanto previsto per la riforma della sanita` territoriale, v. AGENAS, *Monitoraggio fase 2 concernente l'attuazione del DM n. 77 del 2022*, pubblicato in data 19 settembre 2023 e disponibile sul portale istituzionale di AGENAS.

Si rinvia anche alle considerazioni M. A. SANDULLI (a cura di), *L'assistenza domiciliare integrata,* Napoli, 2021.

[43]Al 30 giugno 2025, rispetto alle complessive 1723 Case della Comunità (riconducibili alla programmazione Cis ed Extra Cis) sono dichiarate con almeno un servizio attivo dalle Asl e dalle Regioni/PP.AA. 660 CdC (sono state considerate anche le CdC che risultano attive in sede provvisoria). Si evidenzia che la verifica del rispetto delle condizionalità PNRR volte ad assicurare il raggiungimento del *target* comunitario M6C1-3 viene definita dall'UMPNRR del Ministero della salute. Si ricorda che il D.M. 7/2022 prevede una presenza medica pari a 24 ore al giorno per 7 giorni a settimana nelle CdC *hub* e almeno 12 ore al giorno per 6 giorni a settimana per le CdC *Spoke*. La presenza infermieristica è prevista per almeno 12 ore al giorno per 7 giorni a settimana nelle CdC *hub* e almeno 12 ore al giorno per 6 giorni a settimana per le CdC *Spoke*. La "presenza medica" è definita come disponibilità di un servizio di assistenza medica aperto a tutti gli utenti indipendentemente dall'iscrizione ad un determinato medico, senza necessità di prenotazione tipo ex guardia medica/continuità assistenziale. Questo servizio può essere erogato da un medico del ruolo unico di assistenza primaria durante l'attività su base oraria o da altro medico specificatamente dedicato. L'attività a ciclo di scelta tipo studio MMG o AFT non rientra nella fattispecie salvo presenza di un accordo specifico che preveda l'accesso per qualsiasi utente. La "presenza infermieristica" è definita come disponibilità di un servizio di assistenza infermieristica con infermiere dedicato aperto a tutti gli utenti e senza necessità di prenotazione, es. ambulatorio infermieristico. Si segnala infine che l'avanzamento dei lavori strutturali in corso nell'ambito degli investimenti PNRR potrebbe aver causato la temporanea interruzione di alcuni servizi in determinate sedi, precedentemente attive. Dati tratti da: "*Report* Nazionale di sintesi dei risultati del monitoraggio DM 77/2022 - I SEMESTRE 2025"

[44] Sui modelli organizzativi regionali R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2020, 164-178, F. GIGLIONI, *Manuale di diritto sanitario*, Molfetta, 2024, pp. 117-123.

[45] D. CALDIROLA, *Welfare comunitario e Casa della Comunità: dal PNRR alla riforma dell'assistenza sanitaria territoriale*, cit., 180. Le Regioni, a partire dal 2021, hanno iniziato ad elaborato alcune ipotesi di riforma, dalle quali emerge che una fra le formule realizzabili per regolare il rapporto tra questi medici e il SSN potrebbe essere quella dell'accreditamento, abbinato ad un Accordo Collettivo Nazionale che definisca gli impegni orari e intervenga sul sistema retributivo. Un'alternativa potrebbe essere rappresentata dalla pubblicizzazione del rapporto, rendendo anche queste figure professionali dipendenti del SSN a tutti gli effetti. Cfr. C. BOTTARI, P. DE ANGELI, P. D'ONOFRIO, F. LAUS, *Quale nuovo ruolo del Medico di Medicina Generale nella riforma della sanità territoriale?* in *Federalismi.it,* 1° giugno 2022, 4. Inizia a svilupparsi contenzioso in ordine alle scelte localizzative delle Regioni, sia nel merito sia in ordine alla selezione del provvedimento regionale attuativo. Cons. Stato, sez. III, 15 marzo 2024, n. 2523, con riferimento alla Regione Basilica, ha riconosciuto la legittimità della localizzazione mediante Piano operativo regionale, di competenza della Giunta, in luogo del Piano sanitario regionale. Per quanto attiene al merito della scelta, la localizzazione di un'opera pubblica, qual è la Casa della Comunità, è sottratta al sindacato del giudice amministrativo, salvo per profili di illogicità, travisamento e contraddittorietà che non ricorrono nel caso di specie in cui la Giunta ha dato analiticamente conto delle ragioni che rendono preferibile la scelta di un Comune in luogo di un altro.

Lombardia, ferma al 25%.

Sotto altro e non secondario profilo, ulteriori criticità emergono dal fatto che la responsabilità delle cure ricade spesso sulle famiglie, le quali, prive di competenze professionali adeguate, possono esporre il paziente a rischi di trattamenti inappropriati. Ne derivano disuguaglianze sostanziali, poiché solo chi dispone di risorse economiche sufficienti può ricorrere a servizi privati di assistenza domiciliare[46]. Pertanto, per garantire equità ed efficacia, è indispensabile armonizzare le diverse impostazioni regionali e assicurare *standard* minimi uniformi su tutto il territorio nazionale.

È insomma evidente come l'apporto del terzo Settore sia ormai chiamato ad un impegno completamente nuovo e diverso da quello tradizionale.

5. Il ruolo del terzo settore e la sanità integrata.

Si è rilevato che l'apporto dei privati nella partecipazione all'azione dei soggetti

[46] Poiché l'obiettivo principale dell'assistenza domiciliare è quello di fornire presso l'abitazione del paziente le cure e l'assistenza di cui ha bisogno, per la piena attuazione è necessario integrare tali prestazioni con i nuovi strumenti digitali di telemedicina.

"La telemedicina è uno strumento innovativo ed efficace e tali servizi ***"(…) si inseriscono a pieno titolo nel percorso di presa in carico del paziente***" presso il proprio domicilio consentendo ***"(…) l'erogazione di servizi a distanza attraverso l'uso di dispositivi digitali, internet, software e delle reti di comunicazione***". L'Accordo Stato-Regioni del 17 dicembre 2020 "***Indicazioni per l'erogazione di prestazioni in telemedicina***" prima e poi il DM 29 **aprile 2022 "***Approvazione delle linee guida organizzative contenenti il modello digitale per l'attuazione dell'assistenza domiciliare***"** definiscono le attività di telemedicina erogabili nell'assistenza domiciliare**:** Televisita **(***atto medico in cui il professionista interagisce a distanza in tempo reale con il paziente, anche con il supporto di un caregiver)***;** Teleconsulto medico **(***atto medico in cui il professionista interagisce a distanza con uno o più medici per dialogare, anche tramite una videochiamata, riguardo la situazione clinica di un paziente, basandosi primariamente sulla condivisione di tutti i dati clinici, i referti, le immagini, gli audio-video riguardanti il caso specifico)***;** Teleconsulenza medico-sanitaria **(***è un'attività sanitaria, non necessariamente medica ma comunque specifica delle professioni sanitarie, che si svolge a distanza ed è eseguita da due o più persone che hanno differenti responsabilità rispetto al caso specifico. Essa consiste nella richiesta di supporto durante lo svolgimento di attività sanitarie, a cui segue una videochiamata in cui il professionista sanitario interpellato fornisce all'altro, o agli altri, indicazioni per la presa di decisione e/o per la corretta esecuzione di azioni assistenziali rivolte al paziente)***;** Teleassistenza **(***atto professionale di pertinenza della relativa professione sanitaria (infermiere, fisioterapista, logopedista, ecc.) e si basa sull'interazione a distanza tra il professionista e paziente /caregiver per mezzo di una videochiamata, alla quale si può all'occorrenza aggiungere la condivisione di dati, referti o immagini)***;** Telemonitoraggio **(permette il rilevamento e la trasmissione a distanza di parametri vitali e clinici in modo continuo, per mezzo di sensori che interagiscono con il paziente, attraverso tecnologie biometriche con o senza parti applicate, in particolare per i pazienti affetti da patologie croniche come insufficienza cardiaca, ipertensione e diabete);** Telecontrollo **(***il telecontrollo medico consente il controllo a distanza del paziente. Tale attività è caratterizzata da una serie cadenzata di contatti con il medico, che pone sotto controllo l'andamento del quadro clinico, per mezzo della videochiamata in associazione con la condivisione di dati clinici raccolti presso il paziente, sia prima che durante la stessa videochiamata)***;** Teleriabilitazione **(***consiste nell'erogazione a distanza di prestazioni e servizi intesi ad abilitare, ripristinare, migliorare, o comunque mantenere il funzionamento psicofisico di persone di tutte le fasce d'età, con disabilità o disturbi, congeniti o acquisiti, transitori o permanenti, oppure a rischio di svilupparli. È un'attività sanitaria di pertinenza dei professionisti sanitari, può avere carattere multidisciplinare)"***.**

La maggior diffusione della telemedicina si registra in dermatologia, cardiologia, neurologia e riabilitazione. Cfr. DM 29/04/2022, cap. 2.2.7 e Accordo Stato-Regioni del 18/11/2021 "***Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni e servizi di teleriabilitazione da parte delle professioni sanitarie".***

ISSN 2036-7821

pubblici in settori quali la sanità cresce in presenza di fattori critici quali la c.d. crisi del *welfare state* o persino la "crisi del concetto di Stato" (Cassese)[47], non senza contare la concezione del diritto alla salute quale diritto finanziariamente condizionato[48].

Anche su queste premesse, va emergendo in via piuttosto nitida nel sistema ordinamentale un nuovo ruolo affidato alla cittadinanza, ovvero quello di intendere i privati quali strumenti fondamentali per la «[…] realizzazione del benessere collettivo sempre più connessa al riconoscimento e al rafforzamento delle virtù private»[49].

Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla natura, nonché sulla conformazione di questo innovativo rapporto tra i privati e lo Stato.

Invero, questo nuovo modello di azione che vede coinvolti, in misura differente, i soggetti del Terzo settore è stato peraltro favorito da una diversa prospettiva del rapporto pubblico-privato che ha determinato il progressivo allontanamento dagli schemi classici di interpretazione fondati sulla logica della corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla P.A. al privato. La Corte Costituzionale ha così avuto modo di rilevare che l'emersione di nuovi strumenti di intervento misto è sintomatica di una «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»[50].

Come si rilevava, si va, in definitiva, sviluppando un sistema misto, costituito dall'intervento pubblico accompagnato e talvolta sorretto da un *welfare* posto in essere da soggetti privati del Terzo settore, decisamente in grado di operare secondo logiche di prossimità, molto più di quanto lo possano risultare le Amministrazioni pubbliche coinvolte nel sistema, a cominciare dalle Regioni.

Nel settore dell'assistenza sanitaria, il Terzo settore gioca un ruolo essenziale nella "tenuta" del sistema generale, non solo come plesso che garantisce i servizi ma, anche, come organizzazione: non a caso, secondo una ricerca pubblicata dallo *European Research Institute on Cooperative and Social Enterprises – EURICSE*, nel 2022 si è registrato un incremento, economico e occupazionale, dell'attività assistenziale[51]

---

[47] Nella prospettiva, cfr. S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma, 2001.

[48] F. CINTIOLI, *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA, *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Torino, 2011, 42, secondo cui «Ne segue l'esigenza del bilanciamento tra il diritto alla prestazione sanitaria e la tutela degli equilibri economico-finanziari».

[49] C. RANCI, A. VANOLI, *Beni pubblici e virtù private. Il terzo settore nelle politiche di welfare,* Torino, 1994, 9.

[50] Cfr., Corte Costituzionale 26 giugno 2020, n. 131.

[51] Sull'impatto economico – occupazione si rinvia a A.A.V.V., *Tra Sanità e assistenza: una filiera da ricomporre, Evoluzione e ruolo del Terzo Settore in Italia, Euricse, Research Report*, 24/22, 26, «Il comparto della sanità e assistenza rappresenta un bacino occupazionale estremamente importante per il Terzo Settore nel suo complesso soprattutto in Basilicata, Marche e Puglia con percentuali d'incidenza sul totale dei dipendenti impiegati complessivamente

prestata dagli ETS (Enti del Terzo Settore).

Il Terzo settore (definito anche società civile organizzata) rappresenta ormai una struttura sociale ed economica che affianca, in settori sensibili dell'ordinamento, sia le istituzioni pubbliche che il mercato. Esso è quella dimensione della società civile organizzata che va assumendo un ruolo sempre più rilevante anche nella produzione di beni e servizi di interesse generale, contribuendo a integrare e innovare l'azione dello Stato sociale.

L'evoluzione storica del fenomeno, come già evidenziato, è interessante, ma la sua forza espansiva rinveniva limiti evidenti in una concezione eccessivamente legata al volontariato, fattore che finiva con l'impedirne l'affermazione del Terzo settore quale settore giuridico autonomo. D'altronde la giurisprudenza costituzionale aveva avallato tale concezione con le pronunce nn. 75/1992 e 500/1993, con le quali era stato affermato che "il volontariato non fosse riconducibile ad una fattispecie giuridica specifica, quanto ad un modo di essere della persona nell'ambito dei rapporti sociali, meglio un atteggiamento che può attuarsi all'interno di qualsiasi campo materiale della vita comunitaria contribuendo a conseguire la piena realizzazione del principio di solidarietà sociale".

Se questa era l'impostazione dei giudici costituzionali, era invero emersa nella società la consapevolezza della necessità di disciplinare il campo del Terzo settore con una normativa autonoma. Si pervenne così, dopo anni di discussioni e contrasti, al varo del Codice del terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117) al quale va ascritto il merito (art. 2) di riconoscere il valore e la funzione sociale degli Enti del Terzo Settore, dell'associazionismo, dell'attività di volontariato e della cultura e pratica del dono quali espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo: il primo generalizzato riconoscimento legislativo[52] sul comparto nella sua dimensione complessiva[53].

---

dalle organizzazioni *non profit* che raggiungono rispettivamente il 74,3%, il 69,6% e il 69%. Al contrario, l'apporto più basso del comparto all'intero Terzo Settore si rileva nelle due province autonome (44% Bolzano e 48,1% Trento) e in Calabria (47,7%)».

[52] Sul punto v. Corte Costituzionale, 17 dicembre 2024, n. 201 secondo cui «Il Codice del terzo settore presenta una funzione unificante, diretta ad ordinare e a riportare a coerenza la disciplina degli ETS, superando le precedenti frammentazioni e sovrapposizioni e dettando una definizione unitaria contenuta nell'art. 4 del Codice che, pur senza operare una indistinta omologazione, tiene insieme diversi enti: sia quelli rientranti in forme organizzative tipizzate, sia quelli "atipici", purché perseguano senza scopo di lucro le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale previste dal Codice e risultino iscritti nel registro unico nazionale».

[53] Sul d.lgs. 11/2017 la letteratura è vasta; senza pretesa di esaustività si rinvia a: M.N. IANNACCONE, *Prime considerazioni sul terzo settore,* in *Cooperative e enti non profit*, 10, 2017, 7 ss; F. PACINI, *L'impianto del terzo settore,* in *Non profit*, 3, 2023, 11 ss; M. CESOLIN, *Considerazioni sparse sul d.lgs. n. 117 del 2017 (c.d. Codice del Terzo Settore),* in *Giustizia civile.com*, 11, 2017, 1 ss; A. CASOTTI, M.R. GHEIDO, *Codice del Terzo Settore,* 36, 2017, 2135 ss.; P. SANNA, *Dalla legge di riforma al Codice del terzo settore : alcuni profili introduttivi,* in *Responsabilità civile e previdenza,* 6, 2018, 2083 ss; F.P. LOPS, *Il Codice del Terzo Settore. Un nuovo patto civile tra istituzioni e cittadini,* in *Vita Notarile*, 3, 2018, 1347; G. TERRANOVA, *Il terzo settore italiano come legal hybrid: dalla 'charity law' inglese al Codice del Terzo Settore. II parte,* in *Trusts e attività fiduciarie*, 6, 2024, 925; G.M. COLOMBO, *ETS: cosa cambia con il Codice del Terzo settore,* in *Cooperative e enti non profit*, 10, 2024, 7 ss.

ISSN 2036-7821

Allo stato, gli Enti del Terzo Settore sono ormai espressamente riconosciuti come rappresentativi della c.d. società solidale[54], ovvero quella particolare rete capillare di vicinanza e solidarietà rispetto ai bisogni della società. Mediante i soggetti che operano al suo interno, viene offerto un rilevante sostegno (art. 1 del CTS) all'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona. Inoltre, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione.

Proprio a causa della variegata tipologia strutturale e della composita gamma di finalità perseguite da parte dei soggetti del terzo settore, il Codice riconosce, dal punto di vista definitorio, «le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel Registro Unico Nazionale del Terzo settore»[55].

Gli Enti del Terzo Settore, *ex* art. 11, devono iscriversi al Registro Unico Nazionale del Terzo Settore, istituito presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali[56].

---

[54] In questi termini, si v. F. PARUZZO, *Tra valorizzazione della "società solidale" e crisi dello stato sociale. Terzo settore e pubblico potere nell'erogazione di prestazioni sociali,* in dirittifondamentali.it, 3,2023, 132, secondo cui «Il Terzo settore e le attività da esso svolte hanno una rilevanza e un fondamento costituzionale; è in ragione di ciò che il ruolo svolto oggi dalla "società solidale", presente e attiva in una pluralità sempre più vasta di settori, impone di esaminare il rapporto di essa, mutato nel tempo, con l'azione dei pubblici poteri e con l'aspirazione di realizzazione dello stato sociale».

[55] Nell'impostazione del nuovo Codice, gli Enti del Terzo Settore (diversi dalle imprese sociali e cooperative sociali) devono esercitare, in via esclusiva o principale, attività di interesse generale "per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale". Sul punto, cfr. art. 5 del CTS, il quale prevede un elenco delle c.d. attività di interesse generale. Per quel che interessa la relazione, sono ricomprese: a) interventi e servizi sociali ai sensi dell'articolo 1, commi 1 e 2, della legge 8 novembre 2000, n. 328, e successive modificazioni, e interventi, servizi e prestazioni di cui alla legge 5 febbraio 1992, n. 104, e alla legge 22 giugno 2016, n. 112, e successive modificazioni;

b) interventi e prestazioni sanitarie;

c) prestazioni sociosanitarie di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 14 febbraio 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 129 del 6 giugno 2001, e successive modificazioni.

[56] Sul punto, è interessante Tar Lazio, Roma, sez. IV *bis*, 1 luglio 2024, n. 13197, secondo cui «In base all'art. 4 d.lgs. citato, ai fini della qualificazione degli Enti del Terzo Settore è necessaria la concorrenza di due requisiti: uno sostanziale, costituito dal perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale (v. artt. 4 e ss. d.lgs. citato); uno formale, rappresentato dall'iscrizione al Registro unico degli Enti del Terzo Settore (RUNTS).

ISSN 2036-7821

A fronte di questo impianto, la Pubblica Amministrazione può, alternativamente, scegliere, nella erogazione di un servizio, se "autoprodurlo" (è questo il caso delle società *in house*), se rivolgersi al mercato o se, ulteriormente, ricorrere agli Enti del Terzo Settore.

Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che la scelta del modello (appalto quindi concorrenza, solidarietà e quindi terzo settore o autoproduzione) costituisce una

---

L'iscrizione nel registro garantisce il controllo pubblico sulla sussistenza e sulla permanenza dei requisiti di carattere sostanziale (v. art. 45 ss. e 90 ss., d.lgs. citato) e ha carattere costitutivo ai fini della qualificazione degli Enti del Terzo Settore. Ciò non significa che tale iscrizione sia obbligatoria: l'associazione che preferisce non iscriversi può continuare ad esistere e svolgere la propria attività, ma non può beneficiare delle norme di favore previste per gli Enti del Terzo Settore.

L'iscrizione nel registro, in ragione del controllo che ne consegue, riveste un ruolo ancora più importante nei rapporti tra gli enti in esame e la pubblica amministrazione. Ed infatti l'art. 4, comma 1, lett. m), l. n. 106/2016 (Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale, "L'iscrizione nel Registro, subordinata al possesso dei requisiti previsti ai sensi delle lettere b), c), d) ed e), è obbligatoria per gli Enti del Terzo Settore che si avvalgono prevalentemente o stabilmente di finanziamenti pubblici, di fondi privati raccolti attraverso pubbliche sottoscrizioni o di fondi europei destinati al sostegno dell'economia sociale o che esercitano attività in regime di convenzione o di accreditamento con enti pubblici o che intendono avvalersi delle agevolazioni previste ai sensi dell'articolo 9". Inoltre, è solo la qualificazione di un ente del terzo settore, acquisita mediante l'iscrizione, che consente l'applicazione della disciplina di favore prevista non solo dagli artt. 55, 56 e 57 d.lgs. citato, ma più di recente anche dall'art. 18 del d.lgs. 201/2022, relativo ai rapporti di partenariato con gli Enti del Terzo Settore nell'ambito della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, e dall'art. 6 del d.lgs. n. 36/2023 (Codice contratti pubblici), rubricato "Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli Enti del Terzo Settore".

Proprio in considerazione dell'importanza dell'iscrizione nei registri ai fini del controllo sui requisiti sostanziali, il legislatore, in attesa dell'istituzione e della piena operatività del RUNTS, ha ritenuto insufficiente il solo requisito sostanziale per la qualificazione di un ente come ente del terzo settore, prevedendo invece che "Il requisito dell'iscrizione al Registro unico nazionale del Terzo settore previsto dal presente decreto, nelle more dell'istituzione del Registro medesimo, si intende soddisfatto da parte delle reti associative e degli Enti del Terzo Settore attraverso la loro iscrizione ad uno dei registri attualmente previsti dalle normative di settore" (art. 101, c. 3, d.lgs. citato). I registri di settore vigenti al momento dell'entrata in vigore del RUNTS svolgevano d'altronde una funzione di garanzia e controllo analoga a quella oggi rivestita dal RUNTS, anche con riguardo ai rapporti con la pubblica amministrazione».

L'altra questione interessante attiene alla possibilità per le ONLUS di partecipare alle attività di co-programmazione e co-progettazione, seppur non iscritte al RUNTS, in attesa dell'autorizzazione della Commissione Europea sulle norme fiscali *ex* art. 101, comma 10 del CTS.

Sul punto si è pronunciato il TAR Lombardia, sez. II, 1° ottobre 2024, n. 2533. In particolare, la pronuncia afferma che "(…), considerato che attualmente le Onlus non hanno ancora un preciso obbligo di iscrizione al Runts, valendo ancora per le stesse il regime transitorio dell'art. 101 del Codice del Terzo Settore, la scelta del Comune di Milano di consentire la partecipazione a tutte le *Onlus* non appare certamente *contra legem* oppure illogica". Il Tar ha altresì ricordato che in base alla normativa attualmente vigente le Onlus "sono obbligate a presentare la domanda di iscrizione al Runts fino al 31 marzo del periodo di imposta successivo all'autorizzazione della Commissione Europea di cui all'art. 101 comma 10 del (Codice del Terzo Settore)". L'8 marzo 2025, la Commissione Europea ha rilasciato la predetta autorizzazione, rilevando, in sostanza, la conformità delle norme fiscali del terzo settore, pertanto, a partire dal periodo d'imposta successivo a quello dell'autorizzazione UE, dal 1° gennaio 2026 se coincidente con l'anno solare ovvero, in caso di esercizio finanziario non coincidente con l'anno solare, a partire dal prossimo esercizio finanziario, tutti gli ETS dovranno applicare integralmente il d.lgs. 117/2017.

manifestazione di amplissima discrezionalità (cfr. TAR Milano, 2533/2024)[57].

Tra le più profonde novità riconosciute dal Codice (art. 55, comma 2 e 3), che impegna notevolmente i soggetti del Terzo settore, si impone la co-programmazione, attività finalizzata, d'intesa tra le parti coinvolte ivi compresi gli Enti del Terzo Settore, all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, di bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari e delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili. Con la successiva co-progettazione, si tenderà alla definizione e realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti[58].

[57] Sul punto si v. Cons. St., sez. V, 22 maggio 2024, n. 4540: «secondo quanto già osservato da questa sezione (Cons. Stato, Sez. V, 07 settembre 2021, n. 6232), ai fini della delimitazione della possibilità di ricorso alla co-progettazione con gli Enti del Terzo Settore anziché del ricorso al mercato mediante procedure di appalto, occorre muovere dalle puntuali considerazioni svolte nel parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, 26 luglio 2018, sui rapporti tra le direttive U.E. del 2014 in materia di appalti pubblici, il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 e il d.lgs. n. 117 del 2017 nella parte in cui disciplina l'affidamento di servizi sociali a soggetti o enti del c.d. terzo settore.

16.1. Premesso che, di regola, *"l'affidamento dei servizi sociali, comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un "appalto") che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario"* (pag. 13 del parere), si è sottolineato come in determinate ipotesi "*la procedura di affidamento di servizi sociali disciplinata dal diritto interno non è soggetta alla regolazione di origine euro-unitaria. Ciò accade allorché … la procedura disciplinata dal diritto interno … miri sì all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che, tuttavia, 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.

16.2. 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 de 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.

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.

Sotto questo profilo, si precisa, "*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*" (pag. 14 del parere cit.). Il che significa che 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, incontrate dall'ente*": pag. 21 del parere).

In tale ottica si inscrive pertanto il dettato dell'art. 56 comma 2 del d.lgs. 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*"».

[58] Sul tema, si v. C. TORRIGIANI, *Co-programmazione, co-progettazione e valutazione delle politiche sociali*, in *Rassegna italiana di valutazione*, V. 29, Fasc. 91, 2025, 30 ss.; B. GILIBERTI, *L'amministrazione condivisa: co-programmazione e co-progettazione nel Terzo settore tra autonoma iniziativa delle formazioni sociali e poteri delle pubbliche amministrazioni*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, V. 14, Fasc. 1, 417 ss.; V. MANZETTI, *La co-programmazione e la co-progettazione tra PA e Enti del Terzo Settore: dal ritrovarsi nel mezzo del cammin per una selva oscura, che la diritta via era smarrita … ai raggi del 'nuovo' pianeta dei Contratti pubblici*, in *Nuove Autonomie*, V. 32, Fasc. 2, 2023, 603 ss. Sul punto, è stato osservato che «l'art. 55 c.t.s. nel promuovere il coinvolgimento attivo degli e.t.s. ad opera delle amministrazioni, non scandisce un regime procedimentale, mostrando una certa genericità sulle modalità concrete di realizzazione. I dubbi in ordine alle regole procedurali dell'istituto solo in parte sono stati risolti dalle Linee guida ministeriali, lasciando ampio margine all'autonomia regionale. Rimangono i tratti qualificanti della co-progettazione: la gratuità e il carattere non lucrativo dell'ente affidatario, caratteri imposti "dall'alto", elaborati per sottrazione rispetto al regime degli appalti. Utile ai fini di evidenziare la disarmonia tra realtà pratica ed

Anche la forma del partenariato è aperta alla discrezionalità dell'amministrazione mediante accreditamento, previa definizione, da parte della stessa pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti *partner*.

La Corte Costituzionale, con sentenza 26 giugno 2020, n. 131, ha avuto modo di precisare che, sulla base dell'art. 55 CTS, si instaura un canale di amministrazione condivisa alternativa a quella del mercato, un sistema, come già rilevato, non fondato sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, bensì 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 ad 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»[59].

Il recente Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 36/2023) dispone dal canto suo che (art. 6) «*In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli Enti del Terzo Settore di cui al Codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato*»[60].

---

elaborazioni scientifica, legislativa e giurisprudenziale è il diritto vivente, essendo questo capace di far emergere le implicazioni effettive che realizza l'inquadramento così imposto alla co-progettazione», si v. V. GIANNINI, *L'amministrazione condivisa tra controprestazione e apporto. Indicazioni dal diritto vivente*, in *www.labsus.org*. Con riguardo, invece, alle modalità operative si v. Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed Enti del Terzo Settore negli artt. 55 – 57 del d.lgs. 117/2017, D.M. 31 marzo 2021 n. 72.

[59] Si v. TAR LIGURIA, Genova, sez. I, 3 maggio 2024, n. 310, secondo cui «il modello di condivisione della funzione pubblica prefigurato dall'art. 55 è riservato in via esclusiva agli Enti del Terzo Settore i quali perseguono, senza scopo di lucro, finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi (art. 4 del d.lgs. n. 117/2017)».

[60] Come visto, l'art. 6 richiama in chiusura il principio del risultato. Sui rapporti si v. F. GIGLIONI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.labsus.org*, secondo cui «Come pesi il principio del risultato nel giudizio dei modelli di amministrazione condivisa è meno certo. Stando all'art. 1 del Codice dei contratti pubblici, che cita il principio del risultato, emergono due versioni. Il primo è contenuto nel comma 3, ma – come dice la stessa disposizione – è riferito proprio al settore dei contratti pubblici. Essendo l'amministrazione condivisa fuori dal Codice dei contratti pubblici, sembrerebbe che occorra guardare allora al comma 4 dell'art. 1, che recita che il principio del risultato è il criterio attraverso cui si stabilisce l'esercizio del potere discrezionale e l'individuazione della regola da applicare al caso concreto al fine di valutare la responsabilità del personale e l'attribuzione degli incentivi secondo la contrattazione collettiva. Se questa lettura trovasse conferma, il principio del risultato si attaglia benissimo all'esperienza dell'amministrazione condivisa che, come è noto, è innanzitutto esercizio creativo di autonomie che si incontrano, quella amministrativa e quella sociale, e che ricercano la regola da applicare non in astratto o in modo predefinito ma nel concreto. Tale garanzia del risultato ha un potenziale significativo in termini di responsabilità dei funzionari pubblici, che possono così motivare e spiegare il ricorso alla soluzione concreta di amministrazione condivisa, senza dover per forza

Orbene, l'intero nuovo impianto concernente gli Enti del Terzo Settore non poteva non coinvolgere il comparto sanitario, in considerazione del fatto che la salute è un bene comune e, in quanto tale, la *governance* non può essere né esclusivamente privata, né pubblica[61], ma, come osservato dalla Corte Costituzionale, necessita un nuovo rapporto pubblico – privato atto a interpretare la strategia pubblica ottimale per la gestione del comparto sanitario.

Peraltro, come si è rilevato, il diritto alla salute, nel corso degli anni, è andato ad affiancarsi ai servizi di assistenza, assumendo una inedita conformazione "integrata", che non si esaurisce nella mera garanzia delle prestazioni mediche.

Da qui, il Terzo settore ricopre un ruolo fondamentale per la costituzione di un sistema sanitario c.d. di prossimità, attento ai bisogni del territorio e soprattutto capace di intercettare ed affrontare situazioni di fragilità e vulnerabilità[62].

Il concetto di prossimità, quindi, assume una doppia conformazione: la prima di natura fisico – geografica, da intendentesi come vicinanza del servizio sanitario rispetto al territorio (in questo senso, assumono rilievo, ad esempio, le case di comunità e tutti quegli strumenti che sottendono un servizio di vicinanza agli utenti); la seconda invece attiene ad una prossimità morale (di aiuto, anche affettivo).

Il terzo settore è un sistema, forse l'unico possibile, capace di compendiare e sintetizzare entrambe le dimensioni della prossimità; da un lato offrendo vicinanza fisica all'utente, dall'altro, soprattutto il volontariato, garantendo la necessaria prossimità alle esigenze di altra natura, non ultima quella psichica, dei soggetti fragili e vulnerabili.

È così che, in definitiva, si rende possibile realizzare quella efficace integrazione sociosanitaria[63] richiesta dal PNRR.

---

ricercare l'appiglio specifico legislativo a cui ancorare la scelta. Il principio del risultato può esaltare l'amministrazione responsabile a scapito di quella difensiva, senza naturalmente violare la legalità. Siamo ancora agli inizi e ai primi commenti di queste norme e non esistono ancora casistiche, ma c'è tutto lo spazio per dire che l'art. 6 del Codice dei contratti pubblici costituisce un potenziale enorme per il radicamento e il rafforzamento dell'amministrazione condivisa».

[61] Sul punto, si v. G. SESSA, V. COLMEGNA, *La Casa della Comunità, cit. Secondo S. Zamagni, La lezione e il monito della pandemia da Covid-19,* in AA.VV., *Pandemia e resilienza,* Roma, 2020, laddove affermano che, a pag. 37, che «non c'è alternativa alla *welfare society*. Ciò è massimamente vero in sanità, come l'esperienza di questo tempo ci indica. Si tenga presente che la salute è un bene comune, né un bene privato né un bene pubblico. Ne deriva che la sua *governance* non può essere né privatistica né pubblicistica».

[62] Il tema della fragilità e vulnerabilità in ambito sanitario è divenuta ancor più evidente durante la pandemia da Covid 19, laddove è emerso un indice di povertà non solo economica ma anche sociale. Sul punto, ad esempio Papa Francesco ha osservato che *"La sanità di ispirazione cristiana ha il dovere di difendere il diritto alla cura soprattutto delle fasce più deboli della società, privilegiando i luoghi dove le persone sono più sofferenti e meno curate, anche se questo può richiedere la riconversione di servizi esistenti verso nuove realtà. Ogni persona malata è per definizione fragile, povera, bisognosa di aiuto, e a volte chi è ricco si trova più solo e abbandonato di chi è povero. Però è evidente che oggi ci sono opportunità diverse di accesso alle cure per coloro che hanno disponibilità economiche rispetto alle persone più indigenti»*, https://www.aogoi.it/notiziario/papa-diritto-salute/.

[63] Sul punto, si v. R. BALDUZZI, *L'integrazione sociosanitaria si fa a partire dalla comunità,* in https://www.avvenire.it/idee-e-commenti/lintegrazione-sociosanitaria-si-fa-a-partire-dalle comunita_45494,

ISSN 2036-7821

Un nuovo legame tra Terzo settore e sanità aveva mosso i primi passi sin dagli anni '80 dello scorso secolo[64], ma solo di recente esso ha assunto una conformazione persino istituzionale.

In seguito, durante il periodo pandemico, molti Enti del Terzo Settore avevano dimostrato la loro capacità di essere essenziali nella cura dei bisogni sociali e sanitari.

Nella medesima prospettiva, il PNRR ha evidenziato uno stretto collegamento tra la Missione 5 (inclusione sociale) e la Missione 6 (salute), dimostrando che un sistema congiunto è capace di «superare l'attuale frammentazione dei sistemi di *welfare* locale»[65].

Dalla lettura delle norme del comparto sanitario e di quelle concernenti gli Enti del Terzo Settore emerge la volontà del legislatore di valorizzare quest'ultimo, prendendone e perfezionando le sue capacità sino ad ergerlo a fattore centrale non solo per la prestazione di servizi ma, soprattutto, quale strumento utile ad intercettare tutti i bisogni della comunità in cui opera, come dimostra, peraltro, la legge di bilancio per il 2025 (l. n. 207 del 30 dicembre 2024), che, in attuazione del Codice degli enti per il terzo settore, all'art. 1, comma 294[66] ha istituito il Registro

---

secondo cui «*Dobbiamo però intenderci bene sulla nozione di integrazione, e in particolare comprendere che le vere sfide non attengono tanto a quelle tra le professioni (integrazione professionale) o tra i sistemi (integrazione gestionale), e neppure all'integrazione tra diversi Comuni (integrazione orizzontale) o tra Comuni, Province e Regioni (integrazione verticale), quanto piuttosto alla costruzione di una vera e propria rete che veda enti territoriali, enti funzionali, professionisti e volontariato-Terzo settore realizzare un'autentica integrazione comunitaria*».

[64] G. PISANI, J. DECORTE, *L'integrazione sociosanitaria come asse di un nuovo modello di assistenza. Il possibile ruolo del terzo settore, Euricse Working Paper Series*, 128/23, 9, secondo cui «Le esperienze di attivazione "dal basso", negli anni '80, includono associazioni di volontariato, i gruppi a difesa dei diritti dei pazienti e dei soggetti più vulnerabili, i movimenti per la de-istituzionalizzazione, ecc. Queste hanno permesso il riconoscimento di diritti di categorie di persone fino a quel momento escluse dal dibattito pubblico. Negli anni successivi, molte di queste esperienze si sono strutturate entro forme imprenditoriali e cooperative più stabili, che hanno trovato spazio soprattutto all'interno dei sistemi di *welfare mix* che si sono andati sviluppando a livello locale, lavorando in sinergia con le pubbliche amministrazioni».

[65] G. PISANI, J. DECORTE, *L'integrazione sociosanitaria come asse di un nuovo modello di assistenza. Il possibile ruolo del terzo settore, op. cit.*, evidenziano che «Le missioni 5 e 6 del PNRR mirano a superare l'attuale frammentazione dei sistemi di *welfare* locale, assumendo l'integrazione sociosanitaria come fattore in grado di favorire una riarticolazione dei servizi e una maggiore collaborazione fra gli attori impegnati sul fronte dell'assistenza. C'è però la necessità di tradurre i dettati normativi, spesso enunciati per lo più in forma di principi generali, entro politiche mirate e interventi strutturali, che abbiano ricadute anche sui concreti modelli di organizzazione dei servizi sociosanitari».

[66] La norma dispone che «Per l'attuazione del comma 293 è istituito il Registro unico delle associazioni della salute (RUAS), gestito dal Ministero della salute, consultabile in uno specifico sito *internet*, raggiungibile anche dal sito istituzionale del Ministero medesimo, in cui sono iscritte le associazioni per le finalità di cui ai commi da 293 a 296. Il RUAS è suddiviso in aree tematiche. Possono essere iscritte al RUAS, su richiesta da presentare al Ministero della salute, le associazioni che possiedono i seguenti requisiti: a) sono costituite da almeno dieci anni;

b) sono iscritte nel Registro unico nazionale del Terzo settore, istituito dall'articolo 45 del Codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, o in un altro albo ufficialmente riconosciuto; c) adottano l'approccio secondo le dimensioni di qualità previste dalla scheda 14 del Patto per la salute, di cui all'intesa del 18 dicembre 2019 sancita in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano (Rep. atti n. 209/CSR); d) applicano i criteri di trasparenza e di rendicontazione

ISSN 2036-7821

Unico delle associazioni della salute (RUAS)[67], gestito dal Ministero della Salute.
Interessante è la prospettiva offerta dalla normativa, giacché, da un lato, è sintomatica dell'intenzione di voler affrontare con serietà il tema dell'associazionismo relativo al comparto salute e, dall'altro, è finalizzata a garantire un coinvolgimento e una partecipazione efficace nelle materie di loro competenza[68].
Se allora pare verosimile che in un siffatto contesto sociale e normativo, gli Enti del Terzo Settore costituiscono una risorsa integrativa importante per il comparto sanitario (senza pretendere di sostituirsi totalmente allo Stato), privilegiando piuttosto percorsi di co-gestione e co-amministrazione[69], si avverte però come ineludibile la necessità di tradurre i dettati normativi, spesso enunciati per lo più in forma di principi generali, entro politiche mirate e interventi strutturali, che abbiano ricadute anche sui concreti modelli di organizzazione dei servizi sociosanitari.

6. Esperienze operative di nuove forme di gestione.

Appare a tal punto di interesse analizzare alcune delle principali esperienze regionali e locali che istituiscono talune forme di collaborazione tra soggetti istituzionali pubblici e soggetti del Terzo settore nella gestione della sanità territoriale.
La legge lombarda n. 23 del 2020 riconosce espressamente il ruolo del Terzo Settore

previsti per l'attività di interesse pubblico; e) rappresentano e promuovono, nell'ambito della propria attività, le istanze di cittadini, pazienti e caregiver in ambito sanitario».

Allo stato, tuttavia, non sono stati ancora emanati i decreti attuativi, ex art. 1, comma 293.

[67] A. SANTUARI, *Le associazioni di tutela dei diritti dei pazienti: il Ministero della Salute istituisce il Registro unico delle associazioni della salute* (RUAS). *Sanità Pubblica E Privata*, 3, 2025, 10 ss.

[68] Sul punto si v. art. 1, comma 295 secondo cui «Il Ministero della salute è tenuto ad inserire un rappresentante delle associazioni iscritte al RUAS all'interno degli organismi costituiti presso il Ministero medesimo, quali comitati, tavoli di lavoro, osservatori e gruppi di lavoro, in base all'oggetto specifico e ai percorsi istituzionali specificamente attivi, individuati dallo stesso Ministero. Il coinvolgimento del rappresentante di cui al presente comma riguarda i provvedimenti, i piani e i programmi individuati dal Ministero della salute e tutte le fasi, dall'istruttoria all'adozione finale dell'atto, del provvedimento o della decisione, nonché i percorsi decisionali sui farmaci individuati dalla Commissione scientifica ed economica dell'AIFA. Il rappresentante di cui al presente comma è nominato dalle associazioni iscritte al RUAS che siano rilevanti e significative rispetto all'oggetto in discussione, con riferimento alla specifica patologia. Il rappresentante nominato sottoscrive una dichiarazione con la quale esclude l'esistenza di conflitti di interessi personali. Della nomina del rappresentante è data notizia mediante pubblicazione nel sito internet del RUAS di cui al comma 294. Il rappresentante non ha diritto a compensi, gettoni di presenza, rimborsi di spese o altri emolumenti comunque denominati».

[69] A. RIPEPI, *Enti del Terzo Settore e tutela della salute nel contesto post-pandemico: analisi della normativa regionale in materia. Verso un'amministrazione condivisa in ambito sanitario* (?), in *Corti Supreme e salute*, 3, 2024, 972 osserva che «Il privato sociale, infatti, costituisce una risorsa importantissima nell'ambito del sistema assistenziale, con particolare riferimento al complesso e delicato mondo ospedaliero, grazie alla presenza di numerose associazioni che operano a tutti i livelli e in diversi settori, incluse le attività di informazione e promozione della salute. Il Terzo Settore, dunque, in ambito sanitario non aspira a sostituirsi alle strutture pubbliche, né potrebbe farlo, ma tende a integrarsi con queste ultime nell'assicurare supporto in ambito ospedaliero e nella fase di de-ospedalizzazione, di cruciale importanza. Il tutto nel contesto dell'ampio concetto di amministrazione condivisa, che, come di recente ben evidenziato, "è più ampio di quello di co-amministrazione e coprogettazione e si attua anche esso attraverso procedure aperte, trasparenti e tracciate"».

come componente essenziale nel sistema di prevenzione e contrasto delle dipendenze, includendo sia quelle da sostanze sia quelle comportamentali, come il gioco d'azzardo patologico e le cosiddette nuove dipendenze[70].
È stato istituito un Comitato tecnico, ovvero un coordinamento tecnico in area dipendenze, costituito da una rappresentanza delle ATS locali e degli enti accreditati per le dipendenze (pubblico e privato sociale accreditato)[71]. Gli Enti del Terzo Settore, che abbiano conseguito uno specifico accreditamento, assumono un ruolo centrale nei progetti di prevenzione, cura e reinserimento.
Non si prevede tuttavia una disciplina volta ad attività di co-programmazione o co-progettazione, carenza che potrebbe invero costituire un fattore fortemente limitante alla portata innovativa dell'intervento, che, almeno allo stato, resta ancorato a forme di collaborazione in una fase prevalentemente esecutiva.
La legge regionale Abruzzo n. 37 del 2020, pur muovendosi nel medesimo solco, amplia notevolmente la nozione di "dipendenze patologiche", includendo patologie comportamentali nuove[72]. Il provvedimento legislativo prevede concessioni «di contributi, patrocini o altre agevolazioni, anche non onerose, al fine della realizzazione di progetti volti a promuovere interventi di prevenzione, assistenza e reinserimento sociale di persone affette da dipendenze patologiche, nonché di supporto delle rispettive famiglie».
Anche in questo caso, tuttavia, il rapporto tra pubblica amministrazione e Terzo Settore resta fondato su un modello convenzionale tradizionale, incentrato su forme di erogazione di servizi più che sulla loro co-progettazione.
Un diverso approccio emerge nella legge pugliese n. 9 del 2023, la quale introduce i Percorsi terapeutico-riabilitativi individuali (PTRI), finanziati attraverso il *budget*-salute, quale strumento di co-programmazione e cogestione tra soggetti pubblici, Terzo Settore, utenti e famiglie.
In particolare, l'art. 1, comma 2, della legge pugliese dispone che la Regione «[…] nel rispetto del principio di sussidiarietà solidale e di complementarità tra gli erogatori dei servizi, promuove la centralità e la partecipazione dei cittadini attraverso "Percorsi terapeutico riabilitativi individuali" (PTRI), con forme di cogestione di percorsi di cura e riabilitazione, caratterizzate dalla necessità di interventi sanitari e sociali tra loro integrati».

---

[70] Art. 1, comma 3, quanto all'ambito di applicazione rileva che il provvedimento si riferisce sia alla dipendenza derivata da uso di sostanze, sia alla dipendenza derivata da comportamenti patologici quali il gioco d'azzardo patologico e le cosiddette nuove dipendenze.

[71] Cfr. art. 3

[72] Si v. art. 1, comma 2, in cui sono inclusi a) il disturbo da gioco d'azzardo; b) le dipendenze da sostanze (bevande alcoliche, tabacco, sostanze psicotrope e stupefacenti, "nuove sostanze", antidolorifici); c) le dipendenze tecnologiche (*Internet*, reti sociali, *smartphone*, videogiochi, video-pornografia, ecc.) e altre dipendenze comportamentali, come da DSM-5, Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali; d) *shopping* compulsivo; e) ipersessualità" (

Il riferimento ai principi di sussidiarietà solidale e di partecipazione attiva rappresenta un chiaro segno di inversione del tradizionale modello, espressivo di un sistema integrato di presa in carico personalizzata rispetto alle esigenze degli utenti. Tuttavia, anche in questo caso, l'assenza di una disciplina attuativa sui rapporti con gli enti non profit rinvia, di fatto, all'applicazione del quadro generale del Codice del Terzo Settore, con il rischio di lasciare irrisolte le modalità concrete di attuazione della co-gestione sanitaria[73].

Un esempio di regolamentazione coerente con la logica dell'amministrazione condivisa si rinviene nel "Regolamento per la disciplina delle attività di volontariato approvato dall'Azienda Tutela Salute della Sardegna" (oggi ARES Sardegna), deliberazione n. 122 del 2020.

Ebbene, diversamente da quanto è stato rilevato con le esperienze passate in rassegna, il regolamento sardo definisce in modo dettagliato i requisiti di accesso, le modalità di stipula delle convenzioni e le procedure operative per la collaborazione con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale. Proprio su tali basi, il regolamento riconosce esplicitamente il valore delle associazioni di volontariato e degli ETS come espressione di partecipazione e solidarietà, prevedendo la stipula di convenzioni in regime di sussidiarietà.

L'esperienza sarda, dunque, si distingue per il grado di precisione e per la chiarezza della disciplina, rappresentando un significativo passo avanti verso una effettiva amministrazione sanitaria condivisa, nella quale la cooperazione con il Terzo Settore non si limiti a un coinvolgimento formale, ma si traduca in un sistema chiaro e coerente, capace di orientare in modo univoco l'azione amministrativa e di massimizzare (e non solo valorizzare) il contributo civico alla tutela della salute.

Interessante è la legge della Regione Calabria n. 8 del 2024 (*Disposizioni per il riconoscimento della rilevanza sociale della fibromialgia e della elettrosensibilità e istituzione dei servizi regionali*), la quale, tra l'altro, dispone che gli ambulatori multidisciplinari possano essere coadiuvati da sportelli delle associazioni di volontariato (che si occupano per l'appunto di fibromialgia e di elettrosensibilità)[74].

---

[73] A. RIPEPI, *Enti del Terzo Settore e tutela della salute nel contesto post-pandemico: analisi della normativa regionale in materia. Verso un'amministrazione condivisa in ambito sanitario* (?), in *Corti Supreme e salute*, 3, 2024, 982.

[74] La legge n. 8 del 2024 è stata impugnata innanzi alla Corte Costituzionale. Per quel che qui interessa, gli art. 1, comma 3, 3 comma 1 e 7, comma 1 lett. c «nel prevedere forme di collaborazione istituzionale soltanto con le associazioni di volontariato e altre associazioni, si porrebbero in contrasto con le norme statali contenute nel decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, recante «Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera ***b***), della legge 6 giugno 2016, n. 106», che prevedono che tutti gli Enti del Terzo Settore – d'ora in avanti: ETS – (compresi quelli non qualificati come organizzazioni di volontariato o non costituiti in forma di associazione) possano svolgere, ai sensi dell'art. 5, comma 1, lettere ***b***) e ***c***), prestazioni sanitarie e socio-sanitarie e avvalersi dell'apporto di volontari». La Corte Costituzionale con sentenza n. 201/2024 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 comma 2 ma ha dichiarato non fondate quelle relative artt. 1, comma 3, 3, comma 1, e 7, comma 1, lettera ***c***) affermando in particolare che nell'ottica del «coinvolgimento attivo degli ETS nella programmazione, nella progettazione e nell'organizzazione degli interventi e dei servizi, nei settori di attività di interesse generale definiti dall'art. 5 del medesimo CTS» (sentenza n. 131 del 2020), può concludersi, quindi, che il

Come anticipato, oltre agli esempi normativi, l'*humus* del tema è costituito da esperienze locali, le quali – ancora una volta – dimostrano la capacità, delle Amministrazioni più prossime ai cittadini, di anticipare la costruzione di un sistema innovativo.

In questo senso, il Comune di Reggio Emilia ha pubblicato un avviso per co-progettazione e la realizzazione di un partenariato per il "Sostegno e supporto ai *caregiver* e percorsi di miglioramento della qualità della vita"[75]. In particolare, l'avviso ha ad oggetto azioni finalizzate al sostegno alla domiciliarità e al benessere di persone con disabilità e persone anziane comprese persone con Alzheimer e altre sindromi dementigene.

L'avviso è interessante perché propone una innovata concezione dei beneficiari dell'azione; nello specifico, nel documento progettuale si legge che vi sono dei beneficiari diretti «persone con Alzheimer o sindromi dementigene correlate e i loro familiari, che beneficeranno direttamente delle attività di supporto, socializzazione e formazione previste dal progetto», nonché beneficiari indiretti cioè i volontari, gli operatori e «la comunità nel suo insieme, che sarà coinvolta attraverso eventi e iniziative volte a promuovere una cultura accogliente».

L'innovatività dell'avviso risiede proprio nel fatto di considerare l'intera comunità come beneficiario indiretto dell'azione, dal momento che – proprio in forza della partecipazione alle attività – promuove nuove forme di socialità. In questo caso, inoltre, è altrettanto evidente che l'avviso intende sviluppare quella moderna concezione della sanità integrata, intervenendo sia dal punto di vista medico che sociale.

Un altro esempio di questo modello è costituito dall'esperienza della ASL BARI[76], la quale, nel 2024, ha pubblicato un avviso per la manifestazione di interesse finalizzata all'individuazione di Enti del Terzo Settore disponibili a partecipare a un tavolo di co-progettazione e alla successiva Definizione e realizzazione di interventi sociosanitari nell'ambito del Piano Nazionale Equità nella Salute 2021-2027. Nello specifico, l'avviso è finalizzato al potenziamento della medicina di prossimità rispetto alla individuazione dei bisogni di salute della "popolazione in vulnerabilità

legislatore regionale – con riguardo alle attività di collaborazione presso gli ambulatori multidisciplinari, nonché, più in generale, di supporto e aiuto ai pazienti, oltre che di informazione e di sensibilizzazione sulle indicate patologie – ha richiamato solo alcuni tipi di ETS, peraltro in maniera poco accurata e disomogenea, senza tuttavia aver assegnato a tali espressioni significati preclusivi, bensì meramente esemplificativi. Né il riferimento ricorrente al «volontariato», pur rivelando un *favor* nei confronti degli enti che si avvalgono di volontari, assume alcuna valenza discriminatoria, considerato che, ai sensi dell'art. 17 cod. terzo settore, tutti gli ETS possono avvalersi di volontari senza limitazioni, previste solo per l'impresa sociale, non a caso esclusa dall'imputazione di tali attività di interesse generale.

[75] https://www.comune.reggioemilia.it/amministrazione/documenti-e-dati/avvisi-e-bandi/altri-bandi/avviso-pubblico-caregiver

[76] https://www.sanita.puglia.it/documents/46923/821120/Avviso+BURP_ASL_BA.pdf/a9340009-22d1-f0c5-8197-c639720f3cd6?t=1751215105327

socio-economica" (i c.d. *hard to reach*).
L'avviso, oltre a prevedere una collaborazione con tutte le articolazioni territoriali (ETS, parrocchie, servizi sociali dei Comuni), è finalizzato a soddisfarne i bisogni di «cura all'interno di percorsi clinico-assistenziali e prevedendo, qualora necessaria, l'erogazione di medicinali e dispositivi i cui costi sono a carico del paziente e, ove necessario, il *referral* verso le strutture della medicina territoriale o ospedaliere».
In questo caso, gli ETS avranno la funzione di facilitare "l'ingaggio e compliance delle persone in povertà sanitaria", di fornire supporto alle aziende sanitarie per l'individuazione e qualificazione dei bisogni, nonché di facilitare la presa in carico degli utenti.
Merita di essere richiamato, altresì, l'avviso di «istruttoria pubblica per l'individuazione dei soggetti disponibili a partecipare al procedimento di co-progettazione delle attività, dei progetti e degli interventi relativi alle sperimentazioni di domiciliarità comunitaria» dell'azienda sanitaria del Friuli Occidentale[77].
In particolare, la finalità dell'avviso è quello di attivare percorsi di co-programmazione e di co- progettazione al fine di «individuare risposte innovative ai bisogni di persone non autosufficienti, puntando a rafforzare il sistema di cure territoriali e di prossimità attraverso il coinvolgimento delle realtà del terzo settore attive sul territorio, integrando ed ampliando la gamma di interventi già garantiti dal sistema di *welfare* locale sociale e sociosanitario» (art. 2). In tale evenienza, l'Azienda sanitaria intende creare una rete di prossimità capace non solo di garantire un efficace diritto alla salute ma anche di intercettare i bisogni dei soggetti più vulnerabili.
Le esperienze normative e amministrative sin qui illustrate in linea di massima dimostrano comunque come il terzo settore rappresenti una scelta ineludibile per la gestione integrata del diritto alla salute, un legame tra sanità e terzo settore destinato quindi a crescere nel futuro prossimo.

7. Il terzo settore e il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023).
Si è già fatto cenno all'innovativa disciplina dei contratti pubblici per i soggetti del terzo settore, di cui al D.lgs. n. 36/2023, normativa che sostanzialmente recepisce le indicazioni della sentenza della Corte Costituzionale n. 131/2020.
Come opportunamente osservato in dottrina, la *ratio* delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici (art. 6) non ha una funzione «[…] *di guida nell'interpretazione delle previsioni di dettaglio contenute nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 […] ma di "recinto", risultando finalizzata a tracciare i confini entro cui gli articoli del Codice trovano*

[77]https://asfo.sanita.fvg.it/export/sites/aas5/it/azienda_informa/_docs/avviso-pubblico-coprogettazione.pdf

applicazione»[78].

L'art. 6 del D. Lgs. n. 36/2023 prevede la "coesistenza" di due modelli organizzativi di affidamento dei servizi sociali: il primo fondato sulla concorrenza e il secondo, invece, sulla solidarietà e sussidiarietà orizzontale[79].

Con particolare riferimento al settore dei servizi sociali, il Codice dei contratti pubblici prevede una disciplina specifica agli articoli 127 e 128 definendo regole *ad hoc* per il comparto della contrattazione pubblica in materia di servizi sociali e assimilati.

Dal punto di vista classificatorio[80], gli articoli suddetti si riferiscono all'affidamento

[78] Così, L. GALLI, *Commento art. 6,* in R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, 2024, 29.

[79] Sul punto, è interessante la prospettiva della Relazione agli articoli e agli allegati del Consiglio di Stato, 7 dicembre 2022, la quale, pag. 18, ricorda che: "L'articolo recepisce la sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale, che ha sancito la coesistenza di due modelli organizzativi alternativi per l'affidamento dei servizi sociali, l'uno fondato sulla concorrenza, l'altro sulla solidarietà e sulla sussidiarietà orizzontale. Il secondo tipo di affidamenti (diretti) riguarda in particolare i servizi sociali di interesse generale erogati dagli Enti del Terzo Settore (ETS) e non rappresenta una deroga, da interpretare restrittivamente, al modello generale basato sulla concorrenza, bensì uno schema a sua volta generale da coordinare con il primo. […] Il modello proposto intende apportare benefici alla collettività in termini di efficacia, efficienza e qualità dei servizi, promuovendo la capacità di intervento dei privati, spesso più rapida di quella delle amministrazioni. A tal fine si prevede che gli enti affidatari dei servizi debbano essere scelti nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza ed effettività (e sempre in base al principio del risultato). In tal modo, si attribuisce portata generale a quanto già previsto dagli artt. 55 e 57 del Codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117 del 2017), chiarendo il rapporto di non conflittualità tra le norme considerate e il Codice dei contratti pubblici.

Si supera così il parere n. 2052 del 20 agosto 2018 con cui il Consiglio di Stato aveva dubitato della compatibilità con il diritto eurounitario delle modalità di affidamento dei servizi sociali previste dal Codice del Terzo settore, affermando che "in considerazione della primazia del diritto euro-unitario la disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici prevale in ogni caso sulle differenti previsioni del Codice del terzo settore, ove queste non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto euro – unitario: troverà, in tali casi, applicazione il meccanismo della disapplicazione normativa, costituente un dovere sia per il Giudice sia per le Amministrazioni". Il superamento del rapporto di conflittualità tra il Codice del Terzo settore e il Codice dei contratti pubblici è già stato messo in evidenza dal parere n. 802 del 3 maggio 2022 del Consiglio di Stato, secondo cui "La Sezione osserva che sia in sede legislativa che in sede di interpretazione giurisprudenziale emerge chiaramente una linea evolutiva della disciplina degli affidamenti dei servizi sociali che, rispetto a una fase iniziale di forte attrazione nel sistema della concorrenza e del mercato, sembra ormai chiaramente orientata nella direzione del riconoscimento di ampi spazi di sottrazione a quell'ambito di disciplina"», in https://*www.giustizia-amministrativa.it*/documents/20142/17550825/3_CODICE+CONTRATTI+RELAZIONE.pdf/d3223534-d548-1fdc-4be4-e9632c641eb8?t=1670936691000.

[80] Sempre dal punto di vista, si v. Comunicazione della Commissione Europea, Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea, del 24 aprile 2006, pag. 4: «Che cosa s'intende per servizi sociali nell'Unione europea? Oltre ai servizi sanitari propriamente detti, che non rientrano nella sfera della presente comunicazione, esistono due grandi categorie: – i regimi obbligatori previsti dalla legge e i regimi complementari di protezione sociale, con vari tipi di organizzazioni (mutue o regimi professionali), che coprono i rischi fondamentali dell'esistenza, quali quelli connessi alla salute, alla vecchiaia, agli infortuni sul lavoro, alla disoccupazione, al pensionamento e alla disabilità; – gli altri servizi essenziali prestati direttamente al cittadino. Questi servizi, che svolgono un ruolo preventivo e di coesione sociale, forniscono un aiuto personalizzato per facilitare l'inclusione nella società e garantire il godimento dei diritti fondamentali. Essi comprendono, in primo luogo, l'assistenza ai cittadini confrontati a difficoltà personali o a momenti di crisi (ad esempio indebitamento, disoccupazione, tossicodipendenza, disgregazione del nucleo familiare). In secondo luogo, comprendono attività miranti a garantire che gli interessati possano essere completamente reinseriti nella

dei servizi sociali e dei servizi assimilati previsti dall'allegato XIV alla Direttiva 2014/24/UE[81], ovvero ad una serie di servizi che riguardano, tra gli altri, anche quelli sanitari[82] e che sinteticamente possono raggrupparsi in tutti quei servizi che intervengono in una situazione di bisogno[83].

Ebbene, l'art. 127[84] reca, in apertura, un coordinamento con il Codice del terzo settore (anche in continuità con l'art. 6), laddove, in ragione dell'espressione "fermo

società (riqualificazione e formazione linguistica per gli immigrati) e in particolare nel mercato del lavoro (formazione e reinserimento professionale). Questi servizi completano e sostengono il ruolo delle famiglie nelle cure destinate in particolare ai giovanissimi e agli anziani. In terzo luogo, rientrano nell'ambito di questi servizi le attività che favoriscono l'integrazione delle persone con esigenze a lungo termine a motivo di una disabilità o di un problema sanitario. Infine, in quarto luogo, sono compresi anche gli alloggi popolari, che permettono alle persone socialmente svantaggiate o meno avvantaggiate di ottenere un alloggio. Alcuni servizi possono ovviamente comprendere tutte e quattro le dimensioni».

[81] https://www.supportoappalti.com/wp-content/uploads/2024/06/Allegato-XIV-direttiva-2014-24-ue-165-166.pdf Nella relazione del Consiglio di Stato, p. 180, si legge che: «Sotto il profilo terminologico, si è preferito sostituire, fin dalla rubrica della disposizione, l'espressione 'altri servizi specifici' (contenuta nell'attuale art. 140) ovvero 'altri servizi' (contenuta nella rubrica dell'attuale Capo II della Sezione IV) con quella, meno generica e più espressiva, di 'servizi assimilati' ai servizi sociali, che dà conto della uniformità della relativa disciplina pur nella eterogeneità dei settori di riferimento. Peraltro, il catalogo dei servizi in questione è ancora affidato, con un complessivo richiamo *per relationem*, all'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014. Ciò in ragione dell'assunto che il comune regime si fonda, in base alle vincolanti prescrizioni della direttiva, su una logica di mera 'assimilazione', giustificata dal più circoscritto e limitato interesse transfrontaliero».

[82] L'art. 128 del D.lgs. n. 112 del 31 marzo 1998, al comma 2, dispone che «per "servizi sociali" si intendono tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia».

[83] È stato osservato che «Laddove si volesse, comunque, in via di estrema approssimazione, operare un tentativo, nei "servizi sociali" rientrano tutte le attività che intervengono su una situazione di bisogno», così S. MARLAZZI, *I servizi sociali e i servizi assimilati*, in G.F. CARTEI, D. IARIA (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, 2025, 1391.

[84] Articolo 127:

Norme applicabili ai servizi sociali e assimilati

1. Fermo quanto previsto dall'articolo 6 del Codice, per l'affidamento dei servizi sociali e degli altri servizi assimilati di cui all'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, per valori pari o superiori alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1 lettera d), le stazioni appaltanti procedono alternativamente:

a) mediante bando o avviso di gara che comprende le informazioni di cui all'allegato II. 6, Parte I, lettera E;

b) mediante avviso di pre-informazione, pubblicato con cadenza continuativa per periodi non superiori a ventiquattro mesi, recante le informazioni di cui allegato II. 6, Parte I, lettera F, con l'avvertenza che l'aggiudicazione avverrà senza ulteriore pubblicazione di un avviso di indizione di gara.

2. Le disposizioni del comma 1 non si applicano quando è utilizzata, in presenza dei presupposti previsti dall'articolo 76, una procedura negoziata senza pubblicazione di bando.

3. L'avvenuto affidamento del servizio è reso noto mediante la pubblicazione di avviso di aggiudicazione di cui all'allegato II. 6, Parte I, lettera G. È possibile raggruppare gli avvisi su base trimestrale, nel qual caso essi sono inviati cumulativamente al più tardi trenta giorni dopo la fine di ogni trimestre.

4. I bandi e gli avvisi di gara per gli affidamenti nei settori speciali di cui all'articolo 173 contengono le informazioni di cui all'allegato II. 6, Parte III, conformemente ai modelli di formulari stabiliti dalla Commissione europea mediante atti di esecuzione.

5. Gli avvisi di cui al presente articolo sono pubblicati conformemente all'articolo 164.

quanto previsto dall'art. 6", intende affermare che per l'affidamento di servizi con una "spiccata valenza sociale", sostanzialmente privi di sinallagma, non trova applicazione il Codice dei Contratti.

La norma, in sostanza, dispone che per l'affidamento dei servizi sociali e di quelli assimilati, per valori pari o superiori alla soglia prevista dall'art. 14, comma 1, lett. d)[85], la stazione appaltante procede alternativamente: a) mediante bando o avviso di gara; b) mediante avviso di pre-informazione, pubblicato con cadenza continuativa per periodi non superiori a 24 mesi[86], ovvero, ricorrendone i presupposti dell'art. 76, con una procedura negoziata senza la pubblicazione di bando (art. 127 comma 2).

Una delle novità introdotte dal nuovo Codice è quella relativa alla disciplina dei servizi alla persona, *ex* art. 128.

I "servizi alla persona"[87] sono espressamente indicati nel comma 2 dell'art. 128, nell'ambito dei quali esiste una relazione con l'utenza finale[88] e segnatamente: a) servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; b) servizi di prestazioni sociali; c) altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi i servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative.

Dal punto di vista normativo, la disciplina si apre con il rinvio all'art. 127 rendendo, di fatto, «applicabili le relative disposizioni in tema di pubblicità degli affidamenti, a dimostrazione del rapporto di genere a specie tra i servizi sociali e assimilati e i servizi alla persona»[89].

Al terzo comma[90], la norma, richiamando i principi dell'art. 76, par. 2, dir. 2014/24,

---

[85] d) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e assimilati elencati all'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE.

[86] L. GALLI, *Commento art. 127,* in R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Commentario al Codice dei contratti pubblici,* 2024, 652 osserva che «[…] in relazione agli appalti sopra soglia (sempre € 750,000 per i settori ordinari ed € 1.000.000 per i settori speciali), per i servizi individuati nell'allegato XIV della direttiva UE 2014/24 si conferma sostanzialmente il previgente regime di pubblicità delle gare e dei relativi esiti. Nello specifico, si ripropone l'alternatività tra bandi o avvisi di gara (art. 127, co. 1, lett. a) e avvisi di pre-informazione (art. 127, co. 1, lett. b), con questi ultimi che integrano una sorta di *standing list* cui le amministrazioni possono attingere in maniera continuativa, con gli operatori economici, che alla luce dell'avviso, sono tenuti a manifestare il proprio interesse secondo uno schema analogo a quello della procedura ristretta».

Con riguardo all'art. 127, occorre evidenziare che si prevede che per l'affidamento dei servizi sociali o assimilati, le stazioni appaltanti possano procedere, alternativamente, mediante bando o avviso di gara ovvero mediante pre-informazione, con l'indicazione che l'aggiudicazione avverrà senza ulteriore pubblicazione di avviso di indizione di gara.

[87] Assoggettati al regime semplificato, in base al considerando 6 della Direttiva 2014/24.

[88] S. MARLAZZI, *I servizi sociali e i servizi assimilati*, in G.F. CARTEI, D. IARIA (a cura di), op. cit., 1393.

[89] L. GALLI, *Commento art. 127*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, *op. cit.*, 656.

[90] Dal punto di vista giurisprudenziale, si v. Cons. Giust. Amm. Sicilia, 24 febbraio 2025, n. 108, secondo cui «Seppure l'art. 128 del D.lgs. n. 36/2023 (Codice appalti) inerente ai servizi alla persona "non richiama le regole "generali degli affidamenti sotto-soglia di cui agli artt. 48" ciò non esonera l'ente affidatario dall'obbligo di motivare adeguatamente circa la modalità di affidamento prescelta, che deve rispettare anche gli speciali principi di cui al c. 3 dell'art. 128. Se è vero che il principio di rotazione trova comunque ingresso nella disciplina degli affidamenti inerenti ai servizi sociali sotto soglia a prescindere da un espresso richiamo in forza della previsione

ISSN 2036-7821

richiede espressamente che l'affidamento del servizio sia tenuto a garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto, altresì, «delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti»[91].

L'art. 128 al quarto comma prescrive che le stazioni appaltanti approvano, richiamando l'art. 37, gli strumenti di programmazione ai sensi della normativa statale e regionale di settore; in questo segmento assume, quindi, particolare rilevanza la co-programmazione *ex* art. 55 Codice del Terzo settore, nonché tutti gli strumenti di pianificazione settoriale (piani regionali, piani di zona, Carta Comunale dei servizi sociali)[92].

Il sesto comma dell'art. 128 dispone un vero e proprio regime "alleggerito" per i servizi alla persona, prevedendo – in concreto – l'applicabilità delle seguenti procedure di aggiudicazione: art. 32 (sistemi dinamici di acquisizione), art. 33 (aste elettroniche), art. 34 (cataloghi elettronici), art. 59 (accordi quadro), art. 71 (procedura aperta), art. 72 (procedura ristretta), art. 73 (procedura competitiva con negoziazione); art. 74 (dialogo competitivo); art. 75 (partenariato per l'innovazione); art. 76 (procedura negoziata senza pubblicazione di un bando). Al 7° comma, il Codice richiama delle norme, le quali devono essere applicate agli affidamenti, specificando, al contempo, che le S.A. devono adottare "il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior

generale di cui all'art. 49, c. 1 del Codice appalti, è, altresì, vero che gli affidamenti relativi ai servizi alla persona sotto soglia 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 c. 8 dell'art. 128 impone che per l'affidamento e l'esecuzione di servizi alla persona di importo inferiore alla soglia europea, l'Amministrazione ben può derogare al principio generale di rotazione, previa adeguata motivazione, al fine di osservare i principi e i criteri di cui al c. 3 sopra menzionati. Inoltre, ciò che costituisce 'urgenza' in una fattispecie concreta non 'necessariamente' si deve considerare tale nel reiterarsi nel tempo dell'affidamento e che - in via generale ed astratta - l'obbligo di motivazione nell'ipotesi di affidamento diretto, anche in deroga al principio di rotazione, con riferimento ai parametri indicati nel c. 3 dell'art. 128 cit., è teso ad evitare la reiterazione *ad nutum* dell'affidamento diretto al medesimo operatore, in violazione del principio generale dell'accesso al mercato di cui all'art. 3 del D.lgs. n. 36/2023».

[91] Con riguardo alla consistenza di questi principi, si rinvia alle Linee Guida ANAC n. 17 del 22 luglio 2022, applicabili secondo L. GALLI, *op. cit*., 656, stante l'identicità dei principi anche al vigente Codice.

[92] Cfr. Linee Guida ANAC n. 17/2022, 7, «Le amministrazioni procedono ad un'adeguata programmazione delle risorse e degli interventi sociali, al fine di addivenire, in via preventiva, alla corretta individuazione e quantificazione delle risorse disponibili, dei bisogni da soddisfare, degli interventi all'uopo necessari e delle modalità di realizzazione degli stessi, anche mediante il coinvolgimento degli Enti del Terzo Settore ai sensi dell'articolo 55 del CTS. 5.3 L'individuazione del fabbisogno di servizi sociali è effettuata partendo dall'analisi storica della domanda del servizio, integrata da proiezioni sui possibili fabbisogni futuri, incluse possibili linee di azione per rispondere a situazioni di urgenza/emergenza. 5.4 I piani regionali degli interventi e dei servizi sociali sono realizzati dalle Regioni d'intesa con i Comuni interessati. 5.5 I Comuni, associati negli ambiti territoriali individuati dalla legislazione regionale, d'intesa con le aziende unità sanitarie locali, definiscono il piano di zona dei servizi sociali secondo le indicazioni del piano regionale nell'ambito
delle risorse disponibili per gli interventi sociali e sociosanitari».

ISSN 2036-7821

rapporto qualità/prezzo".

In realtà, la vera novità introdotta dal Codice del 2023 è costituita dal comma 8, il quale dispone che per l'affidamento e l'esecuzione dei servizi alla persona di importo inferiore alla soglia comunitaria *ex* art. 14, comma 1, lett. d), si applicano i principi e i criteri previsti dall'art. 128 comma 3, ovvero di qualità, continuità, accessibilità, disponibilità, completezza e coinvolgimento[93].

Sul punto, è interessante la posizione espressa dal Consiglio di Stato, il quale nella Relazione di accompagnamento al testo del Codice evidenzia che « per la sua attitudine innovativa, la previsione del comma 8, con la quale – relativamente agli affidamenti di servizi alla persona inferiori alla soglia europea – si è scelto di non richiamare, in prospettiva liberalizzante, la disciplina generale degli appalti sotto soglia, ma di imporre (attraverso il richiamo al comma 3) esclusivamente il rispetto dei principi (generali) di qualità, continuità, accessibilità, disponibilità e completezza, e gli obblighi di tenere conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati, e di promuovere il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti. Si è inteso, con ciò, recepire le diffuse istanze degli operatori del settore, con particolare riferimento alla obiettiva criticità dell'attuazione, nei settori in questione, del principio di rotazione»[94].

Infine, il sistema suddetto si completa con l'art. 129 appalti riservati, a mente del quale le stazioni appaltanti hanno facoltà, con un bando predisposto ai sensi del medesimo articolo, di riservare ad alcuni enti (indicati nel comma 2) il "diritto di

[93] Per un raffronto con la disciplina previgente, serve osservare che il legislatore ha sostituito l'espressione "altri sevizi specifici" (contenuta nel previgente art. 140) ovvero "altri servizi" con quella più generica di servizi assimilati ai servizi sociali. Nel comma 3, è stato sostituito il riferimento all'aggiudicazione degli appalti con il termine, maggiormente comprensivo, di affidamento del servizio: ciò per escludere il ricorso allo strumento della concessione. Sicché, in tal modo, la normativa in questione, per questa parte, è da ritenere di carattere generale e autosufficiente rispetto a quella delle concessioni. Occorre, altresì, evidenziare che il previgente art. 141 è stato espunto, con la scelta di riservare nell'apposita *sedes materiae* la disciplina dei concorsi di co-progettazione e di idee.

[94] Relazione, 181. Si segnala altresì l'osservazione delle Commissioni di Camera e Senato sui lavori pubblici formulate in sede di approvazione dei pareri parlamentari sullo schema di decreto legislativo approvato in via preliminare e non accolte in sede di stesura del testo definitivo, che hanno invitato il Governo a valutare "l'opportunità in tema di servizi alla persona di inserire un'apposita disciplina sulle concessioni dei servizi sociali", ponendo in carico alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori che "intendono aggiudicare una concessione per servizi sociali di rendere nota l'intenzione di aggiudicare la prevista concessione mediante pubblicazione di un avviso di pre-informazione". (Comm. spec., parere n. 2052 del 20 agosto 2018).

Con riguardo al principio di rotazione si segnala che nelle linee guida ANAC si legge che, pag. 12, "Nell'ambito dei servizi sociali possono sussistere particolari ragioni per derogare al principio della rotazione, che dipendono dalla natura del servizio offerto oppure dalla situazione di svantaggio in cui versano i beneficiari del servizio o i prestatori dello stesso".

Sul punto, cfr. T.A.R. Abruzzo Pescara, Sez. I, 7/12/2024, n. 365, secondo cui «Nel contesto degli affidamenti di servizi sociali di importo inferiore alla soglia comunitaria, il principio di rotazione si applica in via generale anche in assenza di un espresso richiamo all'interno dell'art. 128, comma 8, del D.lgs. n. 36 del 2023. Tale principio, che mira ad evitare rendite di posizione in capo all'operatore uscente, può essere derogato solo con motivazione rafforzata che tenga conto della qualità, continuità, accessibilità, disponibilità e completezza dei servizi, come previsto dal comma 3 del suddetto articolo (da leggere in combinato disposto con l'art. 49, comma 4).».

ISSN 2036-7821

partecipare alle procedure per l'affidamento dei servizi sanitari, sociali e culturali" sempre indicati nell'allegato XIV già menzionato.

Ebbene, tale disciplina replica il contenuto della direttiva 2014/24 (art. 77) e della direttiva 2014/25 (art. 94), le quali consentono agli Stati di prevedere procedure riservate per l'affidamento di servizi sanitari, sociali e culturali[95]. La *ratio* della norma la si può rinvenire, quindi, nella valorizzazione del principio solidaristico dell'operatore economico.

In sostanza, la norma consente alle amministrazioni di riservare gli affidamenti suddetti ad enti sostanzialmente privi di scopo di lucro che rispettino però i requisiti previsti dal comma 2, ovvero «a) gli enti riservatari devono avere come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al comma 1; b) deve essere previsto un vincolo di reinvestimento dei profitti, per il conseguimento degli obiettivi statutari o, comunque, una distribuzione o redistribuzione fondata su considerazioni partecipative; c) le strutture di gestione o proprietà degli enti devono essere basate su principi partecipativi o di azionariato dei dipendenti, ovvero richiedere la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati»[96].

Tuttavia, il comma 3 prescrive un'esclusione della riserva a favore degli enti che, nei tre anni precedenti all'affidamento, siano stati aggiudicatari di un appalto o di una concessione per i servizi indicati nel comma 1, "disposti a norma del presente articolo". Infine, il comma 4 stabilisce che la durata massima del contratto, così affidato, non può superare i tre anni.

Ebbene, dall'analisi degli articoli 127, 128 e 129 emerge la volontà di proporre un sistema definito "ad alleggerimento progressivo", ovvero un sistema a "cerchi concentrici"[97] che si apre con l'art, 127 e si chiude con il 129. In particolare, in questo sistema concentrico, l'art. 127 contiene una disciplina specifica per i servizi sociali e quelli assimilati, prevedendo – al contempo – una deroga al regime ordinario degli affidamenti; l'art. 128 si occupa dell'affidamento dei servizi alla persona e, infine, l'art. 129[98] dispone un ulteriore alleggerimento normativo, riservando – sostanzialmente – l'affidamento agli enti che soddisfano le condizioni previste nel

[95] Si veda anche C. Giust. UE, 11 dicembre 2014, C113/13.

[96] L. ANTONINI, G. QUARNETI, M, DE NES, *Servizi sociali*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, 740.

[97] In tal senso, si v. M. L. FERRETTI, *Gli appalti riservati per servizi sanitari, sociali e culturali*, in G.F. CARTEI, D. IARIA (a cura di), *op. cit.*, 1407; P. CORRADINO, *Il regime semplificato e la disciplina "a cerchi concentrici" negli appalti di servizi*, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici – Commento al Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023) con i nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2025, 865.

[98] Secondo parte della dottrina (R. GAROFALI, G. FERRARI, *Manuale dei Contratti pubblici*, III edizione, 2023, 577) la disciplina dell'art. 129 risulta, invero, sostanzialmente immutata rispetto a quella previgente, contenuta nell'art. 143 del vecchio Codice. Occorre segnalare che la nuova formulazione risulta corretta in relazione alla possibilità che l'affidamento si realizzi anche per il tramite di un contratto di concessione. Si precisa, inoltre, che la scelta di individuare i settori interessati mediante il rinvio all'allegato XIV della direttiva 2014/24/UE.

comma 2.

Dall'analisi complessiva del sistema delineato dal d.lgs. 36/2023 emerge la chiara volontà del legislatore di conciliare due modelli di gestione dei servizi sociali e alla persona: quello concorrenziale, proprio della logica del mercato e delle gare pubbliche, e quello solidaristico, fondato sui principi di sussidiarietà orizzontale e di collaborazione con gli Enti del Terzo Settore.[99]

Il nuovo Codice dei contratti pubblici non si limita, quindi, a recepire formalmente le direttive europee o le indicazioni della giurisprudenza, ma elabora un impianto sistemico innovativo, capace di valorizzare la specificità dei servizi sociali e alla persona. In questa logica, l'art. 6 assume una funzione di "recinto" interpretativo, volto a tracciare i confini entro i quali si muove la disciplina codicistica, riconoscendo che i servizi a spiccata valenza sociale, in quanto privi di sinallagma, "esulano" dal tradizionale schema dell'appalto pubblico.

E, pertanto, attraverso gli articoli 127, 128 e 129, il Codice dei contratti pubblici crea un sistema "a cerchi concentrici" o "ad alleggerimento progressivo", in cui le regole della contrattualistica pubblica si modulano in funzione della natura e della finalità sociale del servizio[100]. Nel loro insieme, queste disposizioni compongono un quadro coerente e innovativo, volto a coniugare efficienza amministrativa e valori sociali, in cui la pubblica amministrazione assume un ruolo di "regia collaborativa" piuttosto che di "mera controparte contrattuale".

Il D.lgs. 36/2023 segna un passaggio cruciale verso una vera e propria "amministrazione di comunità", fondata su fiducia reciproca, responsabilità condivisa e valorizzazione delle reti sociali locali.

Si tratta di un modello amministrativo che, tentando di superare la mera logica competitiva, abbraccia una visione integrata dell'intervento pubblico, in cui l'obiettivo non è solo l'efficienza economica, ma anche la promozione del bene comune, la tutela della dignità umana e la realizzazione effettiva del principio costituzionale di solidarietà.

---

[99] I Trattati europei, pur non attribuendo all'Unione, una competenza specifica in materia di enti no profit, in ragione della prossimità delle attività tra le attività di questi enti e i sistemi di *welfare,* incidono, per il tramite della concorrenza, sull'applicabilità delle regole di evidenza pubblica agli Enti del Terzo Settore nella misura in cui l'attività di questi enti venga a qualificarsi in termini di attività d'impresa. In tale prospettiva, ai fini del diritto euro-unitario, l'impresa assume una valenza sostanziale riferibile a qualsiasi attività di intrinseco rilievo economico da cui vengono espunte le fattispecie escluse e quelle estranee, che fuoriescono dal perimetro operativo del Codice. (In tal senso, già Cons. Stato, comm. spec., 10 maggio 2018, n. 1241).

[100] In effetti, l'art. 127 introduce la disciplina generale per i servizi sociali e assimilati, definendo il perimetro di applicazione del Codice e riconoscendo, nei casi di prestazioni prive di sinallagma, la possibilità di applicare strumenti di collaborazione non concorrenziale. L'art. 128, invece, specifica la disciplina dei servizi alla persona, valorizzando i principi di qualità, continuità e partecipazione dell'utenza, e introducendo un regime più flessibile, soprattutto per gli affidamenti sotto-soglia. Infine, l'art. 129 completa il sistema prevedendo gli appalti riservati a enti senza scopo di lucro che perseguano finalità solidaristiche, consolidando così il principio di sussidiarietà e la funzione sociale dell'azione amministrativa.

ISSN 2036-7821

8. Talune considerazioni conclusive: il Terzo Settore è ancora un "loose and baggy monster"? No, ma la riforma non è a costo zero.

Il terzo settore è stato paragonato ad un *loose and baggy monster*[101] (mostro sciolto e largo), in considerazione della notevole difficoltà definitoria del fenomeno.

È ancora valida questa affermazione?

Come rilevato, il d.lgs. 117/2017 ha definito, almeno in linea generale, il terzo settore e, soprattutto, ha avuto il merito non solo di aver codificato uno dei fenomeni sociali più costanti e duraturi nel tempo ma, allo stesso tempo, ha impresso una forte spinta alla riorganizzazione e unificazione il sistema[102] .

Come rilevato, la sanità costituisce uno dei terreni privilegiati per l'applicazione del paradigma collaborativo, poiché consente di tradurre in prassi amministrativa il principio costituzionale della tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività (art. 32 Cost.).

La promozione del Terzo Settore in ambito sanitario, nel solco delle direttrici fissate dai sopravvenuti apparati normativi, non solo rafforza l'effettività di tale diritto, ma realizza anche una sintesi tra valori costituzionali complementari: la funzione sociale dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e la valorizzazione della cooperazione e della mutualità (art. 45 Cost.). In tal modo, l'azione sanitaria diviene espressione di un'economia, meglio di un sistema civile fondato sulla solidarietà e sulla partecipazione, in cui l'impresa sociale e le organizzazioni del Terzo Settore possono assumere un ruolo di mediazione tra il decisore pubblico e la comunità di riferimento, superando la logica meramente prestazionale del servizio sanitario, per

---

[101] J. KENDALL, M. KNAPP, *A Loose and Baggy Monster. Boundaries, Definition and Typologies*, in J.D. SMITH-C. ROCHESTER-R. HEDLEY (eds.), Londra, 1995, 66 ss.

[102] Sul punto tra le più recenti cfr. Corte Costituzionale n. 201/2024 secondo la quale "Questa Corte ha già avuto occasione di riconoscere la «funzione unificante» svolta dal Codice del terzo settore, «diretta a ordinare e a riportare a coerenza la disciplina degli ETS, superando le precedenti frammentazioni e sovrapposizioni» e dettando una «definizione unitaria di ETS» (sentenza n. 72 del 2022). Tale definizione è contenuta nell'art. 4 cod. terzo settore che tiene insieme, pur senza operare una loro «indistinta omologazione» (sentenza n. 72 del 2022), tutti «gli enti che rientrano in specifiche forme organizzative tipizzate (le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le società di mutuo soccorso, le reti associative, le imprese sociali e le cooperative sociali) e gli altri enti "atipici" (le associazioni riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di diritto privato diversi dalle società) che perseguono, "senza scopo di lucro, […] finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi", e che risultano "iscritti nel Registro Unico Nazionale del Terzo settore" (sentenza n. 131 del 2020)» (sentenza n. 72 del 2022).

Si tratta di soggetti privati – la cui disciplina, pertanto, quanto a conformazione, organizzazione, ma anche alle regole essenziali di correlazione con le autorità pubbliche, ricade «tipicamente nella competenza statale [relativa alla] materia "ordinamento civile"» (sentenza n. 152 del 2024) – che sono «rappresentativi della "società solidale"» (sentenze n. 52 del 2021 e n. 131 del 2020). Essi compongono il sistema degli ETS, radicato «in una dimensione che attiene ai principi fondamentali della nostra Costituzione, in quanto espressione di un pluralismo sociale rivolto a perseguire la solidarietà che l'art. 2 Cost. pone "tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico" (sentenza n. 75 del 1992) e a concorrere all'"eguaglianza sostanziale che consente lo sviluppo della personalità, cui si riferisce il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione" (sentenza n. 500 del 1993)» (sentenza n. 72 del 2022).

orientarlo verso una visione integrata nella quale la salute si configura come bene comune e la relativa responsabilità come un'equa condivisione di compiti tra Stato, enti territoriali e società civile organizzata, per una maggiore umanizzazione dei rapporti. Insomma, un contesto di "cure sanitarie e sociali" per i cittadini[103].

La collaborazione tra Amministrazione e cittadinanza (anche per il tramite degli ETS) offre l'opportunità di rimediare, fattivamente, alla povertà sanitaria o, comunque, ai *gap* territoriali.

La gestione integrata rappresenta, come indicato dalle disposizioni del PNRR, una nuova strategia al fine «di conseguire *standard* qualitativi di cura adeguati, in linea con i migliori paesi europei e che consideri, sempre più, il SSN come parte di un più ampio sistema di *welfare* comunitario»[104], capace di garantire un diritto alla salute non solo "prossimo" ma anche "equo".

Superata la logica competitiva, si entra in una visione integrata dell'intervento pubblico, ove l'obiettivo non è solo economico né di efficienza gestionale, ma anche di riconoscimento della sussistenza di un bene comune al quale tutti si è chiamati a concorrere, con la prioritaria esigenza di tutela della persona e della sua dignità, in una logica di realizzazione del principio costituzionale di solidarietà, non più connessa ad uno spontaneismo individualistico, ma in una rete di intervento co-programmato e condiviso secondo le circostanze.

Fin qui il quadro normativo e gli auspici.

C'è da chiedersi se davvero il sistema è pronto a tanto.

Si tratta di una vera rivoluzione innanzitutto culturale, che per trovare attuazione, necessita poi di risorse, non trattandosi di certo di una riforma che possa essere attuata a costo zero.

Occorrono innanzitutto risorse umane: medici e infermieri, il cui numero è ampiamente al di sotto delle esigenze di organico[105]: finora non si registrano adeguati incentivi economici né organizzativi per il personale in questione, che continua infatti a rivolgersi all'estero ove non è difficile rinvenire condizioni di esercizio della professione molto più attraenti.

Ma vi è di più: la riforma sanitaria territoriale tocca profondamente i ruoli degli operatori del settore e non soltanto di quelli sanitari. Per costruire un ambito positivo tra tutte le componenti, necessita consapevolezza alla quale si può addivenire solo attraverso un ampio programma di formazione che responsabilizzi tutti i soggetti impegnati, chiarendo a ciascuno di essi ambiti e tipologia del rispettivo contributo che in ogni caso deve essere improntato a logiche collaborative. In mancanza di ciò

[103] Su tali profili si rinvia all'interessante, recente lavoro monografico di B.N. ROMANO, *Sussidiarietà orizzontale e nuovi modelli di cooperazione*, Napoli, 2025.

[104] Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, 227.

[105] Si stima una carenza attuale, in Italia, di ben 30.000 medici e di 70.000 infermieri.

non pare difficile prospettare una scarsa efficacia dei nuovi disposti normativi, organizzativi e funzionali.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Funzione amministrativa, governance e controlli: verso una logica della appropriatezza

di **Loredana Giani**

(Professoressa Ordinaria di Diritto amministrativo e pubblico, Università europea di Roma)

Sommario

1. Crisi della funzione amministrativa e ridefinizione dei paradigmi. - 2. Governance multilivello, discrezionalità e tutela dei diritti. - 3. Complessità, legalità sostanziale e risultato dell'azione amministrativa. - 4. Appropriatezza, razionalità contestuale e amministrazione di risultato. - 5. Razionalità amministrativa e limiti del formalismo. - 6. Appropriatezza dell'azione amministrativa, controlli e PNRR. - 7. Riforma della contabilità tra accrual e accountability. – 7.1. Cenni sul controllo concomitante. - 8. Dal controllo alla responsabilità selettiva: tra scudo erariale e colpa grave. - 9. Verso un'amministrazione dell'appropriatezza responsabile.

Abstract

This article analyzes the evolution of the administrative function in the context of multilevel governance and the growing complexity of public decision-making processes, proposing the logic of appropriateness as an interpretative and normative alternative to the traditional paradigm of formal legality and instrumental rationality. Starting from the overcoming of the crisis of the authoritative model and the progressive inadequacy of a conception of administrative action based exclusively on acts and procedural compliance, the article reconstructs results-oriented administration as the outcome of an expanded and contextual rationality, in which results do not coincide with the mere achievement of measurable objectives, but with the overall quality of public decisions with respect to the context, the interests involved, and the effects produced.

From this perspective, appropriateness emerges as an evolution of the theory of results, taking shape not as an ex post evaluation criterion, but as an internal canon of administrative action, oriented towards the congruence between decisions, institutional role, constitutional values, and factual conditions, including financial conditionality. The management of complexity, understood as a combination of multiple interests, regulatory uncertainty, and organizational fragmentation, structurally encompasses the dimension of risk, which becomes a physiological element of public action and an essential parameter of administrative rationality. Sustainable appropriateness is thus linked to a precautionary and proportionate logic, in which discretion (including technical discretion) is not a free zone from control, but rather a space for informed responsibility, assessed in terms of cognitive coherence, reasonableness, and sustainability in the medium to long term. This represents a path to strengthening the democratic accountability of administrative action.

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

1. Crisi della funzione amministrativa e ridefinizione dei paradigmi.

La funzione amministrativa, nella sua configurazione tradizionale, è stata storicamente ricondotta a un modello di esercizio autoritativo del potere, incentrato sulla legalità formale e sulla centralità dell'atto amministrativo quale esito tipico dell'azione pubblica[1], privilegiando una concezione dell'azione amministrativa orientata prevalentemente alla conformità formale, piuttosto che al conseguimento di risultati sostanziali e verificabili. Tale paradigma, fondato su una concezione lineare del rapporto tra norma, potere e decisione, risulta oggi strutturalmente inadeguato a governare contesti caratterizzati da elevata complessità, interdipendenza tra livelli di governo e pluralità di interessi pubblici e privati[2].

La crisi di questo modello non investe solo l'efficacia dell'azione amministrativa, ma incide sulla stessa legittimazione del potere pubblico, sempre più chiamato a confrontarsi con gli obiettivi di risultato, sostenibilità e impatto sociale, difficilmente riconducibili a schemi decisionali predeterminati[3]. In questa cornice si colloca l'esperienza recente, che ha operato come uno stress test dell'amministrazione pubblica non introducendo problemi del tutto nuovi ma rendendo manifeste, e non più elidibili, fragilità già insite nei modelli tradizionali di esercizio della funzione amministrativa: l'insufficienza di modelli decisionali rigidamente formalizzati, la

[1] Sul modello tradizionale dell'amministrazione autoritativa, fondato sulla centralità dell'atto e sulla legalità formale, v. già M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, spec. 79 ss., il quale evidenzia come tale paradigma risulti strutturalmente inadeguato a governare contesti caratterizzati da complessità e pluralità di interessi. Il tema è stato approfondito in diversa prospettiva da numerosi Autori nel corso degli anni. Sia consentito rinviare a: F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo,* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, 118 ss.; ID., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione,* in *Rass. Di. Pubbl.*, 1950, 100 ss.; ID., *Semantica di funzione*, in *Jus,* 1985, 3 ss.; ID., *Funzione (Teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, XIV, Roma, 1988, anche in *Scritti giuridici*, V, Giuffrè, Milano, Vita e Pensiero, 2005, 4081 ss.; N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di Teoria generale del diritto,* Laterza, Bari, 2007; S. Dettori, *Il dovere d'ufficio nella teoria giuridica della funzione amministrativa*, Wolters-Kluver, Milano, 2023; D. D'ORSOGNA, *Coalescenze della funzione amministrativa,* in *Ceridap*, 2, 2024, 1 ss.; L. GIANI, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza*. *Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005; E. Giardino, *La plurilateralità della funzione amministrativa. L'esercizio del potere amministrativo nella crisi dell'unilateralità del provvedimento*, Giappichelli, Torino, 2012; F. LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 13 ss.; G. MARONGIU, *Funzione amministrativa*, in *Enc. Giur.*, Vol. XIV, Treccani, Roma, 1988, ora in G. MARONGIU, *La democrazia come problema.* V. I. *Diritto, amministrazione ed economia,* Tomo 2, Il Mulino, Bologna, 1994, 301 ss.; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003; ID., *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, 4845 ss.; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *EdD-Aggiornamenti VI*, 2002, 75 ss.; A. ZITO, *La funzione amministrativa nella riflessione giuridica: una nozione meramente descrittiva o connotativa?*, in *Ceridap*, 2, 2024, 228 ss.;

[2] In termini di crisi della legalità formale e di insufficienza del modello legale-razionale weberiano, v. S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 45 ss.; nonché ID., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

[3] La giurisprudenza costituzionale ha chiarito che il principio di legalità non può essere inteso in senso meramente formale, dovendo essere letto alla luce dei principi costituzionali sostanziali: Corte cost., 22 maggio 2013, n. 103; Corte cost., 9 aprile 2013, n. 85.

ISSN 2036-7821

difficoltà di operare in condizioni di incertezza scientifica[4] e la necessità di assumere decisioni rapide con effetti diretti sull'esercizio dei diritti fondamentali.
Le risposte istituzionali alla crisi hanno così riattualizzato un dibattito mai sopito sul ruolo delle pubbliche amministrazioni, oggetto nel tempo di riforme eterogenee e spesso incoerenti, ispirate ora alla riduzione dell'intervento pubblico, ora al riavvicinamento agli standard eurounitari, ora al contenimento della spesa, senza che a tali interventi corrispondesse una visione sistemica unitaria del ruolo e delle funzioni dell'amministrazione. Ne è derivata una stratificazione normativa e organizzativa che ha accentuato la tensione tra esigenze di efficienza, istanze di legalità e garanzia dei diritti imponendo una riflessione sulla capacità dell'amministrazione di governare la complessità anche al di fuori dei contesti emergenziali.
Questi processi riformatori, lungi dall'essere lineari o progressivi, hanno assunto carattere frammentario e disomogeneo, determinando una stratificazione normativa e organizzativa che ha inciso profondamente sulla fisionomia dell'amministrazione pubblica, alterandone non solo l'assetto organizzativo, ma anche le modalità di esercizio della funzione decisionale e i criteri di legittimazione dell'azione amministrativa. Ne è derivata una tensione costante tra esigenze di efficienza, istanze di legalità e garanzia dei diritti fondamentali. E così si è resa più evidente la necessità di operare una riflessione sulla capacità dell'amministrazione di governare la complessità, soprattutto in contesti di emergenza prolungata, nei quali l'eccezione tende a stabilizzarsi e a divenire parametro ordinario dell'azione pubblica, mettendo in evidenza le criticità del tradizionale paradigma dell'amministrazione difficilmente conciliabile con una dimensione delle decisioni pubbliche frutto non solo dell'applicazione di regole ma di scelte allocative e distributive con effetti diretti sull'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, quali la libertà personale, la libertà di iniziativa economica e il diritto alla salute.

2. Governance multilivello, discrezionalità e tutela dei diritti

Il passaggio dallo Stato amministrativo allo Stato regolatore e, successivamente, allo "Stato cooperativo" ha progressivamente dissolto l'idea di un'amministrazione autosufficiente e gerarchicamente ordinata[5], fondata su un modello accentrato di razionalità e comando. Tale trasformazione è stata ulteriormente accentuata dall'affermarsi *governance* multilivello che, come noto, ha accentuato il carattere policentrico dell'azione amministrativa. Il sistema delle pubbliche amministrazioni si è così ridefinito attraverso una pluralità di stratificazioni istituzionali rapporti centro-

[4] Sul punto sia consentito rinviare a L. GIANI (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

[5] Sul passaggio dallo Stato amministrativo allo Stato regolatore e cooperativo e sulla nozione di governance multilivello come sistema di interazioni, v. D. FAUSTO, *La tradizione italiana di finanza pubblica e la scuola di* Public Choice, in *Nomos*, 2023, 1 ss.

ISSN 2036-7821

periferia, non senza conseguenze su quello che dovrebbe essere il fine di un sistema democratico: la capacità (non solo economica) di garantire l'effettività dei diritti degli individui sui territori e, dunque, di assumere le decisioni (anche a carattere individuale) migliori possibili in quel determinato contesto, anche di risorse. Infatti, la coesistenza di centri decisionali differenti – sovranazionali, nazionali, regionali e locali – nonché il coinvolgimento strutturale di soggetti privati e della società civile ha reso più complesso l'esercizio della discrezionalità amministrativa e più problematica l'individuazione di un centro unitario di imputazione delle decisioni, con effetti rilevanti anche sulla responsabilità amministrativa[6] e sul piano della tutela dei diritti[7]. Ne deriva che la governance multilivello non può essere intesa come mera sommatoria di livelli decisionali, ma deve essere strutturata, anche da un punto di vista dei processi decisionali, come un sistema complesso di interazioni, e ciò in quanto la distribuzione delle competenze incide direttamente sulla qualità dell'azione amministrativa e sulla possibilità di assicurare una tutela uniforme dei diritti[8]. Non è un caso che la Corte costituzionale abbia più volte ribadito che la differenziazione degli assetti organizzativi e la distribuzione delle competenze tra i diversi livelli di governo non può tradursi in una compressione della tutela dei diritti, che devono essere garantiti in modo uniforme sull'intero territorio nazionale[9], anche a fronte di assetti organizzativi differenziati evidenziando come proprio.

In tale quadro, l'amministrazione non si limita più ad applicare la legge, ma svolge una funzione di mediazione, coordinamento e adattamento continuo. La razionalità amministrativa non può dunque essere intesa come razionalità onnisciente, bensì come razionalità limitata[10], situata e procedurale.

Il territorio assume, in questa prospettiva una valenza non solo amministrativa, ma anche costituzionale, quale luogo di emersione dei bisogni e di verifica dell'effettività delle politiche pubbliche[11]. È sul territorio che i diritti prendono forma e che le

[6] La dottrina in diverse occasioni ha evidenziato come la governance multilivello incida sulla imputazione della responsabilità e sulla qualità dell'azione amministrativa. Sul punto sia consentito rinviare, oltre ai richiami contenuti nelle altre note, allo scritto di G. ARENA, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare l'Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2011, spec. 61 ss.

[7] Cons. St., Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4.

[8] M.R., FERRARESE, *La governance tra politica e diritto,* Il Mulino, Bologna, 2010; L. GIANI, *Dalla* mul-tilevel governance *alla governance reticolare, Esigenze dei territori, capability e appropriatezza degli interventi,* in AA.VV., *Scritti in onore di Aldo Carosi,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 463 ss.; G. MULAZZANI, *La* governance *multilivello nell'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza dopo la revisione: il ruolo dello Stato nell'"Amministrazione Disaggregata"*, in *Munus*, 3, 2024, 877 ss..

[9] Corte cost., 7 aprile 2020, n. 63.

[10] Sul punto è d'obbligo il rinvio a H.A. SIMON che pone le basi del modello nel volume *Administrative Behavior*, New York, 1947 (trad. it. *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1958) sviluppandolo poi anche in altri lavori tra i quali *A Behavioral Model of Rational Choice*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1955, 1, 99 ss.

[11] Cfr. C. BARBATI, *Territori e interessi economici: le 'politiche dei luoghi' per lo sviluppo locale*, in *Ist. fed*., 2009, 243 ss.; C. BARBATI, G. ENDRICI, *Territorialità positiva. Mercato, ambiente e poteri subnazionali,* Il Mulino, Bologna, 2006; L. GIANI, M. D'ORSOGNA, *Diritto alla città e rigenerazione urbana. Esperimenti di resilienza,* in *Scritti in Onore di Eugenio Picozza,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 2005 ss.

ISSN 2036-7821

decisioni amministrative rivelano i loro effetti sostanziali[12].

La pluralità dei contesti territoriali proietta l'attività amministrativa in una proiezione di duplice complessità : da un lato, quella della realtà su cui tale attività è destinata ad incidere; e, correlata a tale profilo, la complessità organizzativa[13] correlata alla frantumazione e proliferazione delle competenze via via spostate, secondo un movimento che si è rivelato pericolosamente oscillatorio in termini di allocazione delle competenze, tra centro (valorizzato in relazione alle capacità) e periferie (nella prospettiva di una maggiore capacità di lettura del bisogno espresso dai territori). Ritenute queste ultime motore, o meglio titolari in via primaria delle chiavi di lettura dei bisogni che i territori esprimono e, dunque, prime interpreti di tali bisogni e principali artefici delle "soluzioni" (organizzative e di azione) necessarie per soddisfarli.

Tale duplice complessità impone il superamento di una concezione riduttiva dell'azione amministrativa, intesa come mera applicazione di norme astratte, e di decisioni che sono sterile applicazione di tali norme, per approdare a una visione funzionale e relazionale dell'amministrazione, chiamata a operare scelte in condizioni di incertezza e ad assumersi responsabilità degli effetti prodotti in termini di tutela dei diritti.

In questa prospettiva il risultato dell'azione amministrativa non può più essere confinato nella dimensione formale della "decisione" amministrativa, ma deve essere inteso in senso processuale e relazionale, valorizzando l'interazione tra organizzazione, funzione e partecipazione alla *governance* multilivello. E la stessa decisione, dunque, emerge non più solo quale atto finale di un procedimento ma come frutto di una dialettica tra organizzazione e funzione, valorizzando quel legame teleologico tra i due elementi che non può non confluire, condizionandone i contenuti, anche nello stesso concetto di "risultato" inteso come capacità dell'amministrazione di assumere una decisione, fare delle scelte, anche programmatorie funzionali alla soddisfazione dei diritti, alla soluzione del problema

[12] L. GIANI, M. D'ORSOGNA, *Diritto alla città e rigenerazione urbana. Esperimenti di resilienza,* cit.

[13] Sul punto sia consentito rinviare a G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova, 1968; ID., *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2, 2004; G. SALA , *Sui caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2004, 11 ss. Nel senso indicato nel testo rileva l'analisi svolta da D. D'ORSOGNA, *Coalescenze*, cit., il quale sottolinea come «La razionalità necessaria del processo decisionale vanta, inoltre, un solido fondamento costituzionale nel principio di buon andamento (inteso quale efficienza amministrativa: idoneità a raggiungere il risultato perseguito). Una prospettiva questa che tiene insieme decisione e organizzazione, regola di commisurazione dei mezzi giuridici ai fini; principio di «*elasticità e puntualità*» dell'azione amministrativa che trova due linee di sviluppo: con riguardo al contenuto dell'attività, dando vita alla discrezionalità, e con riferimento al suo modo di farsi, dando vita all'attività di autorganizzazione.

Si noti, infine, come tale ambito di analisi, posto sul limitare di organizzazione e attività, consenta di intercettare modificazioni più generali e profonde dell'amministrazione: un processo di riorganizzazione della stessa alla ricerca di equilibri dinamici e di contesto tra bisogni compresenti, ma contrapposti (il «*paradosso costitutivo*» dell'organizzazione come «*unitas multiplex*»): incremento di differenziazione e di autonomie decisionali vs. incremento del bisogno di coordinamento e di integrazione funzionale», in particolare 9 ss.

amministrativo.

3. Complessità, legalità sostanziale e risultato dell'azione amministrativa

Il dato di contesto richiamato rende necessaria l'assunzione di una visione funzionale e relazionale dell'azione amministrativa, nella quale l'amministrazione opera scelte in condizioni di incertezza, assumendosi la responsabilità degli effetti sostanziali prodotti[14]. L'amministrazione è oggi chiamata a governare una duplice complessità: fattuale e giuridica. La prima correlata alla mutevolezza dei bisogni sociali e alla pluralità degli interessi coinvolti; la seconda dipendente dalla sovrapposizione di fonti, livelli normativi e organizzativi e principi spesso in tensione tra loro. Questa complessità non può essere risolta attraverso una lettura meramente formale della legalità, ma richiede una razionalità orientata al disegno costituzionale e, in particolare ai principi di imparzialità, equilibrio di bilancio e garanzia dei diritti delle generazioni future. Il principio di buon andamento, quale principio di sintesi dell'agire amministrativo non può esaurirsi nell'efficienza organizzativa[15], ma implica una valutazione complessiva dell'adeguatezza dell'azione amministrativa rispetto agli interessi pubblici perseguiti e ai diritti coinvolti[16]. Il territorio non può essere considerato uno spazio neutrale di attuazione delle politiche, ma il luogo nel quale emergono conflitti, bisogni e contraddizioni che condizionano strutturalmente l'azione amministrativa.

In questa prospettiva si colloca la crisi del modello tradizionale di amministrazione per atti, incapace di cogliere la dimensione processuale e relazionale delle decisioni pubbliche. La legalità sostanziale, infatti, l'integrazione sistematica della dimensione organizzativa e partecipativa dell'azione amministrativa, poiché scelte organizzative

---

[15] La Corte costituzionale ha chiarito che il buon andamento non si esaurisce nell'efficienza organizzativa, ma implica una valutazione complessiva dell'adeguatezza dell'azione amministrativa rispetto agli interessi perseguiti e ai diritti coinvolti: Corte cost., sent. n. 104 del 2007.

[16] Corte cost., 23 marzo 2012, n. 80. Sul principio di buon andamento come criterio sostanziale di valutazione dell'azione amministrativa, si rinvia al lavoro di L. IANNUCCILI e A. DE TURA, *Il principio di buon andamento dell'amministrazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_212.pdfv.*; P. CALANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in AA. VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Giuffrè, Milano, 1987, I, 157 ss. Sul diritto a una buona amministrazione si vedano anche gli approfondimenti di S. RICCI, *La "buona amministrazione": ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, Giappichelli, Torino, 2005; V. RAPELLI, *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2004; J. WAKEFIELD (ED.), *The right to good administration*, in *Kluwer Law International*, 2007; LORD MILLETT, *The right to good administration in European law*, in *Public Law*, 2002, 309 ss.; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedimentali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, 819 ss.; D. SORACE, *La buona amministrazione*, in M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Atti del Convegno di Ascoli Piceno, 14-15 marzo 2008, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 119 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M. P. Chiti – G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, I, 49-86; A. ZITO, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, 425.

inadeguate incidono direttamente sulla razionalità della decisione finale, indipendentemente dalla sua correttezza formale.

L'organizzazione diviene così elemento costitutivo del risultato e non mero presupposto neutrale dell'azione. Allo stesso modo la partecipazione non può essere concepita come adempimento procedurale, ma come elemento di razionalità sostanziale del processo decisionale.

A tali dimensioni si aggiunge quella temporale, rafforzata dall'introduzione costituzionale della tutela delle generazioni future che impone valutazioni di sostenibilità intergenerazionale e trascende il tradizionale orizzonte temporale dell'azione amministrativa.

Se da un lato la gestione della complessità implica un ampliamento fisiologico degli spazi di discrezionalità amministrativa, in particolare nella sua declinazione tecnica, tale ampliamento possa tradursi in una zona franca dal controllo. Il sindacato giurisdizionale è chiamato a verificare non l'opportunità della scelta, ma la correttezza del procedimento cognitivo[17], la coerenza logica della decisione e la sua proporzionalità rispetto agli obiettivi perseguiti[18], nonché l'appropriatezza delle risorse (tanto in termini finanziari, quanto in termini di capabilities) disponibili. Ne consegue che la legalità non può essere ridotta alla mera conformità formale dell'atto, limitandosi a una verifica atomistica della legittimità degli atti, anche alla luce delle conoscenze disponibili al momento della decisione[19], ma deve integrare la complessità: la dimensione organizzativa, partecipativa e temporale dell'azione amministrativa.

In questa direzione si collocano le più recenti evoluzioni del sindacato sulla discrezionalità nelle quali il Consiglio di Stato ha valorizzato criteri quali la attendibilità scientifica delle valutazioni, la completezza dell'istruttoria e la non manifesta irragionevolezza dell'esito decisionale[20], aprendo progressivamente alla valutazione del risultato appropriato.

4. Appropriatezza, razionalità contestuale e amministrazione di risultato

Il richiamo alla logica della appropriatezza applicata all'azione amministrativa consente di reinterpretare la discrezionalità come spazio fisiologico di adattamento ragionevole della norma alle circostanze (giuridiche, economiche e fattuali) concrete, trasposte nel contesto dell'amministrazione e, in particolare, dell'amministrazione di risultato[21]. In questo senso il contributo teorico di March e Olsen[22] risulta

[17] In tema di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, v. F.G. SCOCA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 2014; nonché Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2020, n. 7.

[18] Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8474

[19] Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2021, n. 1224.

[20] Cons. St., sez. VI, 27 aprile 2020, n. 2673.

[21] Sulla teoria del risultato amministrativo, declinata secondo diverse dimensioni, fino a divenire parametro di valutazione dell'attività amministrativa, confr., *ex multis*, M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario*

particolarmente significativo, nella misura in cui accanto alla logica delle conseguenze, essi individuano proprio la logica dell'appropriatezza, fondata sulla coerenza tra azione, ruolo istituzionale, valori e contesto[23].

L'appropriatezza[24] si configura come criterio di razionalità allargata, capace di integrare legalità, buon andamento (riferito tanto alla dimensione

---

AIPDA 2002, Giuffrè, Milano, 107 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA* 2002, cit., 127 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla libertà dall'amministrazione alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. e Soc.*, 2000, 101 ss.; ID., *Introduzione al diritto amministrativo,* Laterza, Bari, 2014, 149 ss. nel quale sottolinea che è «*evanescente ogni criterio di misurazione del fenomeno, nonostante i ricorrenti tentativi di accostare gli apparati amministrativi all'impresa, sul piano dell'attività e dei fini cui essa è preordinata: e sembra del pari labile ed inconsistente ogni fattore dimensionale apprezzabile in termini di mera quantità, in vista della quantificazione del c.s. target, nel quadro di rapporti funzionali (e funzionalizzati) di obiettiva proporzionalità tra mezzi e fini*»; D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa,* Editoriale scientifica, Napoli, 2005, il quale, spostando condivisibilmente l'attenzione dal solo momento della decisione alla fase antecedente alla decisione, individua, in linea con la prospettazione avanzata, ad esempio, da M. CAMMELLI, *op. cit.*, (122), il risultato con una valenza molteplice, «*come elemento di conformazione e funzionalizzazione dell'operato della pubblica amministrazione verso il soddisfacimento delle istanze sociali, sia soprattutto, come criterio interpretativo delle regole di comportamento dell'amministrazione in modo da giungere alla individuazione di quella (applicabile alla fattispecie concreta) che possa assicurare (la vigenza di) un assetto di interessi accettabile (oltre che da un punto di vista di legittimità formale, anche) da un punto di vista della giustizia sostanziale*» (176); L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 1998, 299 ss.; ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 1999, 57 ss.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Giuffrè, Milano, 2000, 37 ss. che per amministrazione di risultato intende «*l'amministrazione obbligata ad assicurare beni e/o servizi alle comunità e alle persone e a farlo presto, bene ed economicamente, oltre che in modo trasparente*»; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 1, 2005, 51 ss.; in particolare 72; G. PASTORI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *Annuario AIPDA* 2002, cit., 2003, 33 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 2007, 63 ss.; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa, ad vocem*, in *EdD*, agg. VI, Giuffrè, Milano, 2000, 75 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003. Confr., altresì, M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti del Convegno (Palermo, 27-28 febbraio 2003), Giappichelli, Torino, 2004, e in particolare, *ex multis*, i contributi di A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*; M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*; F. Merusi, *La certezza del risultato nell'Amministrazione del mercato*; S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*; E. PICOZZA, *Principio di legalità e risultato amministrativo, ovvero del nuovo diritto pubblico italiano*; M. D'ORSOGNA, *Teoria dell'invalidità e risultato*; V. CERULLI IRELLI, *Invalidità e risultato amministrativo*; A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*; G. Corso, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*; A. POLICE, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*; D. SORACE, *Sul risultato nel processo amministrativo: i due tipi di interesse legittimo e la loro tutela risarcitoria*; S. COGNETTI, *Procedura amministrativa e amministrazione di risultati*; R. Ferrara, *Il procedimento amministrativo visto dal "terzo"*; A. CONTIERI, *Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato*; D. D'ORSOGNA, *Una terapia sistemico-relazionale per la pubblica amministrazione: l'operazione amministrativa*; L. GIANI, *Regolazione amministrativa e realizzazione del risultato*; M.R. SPASIANO, *Organizzazione e risultato amministrativo*; N. PAOLANTONIO, *Controllo di gestione e amministrazione di risultati*; C. MARZUOLI, *Brevi note in tema di controllo di gestione e amministrazione di risultati*; S. RAIMONDI, *L'amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa*.

[22] J. MARCH, *Decisions and Organizations*, Basil Blackwell Ltd., Oxford, 1988 (trad. it. *Decisioni e organizzazioni*, il Mulino, Bologna, 1994).

[23] Il riferimento alla logica dell'appropriatezza è mutuato da J.G. MARCH – J.P. OLSEN, *Rediscovering Institutions*, Free Press, New York, 1989, spec. 23 ss., ove si distingue tra *logic of consequences* e *logic of appropriateness* quale criterio di razionalità istituzionale.

[24] Sul punto sia consentito rinviare a L. GIANI, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti,* in *Nuove autonomie,* 3, 2021, 551 ss.

dell'organizzazione, quanto a quella dell'azione) e imparzialità, non come obiettivo astratto, ma come canone interno dell'agire amministrativo. Essa opera come vero e proprio *modus operandi*, quasi una precondizione dell'azione, orientando l'azione pubblica alla congruenza tra decisione, identità istituzionale e contesto, secondo la definizione proposta da March e Olsen, per i quali l'azione appropriata deriva dalla definizione della situazione, del ruolo da adempiere e degli obblighi connessi: un processo che «*implica la definizione della situazione, quale suolo occorre adempiere e quali sono gli obblighi inerenti al ruolo in quella determinata situazione*», così da individuare la soluzione più appropriata (a risorse date) al "problema amministrativo"[25]. La logica della appropriatezza si distingue dalla logica delle conseguenze non solo sul piano metodologico, ma su quello ontologico, incidendo sul modo stesso in cui l'amministrazione definisce la propria razionalità e legittima le proprie scelte. L'azione amministrativa non è guidata dalla massimizzazione dell'utilità, ma dalla conformità a una identità istituzionale che definisce il ruolo da svolgere, gli obblighi connessi e i valori di riferimento, tra i quali assumo rilievo i principi personalista, solidarista ed egualitario, nonché la stabilità e prevedibilità dell'azione amministrativa come valori in sé.

Questa prospettiva supera le impostazioni riconducibili alla *rational choice theory* valorizzando la dimensione relazionale dell'agire istituzionale, e le interferenzialità tra i sottosistemi sociale, economico e giuridico[26]. Solo attraverso tale integrazione è possibile orientare l'azione pubblica verso un risultato appropriato, inteso come congruenza sostanziale tra decisione, contesto e finalità pubbliche, superando una visione riduttiva fondata sul mero calcolo strumentale.

In questa prospettiva, l'appropriatezza assume carattere sostenibile, configurandosi come bilanciamento tra diritti e doveri, tenendo conto delle condizionalità finanziarie, che non devono tradursi in una inerzia adattativa[27] ma sollecitare intelligenza organizzativa.

L'appropriatezza si pone come categoria giuridica trasversale, idonea a fungere da criterio di valutazione dell'azione amministrativa, integrando legalità, efficienza ed equità, e orientando la discrezionalità tra opzioni legittime. Essa si salda, sul piano giuridico, con il principio di proporzionalità, inteso non come parametro di controllo giurisdizionale, ma come canone interno all'azione amministrativa, rafforzando

[25] F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 1993, 133 ss.

[26] Sul processo inferenziale, cfr. G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè, Milano, 1996. Cfr. anche J. G. MARCH, J. P. OLSEN, *op. cit.*, i quali sottolineano che «Le istituzioni influenzano il modo in cui i singoli e i gruppi si attivano all'interno e all'esterno di esse, il livello di fiducia tra i cittadini e i leader, le aspirazioni di una comunità politica, la comunanza di linguaggio e di norme, il significato dei concetti di democrazia, giustizia, libertà e uguaglianza» (238).

[27] Dunque, secondo una prospettiva che vede la trasformazione del diritto condizionato in diritto condizionante. Sul punto sia consentito rinviare agli approfondimenti svolti in L. GIANI, *Disabilità e diritto all'istruzione: alla ricerca di un difficile equilibrio tra persona e valore economico della prestazione pubblica*, in M. INTERLANDI (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 139 ss.

l'evoluzione funzionale dell'amministrazione di risultato.
In tale quadro, l'organizzazione[28] assume un ruolo non solo di garanzia dell'ordine istituzionale, ma anche di stabilità, prevedibilità e appropriatezza dell'azione amministrativa bilanciando le condizionalità finanziarie[29] e riducendo i paradossi correlati ai principi di libertà e di uguaglianza,

5. Razionalità amministrativa e limiti del formalismo

Seguendo questo percorso argomentativo delineato, il tema della razionalità amministrativa deve essere riletto in una prospettiva ampliata, capace di cogliere la complessità dell'azione pubblica. L'azione amministrativa non può più essere valutata esclusivamente alla luce della legalità formale, ma deve essere apprezzata nella sua dimensione relazionale, multilivello e orientata al risultato.
Il superamento del formalismo non implica l'abbandono della legalità, ma il suo

---

[28] Sulla rilevanza della dimensione organizzativa cfr. L. GIANI, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, cit. e in particolare, in relazione alla rilevanza della dimensione organizzativa, 564 ss. ove si rileva che la logica della appropriatezza «*si contrappone a quella della consequenzialità in cui "preferenze" e "aspettative" sono gli elementi che guidano i comportamenti e, dunque, inducono e legittimano una valutazione circa la razionalità degli stessi. In questo contesto, un dato centrale è rappresentato dalla garanzia di una "congruenza" della scelta con il dato sociale (…) la logica della appropriatezza da un lato presuppone che si abbiano sempre presenti i diritti e i doveri connessi alle relazioni di ruolo, dall'altro che si implementi la "consapevolezza" dei destinatari di queste azioni, del quadro valoriale e dei diritti di riferimento, ponendo, così, le basi per la costruzione di processi organizzativi e decisionali non improntati alla sola logica del calcolo costi/benefici che diviene uno degli elementi del contesto, ma non il determinante del contesto, che impone l'adozione di logiche diverse, quali la co-progettazione. Si tratta, evidentemente, di una visione che proietta la stessa organizzazione in una prospettiva diversa di garante dell'ordine istituzionale, ma anche della stabilità e prevedibilità dell'azione, senza pregiudicare quel naturale adattamento evolutivo anche dello stesso sistema. (…) In questa dimensione, dunque, l'organizzazione, intesa nella sua duplice accezione riferita al profilo strutturale e a quello delle competenze, distinte e allocate in ragione della complessità del sistema, è il riflesso di un condizionamento sistemico, in quanto frutto delle interazioni tra i diversi sistemi, «tra economia e scienza, tra politica e diritto, tra famiglie e religione», e si pone quale principale garante dello stesso superamento dei paradossi dei principi di libertà e uguaglianza, in quanto garante del pieno espletamento delle relative capacità inclusive».* Sul punto non si possono non richiamare le parole di N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione* (trad. it.), Mondadori, Milano, 2005, in particolare 29 ss., sull'apprendimento adattivo delle organizzazioni e le riflessioni di J. G. MARCH, J. P. OLSEN, *Riscoprire le istituzioni. Le basi organizzative della politica*, (trad. it.), Il Mulino, Bologna, 1992; H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo* (trad. it.), cit., 112 ss., D. D'ORSOGNA, *Coalescenze*, cit.; ID., *Principio di uguaglianza e differenziazioni possibili nella disciplina delle autonomie territoriali*, in F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Principi generali del diritto amministrativo ed autonomie territoriali*, Torino, 2007, p. 40. Si veda anche, *ex multis*, G. BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice*, Giuffré, Milano, 2008; G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Utet, Torino, 1995, 513 ss.

[29] Non è certamente questa la sede in cui ripercorrere l'ampio e non ancora sopito dibattito relativo al bilanciamento tra la dimensione economico-finanziaria e la dimensione sostanziale dell'azione. Sia consentito sul punto rinviare a L. GIANI, *I diritti sociali e le sfide della globalizzazione. I diritti sociali e la sfida della crisi economica. Equità ed uguaglianza nel diritto all'istruzione dei soggetti diversamente abili*, in *Studi in Onore di C. Rossano, Jovene, 2013;* ID., *Concorrenza intersistemica e capitalismo regolatorio. Spunti di riflessione sul "nuovo" ruolo dello Stato*, in AA.VV., *Discorsi interrotti. Il pensiero di Giovanni Marongiu venti anni dopo*, Luiss Academy, Roma, 2014; ID., *Dalla multilevel governance alla governance reticolare. Esigenze dei territori, capability e appropriatezza degli interventi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Aldo Carosi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 463 ss.

ripensamento in chiave funzionale[30] e sostanziale, orientata alla concreta tutela degli interessi coinvolti e alla qualità delle decisioni pubbliche.

La complessità impone di considerare l'organizzazione[31] come parte integrante del processo decisionale, poiché una valutazione circoscritta alla correttezza formale dell'atto rischia di offrire una rappresentazione parziale e distorta della razionalità amministrativa. In questo quadro, l'appropriatezza sostenibile emerge come criterio capace di integrare le diverse dimensioni della razionalità amministrativa, consentendo all'amministrazione di mantenere funzionalità e legittimazione al cospetto della complessità[32] e in contesti mutevoli.

È possibile distinguere, in via analitica, diverse declinazioni della razionalità amministrativa che devono essere contemperate nell'ambito dell'azione amministrativa contemporanea. La prima è la razionalità legale-formale, riconducibile al modello weberiano di burocrazia legale razionale, nella quale l'agire è razionale in quanto conforme al paradigma normativo. La seconda è la razionalità orientata al risultato governato dalla logica della appropriatezza sostenibile, che è di tipo massimizzante l'interesse pubblico nel rispetto delle interdipendenze tra

[30] Sul superamento del formalismo amministrativo senza abbandono della legalità, v. F. LEDDA, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in, *Foro amm.*, 2000, 3457 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi,* Giappichelli, Torino, 1993. La giurisprudenza amministrativa ha più volte affermato che il rispetto formale delle prescrizioni normative non è sufficiente a garantire la legittimità sostanziale dell'azione, quando l'interpretazione adottata risulti irragionevole o sproporzionata: Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2021, n. 271.

[31] Sul punto N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit. evidenzia che «Se la razionalità deve formulare esigenze nei confronti di un osservatore, il problema della razionalità di sistema potrebbe stare nel trattamento della distinzione tra autoreferenza ed eteroreferenza (…). E bisogna sempre tener conto del fatto che l'unico "substrato" della razionalità è l'operazione, che è attuale solo nel momento e che deve attualizzare le esigenze che avanza nei propri confronti (…) il sistema può generalizzare con attenzione la sua consapevolezza proiettiva» (378-379). E, in questo senso, è proprio l'organizzazione uno degli elementi di esplicitazione del rapporto tra «autoreferenza ed eteroreferenza dei sistemi sociali» (380). «La razionalità che può essere raggiunta dall'organizzazione, che si riproduce sulla base operativa delle decisioni, non può, per questo solo motivo, pretendere il titolo di razionalità della società globale; e questo nemmeno se si considera in entrambi i casi solo la razionalità sistemica (…)» (382). In altra parte del suo lavoro l'A. indaga il rapporto tra società e organizzazione, soprattutto con riferimento alle interdipendenze e alle possibilità di rendere finiti oneri informativi infiniti, sottolineando come l'attenzione vada concentrata sulla differenziazione tra sistema sociale e sistema organizzativo. «Il fabbisogno di organizzazioni nella società moderna si spiega allora non con una crescita selvaggia di centri di formazione della volontà, che dipendono dall'esecuzione delle loro decisioni. Tali centri sorgono solo all'interno delle organizzazioni e non spiegano il fabbisogno di organizzazioni. Il problema che le organizzazioni si trovano ad affrontare è l'incertezza sul futuro, riprodotte continuamente senza respiro, e a questo essere devono reagire con capacità decisionale e integrando verticalmente i loro processi decisionali», 311 ss., in particolare 339.

[32] Sul punto cfr. F. G. SCOCA, *L'attività amministrativa*, cit., il quale sottolinea che «la considerazione dell'interesse pubblico (o, in generale, della opportunità degli atti) è apprezzabile in modo fortemente soggettivo, e comunque la valutazione attiene al rapporto tra l'attività, intesa come mezzo, rispetto al fine che essa si propone di raggiungere, la nuova impostazione è ben più concreta dato che la valutazione è tutt'altro che confinata sul piano teleologico, e prende in considerazione il rapporti tra gli obiettivi programmati (o prefissati) e i risultati ottenuti» (100); ID., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Giuffrè, Milano, 1998, 107 ss.

interesse pubblico e gli altri interessi. Dunque, una razionalità strumentale il cui modello può essere rintracciato in quell'ordito valoriale che trova il proprio caposaldo nel principio del buono andamento, riferita alla massimizzazione dell'interesse pubblico nel rispetto delle interdipendenze, integrando le dimensioni della efficacia, efficienza ed economicità in una logica di equilibrio dinamico tra mezzi impiegati e risultati perseguiti. La terza, declinazione della seconda, è una razionalità strategica che impone all'amministrazione di valutare ex ante i comportamenti dei destinatari e gli effetti diretti, indiretti e perversi delle decisioni, assumendo una logica precauzionale nella gestione (ordinaria) dell'incertezza e del rischio.

Tali declinazioni della razionalità si saldano a una razionalità contestuale, che sul piano giuridico si integra con il principio di proporzionalità, inteso come canone interno all'azione amministrativa e non solo, come detto, come parametro di controllo giurisdizionale. In questa prospettiva, la discrezionalità amministrativa viene reinterpretata come spazio fisiologico di adattamento ragionevole della norma al caso concreto, orientato alla soluzione del problema amministrativo e non alla mera osservanza formale della regola[33].

Il modello della razionalità legale, da solo, non è più sufficiente a definire la correttezza sostanziale dell'azione amministrativa, che risulta dall'integrazione delle diverse dimensioni considerate.

Non mancano, infatti, ipotesi nelle quali una decisione formalmente corretta risulta sostanzialmente inadeguata, poiché ignora le finalità della norma e produce effetti sproporzionati sugli interessi coinvolti. Il conflitto tra certezza del diritto e giustizia sostanziale emerge con particolare evidenza in tali casi, evidenziando i limiti di una applicazione meramente formalistica delle regole. Il superamento del formalismo non comporta, tuttavia, l'abbandono della legalità, ma la sua rielaborazione in senso sostanziale, con riflessi diretti sulla sistematica dei controlli. La violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità può determinare l'illegittimità dell'azione amministrativa anche in assenza di una puntuale violazione di norme positive, quando venga compromesso il necessario bilanciamento degli interessi in gioco.

La giurisprudenza costituzionale e amministrativa ha progressivamente valorizzato questa dimensione sostanziale, riconoscendo che l'eccesso di formalismo può tradursi in una violazione indiretta dei principi costituzionali, ove impedisca il perseguimento effettivo dell'interesse pubblico o determini un sacrificio

[33] In dottrina, l'appropriatezza è stata ricondotta a una forma di razionalità allargata, capace di integrare legalità, buon andamento e proporzionalità. Sul punto sia consentito rinviare a L. GIANI, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, cit.; ID., *Dalla multilevel governance alla governance reticolare. Esigenze dei territori, capability e appropriatezza degli interventi*, cit. Sul punto cfr. gli approfondimenti di D. D'ORSOGNA, *Coalescenze,* in particolare 12 ss.

ISSN 2036-7821

sproporzionato dei diritti individuali[34], magari giustificato (solo formalmente) dalla condizionalità finanziaria.
L'appropriatezza sostenibile si configura, così, come criterio evolutivo dell'efficacia amministrativa, estendendo la valutazione oltre la decisione in sé, agli effetti prodotti sulle persone e sul territorio, includendo una gestione consapevole del rischio e dell'incertezza, e alla adeguatezza della struttura organizzativa predisposta[35] – ma qui il discorso ci porterebbe lontano – spostando in avanti, come diceva Iannotta, «la soglia del giuridico, inglobando il mondo dei fatti, dei fenomeni», e a monte su quei profili organizzativi che condizionano strutturalmente la qualità delle decisioni pubbliche.

6. Appropriatezza dell'azione amministrativa , controlli e PNRR

In un'amministrazione orientata al risultato appropriato, il risultato non può essere ridotto a un mero indicatore quantitativo, ma deve fungere da criterio di valutazione qualitativa delle scelte amministrative, tenendo conto del contesto, delle alternative praticabili e degli effetti nel medio-lungo periodo. In questa prospettiva, i modelli tradizionali di controllo, incentrati sulla conformità formale, risultano inadeguati a valutare decisioni complesse e orientate al risultato appropriato poiché riflettono una concezione dell'amministrazione per atti, incompatibile con una visione processuale e relazionale dell'azione pubblica. Il sistema dei controlli, invece, dovrebbe assolvere non solo a una funzione repressiva o sanzionatoria, ma anche a una funzione preventiva e collaborativa, capace di accompagnare l'azione amministrativa nel corso

[34] La Corte costituzionale ha riconosciuto che un eccesso di formalismo può tradursi in una violazione indiretta dei principi costituzionali, laddove impedisca il perseguimento effettivo dell'interesse pubblico: Corte cost., 5 aprile 2012, n. 80.

[35] Pensiamo, ad esempio, ad una decisione della commissione elettorale di esclusione di una lista elettorale in quanto le firme a sostegno risultano apposte su un foglio diverso da quello recante la lista dei candidati, ma a questa solo spillato, senza l'apposizione di un "segno di congiunzione" tra le pagine. Ora, se andiamo a leggere la norma specifica emergono due elementi. Il primo è rappresentato dal dato testuale che letteralmente richiede che le firme dei sottoscrittori devono essere apposte su appositi moduli recanti il contrassegno delle liste e che debbono essere autenticate. Ma la norma nulla dice sul dato formale del "timbro di congiunzione", né prevede espressamente una sanzione espulsiva collegata alla sua mancanza. E qui interviene il secondo elemento rappresentato dal dato teleologico. La finalità della norma può certo ricondursi alla intenzione del legislatore di garantire che le liste a sostegno delle candidature siano sostenute da elettori "consapevoli" del valore della sottoscrizione che stavano apponendo. La norma risale al 1960 e così negli anni si è stratificata una interpretazione giurisprudenziale che a presidio della "consapevolezza" ha teorizzato che questa fosse garantita dalla apposizione del timbro di congiunzione tra le pagine, assistendo tale "necessità/garanzia" con la sanzione della esclusione della lista. Ma stante la previsione di una apposita previsione normativa che correla "espressamente" la mancanza di un timbro/segno di congiunzione alla sanzione della espulsione non ci si può non domandare se, anche alla luce delle innovazioni normative introdotte nel corso degli anni – pensiamo, ad esempio, alla normativa in materia di autocertificazione – tale struttura non sia ormai più appropriata. E forse anche il più incallito dei giuspositivisti non può avere delle perplessità sulla legittimità di una scelta escludente della commissione elettorale secondo una dimensione della razionalità strumentale. Risulta evidente, dunque, il conflitto tra certezza del diritto, riferita anche alla prevedibilità della decisione e giustizia sostanziale che costituisce uno dei nodi centrali della riflessione sulla razionalità amministrativa.

del suo svolgimento contribuendo alla qualità delle decisioni.
Tali criticità emergono con particolare evidenza nel contesto del PNRR, che ha rappresentato il banco di prova inedito per un'amministrazione orientata al risultato, accentuando la tensione tra accelerazione procedimentale e rafforzamento dei controlli.
La riduzione dei controlli concomitanti e l'innalzamento della soglia soggettiva della responsabilità erariale hanno sollevato interrogativi sulla coerenza di tali scelte con la logica dell'appropriatezza sostenibile. Il rischio è quello di privilegiare il raggiungimento formale di target e milestones a scapito della qualità delle decisioni e della sostenibilità degli interventi. Particolarmente critica appare la questione della sostenibilità finanziaria e gestionale degli investimenti realizzati con risorse PNRR, soprattutto per gli enti territoriali minori o in condizioni di squilibrio strutturale, spesso privi delle capacità organizzative e di strutture tecniche adeguate a governarne la complessità dei progetti nel tempo tali.
La valutazione della sostenibilità nel ciclo di vita delle opere avrebbe dovuto costituire elemento centrale del sistema dei controlli, integrando dimensione finanziaria, organizzativa e sociale[36] in una logica coerente con l'appropriatezza sostenibile.
La prevalenza di una impostazione aziendalistica nella definizione degli obiettivi e dei sistemi di performance, tuttavia, ha contribuito a una distorsione della funzione dei controlli, riducendo la valutazione dell'azione amministrativa a parametri misurabili, spesso disancorati dalla effettività dei diritti. Nel contesto del PNRR, fattori quali il tempo della decisione e il rispetto degli equilibri di bilancio hanno assunto una valenza quasi tirannica, quando non inseriti in una valutazione sistemica dell'azione amministrativa, rischiando di comprimere la dimensione sostanziale del risultato (degli interessi). La sostenibilità degli investimenti, tuttavia, non può essere valutata limitatamente alla fase di realizzazione, ma deve essere proiettata sull'intero ciclo di vita dell'intervento, considerando i costi di gestione, la capacità organizzativa dell'ente e i benefici attesi nel tempo.
L'assenza di una valutazione strutturata di tali profili, unitamente a una sottovalutazione della dimensione programmatoria, espone al rischio di realizzazione di *white elephants*, cioè opere inutilizzate, con il conseguente aggravamento degli squilibri finanziari prospettici degli enti territoriali e possibile ricorso a interventi straordinari e commissariali, in aperta contraddizione con la logica dell'appropriatezza sostenibile che dovrebbe guidare l'allocazione delle risorse pubbliche. A ciò si aggiunge che la "fretta del PNRR" ha spesso indotto a progettare opere senza adeguata analisi costi-benefici di lungo periodo, mentre la logica della appropriatezza implica una valutazione della sostenibilità degli investimenti

[36] La Corte dei conti ha sottolineato la necessità di valutare la sostenibilità finanziaria degli interventi nel ciclo di vita delle opere: Corte dei conti, Sez. Autonomie, delib. n. 18 del 19 dicembre 2022.

considerando non solo la dimensione temporale, proiettata sul ciclo di vita dell'opera, ma anche quella organizzativa, riferita alla capacità gestionale dell'ente, la finanziaria, riferita agli equilibri prospettici e sociale, guardando alla effettività del servizio nel tempo.
La centralizzazione del PNRR risulta, sotto questo profilo, difficilmente compatibile con una valutazione contestuale dell'appropriatezza, poiché tende a privilegiare una logica top-down che riduce la capacità di adattamento delle decisioni ai contesti territoriali e alle capacità effettive degli enti attuatori.

7. Riforma della contabilità tra accrual e accountability

Nel quadro delle riflessioni dedicate alla sistematica dei controlli e alle trasformazioni degli strumenti informativi e di misurazione assume rilievo centrale la riforma del sistema di contabilità pubblica, e in particolare il passaggio verso modelli di contabilità economico patrimoniale accrual, come prospettato nella riforma 1.15 del PNRR, successivamente ridimensionata in "riforma delle norme di contabilità pubblica".
L'introduzione dell'*accrual* segna un mutamento significativo del paradigma informativo, poché implica l'adozione di criteri valutativi che ampliano gli spazi di discrezionalità tecnica e interpretativa. Tale ampliamento comporta rischi non trascurabili, tra cui quello di patiche di *creative accounting* nel settore pubblico, attraverso la manipolazione dei criteri di rilevazione, classificazione e valutazione, in assenza di un mercato in grado di validare esternamente tali scelte. Si tratta di una riforma che non è certo figlia del solo PNRR, che in un certo senso realizza meglio quel panotticismo tipico del centro verso la periferia, attraverso un rafforzamento degli strumenti conoscitivi e comparativi, e questo non perché la contabilità economico-patrimoniale abbia qualche virtù in più rispetto a quella finanziaria.
In questo contesto, il ruolo dei sistemi di controllo e di verifica esterna diviene decisivo, poiché la contabilità economico-patrimoniale non è una tecnica neutrale, ma uno strumento che produce specifiche rappresentazioni della realtà amministrativa, funzionali a determinate esigenze decisionali e comunicative. Infatti, i sistemi di contabilità non possono essere valutati in senso assoluto, e la loro adeguatezza/inadeguatezza dipendono dal finalismo che sono chiamati a servire. Sono semplici tecniche e metodi non neutrali, che servono a favorire una determinata necessità decisionale e, quindi, comunicativa e che producono specifiche rappresentazioni della realtà amministrativa. Pertanto, la loro adeguatezza dipende dalla coerenza con le finalità pubbliche perseguite, e non da presunte superiorità tecniche intrinseche.
Il passaggio all'*accrual* sembra rispondere all'esigenza di rafforzare i processi di accountability, andando oltre la tradizionale funzione autorizzatoria della contabilità finanziaria.

Ma tale passaggio non è privo di criticità, soprattutto se non accompagnato da una chiara definizione del finalismo pubblico sotteso alla riforma.

Una prima criticità riguarda il rischio di standardizzazione e di ampliamento incontrollato della discrezionalità correlate alle stime, giudizi e valutazioni soggettive che può entrare in tensione con i rischi di legalità, imparzialità e controllo esterno.

Una seconda criticità attiene al richiamo al concetto di capitale di funzionamento, mutuato dal bilancio d'impresa, la cui applicazione alle pubbliche amministrazioni solleva rilevanti perplessità. Infatti, il capitale di funzionamento presuppone una logica economica orientata alla produzione di reddito, in sé estranea all'azione amministrativa, che trova il proprio fondamento nella funzione pubblica e nella logica del servizio, e non nel mercato. Nel settore pubblico, il capitale fi funzionamento non può essere assimilato a quello d'impresa, sia per la presenza di beni demaniali e beni patrimoniali indisponibili, sia per l'assenza di flussi di ricavo di mercato, con conseguenti difficoltà nella determinazione del valore, del costo storico e dei criteri di ammortamento.

Del resto, la finalità della contabilità pubblica non dovrebbe essere la "determinazione di reddito" ma la rappresentazione della consistenza patrimoniale e dei risultati economici della gestione in un'ottica di accountability e trasparenza, funzionale al controllo democratico.

In questa prospettiva, avrebbe forse maggiore coerenza valorizzare strumenti quali la contabilità analitica e l'analisi dei costi dei servizi, più direttamente funzionali alle decisioni pubbliche e alla valutazione della efficacia, appropriatezza e sostenibilità delle politiche.

Le difficoltà applicative dell'*accrual* risultano ulteriormente accentuate dalla coesistenza con la contabilità finanziaria, che determina duplicazioni informative e complessi problemi di riconciliazione tra risultati economici e finanziari, *rectius* una nuova stagione di "non trasparenza finanziaria"[37].

Ciò non esclude che l'introduzione dell'*accrual* possa rafforzare l'accountability, intesa in senso ampio come responsabilità delle pubbliche amministrazioni verso i cittadini, istituzioni di controllo e collettività, a condizione che sia chiaramente definito, come detto, il finalismo pubblico della riforma.

Anche perché il riferimento al principio dell'*accrual* implica la competenza economica, e quindi costi e ricavi, e non già entrate e uscite, pertanto, occorre superare le difficoltà di misurazione economica dei beni pubblici, che, in ragione della loro funzione istituzionale e sociale, non rispondono alle logiche del mercato, non generando flussi di ricavo, con la conseguente assenza di un valore di mercato attendibile e di criteri certi per determinare il costo storico, la vita utile e anche i

[37] Per approfondimenti sui possibili possibili rischi di una nuova stagione di "non trasparenza finanziaria" con l'entrata in vigore della c.d. riforma *Accrual* del sistema di contabilità pubblica si veda V. MANZETTI, *Lo Stato sociale tra regole di finanza pubblica e nuovi modelli di welfare*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, 226.

ISSN 2036-7821

criteri di ammortamento.
Quindi se da un lato va vista con favore la riforma nella prospettiva di garantire una reale accountability, quindi una idea di responsabilità molto più ampia di quanto fosse in precedenza, perché introduce i temi della rendicontazione sociale, della socialità e della sostenibilità, dall'altro occorre valutare la adeguatezza della contabilità economico patrimoniale, in quanto se non si scioglie il tema del finalismo si sposta a valle il problema della molteplicità dei sistemi di contabilità che tanto ha creato problemi in passato, rischiando di avere nuovamente tante situazioni patrimoniali e risultati economici molto difficili da interpretare e quasi impossibili da ridurre a sistema in assenza di un quadro unitario di riferimento.
L'introduzione dell'*accrual*, superate le criticità, può rafforzare il principio di accountability, cioè la responsabilità delle pubbliche amministrazioni verso cittadini, istituzioni di controllo, collettività, ponendosi quale presupposto logico della rendicontazione sociale che, insieme al bilancio sociale, al report integrato e al report di sostenibilità, consentono alla pubblica amministrazione di comunicare risultati sociali, impatti economici ed effetti ambientali delle proprie politiche. Tema che apre a una concezione allargata di accountability che supera l'accountancy legata al rendiconto finanziario, al controllo della regolarità contabile e alla verifica formale, verso una dimensione allargata in cui l'accountability considera la dimensione finanziaria, riferita agli equilibri di bilancio, di performance, riferita all'efficacia/efficienza delle decisioni assunte; sociale, richiamando l'impatto su cittadini e territori, ambientale, riferita alla sostenibilità ecologica, e non da ultimo democratica, intercettando le dimensioni della trasparenza e della partecipazione. Essa, infatti, potenzialmente fornisce alla rendicontazione sociale dati più attendibili sui costi dei servizi, sul consumo delle risorse, fornendo una base per valutare efficienza, economicità e sostenibilità nel tempo.

7.1. Cenni sul controllo concomitante

Sempre il parametro della sostenibilità già richiamato nel discorso sull'accountability, evidenzia come ulteriori approfondimenti dovrebbero riguardare tematiche quali le modalità di programmazione e dunque la prospettiva del rischio e l'impatto sulle decisioni dell'amministrazione, o ancora, con specifico riferimento alla dimensione più pura della contabilità, le regole che riguardano le modalità di utilizzazione e contabilizzazione delle risorse erogate per l'attuazione del PNRR da parte degli enti territoriali in qualità di soggetti attuatori, o ancora i controlli che opera la Corte dei Conti. Circoscrivendo il discorso a quest'ultimo profilo, e, soprattutto circoscrivendolo alla realtà del PNRR, la Corte interviene in diverse fasi di vita del piano e della sua gestione e, indubbiamente si pone il problema del corretto, efficace, efficiente utilizzo dei fondi del PNRR.
La Corte ha poteri per verificare la regolarità della attuazione, e la efficacia ed

efficienza della utilizzazione dei fondi anche dopo l'intervento normativo che ha eliminato il PNRR dal perimetro del controllo concomitante della Corte dei conti (art. 1, d.l. 44/2023)[38].

Prima della novella era previsto il coinvolgimento del magistrato contabile attraverso una duplice tipologia di controllo sull'attuazione del PNRR: da un lato un controllo successivo sulla gestione, quindi sulla attuazione del programma, dunque non un controllo di gestione; dall'altro il controllo concomitante.

Come detto, il controllo concomitante, la cui *ratio* risponde a una funzione preventiva (per intercettare criticità prima che producano danni), collaborativa (per segnalare all'amministrazione problematiche in corso d'opera), e di accountability (per rendere trasparente l'attuazione in tempo reale) è stato eliminato, non senza polemiche, proprio per il PNRR fondato su un monitoraggio continuo delle attività amministrative e sull'analisi di procedimenti mentre sono ancora in fase di svolgimento, attraverso l'esame di atti, dati, informazioni svolti da strutture dedicate, operando secondo programmi di controllo definiti. L'art. 22 risulta riscritto nel senso per cui la Corte esercita il controllo concomitante sui piani e progetti, esclusi quelli del PNRR, adottati per il sostegno e rilancio dell'economia. L'esito di questo controllo viene immediatamente trasmesso all'amministrazione competente ai fini della responsabilità dirigenziale.

Superfluo sottolineare quanto e come il controllo concomitante, se correttamente esercitato – ma a questo forse la Corte aveva abdicato sin dall'inizio – anche per ragioni organizzative e strutturali - possa garantire l'appropriatezza dell'azione dell'amministrazione, soprattutto in una situazione verticalizzata in cui si sovverte la logica bottom-up propria della programmazione comunitaria. Ma vuoi la esiguità delle risorse della Corte, vuoi il protezionismo del Governo sul Piano hanno fatto naufragare uno strumento di controllo, io oserei definirlo di accompagnamento verso la appropriatezza della azione dell'amministrazione, piuttosto che di mera vigilanza formale.

La soppressione del controllo concomitante sul PNRR segna indubbiamente un arretramento significativo nella prospettiva di un controllo orientato alla qualità dell'azione amministrativa, privilegiando una logica acceleratoria che rischia di sacrificare la valutazione degli effetti di medio-lungo periodo.

Anche se "si deve prendere atto che, se sussistono riserve sul tenore delle norme che hanno ora introdotto, ora soppresso il controllo concomitante sul PNRR e sul Fondo

[38] M. MACCHIA, *La "nuova" discrezionalità amministrativa e il controllo concomitante della Corte dei conti,* in *Il ruolo della Corte dei conti nei processi decisionali degli Enti locali,* a cura di J. Bercelli e S. Moro, Giappicchelli, Torino, 2023, 57 ss.; A. PETA, *I controlli della Corte dei conti: il c.d. controllo concomitante, Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità,* a cura di A. Giordano, Milano, Giuffrè, 2021, 560 ss.; E. MINNEI e C. PAGLIARIN, *Il controllo concomitante della Corte dei conti per l'accelerazione degli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 1095 ss.; C. CHIAPPINELLI, *Le innovazioni della legge "Brunetta" al sistema dei controlli nel quadro delle altre recenti riforme*, in *Ragiusan*, 2011, n. 327/328, 90 ss.

complementare, sussistono tuttavia anche esigenze di chiarezza sul tenore di alcune disposizioni del regolamento

Recovery and resilience facility n. 241/2021, ed in particolare sull'art. 22, quando nel trattare la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, dispone al comma 1 che la prevenzione, l'individuazione e la rettifica delle frodi, dei casi di corruzione e di conflitti di interessi, deve essere affidata dagli Stati membri ad un *sistema di controllo interno efficace ed efficiente*, mentre al comma 2,lett.e, chiama in causa, sempre a questi fini, i sistemi di controllo (indistintamente interni ed esterni) di Commissione, Olaf, Corte dei conti europea, EPPO"[39].

Residua il controllo sulla gestione (art. 3, comma 4) che si esercita svolgendo in particolare valutazioni di economicità, efficienza ed efficacia circa l'acquisizione e l'impiego dei fondi di cui al PNRR. Questo tipo di controllo, che a volte viene chiamato collaborativo, si informa certamente ai criteri di cooperazione e coordinamento, anche con la Corte dei conti europea, e in questo caso la Corte riferisce (semestralmente per il PNRR) al Parlamento sullo stato di attuazione del PNRR, in deroga a quanto accade per gli altri casi dove il referto è annuale.

Se si allarga la prospettiva emerge come l'abolizione del controllo concomitante potrebbe (ma il condizionale è d'obbligo) risultare un falso problema in quanto residuerebbe l'art. 3, comma 4 che prevede che il controllo successivo possa essere svolto anche in corso di esercizio, pertanto per certi versi il controllo concomitante torna sotto mentite spoglie perché la Corte può verificare la regolarità e legittimità della gestione, nonché il funzionamento dei controlli interni a ciascuna amministrazione. Un controllo successivo, ma in corso di gestione.

8. Dal controllo alla responsabilità selettiva: tra scudo erariale e colpa grave

Ma la eliminazione del controllo concomitante non è l'unico "colpo di scure" che si è abbattuto sulla sistematica dei controlli. In questa medesima direzione di ridimensionamento dell'apparato di garanzia si colloca anche l'intervento sul versante della responsabilità amministrativa.

Un altro aspetto sul quale occorre richiamare l'attenzione, sempre in relazione alla valutazione della efficacia dei controlli nella prospettiva della appropriatezza prima considerata riguarda il c.d. scudo erariale rispetto al quale il Parlamento ha prorogato la norma che eleva l'elemento soggettivo per l'imputabilità al dolo rendendolo per certi versi regola nel contesto della c.d. riforma Foti.

Come noto, infatti, il d.l. 76/2000 rappresenta un passaggio chiave nel ripensamento del ruolo dei controlli della Corte dei conti, inserendosi nel più ampio disegno di riduzione dell'inerzia amministrativa e di contenimento della c.d. paura della firma che costituisce la chiave di lettura dell'intero successivo intervento normativo. In

[39] G. COLOMBINI, V. MANZETTI, *Introduzione alla ricerca*, in G. Colombini, M. D'Orsogna, L. Giani, V. Manzetti (a cura di), *Il PNRR tra condizionalità finanziarie e sociali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, XXII ss.

ISSN 2036-7821

questo contesto, il decreto non mirava a ridisegnare in senso assoluto la funzione di controllo, quanto piuttosto a ridefinirne la natura e modalità di esercizio, valorizzando profili di accompagnamento e prevenzione rispetto a logiche meramente sanzionatorie.

La scelta di intervenire sul perimetro della responsabilità amministrativa e, indirettamente sul rapporto tra amministrazione e controllo contabile si fonda sull'idea che l'effettività dell'azione pubblica non possa essere garantita da un sistema in cui il controllo si traduce in un fattore paralizzante. Ed è proprio la considerazione di questo profilo a rendere evidente come il d.l. 76/2000 non abbia introdotto un modello eccezionale di controllo, rendendo più esplicita una tendenza presente nell'ordinamento: quella verso un controllo che non si sostituisca alla decisione amministrativa, né la condizioni in modo vincolante, ma che ne verifichi ex post la coerenza con i principi di legalità, buon andamento ed equilibrio finanziario.

In questa prospettiva si è assistito a una ridefinizione concettuale della colpa grave, riposizionandola nel sistema come criterio selettivo e non espansivo della responsabilità, sottraendola a una lettura meramente oggettiva, ancorata a una valutazione legata alla complessità dell'azione amministrativa, all'incertezza del quadro normativo, alla finalizzazione dell'atto all'interesse pubblico, nonché all'assenza di vantaggi personali. E così, il modello proposto di fatto ha circoscritto la responsabilità erariale ai soli comportamenti caratterizzati da una deviazione macroscopica dai doveri d'ufficio.

Prima di entrare nel merito della riforma occorre effettuare alcuni rapidi richiami al percorso che si è concluso nella richiamata riforma. Il primo passo non può che essere rintracciato nella ella progressiva estensione della disciplina emergenziale introdotta in occasione della pandemia da Covid-19.

Interessante, a mio avviso, l'ordinanza di rimessione della Corte dei conti Campania (ord. 228/2023)[40] relativa appunto all'art. 21, comma 2, d.l. 76 per contrasto con gli artt. 103, 97, 28, 81 e 3 della Costituzione nella parte in cui introduce, sia pure in via temporanea, «*l'esenzione generalizzata da responsabilità per le condotte commissive connotate dall'elemento soggettivo della colpa grave*» che era stato individuato quale punto di equilibrio del binomio colpa/dolo. In ciò richiamando anche i precedenti della stessa Corte costituzionale che aveva ritenuto in contrasto con l'art. 103 Cost. le previsioni miranti ad introdurre la c.d. colpa tipizzata (Corte cost. 340/2001). Sebbene si tratti di legislazione emergenziale, emanata al dichiarato fine di garantire una più rapida adozione dei provvedimenti amministrativi per l'attuazione del PNRR, sottolinea, direi condivisibilmente, la Corte dei conti nell'ordinanza di rimessione, che nella sua valutazione non si può prescindere dalla considerazione della «*ragionevolezza, la non sproporzione della misura adottata e la funzionalità alle finalità*

[40] Corte dei conti, Sez. giur. Campania, ord. 10 ottobre 2023, n. 228, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale sull'art. 21, comma 2, d.l. 76/2020, per irragionevole compressione della responsabilità erariale.

perseguite», con un evidente ribaltamento dell'assetto tradizionale della responsabilità amministrativa. E proprio in considerazione di ciò, la Corte ha ritenuto irragionevole la norma che, tra l'altro, comprende tutti gli ambiti dell'agire dell'amministrazione, senza limitarsi a quelli strettamente inerenti, o quanto meno influenzati dall'emergenza Covid. E così la previsione, secondo la Corte, ha finito per ridisegnare, con decretazione d'urgenza, il sistema della responsabilità erariale, spostando di fatto la responsabilità dall'autore dell'illecito sul controllore che ha omesso i doverosi controlli, e ciò in quanto la responsabilità del primo – che è il soggetto che materialmente ha realizzato l'attività dannosa è limitata alle ipotesi di dolo, mentre quella del secondo – cioè, il controllore – anche alla ipotesi di colpa grave.

È interessante per il passaggio in cui si sottolinea che la norma non è funzionale allo scopo – di arginare la paura della firma – e ciò in quanto la scrivente ha finito per estendersi anche a qualunque condotta fattuale, quali, ad esempio, il danneggiamento con colpa grave di un'auto dell'amministrazione o il danno indiretto provocato da un medico che dimentica la garza nell'addome nel paziente, esempi che rendono evidente l'eccessiva estensione applicativa della norma.

E a sottolineare la irragionevolezza della norma, nell'ordinanza si richiama la distinzione tra danno diretto (cioè, quello prodotto direttamente all'amministrazione) e danno indiretto (cioè, quello prodotto a terzi che l'amministrazione è tenuta a risarcire), il primo ricondotto alla violazione degli obblighi di servizio, a sottolineare l'ulteriore irragionevolezza della norma che non considera tale distinzione. E sul punto la corte sottolinea come «il buon andamento si declina come buona amministrazione, sia nel senso di assicurare un'attività amministrativa nel rispetto della legge, sia nel senso di assicurare l'efficienza e l'adeguatezza dell'agire amministrativo». Considerato lo stretto legame tra buon andamento e imparzialità e legalità, si evidenzia l'incongruenza di una norma che rende nella sostanza lecite condotte che di fatto sono illecite operate, con un intervento sulla loro punibilità.

La Corte costituzionale[41], come noto, ha respinto le censure sollevate dalla Sezione remittente, ritenendo sostanzialmente infondato il timore che l'evoluzione normativa potesse incidere sull'essenza costituzionale della funzione di controllo, determinando una compressione indebita delle prerogative della Corte o, al contrario, una trasformazione del controllo in forma di sindacato sostanzialmente invasivo.

La Corte, infatti, ha ribadito che la compatibilità costituzionale dei controlli della Corte dei conti non dipende dalla loro intensità astratta, bensì dalla loro qualificazione funzionale, rilevando il fatto che essi non assumono in carattere sostitutivo, traducendosi in una compressione dell'autonomia decisionale dell'amministrazione. La Corte, nel ribadire la compatibilità costituzionale della

[41] Corte cost., sent. n. 132 del 2024, che ha ritenuto non fondate le censure, ribadendo la funzione ripristinatoria e non sostitutiva della responsabilità amministrativo-contabile.

norma impugnata ha valorizzato l'idea che la responsabilità amministrativa non ha una funzione positiva in senso proprio, ma una funzione ripristinatoria e di garanzia dell'equilibrio finanziario, arrivando così a giustificare una soglia di imputazione più elevata rispetto agli altri modelli di responsabilità. La Corte ha poi evidenziato come il rischio di una nozione troppo estensiva di colpa grave possa trasformare il controllo in un sindacato sostitutivo delle scelte amministrative, rischio che può essere scongiurato mantenendo ferma la distinzione tra valutazione della legittimità e della ragionevolezza dell'azione amministrativa e l'accertamento della macroscopica violazione dei doveri d'ufficio. E così la colpa grave viene individuata quale punto di equilibrio tra controllo e autonomia amministrativa[42]. È su questa linea di continuità che si colloca l'intervento legislativo successivo.

Questa impostazione ha trovato riscontro particolarmente chiaro nella ricostruzione fatta propria dalla legge 1/2026 che segue le coordinate tracciate proprio nella decisione della Corte costituzionale.

Nel contesto della riforma, la colpa grave si pone come vero e proprio perno di razionalizzazione della responsabilità amministrativo-contabile, segnando il passaggio da un sistema percepito come prevalentemente deterrente a un modello dichiaratamente orientato alla responsabilizzazione selettiva dell'agente pubblico. E così la colpa grave viene stabilizzata come criterio ordinario e strutturale di imputazione, chiarendo che la responsabilità erariale non può essere fondata su meri errori valutativi, scelte discrezionali opinabili o violazioni formali prive di effettiva incidenza finanziaria.

Il tentativo di oggettivizzazione della colpa grave trova uno dei propri pilastri nella insindacabilità della discrezionalità amministrativa che risulta dalla strutturazione della norma che, come noto, esclude la responsabilità in quelle ipotesi in cui la decisione si colloca all'interno di un ventaglio di scelte ragionevoli, l'amministrazione ha operato in un contesto normativo incerto o mutevole e l'atto è espressione di una ponderazione di interessi contrapposti.

L'intento dichiarato del legislatore è quello di evitare che la colpa funga da strumento surrogatorio del controllo di opportunità assurgendo a "funzione ordinatrice" del ruolo della Corte dei conti che, così, non può essere più chiamata a presidiare l'efficienza dell'azione amministrativa attraverso l'espansione della responsabilità, ma a intervenire solo nei casi di grave scostamento dai canoni della "legalità finanziaria".

Ed è proprio la considerazione di questo aspetto evidenzia anche gli altri profili di

[42] La dottrina è estremamente ampia. Sia consentito richiamare, *ex multis*, U. ALLEGRETTI, *I controlli amministrativi*, Il Mulino, Bologna, 1995; C. ASTRALDI DE ZORZI, *Colpa grave e dolo: responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti,* in *Enti pubblici*, 1997, 1, 9 ss.; O. SEPE, *Danno e colpa nella giurisdizione contabile: innovazioni introdotte con la legge 20 0dicembre 1996, n. 639*, in *Giurisprudenza italiana*, 11, 3, 615 ss. In chiave critica sulla riforma, S. CIMINI, F. VALENTINI, *La dubbia efficacia dello "scudo erariale" come strumento di buon andamento della p.a.*, in *AmbienteDiritto*, 2022, 1, 1 ss.

ISSN 2036-7821

criticità di una simile impostazione che allontana la disposizione, gli effetti attesi, dalla sua concreta effettività, cioè l'essere il criterio di equilibrio tra responsabilità e buon andamento che, evidentemente, viene circoscritto alla sola dimensione finanziaria.

E ciò è ancor più evidente se si considera che il tentativo di oggettivizzazione della colpa grave come soglia ordinaria di imputazione, cercando al contempo di vincolarne l'accertamento a parametri normativi predeterminati, si pone in contrasto con la caratteristica propria della colpa, che è categoria valutativa che vive di apprezzamenti complessivi e contestuali. E così è chiaro che la sua eccessiva tipizzazione rischia di trasformarla da criterio selettivo a clausola di protezione generalizzata nella quale l'attenzione si sposta dalla valutazione dell'effettiva gravità della condotta alla mera ricorrenza di indici formali (complessità normativa, esistenza di pareri, contesto organizzativo) con un latente pericolo di perdita della elasticità del giudizio di colpevolezza, che potrebbe risultare incapace di intercettare condotte sostanzialmente gravemente negligenti ma formalmente giustificabili.

Il richiamo a elementi a forte caratterizzazione soggettiva quali la buona fede, l'assenza di vantaggi personali, la finalizzazione all'interesse pubblico, nonché l'affidamento su assunti organizzativi e indirizzi superiori, rischia di spostare ulteriormente l'attenzione sulla condizione psicologica e funzionale dell'agente, con la conseguenza che la colpa grave rischia di dissolversi in una sorta di "irragionevolezza intenzionale", avvicinandosi vieppiù al dolo, rischiando di tramutarsi in uno strumento di deresponsabilizzazione selettiva, soprattutto nei contesti amministrativi complessi e strutturalmente disorganizzati.

Le criticità sommariamente richiamate rischiano di essere ulteriormente acuite a seguito della applicazione della regola del silenzio assenso che, unitamente alla disciplina della colpa grave, rischia di generare un notevole abbassamento della soglia di controllo sostanziale, con il rischio che l'inerzia si traduca in una valutazione implicita di regolarità, sebbene sia chiaro che il silenzio può dipendere da fattori del tutto estranei dal merito, quali i carichi di lavoro, le carenze di organico, le complessità istruttorie o le priorità organizzative interne, così che il controllo contabile viene ricodificato come rischio organizzativo, anziché come giudizio di tipo giuridico. Ed è proprio dalla coniugazione tra questi due elementi emergono le criticità più profonde della riforma che rischia di produrre un abbassamento cumulativo delle garanzie nel quale diventa estremamente difficile ricostruire, ex post, un profilo di responsabilità con una conseguente attenuazione della funzione stessa del controllo contabile.

9. Verso un'amministrazione dell'appropriatezza responsabile

Le trasformazioni esaminate evidenziano come l'azione amministrativa sia oggi chiamata a confrontarsi in modo strutturale con la complessità, intesa non soltanto

ISSN 2036-7821

come pluralità di interessi coinvolti, ma come interazione dinamica tra vincoli normativi, obiettivi di risultato e tutela dei diritti. Tali dinamiche pongono le basi per una riflessione conclusiva sul modello dell'appropriatezza, già alla luce delle più recenti evoluzioni dell'azione amministrativa, accelerate dalle crisi emergenziali e dalla gestione del PNRR, che impongono un ripensamento profondo dei paradigmi tradizionali del diritto amministrativo. L'amministrazione è così chiamata a essere riconosciuta quale soggetto istituzionale deputato al governo della complessità, assumendo decisioni capaci di incidere in modo diretto sui diritti e sugli interessi della collettività.

Il superamento di una concezione meramente formale della legalità non si traduce in un affievolimento delle garanzie, ma piuttosto nella loro rielaborazione in chiave sostanziale. Tale passaggio segna una trasformazione strutturale del modo di intendere la legalità amministrativa, non più circoscritta alla mera conformità procedurale, bensì orientata alla qualità sostanziale delle decisioni pubbliche. In questo contesto, appropriatezza, proporzionalità e ragionevolezza emergono come criteri ordinanti dell'azione amministrativa, operanti quali parametri di valutazione sia *ex ante* sia *ex post* dell'esercizio del potere, idonei a indirizzare la discrezionalità verso esiti coerenti con il disegno costituzionale.

La sfida consiste nel conciliare efficienza e garanzia, evitando tanto il rifugio nel formalismo quanto l'abbandono a una discrezionalità priva di adeguati contrappesi. In tale equilibrio instabile si gioca la legittimazione democratica dell'azione amministrativa e la possibilità di delineare un modello di amministrazione dell'appropriatezza responsabile.

L'analisi svolta consente di mettere in luce come le trasformazioni più recenti dell'azione amministrativa – accelerate dalle crisi emergenziali e dall'attuazione del PNRR – impongano una revisione profonda dei tradizionali paradigmi del diritto amministrativo. L'amministrazione non può più essere intesa esclusivamente come apparato di mera esecuzione della legge, ma deve essere riconosciuta quale soggetto istituzionale chiamato a governare processi complessi, assumendo decisioni che incidono direttamente sulla conformazione degli interessi pubblici e privati.

In questa prospettiva, il progressivo superamento di una concezione esclusivamente formale della legalità non comporta un indebolimento delle garanzie, bensì la loro rifondazione in senso sostanziale. Principi quali appropriatezza, proporzionalità e ragionevolezza si configurano come criteri ordinanti dell'azione amministrativa, capaci di integrare il dato normativo e di orientare la discrezionalità verso soluzioni coerenti con i valori costituzionali.

Tale evoluzione, tuttavia, non è esente da criticità. L'ampliamento degli spazi decisionali riconosciuti all'amministrazione, se non accompagnato da un rafforzamento adeguato dei meccanismi di responsabilità e di controllo, rischia di tradursi in una opacizzazione delle scelte pubbliche e in una compressione della

tutela giurisdizionale effettiva, incidendo sulla capacità del sistema di garantire un controllo reale sulla razionalità e sulla proporzionalità delle decisioni amministrative. In questa direzione, il ridimensionamento degli strumenti di controllo concomitante e la crescente valorizzazione di logiche acceleratorie sollevano interrogativi significativi circa la sostenibilità, nel medio-lungo periodo, di un'amministrazione orientata prevalentemente al conseguimento del risultato immediato.

La sfida che si pone al diritto amministrativo contemporaneo è dunque quella di ricomporre il rapporto tra efficienza e garanzia, evitando sia il ritorno a modelli formalistici sia l'espansione incontrollata di una discrezionalità priva di adeguati contrappesi. Ciò impone una rinnovata attenzione al ruolo del giudice amministrativo, chiamato non a sostituirsi all'amministrazione, ma a presidiare la razionalità sostanziale delle decisioni, nonché alla funzione dei controlli esterni, da intendersi come strumenti di accompagnamento e di miglioramento dell'azione pubblica.

In conclusione, l'amministrazione dell'appropriatezza responsabile si configura come un modello in equilibrio instabile, costantemente attraversato dalla tensione tra esigenze di rapidità decisionale e salvaguardia delle garanzie sostanziali, nel quale il perseguimento del risultato deve essere costantemente misurato sulla capacità di assicurare diritti, trasparenza e accountability. Solo in tale prospettiva è possibile evitare che l'eccezione emergenziale si cristallizzi in regola e che la semplificazione procedimentale degeneri in una semplificazione delle garanzie, compromettendo la stessa legittimazione democratica dell'azione amministrativa.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Vulnerabilità istituzionale dei comuni e infiltrazioni criminali: evidenze dagli scioglimenti comunali in Italia

di Donato Ferrari

(Ricercatore *post-doc* in Statistica presso l'Università della Calabria)

e Maria Mazzuca

(Professoressa ordinaria di Economia degli intermediari finanziari e finanza aziendale presso l'Università della Calabria)

Sommario

1. Introduzione. 2. Dati e costruzione dell'indice di vulnerabilità VULN2. 2.1 Struttura dei dati e variabile di outcome. 2.2 Variabili utilizzate per la costruzione dell'indice. 2.3 Comuni nelle code della distribuzione. 3. Strategia empirica. 4. Risultati. 5. Conclusioni.

Abstract

This paper develops a composite indicator of municipal vulnerability to organized crime in-filtration in Italy. The proposed index (VULN2) combines demographic, socio-economic, fis- cal and geographical characteristics of municipalities in order to capture structural conditions associated with institutional fragility. Using a panel dataset of Italian municipalities for the period 2005–2023, we examine whether higher levels of territorial vulnerability are associated with an increased probability of municipal council dissolution due to mafia infiltration under Article 143 of the Italian Local Government Act. Empirical estimates based on linear probabil- ity models with municipal fixed effects and rare-events logit models show that municipalities located in the upper tail of the vulnerability distribution exhibit a significantly higher risk of dissolution. The results suggest that institutional vulnerability is not evenly distributed across territories but tends to concentrate in a relatively small number of municipalities characterized by multiple structural fragilities. The proposed indicator provides a useful empirical tool for identifying areas potentially more exposed to criminal infiltration and may support monitoring and prevention policies aimed at protecting local institutions.

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

1. Introduzione.

La capacità delle istituzioni locali di resistere alle pressioni della criminalità organizzata rappresenta una delle principali sfide per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e per la qualità della governance territoriale. Negli ultimi decenni la letteratura ha evidenziato come le organizzazioni mafiose non operino soltanto attraverso attività criminali tradizionali, ma siano in grado di infiltrarsi nei circuiti economici e nelle istituzioni pubbliche, condizionando l'allocazione delle risorse e il funzionamento dei governi locali.[1]

Nel contesto italiano, tali dinamiche assumono una rilevanza particolare, poiché la presenza delle mafie si intreccia storicamente con le dinamiche socio-economiche e istituzionali dei territori. Numerosi studi hanno documentato l'impatto della criminalità organizzata su vari ambiti della vita economica e amministrativa, tra cui la performance delle imprese, il funzionamento dei mercati pubblici e la qualità della spesa pubblica.[2]

Allo stesso tempo, una parte crescente della letteratura ha sottolineato come le mafie contem- poranee si muovano lungo traiettorie che combinano dimensioni locali e dinamiche globali, rafforzando la loro capacità di penetrazione nei sistemi istituzionali e nei contesti economici territoriali.[3]

In questo quadro, il tema della vulnerabilità delle amministrazioni locali assume un ruolo cen- trale nel dibattito scientifico e istituzionale sul contrasto alle mafie.

Nel sistema istituzionale italiano, uno degli strumenti più rilevanti per contrastare le infiltrazioni mafiose negli enti locali è rappresentato dallo scioglimento dei consigli comunali previsto dall'art. 143 del Testo unico degli enti locali. Si tratta di una misura straordinaria che interviene quando emergono evidenze di condizionamento dell'attività amministrativa da parte della criminal- ità organizzata.[4] Sebbene tali

---

* Il lavoro è frutto di comuni riflessioni di entrambi gli Autori. Tuttavia, nello specifico, i paragrafi 1 e 2 sono da attribuirsi a Maria Mazzuca; i paragrafi 3 e 4 sono da attribuirsi a Donato Ferrari; il paragrafo 5 è da attribuirsi ad entrambi gli Autori. Una versione preliminare del lavoro è stata presentata al Terzo Convegno Nazionale della Società Scientifica Italiana degli Studi su Mafie e Antimafia (SISMA), "Vecchie e nuove mafie tra locale e globale", Università della Calabria, 4–5 dicembre 2025. Gli autori desiderano ringraziare la prof.ssa Damiana Costanzo e la prof.ssa Marianna Succurro per i preziosi commenti e le discussioni scientifiche che hanno contribuito allo sviluppo di questo lavoro, maturato proprio nell'ambito del Convegno;

[1] D. GAMBETTA, The Sicilian Mafia: The Business of Private Protection, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1993; L. PAOLI, Mafia Brotherhoods: Organized Crime, Italian Style, Oxford, Oxford University Press, 2003; R. SCIAR- RONE, Mafie del Nord. Strategie criminali e contesti locali, Roma, Donzelli, 2014;

[2] P. PINOTTI, The Economic Consequences of Organized Crime: Evidence from Southern Italy, in Economic Journal, 2015, 125(586), pp. F203–F232; G. DANIELE, B. GEYS, Organised Crime, Institutions and Political Quality: Empirical Evidence from Italian Municipalities, in Economic Journal, 2015, 125(586), pp. F233–F255; D. ACEMOGLU, G. DE FEO, G. DE LUCA, Weak States: Causes and Consequences of the Sicilian Mafia, in Review of Economic Studies, 2019, 87(2), pp. 537–581;

[3] F. ALLUM, R. SCIARRONE, Italian Mafias Today: Territory, Business and Politics, Cheltenham, Edward Elgar, 2018; R. SCIARRONE (a cura di), Mafie vecchie, mafie nuove, Roma, Donzelli, 2009;

[4] Per una discussione sul rapporto tra corruzione, criminalità organizzata e funzionamento delle istituzioni pub- bliche si veda A. VANNUCCI, Atlante della corruzione, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2012; R. ROLLI, Il

ISSN 2036-7821

episodi siano relativamente rari, essi rappresentano un segnale particolarmente significativo di grave compromissione delle istituzioni locali e sollevano interrogativi importanti sulle condizioni che rendono alcuni contesti amministrativi più vulnerabili di altri.

Dal punto di vista delle politiche pubbliche, una questione centrale riguarda quindi la pos- sibilità di individuare in modo tempestivo i territori caratterizzati da maggiore vulnerabilità istituzionale. La letteratura empirica si è concentrata prevalentemente sull'analisi delle conseguenze economiche e istituzionali della presenza mafiosa oppure sul confronto tra territori con differenti livelli di criminalità organizzata. Minore attenzione è stata invece dedicata allo sviluppo di strumenti empirici che consentano di identificare in anticipo i contesti amministrativi maggiormente esposti al rischio di infiltrazione.

Questo lavoro si inserisce in tale filone proponendo un indicatore composito di vulnerabilità dei comuni all'infiltrazione criminale, denominato VULN2. Il contributo principale dell'analisi consiste nello sviluppo di un indicatore empirico di vulnerabilità territoriale costruito a partire da caratteristiche strutturali dei comuni italiani e nella valutazione della sua capacità di individuare i contesti nei quali il rischio di scioglimento per infiltrazione mafiosa risulta più elevato. L'indice VULN2 sintetizza diverse dimensioni che caratterizzano il contesto locale — tra cui caratteristiche demografiche, condizioni socio-economiche, capacità amministrativa e fattori territoriali — con l'obiettivo di fornire una misura sintetica della vulnerabilità istituzionale dei comuni italiani.

A differenza di molti indicatori compositi utilizzati nella letteratura, l'indice proposto non è concepito per descrivere condizioni medie, ma per individuare i contesti caratterizzati da livelli particolarmente elevati di vulnerabilità. L'attenzione è quindi rivolta soprattutto alle situazioni estreme della distribuzione, nelle quali il rischio di fallimenti istituzionali appare più concentrato. Questa impostazione risponde all'esigenza, tipica delle politiche di prevenzione amministrativa, di individuare tempestivamente un numero limitato di territori in cui l'intervento delle istituzioni di controllo può risultare più urgente.

L'analisi empirica utilizza un ampio database di comuni italiani relativo al periodo 2005–2023 e impiega gli scioglimenti dei consigli comunali per infiltrazione mafiosa come indicatore osservabile di grave vulnerabilità istituzionale. I risultati mostrano che livelli più elevati dell'indice VULN2 sono sistematicamente associati a una

Comune degli altri. Lo scioglimento degli organi di governo degli enti locali per infiltrazioni mafiose, Roma, Aracne, 2013; R. ROLLI, Dura lex, sed lex. Scioglimento dei Consigli comunali per infiltrazioni mafiose, interdittive prefettizie antimafia e controllo giudiziario, in Istituzioni del Federalismo, 2022; R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, La partecipazione come argine al "più probabile che non": scioglimento dei consigli comunali e informazione interdittiva antimafia, in PA Persona e Amministrazione; R. ROLLI, Principio di democrazia e scioglimento dei consigli comunali per infiltrazioni mafiose: la partecipazione alla luce del pensiero di Mario Nigro;

ISSN 2036-7821

maggiore probabilità di scioglimento dei consigli comunali, con effetti particolarmente pronunciati nei comuni collocati nella parte superiore della distribuzione della vulnerabilità.
Nel complesso, il contributo del lavoro è duplice. Da un lato, esso propone uno strumento empirico utile per l'analisi della vulnerabilità istituzionale a livello locale. Dall'altro, offre indi- cazioni rilevanti per le politiche di prevenzione e monitoraggio delle infiltrazioni criminali nelle amministrazioni locali, suggerendo come indicatori sintetici di questo tipo possano supportare le attività di vigilanza e di programmazione degli interventi pubblici.

2. Dati e costruzione dell'indice di vulnerabilità VULN2.

2.1. Dati e costruzione dell'indice.

L'analisi empirica utilizza informazioni relative ai comuni italiani nel periodo 2005–2023. L'unità di osservazione è rappresentata dal comune i osservato nell'anno t. La scelta di utilizzare dati a livello comunale consente di analizzare la vulnerabilità istituzionale dei territori nel livello amministrativo più vicino ai cittadini e nel quale si manifestano con maggiore evidenza i fenomeni di condizionamento dell'azione pubblica da parte della criminalità organizzata.[5]
La variabile di interesse è rappresentata dallo scioglimento del consiglio comunale per infiltrazioni mafiose ai sensi dell'art. 143 del Testo unico degli enti locali (TUEL). Si tratta di una misura straordinaria prevista dall'ordinamento italiano per contrastare il condizionamento delle amministrazioni locali da parte della criminalità organizzata. Lo scioglimento interviene quando emergono elementi concreti, univoci e rilevanti di collegamento tra amministratori locali e organizzazioni criminali tali da compromettere il buon andamento dell'amministrazione.[6]
Nel periodo considerato si registrano complessivamente 217 scioglimenti di consigli comunali per infiltrazione mafiosa. Sebbene tali episodi rappresentino una quota molto limitata rispetto al numero complessivo dei comuni italiani, essi costituiscono un indicatore particolarmente sig- nificativo di grave compromissione dell'autonomia e della funzionalità delle amministrazioni locali.
La distribuzione territoriale del fenomeno mostra inoltre una forte concentrazione geografica. Come riportato nella Tabella 1, la provincia di Reggio Calabria registra il numero più elevato di casi, seguita da alcune province della Sicilia e della

[5] Sul ruolo delle amministrazioni locali nei processi di penetrazione delle organizzazioni mafiose nei sistemi istituzionali si veda R. SCIARRONE, Mafie del Nord. Strategie criminali e contesti locali, Roma, Donzelli, 2014;
[6] Per un'analisi del ruolo delle istituzioni nel contrasto alle infiltrazioni criminali nelle amministrazioni pubbliche si veda A. VANNUCCI, Atlante della corruzione, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2012;

Campania.[7]

Table 1: Distribuzione degli scioglimenti dei consigli comunali per infiltrazione mafiosa per provincia (2005–2023)

Provincia	Numero di scioglimenti	Percentuale
AG	7	3.23
AV	2	0.92
BR	3	1.38
CE	14	6.45
CS	5	2.30
CZ	9	4.15
FG	6	2.76
KR	6	2.76
ME	6	2.76
MT	1	0.46
PA	17	7.83
RC	49	22.58
RG	2	0.92
SA	3	1.38
TA	1	0.46
TP	4	1.84
Totale	217	100

Nel complesso, l'incidenza degli scioglimenti rimane estremamente bassa rispetto al numero totale di osservazioni relative ai comuni italiani, collocandosi nell'ordine di uno o due eventi ogni mille osservazioni comune–anno.

L'indice VULN2 è costruito combinando un insieme di variabili a livello comunale che rappresentano diverse dimensioni strutturali potenzialmente associate alla vulnerabilità dei territori alla penetrazione criminale.[8] La scelta delle variabili utilizzate per la costruzione dell'indice riflette l'idea che la vulnerabilità dei territori alla penetrazione criminale dipenda da un insieme di fattori strutturali di natura demografica, economica, istituzionale e geografica. In particolare, la letteratura

[7] Sulla dimensione territoriale delle organizzazioni mafiose e sulla loro capacità di adattarsi ai contesti locali si veda F. ALLUM, R. SCIARRONE, Italian Mafias Today: Territory, Business and Politics, Cheltenham, Edward Elgar, 2018;

[8] Per un'analisi delle relazioni tra contesto socio-economico e presenza della criminalità organizzata si vedano G. DANIELE, B. GEYS, Organised Crime, Institutions and Political Quality, in Economic Journal, 2015; P. PINOTTI, The Economic Consequences of Organized Crime, in Economic Journal, 2015;

empirica ha evidenziato come condizioni socio-economiche fragili, caratteristiche territoriali e differenze nella qualità delle istituzioni possano creare contesti nei quali il controllo sociale e amministrativo risulta più debole, facilitando la penetrazione delle organizzazioni criminali nelle istituzioni locali.[9] L'obiettivo non è stimare l'effetto causale delle singole variabili, ma costruire un indicatore sintetico capace di individuare contesti territoriali nei quali la combinazione di condizioni strutturali può rendere più probabile la compromissione delle istituzioni locali.

In particolare, l'indice sintetizza informazioni relative alla dimensione demografica dei comuni, alla struttura economico-fiscale locale, ad alcune caratteristiche geografiche del territorio e ad indicatori delle condizioni socio-economiche locali. Le variabili considerate includono la popolazione residente, le entrate tributarie comunali pro capite, la distanza dalla costa, l'altitudine media del territorio comunale, l'indice di qualità territoriale (MAQI) e il tasso di disoccupazione femminile.

Dal punto di vista operativo, ciascuna variabile viene standardizzata annualmente e l'indice è ottenuto aggregando tali componenti in un indicatore sintetico che misura la posizione relativa dei comuni nella distribuzione della vulnerabilità territoriale. L'indice risultante è normalizzato con media pari a zero e deviazione standard pari a uno per ciascun anno, in modo da consentire il confronto tra comuni nel tempo e da interpretare VULN2 come una misura relativa della vulnerabilità territoriale.

2.2 Statistiche descrittive.

La Tabella 2 riporta le statistiche descrittive delle principali variabili utilizzate nell'analisi em- pirica per il periodo 2005–2023.

Table 2: Statistiche descrittive del panel comunale (2005–2023)

	mean	sd	min	max	count
Mundissolution	.0014	.0377	0	1	152477
VULN2	0.00	.9999	-9.29	12.57	152461
Population	7546	41515	28	2820219	148805
Tax revenue pc	2079	873	146	27449	137363
Distance from sea	69.6	55.6	0	230	151453
Altitude	543	494	0	3072	151453
MAQI	101.9	3.75	81.7	117.7	138857
Female unemployment	12.6	6.48	0.03	53.57	15761

[9] Si vedano, tra gli altri, R. SCIARRONE, Mafie del Nord. Strategie criminali e contesti locali, Roma, Donzelli, 2014; G. DANIELE, B. GEYS, Organised Crime, Institutions and Political Quality: Empirical Evidence from Italian Municipalities, in Economic Journal, 2015;

2.3 Comuni nelle code della distribuzione.

Per analizzare i territori maggiormente vulnerabili si considerano i comuni collocati nella parte superiore della distribuzione dell'indice VULN2. La Tabella 3 confronta i comuni appartenenti al 20% superiore della distribuzione con il resto del campione.

Table 3: Statistiche descrittive: Top 20% VULN2

	mean	sd
Bottom 80%		
Mundissolution	0.0007	0.0273
Population	4644	9762
Sea distance	79.5	54.7
MAQI	102.0	3.67
Female unemployment	10.5	4.39
Top 20%		
Mundissolution	0.0041	0.0641
Population	19136	89777
Sea distance	30.2	39.6
MAQI	101.5	4.03
Female unemployment	20.7	6.99

La Tabella 4 riporta risultati analoghi considerando il 10% superiore della distribuzione.

Table 4: Statistiche descrittive: Top 10% VULN2

	mean	sd
Bottom 90%		
Mundissolution	0.0010	0.0317
Population	5439	15395
Sea distance	74.3	55.1
MAQI	102.0	3.71
Female unemployment	11.4	5.22
Top 10%		
Mundissolution	0.0052	0.0718
Population	26636	121615
Sea distance	27.8	40.4
MAQI	101.6	4.11

ISSN 2036-7821

Female unemployment	22.8	7.65

3. Strategia empirica.

L'obiettivo dell'analisi empirica è valutare se l'indice di vulnerabilità territoriale VULN2 consenta di individuare in anticipo i comuni maggiormente esposti al rischio di scioglimento per infiltrazione mafiosa. A tal fine stimiamo la relazione tra la vulnerabilità territoriale dei comuni e la probabilità che un'amministrazione comunale venga sciolta ai sensi dell'art. 143 del Testo unico degli enti locali.

L'analisi è condotta utilizzando il panel dei comuni italiani nel periodo 2005–2023. L'unità di osservazione è rappresentata dal comune i osservato nell'anno t. La variabile dipendente è un indicatore binario che assume valore pari a uno quando un comune viene sciolto per infiltrazione mafiosa e zero negli altri casi. Come discusso nelle sezioni precedenti, tali episodi rappresentano situazioni di grave compromissione delle istituzioni locali e costituiscono un indicatore osservabile di vulnerabilità amministrativa.

La variabile principale di interesse è l'indice VULN2, che misura la posizione relativa di ciascun comune nella distribuzione annuale della vulnerabilità territoriale. Oltre alla versione continua dell'indice, consideriamo anche specificazioni alternative basate su indicatori che identificano i comuni collocati nella parte superiore della distribuzione della vulnerabilità (in particolare il 20% e il 10% più elevato). Questo approccio consente di concentrare l'analisi sui contesti territoriali caratterizzati da condizioni strutturali particolarmente critiche, nei quali il rischio di compromissione delle istituzioni locali tende a concentrarsi.

Per stimare la relazione tra vulnerabilità territoriale e scioglimenti utilizziamo modelli statistici che tengono conto sia delle caratteristiche specifiche dei singoli comuni sia delle dinamiche temporali che interessano l'intero sistema delle autonomie locali. In particolare, l'inclusione di effetti fissi comunali consente di controllare per le caratteristiche strutturali dei territori che rimangono relativamente stabili nel tempo, mentre gli effetti fissi temporali permettono di considerare eventuali cambiamenti istituzionali o shock macroeconomici comuni a tutti i comuni italiani.

In una prima specificazione stimiamo modelli di probabilità lineare con effetti fissi comunali e temporali. Questa strategia consente di identificare la relazione tra vulnerabilità territoriale e rischio di scioglimento sfruttando la variazione nel tempo all'interno dei comuni.

Poiché gli scioglimenti dei consigli comunali rappresentano eventi relativamente rari, affianchiamo a queste stime anche modelli logit per eventi rari, particolarmente adatti all'analisi di fenomeni caratterizzati da bassa incidenza (KingZeng2001). In queste specificazioni includiamo controlli temporali e territoriali, adottando una formulazione più parsimoniosa rispetto ai modelli lineari con effetti fissi comunali, al

fine di evitare problemi di stima legati alla rarità dell'evento e alla presenza di un numero molto elevato di unità osservazionali. L'utilizzo congiunto delle due strategie consente quindi di verificare la robustezza dei risultati rispetto a specificazioni complementari. Le stime ottenute con i modelli di probabilità lineare sono riportate nella Tabella 5, mentre la Tabella 6 presenta i risultati dei modelli logit per eventi rari.

Table 5: Vulnerabilità e scioglimenti dei consigli comunali: modelli di probabilità lineare

	(1) LPM FE	(2) LPM FE	(3) LPM FE
VULN2	0.0005		
	(0.0004)		
Top 20% VULN2		0.0010	
		(0.0006)	
Top 10% VULN2			0.0023**
			(0.0010)
Osservazioni	152457	152457	152457

Nota: Modelli di probabilità lineare con effetti fissi comunali e annuali. Errori standard clusterizzati a livello provinciale tra parentesi. $^{**}p < 0.05$.

Table 6: Vulnerabilità e scioglimenti dei consigli comunali: modelli logit per eventi rari

	(1) RE *logit*	(2) RE *logit*	(3) RE *logit*
VULN2	1.432***		
	(0.191)		
Top 20% VULN2		2.166**	
		(0.669)	
Top 10% VULN2			2.406***
			(0.643)
Osservazioni	152461	152461	152461

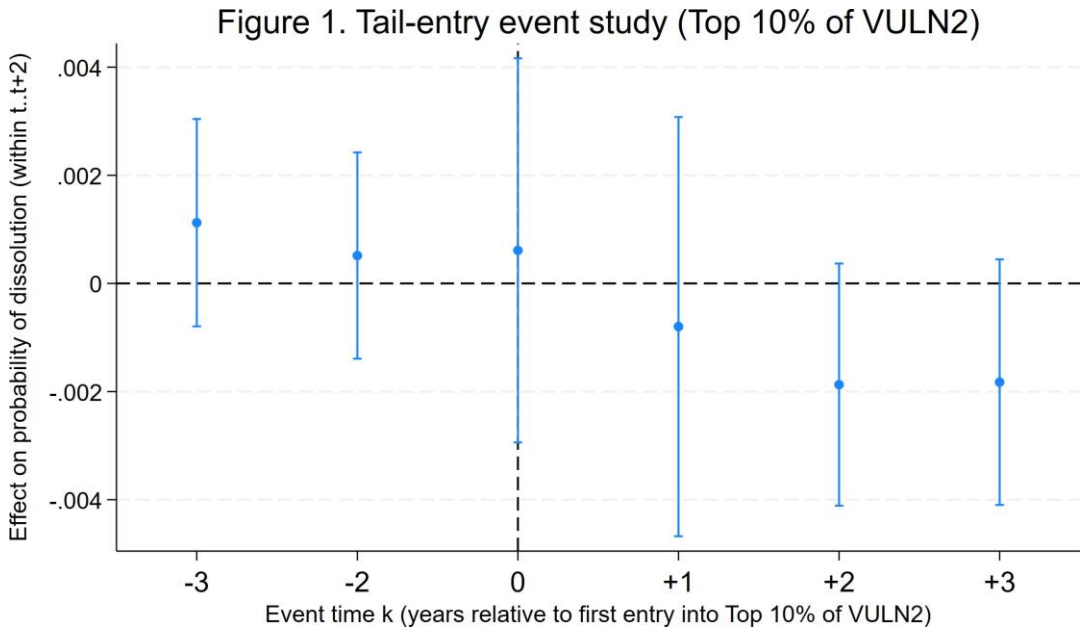
Nota: Odds ratios ottenuti da modelli logit per eventi rari con controlli temporali e territoriali. Errori standard clusterizzati a livello provinciale tra parentesi. ***p < 0.01, **p < 0.05.

Infine, per analizzare la dinamica temporale della vulnerabilità consideriamo il momento in cui un comune entra nella parte superiore della distribuzione dell'indice VULN2. Attraverso un'analisi di tipo event study esaminiamo se l'ingresso nella

ISSN 2036-7821

fascia di maggiore vulnerabilità sia associato a variazioni nel rischio di scioglimento negli anni successivi. I risultati di questa analisi sono illustrati nella Figura 1.

Figure 1: Dinamica temporale dell'ingresso nella fascia alta di vulnerabilità (Top 10% di VULN2)



4. Risultati.

Le Tabelle 5 e 6 riportano i risultati principali dell'analisi empirica. Nel complesso, le stime evidenziano una relazione sistematica tra il livello di vulnerabilità territoriale misurato dall'indice VULN2 e la probabilità di scioglimento dei consigli comunali per infiltrazione mafiosa.

In tutte le specificazioni considerate emerge che i comuni caratterizzati da livelli più elevati di vulnerabilità presentano una maggiore probabilità di essere interessati da provvedimenti di scioglimento. Questo risultato appare particolarmente evidente quando l'attenzione si concentra sui comuni collocati nella parte superiore della distribuzione dell'indice.

In particolare, i comuni appartenenti al 20% più elevato della distribuzione annuale di VULN2 mostrano una probabilità di scioglimento sensibilmente più alta rispetto agli altri comuni. Il divario diventa ancora più marcato quando si considerano i comuni appartenenti al 10% più vulnerabile. In questi casi il rischio relativo di scioglimento risulta significativamente più ele- vato rispetto al resto del campione.

Sebbene in termini assoluti le variazioni di probabilità risultino necessariamente contenute – dato il numero relativamente limitato di scioglimenti osservati nel periodo considerato – i risultati indicano chiaramente che il rischio di grave compromissione delle istituzioni locali non è distribuito in modo uniforme sul

territorio nazionale. Al contrario, esso tende a concentrarsi in specifici contesti territoriali caratterizzati dalla presenza simultanea di diversi fattori di fragilità amministrativa e socio-economica.[10]

I risultati ottenuti attraverso specificazioni alternative confermano questo quadro generale. Anche utilizzando modelli particolarmente adatti all'analisi di eventi rari emerge una relazione positiva e statisticamente significativa tra il livello di vulnerabilità territoriale e il rischio di scioglimento dei consigli comunali.

Nel complesso, queste evidenze suggeriscono che l'indice VULN2 è in grado di individuare in modo coerente i territori nei quali il rischio di infiltrazione della criminalità organizzata nelle istituzioni locali risulta relativamente più elevato.

Un elemento particolarmente rilevante riguarda la maggiore intensità degli effetti osservata per i comuni collocati nelle parti più alte della distribuzione dell'indice di vulnerabilità. Questo risultato indica che la vulnerabilità alla penetrazione mafiosa non si distribuisce in modo graduale tra tutti i comuni, ma tende a concentrarsi in una fascia relativamente ristretta di territori. In altre parole, l'indice VULN2 non si limita a ordinare i comuni lungo una semplice scala di rischio, ma consente di identificare un sottoinsieme di contesti territoriali nei quali la combinazione di condizioni economiche, amministrative e territoriali genera un'esposizione significativamente più elevata a fenomeni di compromissione istituzionale.

Questa evidenza è coerente con una parte della letteratura sulle mafie che sottolinea come le organizzazioni criminali tendano a radicarsi in contesti territoriali caratterizzati da particolari configurazioni istituzionali ed economiche, nelle quali le opportunità di interazione con il sistema politico-amministrativo risultano più favorevoli.[11]

È importante sottolineare che questi risultati non devono essere interpretati come relazioni causali dirette tra vulnerabilità territoriale e decisioni di scioglimento. Lo scioglimento dei consigli comunali è infatti il risultato di un processo istituzionale complesso che coinvolge attività investigative, valutazioni amministrative e decisioni da parte delle autorità competenti.[12]

I risultati indicano piuttosto che i comuni caratterizzati da livelli persistentemente elevati di vulnerabilità territoriale risultano, nel tempo, sistematicamente più esposti al verificarsi di gravi criticità istituzionali.

---

[10] Sul rapporto tra contesto territoriale, qualità delle istituzioni locali e presenza della criminalità organizzata si vedano G. DANIELE, B. GEYS, Organised Crime, Institutions and Political Quality: Empirical Evidence from Italian Municipalities, in Economic Journal, 2015, 125(586), pp. F233–F255; P. PINOTTI, The Economic Consequences of Organized Crime: Evidence from Southern Italy, in Economic Journal, 2015, 125(586), pp. F203–F232;

[11] Si veda in particolare R. SCIARRONE, Mafie del Nord. Strategie criminali e contesti locali, Roma, Donzelli, 2014; F. ALLUM, R. SCIARRONE, Italian Mafias Today: Territory, Business and Politics, Cheltenham, Edward Elgar, 2018;

[12] Sulle procedure di scioglimento dei consigli comunali e sul ruolo delle istituzioni nel contrasto alle infiltrazioni mafiose si veda A. VANNUCCI, Atlante della corruzione, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2012;

ISSN 2036-7821

La Figura 1 consente di approfondire la dimensione temporale della vulnerabilità territoriale analizzando il momento in cui un comune entra per la prima volta nella fascia più elevata della distribuzione dell'indice VULN2.
L'analisi mostra che nei periodi precedenti all'ingresso nella fascia di maggiore vulnerabilità non emergono variazioni significative nella probabilità di scioglimento dei consigli comunali. Questo risultato suggerisce che l'ingresso nella fascia alta della distribuzione non è il riflesso di cambiamenti improvvisi nel rischio di scioglimento.
Allo stesso tempo, l'ingresso nella fascia di maggiore vulnerabilità non è seguito da un immediato aumento della probabilità di scioglimento. Questa evidenza è coerente con il funzionamento dei procedimenti di scioglimento, che generalmente richiedono tempi lunghi e articolati di ac- certamento amministrativo e investigativo.
Nel complesso, l'evidenza dinamica suggerisce che la vulnerabilità territoriale catturata dall'indice VULN2 riflette condizioni strutturali persistenti piuttosto che shock temporanei di breve periodo. Questa evidenza suggerisce che indicatori sintetici di vulnerabilità territoriale come VULN2 possono contribuire a individuare in modo sistematico i contesti locali nei quali le condizioni strutturali dei territori risultano associate a una maggiore esposizione a fenomeni di compromissione istituzionale. In questa prospettiva, strumenti empirici di questo tipo possono rappresentare un utile supporto analitico per lo studio delle dinamiche territoriali che caratterizzano la diffusione della criminalità organizzata e le sue interazioni con le istituzioni locali.[13]

5. Conclusioni.

Questo lavoro ha proposto e discusso un indicatore composito di vulnerabilità dei comuni italiani alla penetrazione della criminalità organizzata, denominato VULN2. L'indice è stato costruito con l'obiettivo di individuare i contesti territoriali maggiormente esposti al rischio di compromissione delle istituzioni locali, utilizzando esclusivamente caratteristiche strutturali e istituzionali osservabili dei territori.
I risultati dell'analisi empirica mostrano in modo coerente che i comuni collocati nella parte più alta della distribuzione dell'indice di vulnerabilità presentano una probabilità significativamente più elevata di essere interessati da scioglimenti per infiltrazione mafiosa. In particolare, il rischio di scioglimento risulta concentrato in una quota relativamente limitata di territori caratterizzati dalla presenza simultanea di diversi fattori di fragilità amministrativa, economica e territoriale.
Queste evidenze suggeriscono che la vulnerabilità istituzionale non si distribuisce in modo uniforme tra i comuni italiani, ma tende a manifestarsi con maggiore intensità in specifici contesti locali. In questa prospettiva, l'indice VULN2 consente di

[13] Sul ruolo delle condizioni territoriali e istituzionali nei processi di radicamento delle organizzazioni mafiose si veda R. SCIARRONE (a cura di), Mafie vecchie, mafie nuove, Roma, Donzelli, 2009;

ISSN 2036-7821

individuare in modo sistematico i territori nei quali le condizioni strutturali possono rendere più agevole l'infiltrazione delle organizzazioni criminali nelle amministrazioni locali.[14]

Dal punto di vista delle politiche pubbliche, indicatori sintetici di vulnerabilità territoriale come VULN2 possono rappresentare uno strumento utile per rafforzare le attività di monitoraggio e prevenzione delle infiltrazioni criminali nelle istituzioni locali. In particolare, la disponibilità di una misura aggiornata periodicamente della vulnerabilità dei comuni può contribuire a supportare le attività di vigilanza svolte dalle prefetture e dalle amministrazioni centrali dello Stato, consentendo di individuare con maggiore tempestività i contesti territoriali che presentano condizioni di maggiore fragilità istituzionale.

Strumenti di questo tipo possono inoltre favorire una più efficace allocazione delle risorse destinate alle attività di controllo e di supporto amministrativo, orientando gli interventi verso i territori nei quali il rischio di compromissione delle istituzioni appare più elevato. In questo senso, l'utilizzo di indicatori territoriali di vulnerabilità può contribuire a rafforzare strategie di prevenzione amministrativa volte a ridurre le opportunità di infiltrazione della criminalità organizzata nei governi locali.[15]

È tuttavia opportuno riconoscere alcuni limiti dell'analisi. In primo luogo, gli scioglimenti dei consigli comunali rappresentano l'esito di processi istituzionali complessi e non necessaria- mente riflettono in modo completo l'effettiva diffusione dei fenomeni di penetrazione criminale nei contesti amministrativi locali. In secondo luogo, l'indice proposto si basa su caratteristiche strutturali osservabili dei territori e non può catturare pienamente tutte le dinamiche politiche e istituzionali che possono influenzare la vulnerabilità delle amministrazioni locali.

Nonostante tali limiti, i risultati suggeriscono che VULN2 costituisce uno strumento empirico utile per analizzare la vulnerabilità istituzionale dei territori e per individuare contesti locali nei quali il rischio di compromissione delle amministrazioni appare relativamente più elevato.

Nel complesso, il lavoro contribuisce al dibattito scientifico sul rapporto tra criminalità organizzata e istituzioni locali evidenziando come la vulnerabilità territoriale tenda a concentrarsi in specifici contesti amministrativi. Allo stesso tempo, propone un approccio empirico che può supportare le attività di monitoraggio e prevenzione delle infiltrazioni criminali nelle amministrazioni locali, offrendo uno strumento informativo potenzialmente utile per le politiche di contrasto e di rafforzamento della legalità a livello territoriale.

Il presente lavoro rappresenta inoltre un primo passo in un più ampio percorso di

[14] Sulla relazione tra contesto territoriale e radicamento delle organizzazioni mafiose si veda R. SCIARRONE, Mafie del Nord. Strategie criminali e contesti locali, Roma, Donzelli, 2014;

[15] Sul ruolo delle politiche di prevenzione istituzionale nel contrasto alla criminalità organizzata si veda A. VANNUCCI, Atlante della corruzione, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2012.

ISSN 2036-7821

ricerca volto ad approfondire l'analisi empirica dei fattori che influenzano la vulnerabilità istituzionale dei territori. Future ricerche potranno estendere l'analisi sia attraverso l'integrazione di ulteriori dimensioni istituzionali e socio-economiche, sia mediante l'utilizzo di approcci empirici alternativi volti a indagare in modo più approfondito i meccanismi che collegano le condizioni strutturali dei territori ai processi di infiltrazione criminale nelle istituzioni locali.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il nucleare sostenibile

di Francesco Rota

(Professore Associato di Diritto amministrativo presso l'Università della Calabria)

e Bianca Nicla Romano

(già Ricercatore a tempo determinato di tipo A presso l'Università "Parthenope" di Napoli)

Sommario

1. Premessa. - 2. L'evoluzione nella lettura del nucleare e il principio di neutralità tecnologica. - 3. Il ritorno del nucleare in Italia: radici normative e riforma prospettica verso un nuovo modello sostenibile. - 3.1. Le precedenti esperienze normative sul nucleare e il conflitto Stato-Regioni (2008 - 2011). - 3.2. Il nuovo disegno di legge sul nucleare sostenibile del 2025: obiettivi, principi e nuova *governance*. - 4. La *governance* del nucleare sostenibile: dall'ISIN alla nuova Autorità per la sicurezza nucleare. - 5. Ritorno al nucleare e impatto ambientale: rischi e opportunità.

Abstract

The history of nuclear power in Italy has now spanned a century and is inextricably linked to both the country's economic choices and prospects and its uncertain and, in some respects, controversial environmental implications. The earliest experience—like the recent one—is indelibly marked by catastrophic and dramatic events that have contributed to making the issue particularly sensitive to the population. For this reason, the 1987 referendums—which put an end to nuclear power in our country, leading to the closure of existing plants—have played a fundamental role in the history of our energy supply, as have the 2011 referendums, which, however, blocked the government's plan to revive nuclear energy.

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

1. Premessa.

La storia del nucleare in Italia ha ormai superato il secolo[1] ed è connessa in modo inscindibile sia alle scelte e alle prospettive economiche del Paese che alle incerte e, per alcuni aspetti, controverse implicazioni ambientali che esso comporta.

L'esperienza più risalente - come del resto quella recente - è segnata indelebilmente da eventi catastrofici e drammatici che hanno contribuito a rendere il tema particolarmente sentito dalla popolazione[2]. Per tale ragione un ruolo fondamentale per la storia del nostro approvvigionamento energetico lo hanno avuto i *referendum* del 1987[3] - che hanno interrotto l'esperienza del nucleare nel nostro Paese, portando

---

* Il presente contributo nasce dal lavoro congiunto dei due autori; tuttavia, i paragrafi 1 e 2 sono stati curati da Francesco Rota, mentre i paragrafi 2, 3, 3.1, 3.2 e 4 sono stati curati da Bianca Nicla Romano. Il contributo è destinato alla pubblicazione nel volume A. Giordano (a cura di), Diritto della transizione ecologica, Giuffrè, Milano, 2026,

[1] È agli anni '50 che risale l'attenzione al nucleare nel nostro Paese, quando, cioè, si è iniziato a costruire le prime centrali elettronucleari a Latina, a Garigliano e a Trino Vercellese; un decennio più tardi è stata emanata la prima legge che ha disciplinato in modo completo il settore, la l. n. 1860/62 (recante "Impiego pacifico dell'energia nucleare") la quale attribuiva al Comitato Nazionale per l'Energia Nucleare (CNEN) il ruolo di regolatore; la sicurezza degli impianti e la protezione dalle radiazioni vennero, invece, affidate al successivo d.p.r. 185/64 (abrogato dal d. lgs. 230/95). Cfr. L. AMMANNATI, M. DE FOCATIIS, *Un nuovo diritto per il nucleare. Una prima lettura del d. lgs. 31/2010,* su *giustamm.it,* giugno 2010, 1 ss.

[2] Il riferimento è al disastro di Černobyl' - incidente nucleare avvenuto il 26 aprile 1986 e ritenuto il più grave incidente della storia dell'energia nucleare - e a quello di Fukushima del 2011. Entrambi gli incidenti sono stati classificati al settimo livello della scala di catastroficità INES e sono al momento gli unici ad avere ottenuto questa classificazione. Segnatamente, la l. n. 1860 del 1962 definisce "incidente nucleare" «*qualsiasi fatto o successione di fatti aventi la stessa origine, che abbia causato danni, purché questo fatto o successione di fatti o qualsiasi danno da essi causato provengano o risultino dalle proprietà radioattive o dalla unione delle proprietà radioattive con proprietà tossiche o esplosive, o altre proprietà pericolose, di combustibili nucleari o di prodotti o di rifiuti radioattivi*». M. A. MAZZOLA, *L'inesauribile energia nucleare (italiana) in merito all'ordinanza del Commissario delegato per la sicurezza dei materiali nucleari, del 10 novembre 2003, n. 13,* in *Riv. giur. ambiente*, fasc. 3-4, 2004, 577 evidenzia che la chiusura delle centrali nucleari nel nostro Paese non ha, in modo paradossale, comportato la sua denuclearizzazione, a causa del perdurante problema dello smaltimento dei prodotti o dei rifiuti radioattivi. Sull'importanza del movimento ambientalista per l'abbandono del nucleare si riscontrano letture contrastanti: alcune tesi sostengono che esso fu influenzato dai gestori degli impianti e da banche e finanziatori che avevano acquisito consapevolezza dei rischi e dei costi del nucleare mentre, secondo queste letture, gli ambientalisti ebbero scarsa rilevanza. Vedi sul punto A. CRAIG, *Severance, Business Risks and Costs of New Nuclear Power* consultabile in http://climateprogress.org/2009/01/05/study-cost-risks-new-nuclear-power-plants/ e in www.energyeconomyonline.com/Nuclear_Costs.html; C. KOMANOFF, *10 Blows That Stopped Nuclear Power. Reflections on the U.S. Nuclear Industry's 25 Lean Years,* in www.komanoff.net/nuclear_power/10_blows.php e in Electricity Journal, gennaio/febbraio 1991, ritiene invece determinante il ruolo degli ambientalisti. Sull'impatto dell'incidente di Fukushima sulla legislazione italiana v. L. COLELLA, *L'evoluzione della legislazione italiana nel settore dell'energia elettronucleare nell'era della Green Economy: il futuro del «nucleare civile» dopo Fukushima*, in *Riv. giur. ambiente*, 2, 2013, 169 ss.

[3] Su tali *referendum* si è espressa la Corte costituzionale con la sentenza n. 25/1987; essi riguardavano le leggi nn. 856/1973 (Modifica all'art. 1, co. 7, l. 1643/1962 sulla istituzione dell'Ente nazionale per l'energia elettrica) e 8/1983 (Norme per l'erogazione di contributi a favore dei comuni e delle regioni sedi di centrali elettriche alimentate con combustibili diversi dagli idrocarburi). Ma la normativa che aveva condotto all'avvio dell'esperienza nucleare è da rinvenirsi nella già citata legge 1860/1962 (Impiego pacifico dell'energia nucleare) e nella l. 393/1975 (Norme sulla localizzazione delle centrali elettronucleari e sulla produzione e sull'impiego di energia elettrica). Cfr. D. CODUTI, *L'energia nucleare in Italia: Conflitto interistituzionale e sociale su una questione…Senza futuro?,* in *Studi in*

ISSN 2036-7821

alla chiusura delle centrali esistenti - senza, però, escludere definitivamente un possibile ritorno al nucleare[4], e quello del 2011 che, invece, ha bloccato il piano del governo di rilanciare l'energia nucleare[5].

Non può non essere sottolineato, peraltro, che l'Italia, a metà degli anni Sessanta del secolo scorso, era il terzo produttore al mondo di energia elettronucleare, dopo Stati Uniti e Gran Bretagna, laddove, invece, oggi, con una forse irrinunciabile incoerenza, importa da nazioni vicine quote importanti di energia, prodotta anche con impianti nucleari, nonostante la spinta degli ultimi anni, volta a favorire forme di produzione di energia da fonti rinnovabili, come l'eolico e il fotovoltaico.

Benché la Corte costituzionale abbia chiarito nel 2010 che il rispetto dei patti internazionali non obbliga gli stati a produrre energia da fonte nucleare ma obbliga solo, in caso di produzione di energia da fonte nucleare, all'implementazione e al rispetto di condizioni di sicurezza minime[6], il tema del nucleare si è progressivamente fatto strada nell'agenda politica europea e si è iniziato a guardare ad esso come a uno degli strumenti utili a raggiungere gli obiettivi climatici e a garantire il contenimento dei costi dell'energia e la sicurezza di approvvigionamento elettrico ed energetico, particolarmente rilevante in un momento, quale quello attuale, di crescente richiesta di energia dovuta, da un lato, all'evoluzione del contesto socio-economico e alla diffusione di tecnologie energivore che vanno sempre più affermandosi (prima fra tutte l'Intelligenza Artificiale) e, dall'altro, ad un contesto internazionale poco favorevole all'approvvigionamento energetico, in primo luogo per le criticità connesse al conflitto russo-ucraino[7].

---

onore di Claudio Rossano, volume terzo, Jovene Editore, 2013, 1443, che evidenzia che il nucleare in Italia è stato abbandonato a seguito di due risoluzioni della Camera, approvate una il 18-12-1987 (relativa ad una moratoria sulla costruzione di nuove centrali nucleari) e l'altra il 12-6-1990 (sulla chiusura delle centrali ancora in funzione).

[4] Sul punto all'epoca ci fu in dottrina un ampio e articolato dibattito. Si vedano ad es. I. SCOTTO, *Questione nucleare: una scelta da rimeditare?*, in *Il Consiglio di Stato*, 1990, 1311 ss.; A. PACE, F. ROVERSI MONACO, *Le conseguenze giuridiche dei tre* referendum *sul "nucleare"*, in *Giur. Cost.*, 1987, 3091 ss.; L. COEN, *La Corte ammette il referendum sul nucleare, ma non smentisce il precedente*, in *Le Regioni*, 1987, 687 ss. Si veda anche F. COSTANTINO, *La disciplina del nucleare nella prospettiva del consenso,* in *Foro amm. CDS*,12, 2010, 2941 ss., secondo cui *«vi è generale accordo su come a seguito dei referendum non sia stata decretata la definitività della messa al bando delle attività e degli investimenti nel settore nucleare, in quanto l'impedimento alla costruzione e all'esercizio di impianti nucleari a seguito dei referendum era stato posto sotto un profilo fattuale, non di principio»*.

[5] In realtà, già ad inizio anni Ottanta era stato promosso un primo *referendum* per abrogare alcune disposizioni della l. n. 393 del 1975, poi dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 31 del 1981 sulla base dell'inquadramento delle disposizioni che si intendevano abrogare come di esecuzione dei trattati internazionali e produttive di effetti strettamente collegati all'ambito di operatività dei trattati medesimi e, dunque, di responsabilità riservata alla valutazione politica del Parlamento e sottratta alla scelta referendaria. Cfr. sul punto G. F. FERRARI, *Stato di diritto, stato delle autonomie ed energie rinnovabili in Italia*, Editoriale scientifica, 2014, 380; G. GAJA, *Centrali nucleari: il referendum era davvero inammissibile?* in *Riv. Dir. Intern*. 1981, 511.

[6] Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 278 del 2010. Per una lettura della sentenza v. F. COSTANTINO, *Decommissioning in ottica comparata*, in *Foro amm. CDS*, 7-8, 2011, 2599 ss.

[7] Nel febbraio 2023, su questi presupposti, a Stoccolma, undici Paesi (Francia, Finlandia, Paesi Bassi, Polonia, Romania, Slovacchia, Bulgaria, Croazia, Slovenia, Repubblica Ceca e Ungheria) hanno siglato un accordo utile ad

In realtà deve essere sottolineato che esiste un margine di ambiguità che connota molti aspetti connessi all'impatto del nucleare sul clima perché, spesso, si fa riferimento a dati che non operano una valutazione onnicomprensiva dell'impatto provocato dall'uso dell'energia nucleare ma prendono in considerazione solo la produzione di elettricità da parte delle centrali senza considerare, invece, le emissioni di gas serra determinate dalla costruzione e dal mantenimento in esercizio dei reattori, dall'estrazione dell'uranio e dai processi che consentono di trasformarlo in combustibile per i reattori, oltre a quelle causate dal *decommissioning* degli impianti e dallo smaltimento delle scorie[8].

Il tema è, dunque, connotato da una enorme complessità, anche a causa delle ricadute sulla indipendenza energetica dell'Italia (oggi fortemente subordinata alle importazioni dall'estero per il suo fabbisogno) e, in definitiva, sulla competitività dell'intero sistema economico nazionale, che risente fortemente dei costi dell'energia.

La pericolosità del nucleare per la salute, oltre che per l'ambiente, chiama in causa immediatamente il principio di precauzione, di derivazione comunitaria, in ragione del quale le autorità competenti sono obbligate a adottare provvedimenti che consentano di prevenire alcuni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, in un bilanciamento di interessi che vede prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi su quelli economici[9]. Il principio, però, riesce ad essere limitatamente d'aiuto, posto che ne esistono due diverse accezioni che cambiano proprio per la diversa considerazione del rischio: secondo la prima lettura del principio «*l'amministrazione non potrebbe paralizzare alcuna attività fino a quando il danno non sia provato con certezza*»[10]; in base alla seconda lettura, invece,

---

implementare la cooperazione tra i settori nucleari nazionali. E. BRUTI LIBERATI, *Transizione energetica e politiche pubbliche*, in *Giorn. Dir.* Amm., 6, 2024, 746, evidenzia che «*le finalità di garantire la sicurezza energetica e quella di ridurre i prezzi continuano ad essere molto rilevanti all'interno delle politiche pubbliche in materia di energia*» e «*possiedono, sia pure in misura diversa rispetto a quella della sostenibilità climatica, una carica trasformativa assai significativa, come ben emerge dalle normative recentemente adottate dall'Unione europea e da quelle proposte negli studi e nei rapporti commissionati dalle istituzioni europee*».

[8] Per una considerazione dell'impatto del nucleare sull'ambiente in base ai criteri di valutazione adottati, v. S. NESPOR, *Mai dire mai: il nucleare è tornato*, in *Riv. giur. ambiente*, 1, 2011, 1 ss. Per il *decommisioning* si vedano L. COLELLA, *L'evoluzione della legislazione italiana nel settore dell'energia elettronucleare nell'era della Green Economy: il futuro del «nucleare civile» dopo Fukushima*, cit., 169 ss.; F. COSTANTINO, Decommissioning *in ottica comparata*, in *Foro amm. CDS*, 7-8, 2011, 2599 ss.

[9] A. LEPORE, *Principio di precauzione ed energia nucleare. Profili applicativi della tassonomia verde U.E.*, in *Il Foro napoletano,* fasc. 2, 2023, 339. In questo senso, sul principio di precauzione, Trib. I grado CE, 26 novembre 2002, in *Gior. dir. amm.*, 2003, 289, che ricorda anche come le politiche in materia ambientale dell'Unione europea siano orientate, oltre che dal principio di precauzione, da quelli di azione preventiva, di correzione alla fonte dei danni causati dall'inquinamento e del chi inquina paga, richiamati all'art. 191, comma 2, TFUE (ex art. 174 TCE) e che, ai sensi dell'art. 11 TFUE (ex art. 6 TCE), «*[l]e esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile*».

[10] Così, F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione,* in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 421.

di fronte al dubbio scientifico sulla pericolosità di una attività dovrebbe subentrare un divieto[11]. È evidente che la preferenza per la prima o per la seconda lettura del principio finisce con il condizionare fortemente l'impatto che questo ha nella possibilità di ricorrere al nucleare per soddisfare le esigenze connesse all'approvvigionamento dell'energia.

Del resto, in molti Paesi europei il ricorso al nucleare per l'approvvigionamento energetico è una realtà consolidata e, anche per questo, si è ipotizzata la creazione di un diritto del nucleare, connotato dalla presenza di alcuni princípi guida; si è cercato, sostanzialmente, di trovare un contemperamento tra la tutela dell'ambiente e le esigenze economiche, parlando di sviluppo sostenibile dell'energia in sicurezza e tentando di far coesistere sviluppo del nucleare e attenzione alla tutela della salute e dell'ambiente[12].

Nonostante l'Italia si sia dotata di una disciplina sulle sostanze radioattive già negli anni Venti del secolo scorso[13], intervenendo sulla ricerca e sull'utilizzo delle sostanze radioattive e normando poco dopo anche le implicazioni sanitarie originate da tale utilizzo[14], il suo rapporto con il nucleare è stato, però, mutevole nel tempo, in stretta connessione con la sua evoluzione socioeconomica: si sono, difatti, alternati momenti di spinta a momenti di stasi, passando per una politica energetica che ha attribuito un ruolo rilevante al nucleare in concomitanza con lo "*choc* petrolifero" del 1973, per poi arrivare ad abbandonarlo a seguito dell'incidente di Černobyl' del 1986 e del referendum del 1987[15].

L'incidente di Černobyl' ha, peraltro, messo in evidenza l'inadeguatezza della disciplina internazionale preesistente e ha rappresentato una importante spinta alla regolazione internazionale[16].

---

[11] Per una sistematica delle due accezioni del principio di precauzione, A. BARTOLINI, *Dilemmi amministrativi e innovazione tecnologica, ovvero la signoria della prudenza amministrativa,* in *Dir. Amm., fasc.* 3, 2025, 676 ss.

[12] L. COLELLA, *Il diritto dell'energia nucleare in Italia e in Francia Profili comparati della governance dei rifiuti radioattivi tra ambiente, democrazia e partecipazione*, Aprilia, 2017, 77; V. PEPE, *Energia nucleare, ambiente e democrazia: Italia e Francia a confronto,* in *federalismi.it*, 2, 2019, 4.

[13] L. 3 n. 1636 del 1922, n. 1636.

[14] Testo Unico delle leggi sanitarie n. 1265 del 1934.

[15] G. BERNARDINI, *Energia nucleare e stato attuale dei rifiuti radioattivi in Italia*, in Cammino Diritto, 2022, 2.

[16] A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente,* Laterza, 2008, 17, evidenziano che la disciplina internazionale dell'inquinamento atmosferico transfrontaliero, introdotta dalla convenzione di Ginevra del 1979, non comprendeva, alla luce dell'interpretazione dell'epoca, l'inquinamento radioattivo; poteva, in questi casi, entrare in gioco la convenzione di Vienna del 21 maggio del 1964, che riguardava proprio i danni causati dall'energia nucleare ma che non era stata sottoscritta dall'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche, di cui, all'epoca, faceva parte l'Ucraina, paese in cui si trovava Černobyl'. L'incidente darà l'abbrivio a importanti iniziative di adeguamento della disciplina internazionale: su impulso dell'Agenzia Internazionale per l'Energia Atomica verranno sottoscritte due convenzioni, una sulla tempestiva informazione di incidente nucleare e l'altra sull'assistenza nei casi di emergenza radiologica e di incidente nucleare. Per una disamina della disciplina internazionale meno recente rilevante per l'energia nucleare, v. F. COSTANTINO, *La disciplina del nucleare nella prospettiva del consenso,* cit., 2941 ss.

Successivamente, si è assistito ad un tentativo di ritorno al nucleare tra il 2008 ed il 2011, attraverso l'emanazione dell'art. 25 della legge 99/2009, contenente la delega al governo in materia nucleare[17], in attuazione del quale è stato, poi, emanato il d.lgs. 31/2010[18] che, però, anziché riuscire nel tentativo di rilancio del nucleare è stato, invece, come si vedrà di seguito, arrestato sia dalla Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità della normativa introdotta, sia dall'esito referendario proposto agli italiani nel mese di giugno 2011[19].

2. L'evoluzione nella lettura del nucleare e il principio di neutralità tecnologica.

La ragione delle divergenze presenti nell'approccio al nucleare è probabilmente connessa al fatto che quella nucleare è considerata un'energia pulita in quanto a zero emissioni[20], nonostante siano noti gli effetti dannosi delle radiazioni ionizzanti da essa prodotte, tanto per la salute umana quanto per l'ecosistema, e nonostante i problemi che derivano, nell'ordinaria amministrazione, dallo smaltimento delle scorie che residuano al termine del processo di produzione dell'energia, e in caso di eventi eccezionali come gli incidenti, dal perdurare nel tempo degli effetti derivanti dalla contaminazione dell'area interessata e da un impatto dannoso che può profilarsi potenzialmente enorme anche a grande distanza dal luogo dell'incidente[21].

Gli obiettivi europei di abbattimento delle emissioni incidono in modo significativo sulle scelte dell'Unione in materia di produzione energetica; in questo quadro, Paesi, come la Francia[22], che non hanno mai abbandonato il nucleare, hanno goduto di un vantaggio competitivo connesso al costo dell'energia e alla continuità

[17] Si tratta della legge del 23 luglio 2009, contenente "Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia".

[18] Contenente "Disciplina della localizzazione, della realizzazione e dell'esercizio nel territorio nazionale di impianti di produzione di energia elettrica nucleare, di impianti di fabbricazione del combustibile nucleare, dei sistemi di stoccaggio del combustibile irraggiato e dei rifiuti radioattivi, nonché misure compensative e campagne informative al pubblico".

[19] Sia consentito il richiamo a B. N. ROMANO, *La crisi energetica e la produzione di energia rinnovabile tra semplificazioni e decretazione d'urgenza,* in *amministrativ@mente,* 1/2024, 2041; G. PIZZANELLI, *Il tentativo di ritorno al nucleare in Italia*, in G. COCCO, Le fonti rinnovabili tra mito e realtà, in G. COCCO, (a cura di), *Profili giuridici ed economici delle fonti energetiche rinnovabili*, Editoriale Scientifica, 2013, 163 ss.

[20] L'energia nucleare, infatti, non produce gas serra ed emette le minori quantità di CO2; per tale motivo è «*considerata persino da nuove correnti ambientaliste l'unica fonte che può permettere in tempi brevi di evitare il* global warming», così G. LOMONACO, *Energia nucleare oggi e domani: visione globale,* in Atti della Accademia Ligure di Scienze e Lettere, vol. V, 2023, 288 ss.

[21] M. A. MAZZOLA, *L'inesauribile energia nucleare (italiana) in merito all'ordinanza del Commissario delegato per la sicurezza dei materiali nucleari, del 10 novembre 2003, n. 13,* cit., 577.

[22] La scelta di abbandonare drasticamente l'energia nucleare per affidarsi alle sole fonti rinnovabili non ha prodotto necessariamente i risultati che ci si sarebbe attesi: è il caso, ad esempio, della Germania, le cui emissioni di CO2 per unità di energia prodotta sono aumentate, dopo avere scelto di non servirsi più delle fonti nucleari e sono risultate addirittura superiori rispetto a quelle della Francia che, al contrario, si avvale di un sistema energetico imperniato prevalentemente sull'uso dell'energia nucleare. Cfr. G. LOMONACO, *Energia nucleare oggi e domani: visione globale,* cit., 291.

nell'approvvigionamento, anche in situazioni geopolitiche complesse[23], e hanno contribuito a far emergere, pure nella normativa europea, il potenziale ruolo sostanziale dell'energia nucleare nel raggiungimento degli obiettivi di mitigazione dei cambiamenti climatici.

Da qualche anno l'energia nucleare viene considerata «*l'energia che nei prossimi decenni può contribuire a risolvere il problema del fabbisogno di elettricità globale, garantendo lo sviluppo economico complessivo senza incrementare il cambiamento climatico in corso*»[24].

La Commissione vede, ormai, in esso un pilastro fondamentale per raggiungere l'obiettivo del 90% di produzione elettrica da fonti decarbonizzate entro il 2040, con la previsione di un aumento della capacità nucleare installata nell'UE da 98 GWe nel 2025 a circa 109 - GWe entro il 2050[25], tanto è vero che, nella presentazione al Parlamento europeo delle linee guida programmatiche della Commissione europea 2024-2029, Ursula von der Leyen ha affermato che il raggiungimento degli obiettivi del *Green Deal* europeo necessita di «*pragmatism, technology-neutrality and innovation*»[26].

In tale prospettiva va sottolineato che l'articolo 40 del Trattato Euratom prevede il PINC (*Programme Indicatif Nucléaire*), documento della Commissione europea dal quale si possono evincere le tendenze nello sviluppo nucleare e la portata degli investimenti necessari, in linea non solo con gli obiettivi di decarbonizzazione dell'UE, ma anche del piano REPowerEU[27] e del Patto per l'industria pulita[28].

---

[23] Il prezzo medio, all'ingrosso, dell'elettricità in Italia, a dicembre 2024 è stato di 135 euro al MWh, contro i 108 euro della Germania, i 32 dell'area scandinava, i 111 della Spagna e i 98 euro al MWh della Francia (fonte Gme). Negli ultimi anni i valori medi italiani si sono mantenuti superiori rispetto agli altri Paesi: i valori del 2024 fotografano l'Italia a 108 euro al MWh, la Germania a 78, l'area scandinava a 36, la Spagna a 63, la Francia a 58.

[24] Così, S. NESPOR, *Mai dire mai: il nucleare è tornato*, in *Riv. giur. Ambiente*, 1, 2011, 1 ss.

[25] *Programme Indicatif Nucléaire*, del 12 giugno 2025, che, in una nota, afferma espressamente la necessarietà, per decarbonizzare il sistema energetico dell'UE, di soluzioni energetiche a zero e a basse emissioni di carbonio.

[26] *Statement at the European Parliament Plenary by President Ursula von der Leyen, candidate for a second mandate* 2024-2029, Strasburgo, 18 Luglio 2024.

[27] Il Piano è stato comunicato l'8 marzo 2022 e presentato tramite la COM(2022) 230 final del 18.5.2022. Il suo titolo completo è "REPowerEU*: azione europea comune per un'energia più sicura, più sostenibile e a prezzi più accessibili*" e l'obiettivo cui tende è quello di rendere l'Europa indipendente dai combustibili fossili russi ben prima del 2030, segnatamente, «*al più tardi entro il 2027*». Esso si innesta sul pacchetto di proposte "Pronti per il 55 %" (*Fit for* 55) di cui integra gli interventi in materia di sicurezza dell'approvvigionamento energetico e stoccaggio di energia, attraverso una serie di azioni volte a risparmiare energia, diversificare l'approvvigionamento, sostituire rapidamente i combustibili fossili accelerando la transizione europea all'energia pulita, combinare investimenti e riforme in modo intelligente. Cfr. B. N. ROMANO, *La crisi energetica e la produzione di energia rinnovabile tra semplificazioni e decretazione d'urgenza*, cit., 2020 s.

[28] *Clean Industrial Deal.* Tale Piano è stato varato il 26 febbraio 2025 e contiene azioni finalizzate a trasformare la decarbonizzazione in un potente motore di crescita per le industrie europee, quali quella della riduzione dei prezzi dell'energia, della creazione di posti di lavoro di qualità e della messa in atto di condizioni che permettano alle imprese di prosperare. Inoltre, esso punta a ridurre i rifiuti e prolungare la vita dei materiali promuovendo il riciclaggio, il riutilizzo e la produzione sostenibile.

ISSN 2036-7821

In particolare, dall'ottavo PINC, pubblicato il 12 giugno 2025, emerge che i piani nucleari degli Stati membri richiederanno, entro il 2050, investimenti per circa 241 miliardi di euro. Le risorse indicate serviranno ad estendere la vita utile dei reattori esistenti e a costruire nuove centrali su larga scala. Investimenti saranno anche necessari, peraltro, con tempistiche più ampie, anche per lo sviluppo di altre tipologie di reattori, reattori modulari (SMR), reattori avanzati (AMR) e microreattori[29].

Considerata l'importanza strategica attribuita al nucleare, non stupisce che venga anche sottolineata l'importanza di mantenere la *leadership* industriale europea nel settore, con un ruolo di primo piano per la Francia nel rilancio del nucleare in Europa.

Il 16 giugno 2025 l'Italia ha aderito ufficialmente all'Alleanza UE sul nucleare, coalizione di Paesi membri dell'UE favorevoli al rilancio del nucleare, cui fino ad ora aveva preso parte in qualità di osservatore. Poiché l'obiettivo dell'Alleanza è ottenere maggiore supporto politico e finanziario da Bruxelles per lo sviluppo di reattori di nuova generazione e progetti legati all'energia a basse emissioni, il passo è coerente con una strategia nazionale che promuove una rivalutazione del ruolo dell'energia nucleare come fonte decarbonizzata, sicura, affidabile e programmabile.

Tale scelta è argomentata dalla necessità di perseguire una transizione energetica sostenibile, che garantisca sicurezza e resilienza del sistema energetico, favorendo imprese e famiglie, in un momento in cui il costo dell'energia sta incidendo negativamente sulla competitività del Paese, intervenendo anche sul sistema di competenze delle Pubbliche Amministrazioni, sui procedimenti amministrativi e, in generale, sulle modalità di esercizio dei pubblici poteri[30].

Dal punto di vista più strettamente giuridico, il riferimento corrente è al principio di neutralità tecnologica, che si sostanzierebbe nel «*divieto di favorire o imporre una determinata tecnologia, al fine di stimolare l'innovazione e la proliferazione di una varietà di soluzioni tecniche*», affinché la "concorrenza" delle diverse tecnologie sul mercato possa stimolare l'efficienza. Da questo approccio deriverebbe la non esclusione di alcuna tecnologia utile per il raggiungimento di un obiettivo[31].

---

[29] Nel febbraio 2024 la Commissione europea aveva inoltre varato l'Alleanza industriale europea sui piccoli reattori modulari per garantire il successo della realizzazione dei primi progetti di piccoli reattori modulari in Europa entro l'inizio del prossimo decennio, piattaforma, aperta a tutte le entità giuridiche pubbliche e private che soddisfino specifici criteri di ammissibilità.

[30] F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Decider(ci) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedimentali*, Napoli, 2022; F. FRACCHIA, *Transizioni. Il punto di vista del diritto amministrativo*, Napoli, 2024.

[31] Così, A. MARTINI, *La neutralità tecnologica: un nuovo principio del diritto dell'ambiente?*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 2, 2025, 497, che afferma la matrice europea del principio di neutralità tecnologica, riconducendola al diritto derivato e ricollegandola al «*principio di imparzialità, da intendersi nella fattispecie come equidistanza tra gli interessi imprenditoriali e di mercato sottesi all'utilizzo di una tecnologia piuttosto che un'altra*», e all'efficienza, rappresentata come «*raggiungimento dell'obiettivo prefissato attraverso il ricorso, ove possibile, a soluzioni già disponibili*».

Il principio in questione, la cui matrice andrebbe individuata nella disciplina delle comunicazioni elettroniche, pur avendo enorme rilievo nella materia, non sarebbe, però, un principio assoluto, poiché la sua applicazione viene subordinata ad alcune ipotesi previste dalla direttiva (UE) 2018/1972 e alla sua compatibilità con il conseguimento degli obiettivi generali; sarebbe, piuttosto, un principio settoriale, non immediatamente riconducibile al diritto dell'ambiente. Tuttavia, la normativa europea più recente sta introducendo il principio di neutralità tecnologica anche in discipline settoriali di attuazione delle politiche ambientali e di transizione verso la neutralità climatica[32]. Benché, anche la giurisprudenza riconosca tale principio nel campo delle telecomunicazioni e lo riconduca ad un principio generale di ordine europeo recepito nel catalogo dell'art. 1 della l. 241/90[33], è stato sottolineato, in dottrina, che la neutralità tecnologica, prima che un vero e proprio concetto giuridico, sarebbe «*una aspirazione socio-economica*»[34].

Da questo punto di vista non manca chi ha qualificato come «*discrezionali*», ma al contempo «*innaturali*», le «*equiparazioni fra le fonti energetiche, rispetto al loro impatto sul sistema ambientale nel suo complesso*», e come «*surreali*» le «*qualificazioni di cosiddetta "neutralità tecnologica" nel loro impiego*»[35].

In realtà, la progressiva diffusione di tale principio non dovrebbe poter incidere negativamente sulle politiche ambientali ma dovrebbe, piuttosto, rafforzarle: la neutralità tecnologica potrebbe, dunque, essere letta come principio-strumento per il raggiungimento degli obiettivi ambientali. Del resto, anche nel settore delle telecomunicazioni è stato individuato come limite alla sua applicazione il principio nell'interesse generale, in particolare la necessità di minimizzare il rischio per la salute dell'uomo[36].

Quanto detto contribuisce a spiegare perché le strategie europee e le dichiarazioni nazionali parlano, al contempo, di rafforzare i più elevati *standard* di sicurezza, protezione e gestione responsabile dei rifiuti radioattivi e di sforzi per lo sviluppo di infrastrutture per lo smaltimento di questi ultimi e del combustibile nucleare esaurito, unitamente a una disattivazione efficace e a un'efficienza in termini di costi.

In particolare, quello dei costi rappresenta un aspetto fondamentale di cui si deve tenere conto quando si ragiona sulle alternative concrete ai combustibili fossili per produrre energia, in quanto il costo reale di una tecnologia non può essere valutato senza considerare quanto questa sia effettivamente disponibile e quali oneri servano per limitarne gli effetti negativi.

---

[32] *Idem*, 499-500.

[33] Tar Lazio, Roma, I, 23 gennaio 2013, n. 794.

[34] Così, P. BONINI, *Neutralità tecnologica e partenariato pubblico privato*, in V. BONTEMPI (a cura di), *Lo stato digitale nel piano nazionale di ripresa e resilienza*, Roma, 2022, 61.

[35] Così, M. CARDUCCI, *Costituzionalismo ambientale e leggi della natura,* in *Federalismi.it*, 2025, 14.

[36] Così, A. MARTINI, *La neutralità tecnologica: un nuovo principio del diritto dell'ambiente?*, cit., 500.

In altri termini, scegliere di non tornare al nucleare puntando unicamente sulle fonti rinnovabili - considerate meno impattanti sull'ambiente - richiede la conoscenza e la comprensione dei loro limiti, riconducibili a costi elevati: esse, infatti, da un lato, presentano vincoli strutturali che impediscono di programmare una produzione energetica costante e adeguata al fabbisogno, poiché dipendono da condizioni atmosferiche variabili, come la presenza di sole o di vento; dall'altro, comportano costi significativi non solo per la realizzazione degli impianti necessari, ma anche per la gestione e lo smaltimento delle strutture giunte a fine vita.

Sotto questo profilo (paradossalmente e inaspettatamente), viene sostenuto che, a parità di energia prodotta, gli "scarti" dalla produzione di energia da fonti nucleari sono negli «*ordini di grandezza inferiori*» a quelli che, invece, derivano «*da altre fonti "tradizionali"*»[37].

Le rinnovabili presentano, peraltro, una serie di problemi e di criticità connesse alla sicurezza del sistema elettrico che comprende, oltre all'affidabilità degli approvvigionamenti, la capacità fisica e tecnica delle reti di trasporto e distribuzione di sostenere i flussi di energia necessari alla riconversione dei modelli di produzione e consumo e alla esistenza di sistemi di accumulo adeguati a garantire flessibilità nella disponibilità dell'energia e capaci di compensare la produzione incostante di energia che connota le fonti rinnovabili[38]. Se, da un lato, la transizione energetica ingloba ormai «*i tre distinti obiettivi della decarbonizzazione, della sicurezza e della riduzione dei prezzi dell'energia*»[39], dall'altro, la transizione ecologica richiede, oltre ad una profonda riorganizzazione del sistema produttivo, «*una ridefinizione dei poteri di intervento e degli strumenti di regolazione, capace di conciliare le esigenze di mercato con la tutela dell'ambiente, la sicurezza del sistema e l'interesse collettivo a un futuro sostenibile*»[40].

Tali aspetti costituiscono alcune delle ragioni che hanno spinto il nostro Paese a considerare la possibilità di ricorrere al nucleare, nella consapevolezza che, per produrre energia in maniera efficace, è necessario non solo avvalersi di nuove e

---

[37] G. LOMONACO, *Energia nucleare oggi e domani: visione globale,* cit., 302 s.

[38] F. VETRÒ, N. BRIGNOLI, *Le transizioni nel sistema elettrico. Prolegomeni ad una teoria delle transizioni,* in *Resp. Civ. e Prev.*, 4, 2025, 1126 ss. affermano che «*la rete elettrica (…) costituisce un'infrastruttura insostituibile, ma intrinsecamente limitata: essa ha vincoli fisici (di portata, di temperatura, di stabilità), territoriali e ambientali, che rappresentano oggi uno dei principali fattori di criticità nella realizzazione della transizione. (…) L'accumulo rappresenta, oggi, non solo una tecnologia abilitante della transizione, ma un vero e proprio presidio della sicurezza energetica, soprattutto in un sistema in cui la produzione è sempre più diffusa, variabile e decentralizzata*».

[39] Così, E. BRUTI LIBERATI, *Transizione energetica e politiche pubbliche*, cit., 6, 2024, 746

[40] Così, F. VETRÒ, N. BRIGNOLI, *Le transizioni nel sistema elettrico. Prolegomeni ad una teoria delle transizioni,* cit., 1126 ss. Per una disamina del ruolo dei poteri pubblici nella gestione responsabile delle risorse naturali, improntata a un approccio sistemico capace di contemperare esigenze ambientali, economiche e istituzionali, si veda F. DE LEONARDIS, *Lo Stato Ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato,* Torino, 2023. Per una ricognizione delle definizioni di transizione ecologica e delle norme che consentono di delinearne i contenuti vedi F. ALBIONE, *Nuovi equilibri giuridic tra ambiente e paesaggio sullo sfondo della transizione ecologica*, in *Riv. Giur. Ed.*, 4, 2023, 231 ss.

innovative realizzazioni, ma anche di disporre di specialisti in grado di "accompagnare" tale produzione, alternativa a quella tramite combustibili fossili e, probabilmente e per certi aspetti, più efficiente di quella tramite le fonti rinnovabili.

3. Il ritorno del nucleare in Italia: radici normative e riforma prospettica verso un nuovo modello sostenibile.

Il tema del ritorno al nucleare in Italia si inserisce, dunque, in un quadro energetico profondamente mutato, segnato da nuove esigenze di sicurezza degli approvvigionamenti, dagli obiettivi europei di decarbonizzazione e dall'emergere di tecnologie innovative in grado di ridefinire le prospettive dell'atomo.

Tuttavia, l'attuale apertura verso il nucleare sostenibile non può essere compresa senza considerare il precedente ciclo legislativo sviluppatosi, in particolare, tra il 2008 e il 2011 ed interrotto a seguito di un forte conflitto istituzionale tra Stato e Regioni e, infine, dal *referendum* del 2011[41].

L'analisi di quella stagione normativa - complessa, stratificata e segnata dalle pronunce della Corte costituzionale – costituisce, dunque, la premessa necessaria per valutare il progetto di riforma del 2025 che, in una netta cesura con il passato, vuole dar vita a un modello profondamente rinnovato, ispirato ai principi di neutralità tecnologica, sostenibilità ambientale e partecipazione democratica[42].

3.1. Le precedenti esperienze normative sul nucleare e il conflitto Stato-Regioni (2008–2011)

Come accennato, già nel 2009, attraverso un complesso percorso legislativo che era iniziato con il "Ddl Sviluppo" del 2008[43], il nostro Paese aveva introdotto la disciplina sul nucleare con la legge 23 luglio 2009, n. 99, contenente la "delega al governo in materia nucleare". Il CIPE era chiamato ad adottare e coordinare la Strategia nazionale per il nucleare, definendo indirizzi, criteri e priorità per la localizzazione, costruzione e gestione degli impianti. Si prevedeva, inoltre, l'istituzione della "Agenzia per la sicurezza nucleare" (ASN) che avrebbe dovuto regolare il settore e

[41] S. FAGA, *Popolo e Parlamento, referendum e legge: a chi l'ultima parola sul nucleare?* in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 1, 2012, 40 ss.; A. BATTAGLIA, *La fugace comparsa del nucleare in Italia: quel che resta delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, fasc. 8, 2011, 869 ss.

[42] A. STERPA, *Spunti di riflessione sui risultati dei referendum 2011*, in *federalismi.it*, 2011, 3.

[43] Il primo *step* è stato l'emanazione del d.l. 112 del 25.6.2008 (conv. con l. 133/2008) in cui si faceva riferimento ad una "strategia energetica nazionale" (preceduta dalla convocazione di una Conferenza nazionale dell'energia e dell'ambiente) che doveva includere tra i suoi obiettivi la realizzazione di impianti di produzione di energia nucleare. Ad esso ha fatto seguito il ddl 1441-*ter* dell'agosto 2008, recante "Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia" e contenente norme relative alla "ripresa" della produzione di energia elettronucleare.

ISSN 2036-7821

vigilare sugli impianti, acquisendo funzioni che, fino agli anni '90, erano state svolte dal CNEN/ENEA e dall'ISPESL[44].

In attuazione della delega è stato emanato, l'anno successivo, il d. lgs. n. 31 del 15 febbraio 2010, contenente la "Disciplina della localizzazione, della realizzazione e dell'esercizio nel territorio nazionale di impianti di produzione di energia elettrica nucleare, di impianti di fabbricazione del combustibile nucleare, dei sistemi di stoccaggio del combustibile irraggiato e dei rifiuti radioattivi, nonché misure compensative e campagne informative al pubblico, a norma dell'art. 25 della legge 23 luglio 2009, n. 99". Con il decreto n. 31 venivano individuate la potenza nucleare da installare, le tipologie di impianti ammessi (reattori di III e III+ generazione), le procedure autorizzative e le tempistiche[45]. In questo modo veniva introdotto quanto necessario per attuare la Strategia nucleare predisposta dal Governo e approvata dal CIPE.

Per quanto concerne le procedure previste, veniva introdotto un procedimento complesso, definito in modo puntuale e altamente vincolato. Venivano individuati i criteri di localizzazione e la procedura di scelta del sito; inoltre, si prevedeva una valutazione Ambientale Strategica (VAS) per la strategia generale, una Valutazione di Impatto Ambientale (VIA) per i singoli impianti ed un procedimento autorizzatorio unico (con competenza attribuita al Ministero dello sviluppo economico) che comprendeva l'approvazione del progetto preliminare, l'autorizzazione alla costruzione, l'autorizzazione all'esercizio, i controlli permanenti dell'Agenzia (tutto passando attraverso una conferenza di servizi speciale, con tempi ridotti e procedura concentrata).

Il decreto conteneva anche la disciplina relativa al Deposito Nazionale dei rifiuti radioattivi[46] e al Parco Tecnologico, centro di ricerca avanzata su sicurezza nucleare, radioprotezione e tecnologie di gestione dei rifiuti.

Il titolo IV del decreto era, infine, relativo all'informazione al pubblico, da realizzarsi attraverso campagne informative nazionali sul nucleare, consultazioni pubbliche nelle aree candidate, accesso alle informazioni su sicurezza e monitoraggi ambientali, al fine di allinearsi alle direttive Euratom sulla trasparenza e partecipazione dei cittadini, in un settore altamente sensibile che, in qualche modo, continua a restare «*"impopolare" a qualsiasi latitudine*»[47] e sul quale, proprio per tale motivo, è necessaria

[44] L'Agenzia non è mai divenuta operativa e le sue competenze sono state poi assorbite dall'ISIN (Ispettorato nazionale per la sicurezza nucleare e la radioprotezione), autorità indipendente di regolamentazione, competente in materia di sicurezza nucleare e di radioprotezione.

[45] Per una disamina sulla qualità della regolazione dell'epoca, v. F. COSTANTINO, *La disciplina del nucleare nella prospettiva del consenso,* cit., 2941 ss.

[46] Infrastruttura unica per rifiuti radioattivi a bassa e media attività, stoccaggio provvisorio dell'alta attività.

[47] L. AMMANNATI, M. DE FOCATIIS, *Un nuovo diritto per il nucleare. Una prima lettura del d. lgs. 31/2010,* cit., 10.

ISSN 2036-7821

una normativa certa e affidabile che non si rifletta negativamente né sui costi né sull'opinione pubblica.

L'approvazione del d. lgs. n. 31/2010 è stata causa di tensione nei rapporti tra Governo e Regioni che ha, pertanto, portato all'impugnazione della delega contenuta nell'art. 25 della legge 99/2009, innanzi alla Corte costituzionale, da parte di alcune Regioni che hanno lamentato il ruolo secondario riconosciuto alla Conferenza Unificata, chiamata a esprimere un parere non vincolante e senza una effettiva interlocuzione attiva in merito alla localizzazione degli impianti di produzione di energia elettro-nucleare[48].

Una tale impugnazione è stata conseguenza del fatto che, ai sensi dell'art. 117, co. 3, Cost. riformato nel 2001, la produzione, il trasporto e la distribuzione nazionale dell'energia rientrano nella potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni[49]; a queste ultime è, dunque, riconosciuto il compito di dettare la relativa disciplina di dettaglio, nel rispetto dei principî indicati dallo Stato[50], tant'è che, nel 2010, alcune Regioni (Puglia, Basilicata e Campania) avevano già approvato discipline proprie, in contrasto con le indicazioni del legislatore nazionale, precludendo sui loro territori, in mancanza di una intesa con lo Stato in merito alla loro localizzazione, sia l'installazione di impianti di produzione di energia elettrica nucleare e di fabbricazione e stoccaggio di combustibile nucleare, sia i depositi di materiali e rifiuti radioattivi, e ricostruendo, in tal modo, sul piano giuridico, il rapporto Stato-Regione in termini di cosiddetta "intesa forte" e, quindi, non surrogabile da interventi sostitutivi statali nel caso di mancato raggiungimento dell'accordo[51].

A tali contrasti tra Stato e Regioni sono seguite diverse pronunce della Corte costituzionale che hanno seguito una linea interpretativa volta a riaffermare la competenza statale sulle scelte strategiche in materia energetica e a garantire, al contempo, un adeguato coinvolgimento delle Regioni, delle quali è stato anche rafforzato il ruolo nei procedimenti autorizzativi, precisando i confini e le modalità

[48] Il ricorso è stato presentato, in particolare, da Calabria, Toscana, Piemonte, Emilia-Romagna, Liguria, Lazio, Marche, Umbria, Puglia, Basilicata e Molise.

[49] G. RAZZANO, *La materia concorrente della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia nella recente giurisprudenza costituzionale fra leale collaborazione e doveri di solidarietà, in federalismi.it*, 13, 2011, 5; M. CECCHETTI, *La Corte "in cattedra"! Una emblematica "sentenza-trattato" che si proietta ben oltre le contingenti vicende storiche della disciplina legislativa presa in esame,* in *Le Regioni*, fasc. 5, 2011, 1064; A. FILIPPINI, *La collaborazione "irrituale". Esercizio della delega legislativa, leale collaborazione ed intese Stato-Regioni in materia di energia nucleare*, in *Rivista AIC*, 3, 2011, 6.

[50] Lo spostamento di tale materia nella potestà concorrente ha suscitato molti dubbi in dottrina, in quanto, precedentemente alla riforma, l'energia rientrava, invece, nella potestà legislativa esclusiva dello Stato (non elencando, la disposizione costituzionale, tale materia) e, come evidenziato in dottrina, per garantire un adeguato sviluppo della rete nazionale di trasporto dell'energia, oppure politiche energetiche unitarie, sarebbe stato più opportuno mantenere la disciplina in capo al livello centrale di governo. Cfr. D. CODUTI, *L'energia nucleare in Italia: Conflitto interistituzionale e sociale su una questione…Senza futuro?*, cit., 1444.

[51] Su tali leggi la Consulta si è pronunciata con la sentenza n. 331 del 3 novembre 2010 che le ha dichiarate illegittime.

ISSN 2036-7821

di un equilibrio che, nelle materie tecnologicamente complesse e ad alto impatto territoriale, non può che fondarsi su un'applicazione rigorosa del principio di leale collaborazione[52].

In altri termini, la Consulta ha inteso garantire, con riguardo al possibile ritorno all'utilizzo dell'energia nucleare, che le autonomie territoriali siano coinvolte nell'assunzione di parte delle decisioni nazionali.

3.2. Il nuovo disegno di legge sul nucleare sostenibile del 2025: obiettivi, principi e nuova governance.

Il nucleare è tornato nuovamente al centro dell'attenzione quale possibile alternativa alla produzione di energia tramite combustibili fossili, sia per i limiti intrinseci delle rinnovabili che per esigenze connesse al prezzo dell'energia. A rendere più urgente la necessità di introdurre politiche energetiche maggiormente efficaci ha, infine, contribuito la crisi energetica conseguita al conflitto bellico russo-ucraino del 2022: quest'ultima, infatti, ha drammaticamente evidenziato la dipendenza del nostro Paese non solo dall'energia importata, ma anche da quella prodotta grazie ai combustibili fossili, dimostrando che non è ancora possibile sostituire l'attuale approvvigionamento energetico con energia prodotta da fonti rinnovabili, assolutamente insufficiente, anche a causa delle reti e dei sistemi di accumulo, nonostante le politiche europee spingano da tempo verso la transizione energetica ed ecologica in vista della totale decarbonizzazione entro il 2050[53].

Nell'ultimo anno la prospettiva della reintroduzione del nucleare sostenibile in Italia è diventata più concreta: come risposta alla crescente domanda di energia e per ridurre la dipendenza dalle importazioni, il 28 febbraio 2025 il Consiglio dei Ministri italiano ha approvato la proposta di disegno di legge delega sul nucleare sostenibile.

Il testo del disegno di legge e la sua relazione di accompagnamento mirano a trovare un punto di equilibrio che consenta, per quanto possibile, di conciliare sicurezza,

[52] Il riferimento è a Corte cost., sentt. nn. 287/2010, 331/2010 e 33 /2011. In realtà, come osservato da F. COSTANTINO, *La disciplina del nucleare nella prospettiva del consenso,* cit., 2941 ss., la Corte, con la sent. n. 339 del 2009, antecedente all'emanazione del decreto, ha ritenuto che per l'adozione della Strategia energetica ex d.l. n. 112/2008, parte della quale era rappresentata dalla Strategia nucleare, non fossero necessarie intese con la Conferenza Stato-Regioni, con la Conferenza Unificata o con le Regioni, perché nel potere di indicazione dei principi fondamentali della materia energia, che sussiste in capo al Governo, sarebbe rientrata anche la determinazione degli obiettivi strategici in campo energetico e, dunque, il Governo può stabilire di riaprire la sperimentazione sul versante della produzione energetica nucleare.

[53] Per un'analisi delle misure emergenziali introdotte a seguito del conflitto bellico russo-ucraino si rinvia a B. N. ROMANO, *La crisi energetica e la produzione di energia rinnovabile tra semplificazioni e decretazione d'urgenza,* cit., 2041. Sulle criticità delle reti e dei sistemi di accumulo v. F. VETRÒ, N. BRIGNOLI, *Le transizioni nel sistema elettrico. Prolegomeni ad una teoria delle transizioni,* cit., 1126 ss. Sulla transizione ecologica ex multis, da ultimo v. E. CHITI, *Pubblica amministrazione e transizione ecologica*, in *Gior. Dir. Amm*., 6, 2024, 736 ss. Sulla transizione energetica, *ex multis*, da ultimo v. E. BRUTI LIBERATI, *Transizione energetica e politiche pubbliche*, cit., 6, 2024, 745 ss.

indipendenza energetica e sostenibilità economica. Il testo mostra un approccio di rottura con le precedenti regolamentazioni nazionali di settore, abbastanza scontata, forse, dal punto di vista delle tecnologie utilizzate, ma, tuttavia, necessaria, anche in considerazione delle esperienze referendarie in materia e dei loro lasciti, pure sotto il profilo della regolazione[54].

La nuova disciplina interviene, peraltro, anche sulle possibilità di dismissione degli impianti e di riconversione dei siti, profili da tempo attenzionati anche da accordi internazionali e sui quali si sta gradualmente verificando un avvicinamento dei modelli utilizzati nei diversi Paesi[55].

Nella consapevolezza dell'importanza che esse rivestono ai fini del bilanciamento degli interessi, ma anche dell'impatto sulla popolazione, il nuovo quadro regolatorio presta grande attenzione alle migliori tecnologie disponibili[56]. Fra queste sembrano particolarmente rilevanti le tecnologie modulari, soprattutto i piccoli reattori modulari (SMR – *Small Modular Reactors*), che assicurano alcuni vantaggi, come tempi di costruzione ridotti e maggiore flessibilità nella produzione energetica[57], e i reattori

[54] La relazione di accompagnamento al disegno di legge afferma, infatti, l'intenzione di realizzare una «*completa rottura con le esperienze nucleari precedenti, in particolare con gli ex impianti nucleari installati in Italia (tutti di cosiddetta "prima" o "seconda generazione"), i quali appartengono a un passato tecnologico ormai superato*». Sui lasciti delle esperienze referendarie in tema di energia nucleare nel nostro ordinamento. Ex multis, v. A. PACE, F. ROVERSI MONACO, *Le conseguenze giuridiche dei tre referendum sul "nucleare"*, cit., 3091 ss.; F. COSTANTINO, *La disciplina del nucleare nella prospettiva del consenso,* cit., 2941 ss., A. BATTAGLIA, *La fugace comparsa del nucleare in Italia: quel che resta delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 869 ss.

[55] Si vedano ad es. la *Joint Convention on the Safety of Spent Fuel and Radioactive Waste management* del 1997 o la *Convention for nuclear Safety* e la direttiva Euratom 2021/100 che istituisce programmi di assistenza alla disattivazione in diversi paesi UE, per disattivare impianti nucleari e gestire rifiuti radioattivi in modo sicuro. Per la dismissione degli impianti si veda il non più recentissimo F. COSTANTINO, Decommissioning *in ottica comparata*, in *Foro amm. CDS*, 7-8, 2011, 2599 ss., che mette in evidenza «*come il diritto internazionale e il ricorrere di problematiche comuni ai diversi ordinamenti stiano conducendo in primo luogo ad un avvicinamento e ad un'omogeneizzazione delle discipline, delle tipologie di decommissioning, dei regolatori, dei procedimenti; in secondo luogo all'affermarsi della consultazione; in terzo luogo all'adozione di politiche e strumenti comuni sul finanziamento del* decommissioning».

[56] L'impiego delle migliori tecnologie disponibili, BAT -Best Available Techniques, introdotte con la direttiva 2010/75/UE, c.d. direttiva IED) - serve ad indicare la migliore tecnologia da individuare nelle autorizzazioni ambientali relative alle emissioni inquinanti. L'art. 5 del TUA definisce le BAT come «*la più efficiente e avanzata fase di sviluppo di attività e relativi metodi di esercizio indicanti l'idoneità pratica di determinate tecniche a costituire, in linea di massima, la base dei valori limite di emissione e delle altre condizioni di autorizzazione intesi ad evitare oppure, ove ciò si riveli impossibile, a ridurre in modo generale le emissioni e l'impatto sull'ambiente nel suo complesso*». A. BARTOLINI, *Dilemmi amministrativi e innovazione tecnologica, ovvero la signoria della prudenza amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 3, 2025, 676 ss., alla luce della disciplina delle BAT, ha ritenuto che la normativa ambientale risenta ancora «*molto della logica precauzionale, nella sua accezione più restrittiva, caratterizzata da rigidità, complicazioni ed ostacoli*».

[57] La medesima relazione di accompagnamento al disegno di legge sottolinea che «*le soluzioni attuali e in corso di sviluppo offrono livelli elevatissimi di sicurezza intrinseca e, nel caso, ad esempio, dei piccoli reattori modulari (SMR), anche tempi di costruzione ridotti e maggiore flessibilità nella produzione energetica*». Infatti, gli SMR sono reattori nucleari di piccola taglia, con potenze generalmente comprese tra 10 e 300 MW, dotati di una maggiore sicurezza intrinseca e che, grazie alla loro flessibilità, possono servire aree remote, zone industriali e distretti energetici. Essi sono progettati per essere modulari (cioè prodotti in fabbrica e non costruiti interamente in sito), scalabili (per cui se ne

modulari avanzati (AMR - *Advanced Modular Reactors*)[58], nel quadro della neutralità tecnologica e della transizione energetica europea.

Tali tecnologie dovrebbero consentire un nucleare sostenibile coniugato con innovazione, sicurezza e responsabilità non solo verso i cittadini e le imprese, ma anche verso l'ambiente. Del resto, il perseguimento degli obiettivi di sostenibilità ambientale, sociale ed economica nella produzione di energia da fonte nucleare viene indicato tra i criteri d'azione delineati nel disegno di legge. Pertanto, la nuova normativa dovrà essere costituzionalmente compatibile - rispondendo, in particolare, a quanto richiesto dall'art. 9 Cost. sulla tutela dell'ambiente - e i provvedimenti attuativi della delega dovranno soddisfare le esigenze di tutela della salute dei lavoratori, della popolazione e dell'ambiente, anche nell'interesse delle future generazioni, oltre che del quadro di riparto delle competenze fra Stato e Regioni per come delineato dalla giurisprudenza costituzionale, cui già si è avuto modo di fare riferimento[59].

Deve, peraltro, essere rilevato che le politiche europee di trasformazione dei sistemi energetici degli Stati membri hanno subito un'evoluzione nel corso del tempo: il loro asse si è spostato - anche in virtù delle esigenze di sostenibilità ambientale e climatica – progressivamente e sempre più dall'attenzione per dinamiche concorrenziali, utili a migliorare le condizioni di acquisto dell'energia, a quella per il cambiamento nei modi di produzione, vendita, trasporto e distribuzione dell'energia[60].

Tra i principi e i criteri direttivi che guideranno l'applicazione delle nuove norme sicuramente spiccano quelli della sostenibilità ambientale, sociale ed economica, della sicurezza, della competitività e della partecipazione.

L'oggetto della delega è ampio, in quanto viene previsto un programma nazionale e tramite futuri decreti legislativi saranno individuate le regole per il suo sviluppo. Nel programma nazionale per l'energia nucleare, finalizzato all'inserimento del nucleare sostenibile nel *mix* energetico italiano, «*coerentemente con le finalità di perseguimento della strategia di decarbonizzazione e sicurezza degli approvvigionamenti, l'indipendenza energetica, onde raggiungere gli obiettivi di neutralità carbonica al 2050 e aumentare la competitività nazionale*»[61], verranno definiti gli obiettivi, le modalità di realizzazione e i

possono installare più unità secondo la domanda), più semplici da gestire rispetto alle centrali tradizionali da 1.000 MW e, soprattutto, più economici da realizzare grazie alla produzione seriale.

[58] Gli AMR, invece, sono reattori di nuova generazione che superano il concetto stesso di SMR, introducendo tecnologie avanzate basate su refrigeranti non convenzionali (sali fusi, piombo, sodio, gas ad alta temperatura), alte temperature di esercizio (fino a 750-900°C), una maggiore efficienza e la capacità di utilizzare combustibile avanzato, compreso il riciclo di scorie: difatti, uno dei vantaggi che arrecano è proprio quello di ridurre drasticamente le scorie.

[59] Per una lettura critica della riforma costituzionale, G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quad. cost.*, 2021, 2, 460.

[60] In questo senso E. BRUTI LIBERATI, *Transizione energetica e politiche pubbliche*, cit., 745 e 746.

[61] Art. 3, comma 1, lett. *a)*.

ISSN 2036-7821

tempi per l'introduzione di nuove centrali nucleari. Il programma è teso allo sviluppo della produzione di energia da fonte nucleare sostenibile e capace di concorrere alla strategia nazionale per il raggiungimento degli obiettivi di neutralità carbonica al 2050, anche se, con l'ambizione del progetto complessivo, stona la presenza della clausola di invarianza finanziaria.

I decreti legislativi che daranno attuazione alle nuove norme sul nucleare dovranno essere adottati entro 12 mesi dall'entrata in vigore della legge[62], sebbene, come ormai spesso avviene, la norma preveda la possibilità di prorogare i tempi e apportare modifiche ai decreti nei due anni successivi alla loro entrata in vigore.

È, inoltre, previsto un sistema di garanzie in relazione all'intero ciclo di vita degli impianti e, dunque, dalle fasi iniziali di ricerca e sviluppo, alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, fino alla gestione dei rifiuti radioattivi e allo smantellamento delle centrali, prestando, altresì, attenzione alla formazione del personale specializzato, ai possibili incentivi alle aziende che decideranno di investire nel settore, alla sicurezza e alla vigilanza, con la previsione dell'istituzione di un'autorità indipendente per garantire la massima sicurezza degli impianti e la protezione dell'ambiente[63].

Ovviamente tutte le nuove norme sul nucleare dovranno essere integrate con le altre regole che governano il mercato dell'energia elettrica[64].

La norma prevede che siano definiti i criteri e i procedimenti di localizzazione degli impianti e delle infrastrutture del ciclo del combustibile, i quali dovranno rispettare la normativa tecnica nazionale e internazionale e tener conto delle regole già vigenti in materia di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio degli impianti energetici.

Il titolo abilitativo rilasciato dal Ministero dell'ambiente al termine del procedimento unico sostituirà ogni altro atto amministrativo necessario, fatta eccezione per le valutazioni ambientali, potendo, altresì, costituire variante agli strumenti urbanistici e comprendere la dichiarazione di pubblica utilità, urgenza e indifferibilità degli interventi, nonché l'eventuale apposizione del vincolo espropriativo. Una disciplina specifica riguarderà, poi, il riconoscimento dei titoli autorizzativi rilasciati da Stati membri dell'Agenzia per l'energia nucleare o da Paesi con cui l'Italia abbia accordi bilaterali nel settore.

---

[62] La responsabilità dell'adozione dei suddetti decreti spetta principalmente al Ministro dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, in coordinamento con altri ministeri coinvolti; prima dell'adozione definitiva, i decreti dovranno passare al vaglio della Conferenza unificata, del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari competenti.

[63] Art. 2, comma 1, lett. *o)*.

[64] Per uno sguardo complessivo sulla transizione energetica v. E. BRUTI LIBERATI, *Transizione energetica e politiche pubbliche*, cit., 745 ss.

ISSN 2036-7821

Tali previsioni possono assumere un ruolo decisivo nell'ottica della semplificazione amministrativa, perché ne può derivare la realizzazione degli impianti in tempi accettabili, oltre che la possibilità di autorizzare l'installazione di un reattore che sia già stato autorizzato in un altro Paese, senza la necessità del previo parere sulla sua adeguatezza.

Si consideri che, da questo punto di vista, il contenzioso costituzionale tra Stato e Regioni ha generato sia un ritardo nei tempi di svolgimento dei procedimenti autorizzativi e di valutazione ambientale dei progetti, sia decisioni finali a volte immotivatamente contrarie alla realizzazione dei nuovi impianti, per cui bisognerà capire se e come la nuova disciplina si muoverà tra i paletti fissati dalla Corte costituzionale per costruire un quadro efficiente, oltre che efficace[65].

Le attività di sperimentazione, costruzione ed esercizio saranno sottoposte a procedimenti autorizzativi integrati, di competenza del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica, nel rispetto del principio di leale collaborazione e delle attribuzioni dell'Autorità indipendente per la sicurezza nucleare, che dovrà essere istituita e dotata della massima autonomia.

Attenzione è riservata, poi, alla tutela del paesaggio e del patrimonio culturale, in quanto si prevede che dovranno essere regolate le condizioni e le modalità - anche mediante forme di sostegno economico - per consentire che ne sia assicurata la piena tutela; adeguati strumenti finanziari devono, inoltre, essere previsti per garantire la copertura dell'intero ciclo di vita degli impianti, fino al loro smantellamento, così come deve essere disciplinato lo stoccaggio temporaneo e lo smaltimento del combustibile esaurito e dei rifiuti radioattivi in conformità alle direttive Euratom.

Saranno gli operatori a dovere provvedere, a loro spese, alla vigilanza sulla sicurezza e sulla radioprotezione con massima trasparenza e in tempi compatibili con la programmazione delle attività; ad essi spetterà anche la costituzione di fondi per la disattivazione degli impianti e la gestione dei rifiuti.

La norma prevede, inoltre, che devono essere individuati con chiarezza i casi in cui debba intervenire l'intesa con le Regioni o con la Conferenza unificata e che debbano essere definite le modalità di esercizio del potere sostitutivo statale, nel rispetto dell'art. 120 Cost.

---

[65] Così, E. BRUTI LIBERATI, *Transizione energetica e politiche pubbliche*, cit., 6, 2024, 746, che sottolinea come «*il legislatore europeo, evidentemente alla luce dei risultati non positivi conseguiti da diversi Stati membri, ha cercato di modificare almeno in parte il modello di intervento. In particolare, con la Dir. UE 2023/2413, nel dettare una disciplina procedurale assai più dettagliata, si è da un lato imposto agli Stati membri di operare una puntuale pianificazione territoriale volta ad individuare le aree idonee all'installazione degli impianti FER e delle infrastrutture rese necessarie dagli stessi; dall'altro, si è prescritto agli Stati di considerare "di interesse pubblico prevalente" la pianificazione, la costruzione e l'esercizio degli impianti in questione nonché la realizzazione degli interventi di sviluppo della rete e degli impianti di stoccaggio elettrico*».

ISSN 2036-7821

Data la delicatezza del tema del ritorno al nucleare, particolare rilievo assumono, ad avviso di chi scrive, in particolare le lett. *z)* e *aa)* dell'art. 3 in questione, in quanto prevedono la necessità di strumenti informativi e partecipativi, attraverso campagne di comunicazione nazionale sulla sicurezza e sostenibilità del nucleare, nonché forme di consultazione delle popolazioni direttamente interessate e un sistema di sanzioni per le violazioni delle norme imperative[66]. In altri termini, oltre a garantire un ridotto impatto ambientale, la nuova tecnologia dovrà contribuire a rendere il sistema energetico italiano più competitivo, senza trascurare il coinvolgimento delle comunità locali nelle decisioni riguardanti la localizzazione degli impianti.

La campagna nazionale di informazione rivolta alla popolazione prevista dalla lett. *z)* sembra rispondere a due esigenze fondamentali: quella di ridurre l'asimmetria informativa che tradizionalmente caratterizza il settore nucleare, storicamente percepito come opaco o tecnicamente impenetrabile dai cittadini; e favorire l'accettabilità sociale delle scelte energetiche, passaggio indispensabile in un Paese come l'Italia, in cui il tema è stato storicamente segnato da una forte sensibilità pubblica, come attestato dai pregressi *referendum* abrogativi di cui si è detto. La norma recepisce, dunque, il principio europeo della trasparenza in materia di rischi tecnologici e ambientali, oltre che l'obbligo di assicurare una comunicazione chiara, accessibile e basata su evidenze scientifiche[67].

Con la disposizione di cui alla lett. *aa)* relativa alla informazione capillare e alla consultazione delle comunità locali, invece, sembra introdursi un ulteriore livello di garanzia, perché non ci si limita ad un'informazione generale destinata alla popolazione, ma si richiede che essa sia realizzata attraverso "forme capillari di comunicazione", rivolte alle comunità direttamente interessate dalla localizzazione degli impianti e delle infrastrutture nucleari, in modo che queste possano essere messe in condizione di conoscere realmente di che tipologia di impianto si tratti e se e quali rischi esso comporti, evitando, così, che vengano assunti atteggiamenti pregiudizialmente oppositivi e semplicemente ispirati, magari, dalla sindrome N.I.M.B.Y. (*not in my back yard*).

Si afferma, inoltre, l'obbligo di consultazione delle popolazioni locali, che assume un valore particolare non solo perché dà attuazione al principio di leale collaborazione nel rapporto Stato - Regioni, estendendone gli effetti ai soggetti sociali presenti sul territorio, ma anche perché richiama la logica della partecipazione procedimentale

[66] In realtà all'informazione veniva dato grande rilievo anche nella disciplina introdotta con il d. lgs. 31/2012, come ben evidenziato da L. AMMANNATI, M. DE FOCATIIS, *Un nuovo diritto per il nucleare. Una prima lettura del d. lgs. 31/2010,* cit., 10.

[67] Sull'efficacia delle misure di trasparenza amministrativa in materia ambientale si veda M. LIPARI, *L'accesso alle informazioni ambientali e la nuova trasparenza amministrativa*, in *federalismi.it*, 2023, 334 ss. Per le criticità connesse alla partecipazione in materia ambientale, si veda M. MORISI, *"Ambiente e partecipazione". Un eccentrico elenco di questioni aperte*, in, *Federalismi.it*, 2023, 364 ss.

sancita dal diritto ambientale europeo (in particolare dalla Convenzione di Aarhus), secondo cui le comunità devono essere messe in condizione di conoscere e di potere esprimere osservazioni contribuendo, almeno in parte, alla definizione delle scelte[68].

Attraverso tali due norme potrebbe essere costruito un modello di *governance* del nucleare che supera gli approcci tecnocratici del passato, aprendo ad una più concreta dimensione della partecipazione informata, creando maggiore fiducia istituzionale - elemento fondamentale per l'accettazione sociale degli impianti - e rendendo il procedimento decisionale più trasparente, inclusivo e conforme ai principi costituzionali di tutela dell'ambiente (art. 9 Cost.) e di partecipazione dei cittadini alla vita collettiva. Una *governance* che, nelle intenzioni del legislatore, persegue l'obiettivo di «*una produzione di energia in grado di rendere le generazioni future realmente indipendenti dal punto di vista energetico*».

Non deve, inoltre, essere dimenticato che le comunità locali avanzano istanze di partecipazione sempre più ampie e che, in alcuni casi, come ad esempio nelle procedure *decommissioning*, sono le stesse convenzioni internazionali a prevedere procedimenti aperti al pubblico, consultazioni e pubbliche audizioni[69].

Nella Relazione illustrativa al disegno di legge in questione viene sostenuto che la tecnologia nucleare tutela fortemente l'ambiente e che tale affermazione «*è avvalorata dall'inserimento dell'energia nucleare tra le attività sostenibili previste dal regolamento Tassonomia dell'UE, specificamente intitolato alle attività "ecosostenibili"*»[70], ma anche nella relazione finale del gruppo di esperti tecnici sulla finanza sostenibile del marzo 2020 si afferma che «*l'energia nucleare genera emissioni di gas serra prossime allo zero nella fase di produzione e che vi sono numerosi elementi che dimostrano chiaramente il potenziale contributo sostanziale dell'energia nucleare agli obiettivi di mitigazione dei cambiamenti climatici*».

---

[68] Per un'analisi dei profili di effettività e ineffettività degli strumenti partecipativi introdotti dalla Convenzione di Aarhus v. E. SCOTTI, *Partecipazione e ambiente: la convenzione di Aarhus*, www.apertacontrada.it, 2010.

[69] Si veda, ad esempio, l'*International Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management and the Espoo Convention*, che si applica, tra l'altro, anche nei confronti di Stati vicini. Anche la NEA prevede pubblicazioni informative. V. ad es. S. GADBOIS, G. HERIARD DUBREUIL, L. VAILLANT, T. SCHNEIDER, J. PATERSON, M. DAWSON, J. BORG BARTHET, A. PRADES, M. LOPEZ, R. SALA, Situation concerning public information about and involvement in the decision-making processes in the nuclear sector, Final report, May 2007. F. COSTANTINO, Decommissioning *in ottica comparata*, cit., 2599 ss., sottolinea che «*Il pubblico (per la cui definizione il riferimento è alla Convenzione di Aarhus del 1998), in quanto interessato ai rischi alla salute e alla sicurezza, dovrebbe ricevere informazioni e partecipare prima dell'attività di decommissioning; ciò avviene in alcuni Stati, ove gli operatori per mezzo di comitati di politici locali e leader civici organizzano pubbliche discussioni, alle quali dovrebbero partecipare anche rappresentanti dei regolatori, in un ruolo da esperti e non solo di supervisori. La partecipazione riguarda anche gli aspetti finanziari, in particolare la stima e la metodologia dei costi, le strategie degli investimenti e i dettagli delle somme impiegate. Il procedimento prevede che quando un impianto cessi la propria attività normalmente venga inviata una notificazione al regolatore e venga effettuato un pubblico annuncio*».

[70] Reg. (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020, e Reg. delegato (UE) 2022/1214 della Commissione europea, del 9 marzo 2022.

ISSN 2036-7821

Nella medesima Relazione il tema del nucleare sostenibile viene ritenuto "giuridicamente legittimo", anche in considerazione della giurisprudenza costituzionale: in sostanza, i precedenti referendari non possono costituire un ostacolo normativo all'intervento del legislatore. Essi potrebbero rilevare solo se, nel corso del tempo, non si fosse «*determinato, successivamente all'abrogazione, alcun mutamento né del quadro politico, né delle circostanze di fatto*»[71].

L'aspirazione del legislatore è, dunque, quella di introdurre un quadro normativo chiaro e organico per la produzione di energia da fonte nucleare sostenibile, che consenta di attrarre investimenti privati e pubblici, nel rispetto delle esigenze di sicurezza; di promuovere la competitività e l'efficienza del Paese; di prevedere misure di promozione e valorizzazione dei territori interessati; di prevedere modalità di formazione di tecnici, ricercatori, ingegneri e di altre figure professionali per lo sviluppo delle competenze necessarie e di ricollocare il nucleare in un sistema democratico di decisione pubblica, dove la sostenibilità non è solo un vincolo tecnologico ed economico, ma anche un requisito di legittimazione sociale e istituzionale.

In questo contesto, l'applicazione del principio della neutralità tecnologica deve servire a far sì che le politiche energetiche e ambientali non favoriscano a priori una o più tecnologie specifiche, ma che, piuttosto, consentano di «*stabilire obiettivi chiari (a partire dalla riduzione delle emissioni di gas climalteranti), lasciando al mercato e agli operatori la scelta delle opzioni tecnologiche più efficaci e competitive*».

Il Governo avrà dodici mesi dall'entrata in vigore della legge delega, con la possibilità di adozione di decreti integrativi e correttivi anche successivamente, definendo, così, un quadro organico per la nuova tecnologia nucleare, inclusi i piccoli reattori modulari per adottare la disciplina per la produzione di energia da fonte nucleare sostenibile sul territorio nazionale.

Secondo l'impostazione connessa all'*iter* prescelto saranno, dunque, specifici decreti legislativi a disciplinare la costruzione degli impianti e la messa in opera delle future centrali a fusione, anche ai fini della produzione di idrogeno; la loro messa in funzione o chiusura, nonché la disattivazione e lo smantellamento degli impianti esistenti, la gestione dei rifiuti radioattivi e del combustibile nucleare esaurito; infine, a disciplinare la ricerca, lo sviluppo e l'utilizzo dell'energia da fusione nucleare nonché la riorganizzazione delle competenze e delle funzioni in materia.

Le Regioni e le Province autonome hanno espresso parere favorevole a maggioranza, condizionato all'intesa sui decreti legislativi attuativi, e i Comuni saranno coinvolti nelle consultazioni qualora si proceda all'individuazione *ex ante* di aree aventi le

[71] Così, Corte cost., sent. 199/2012.

caratteristiche per ospitare gli impianti, con la valutazione di adeguate misure di compensazione per i territori interessati.

In definitiva, attraverso l'elaborazione di un Programma nazionale per il nucleare sostenibile, "*finalizzato allo sviluppo della produzione di energia da fonte nucleare che concorra alla strategia nazionale per il raggiungimento degli obiettivi di neutralità carbonica al* 2050» e che definirà gli obiettivi per l'inserimento del nucleare sostenibile nel *mix* energetico italiano, si prevede di riuscire a garantire al Paese non solo la sicurezza e l'indipendenza energetica, ma anche la prevenzione dei rischi di interruzione della fornitura di energia e il contenimento dei costi per i clienti finali domestici e non domestici.

4. La governance del nucleare sostenibile: dall'ISIN alla nuova Autorità per la sicurezza nucleare

Il ritorno del nucleare nel dibattito energetico nazionale impone una riflessione sulla struttura della *governance*, ossia sull'insieme delle autorità, dei poteri e dei procedimenti chiamati a garantire che ogni fase del ciclo nucleare si svolga nel rispetto dei più elevati *standard* di sicurezza, trasparenza e sostenibilità.

Attualmente è l'ISIN (Ispettorato nazionale per la sicurezza nucleare e la radioprotezione) l'autorità di riferimento, istituita nel 2014 in attuazione delle direttive Euratom, con la funzione di assicurare un controllo indipendente sugli impianti e sulle attività che comportano rischi radiologici. Esso ha assorbito le competenze che erano state previste dalla L. 99/2009 per l'Agenzia per la sicurezza nucleare che non è mai divenuta operativa e, quale autorità terza rispetto sia ai soggetti operativi sia ai ministeri competenti, esercita poteri di vigilanza, ispezione e autorizzazione, rappresentando l'Italia nei rapporti con gli organismi internazionali preposti alla sicurezza nucleare.

Tuttavia, nel nuovo scenario delineato dal legislatore nel citato disegno di legge e che prevede la possibile reintroduzione del nucleare attraverso tecnologie avanzate e modulari, è necessario un ampliamento ed anche un rafforzamento dell'attuale assetto istituzionale.

A tal fine è prevista, dalla lett. *dd)* dell'art. 3, l'istituzione di un'Autorità per la sicurezza nucleare, di cui deve essere assicurata la «*massima indipendenza*». Tale Autorità sarà dotata di piena indipendenza funzionale, organizzativa e finanziaria e sarà destinata a diventare il centro di coordinamento dell'intero sistema di regolazione del settore; essa svolgerà compiti di validazione dei progetti, di vigilanza sulla costruzione e sull'esercizio degli impianti, di controllo sulla gestione dei rifiuti e del combustibile esaurito e sovraintenderà anche alla disattivazione e allo smantellamento degli impianti stessi, assicurando la piena conformità agli *standard*

ISSN 2036-7821

europei, internazionali e dell'Agenzia Internazionale per l'Energia Atomica (AIEA)[72]. Da questo punto di vista sembra che, nell'assetto organizzativo prefigurato, ci siano significativi elementi di miglioramento nel quadro regolatorio rispetto a quanto previsto nell'ultimo tentativo di reintroduzione del nucleare nel nostro Paese. In quel caso, infatti, si era optato per il modello dell'agenzia non indipendente e operante al servizio e sotto la vigilanza del potere esecutivo e non per un'Autorità indipendente che, in quanto funzionalmente separata dai soggetti coinvolti nella promozione o nell'utilizzazione di energia elettrica, consente una maggiore garanzia da influenze indebite sulla propria attività[73].

Questo elemento è sicuramente molto rilevante, considerato che tale soggetto dovrebbe, in definitiva, contribuire ad evidenziare che il nucleare sostenibile farà ingresso nel nostro Paese secondo modalità assolutamente innovative e che si discostano totalmente da quelle previste per il passato.

Si passa, peraltro, da un'autorità di controllo tecnico-specialistico a un organismo con funzioni più estese di regolazione, supervisione strategica e indirizzo del settore nucleare sostenibile. Poiché si configurerà come il nuovo livello di governo della sicurezza nucleare, con poteri più ampi, maggiore autonomia e una capacità di intervento proporzionata alla complessità dei nuovi impianti e alle responsabilità connesse alla loro gestione nel lungo periodo, è opportuno sottolineare che le autorità amministrativamente indipendenti, benché sicuramente preferibili alle agenzie per compiti di questa natura, nonostante la fortuna che negli ultimi anni stanno avendo nel nostro Paese, anche per impulso europeo, non sono la panacea per qualsiasi male. Sono, così, stati evidenziati in dottrina i limiti del modello in generale e le criticità che minano l'indipendenza delle Autorità, oltre a quelle connesse al sistema di tutele approntato dall'ordinamento nei confronti delle decisioni delle Autorità[74].

---

[72] L'*International Atomic Energy Agency* - IAEA - è un'organizzazione intergovernativa fondata nel 1957 che promuove l'uso pacifico dell'energia nucleare, la sicurezza e la non proliferazione, svolgendo un ruolo fondamentale quanto alla verifica che i programmi nucleari siano a scopo civile e non militare, operando sotto l'egida delle Nazioni Unite.

[73] Sui limiti della opzione del modello dell'agenzia fatto con la legge 99/2009, contenente la delega al governo in materia nucleare, e il d.lgs. 31/2010, v. F. COSTANTINO, *La disciplina del nucleare nella prospettiva del consenso,* cit., 2941 ss. Più in generale sulle agenzie, *ex multis*, G. ARENA, *Agenzia amministrativa*, *Enc.* Giur., Roma, 1998, *ad vocem*; sulla riforma della disciplina F. MERLONI, *Il nuovo modello di agenzia nella riforma dei ministeri*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, p. 717; L. CASINI, *Le agenzie amministrative*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2003, p. 393 ss.

[74] Sul sindacato dei provvedimenti adottati dalle autorità, v. F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2, 2002, 181 ss.; M. E. SCHINAIA, *Il controllo giurisdizionale sulle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm. CDS*, 10, 2003, 3160 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e diritti: la tutela dei cittadini e delle imprese*, in *Foro amm. TAR*, 9, 2007, 2925 ss. Per alcuni spunti sull'impatto effettivo delle pronunce della Corte EDU v. E. BINDI, *L'incidenza delle pronunce della Corte EDU sui procedimenti sanzionatori delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2014, 3007 ss. Sul rapporto tra autorità amministrative indipendenti e pressioni v. A. AVERARDI, *Le Autorità Amministrative indipendenti fra neutralità e ricerca del consenso* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2025, 349 ss.

Il nuovo modello introdotto dal legislatore è connotato da una *governance* articolata, nel quale il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica assume la competenza sul procedimento autorizzativo integrato, la nuova Autorità garantisce la sicurezza, la regolarità tecnica e la trasparenza dei processi e le Regioni e gli enti locali partecipano secondo il principio di leale collaborazione, soprattutto nelle fasi di localizzazione e consultazione.

Il sistema si completa, poi, con obblighi informativi verso la popolazione, forme di consultazione delle comunità interessate e strumenti di garanzia finanziaria e assicurativa grazie ai quali gestire l'intero ciclo di vita degli impianti, fino allo smantellamento finale.

Questo assetto risponderebbe all'esigenza, evidenziata anche dalla Corte costituzionale nelle sentenze del 2010 e del 2011, di garantire un coordinamento equilibrato tra competenze statali e autonomie territoriali, in un settore ad alta intensità tecnologica e con rilevanti implicazioni per la sicurezza, l'ambiente e l'interesse nazionale[75].

In altri termini, la *governance* del nucleare sostenibile si configura come un sistema multilivello che unisce controllo tecnico, responsabilità pubblica, partecipazione democratica e trasparenza, elementi tutti indispensabili per costruire fiducia collettiva e assicurare la legittimazione sociale delle scelte energetiche future.

5. Il ritorno al nucleare e impatto ambientale: rischi e opportunità

L'*International Energy Agency* per la neutralità climatica ha evidenziato che, a fronte dei dati del 2023, in cui risultavano in esercizio nel mondo 410 reattori, per una capacità complessiva di 371 GW e una produzione elettrica di 2.600 TWh, pari a circa il 9% dell'energia generata a livello globale, nel 2050 la produzione nucleare potrebbe crescere fino a raggiungere circa 5.500 TWh[76].

L'*United Nations Economic Commission for Europe* (UNECE), organismo delle Nazioni Unite, in un recente rapporto, indagando le potenzialità dell'energia nucleare come strumento per lo sviluppo sostenibile, evidenzia che «*l'energia nucleare è*

[75] G. RAZZANO, *La materia concorrente della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia nella recente giurisprudenza costituzionale fra leale collaborazione e doveri di solidarietà*, in *federalismi.it*, fasc. 13, 2011, 5; M. CECCHETTI, *La Corte "in cattedra"! Una emblematica "sentenza-trattato" che si proietta ben oltre le contingenti vicende storiche della disciplina legislativa presa in esame,* in *Le Regioni*, fasc. 5, 2011, 1064; A. FILIPPINI, *La collaborazione "irrituale". Esercizio della delega legislativa, leale collaborazione ed intese Stato-Regioni in materia di energia nucleare*, in *Rivista AIC*, fasc. 3, 2011, 6.

[76] Tali dati emergono dal *brief* intitolato *Il dibattito sul nucleare in Italia: stato dell'arte e prospettive*, documento coordinato da A. MONTANINO e S. CAMERANO e predisposto da A. CARRIERO, A. DI PARDO E M. MASULLI, reperibile su *https://www.cdp.it/* marzo 20225, in cui si evidenzia, tra l'altro, che, considerando l'aumento della domanda elettrica, «*l'incidenza dell'energia nucleare rimarrebbe pressoché stabile nei prossimi decenni, per poi ridursi al 7,7% nel 2050*».

complementare alle fonti di energia rinnovabili. Se utilizzate insieme, queste tecnologie possono contribuire a realizzare sistemi elettrici decarbonizzati a basso costo per i consumatori, come hanno dimostrato Francia e Svezia. La tecnologia dell'energia nucleare si sta evolvendo e si sta sviluppando una serie di nuove tecnologie di reattori che offrono maggiore flessibilità ed efficienza»[77].

In Italia, grazie alla creazione della Piattaforma Nazionale per un Nucleare Sostenibile, nata su proposta del Ministero per l'Ambiente e la Sicurezza Energetica, è stato possibile avviare un percorso di analisi volto a valutare, nel medio-lungo periodo (2035-2050), la possibile reintroduzione dell'energia nucleare nel Paese attraverso l'impiego delle nuove tecnologie considerate sostenibili. L'attenzione si è concentrata proprio sui reattori modulari di piccola taglia a fissione - *gli Small Modular Reactor* di generazione III+ e gli AMR di generazione IV, oltre ai microreattori - e, in prospettiva più avanzata, sulla produzione energetica da fusione.

Come già evidenziato, l'inserimento dell'energia nucleare nel *mix* energetico italiano potrebbe portare risultati più convenienti, dal punto di vista economico, rispetto a quelli che si registrano tuttora con riguardo alla produzione di energia da fonti rinnovabili e, in questa ottica, non dovrebbero esserci dubbi sulla opportunità di reintrodurre il nucleare come fonte di energia stabile, pur continuando a mantenersi anche quella da fonti rinnovabili, intermittente e non programmabile, oltre che altre forme di energia a basse emissioni di carbonio. In pratica, si dovrebbe riuscire a ridurre la necessità di infrastrutture di accumulo e di sovradimensionamento del sistema elettrico, con un minore impatto ambientale e un consumo di suolo notevolmente ridotto rispetto alle energie rinnovabili.

Tuttavia, nella situazione attuale, alcune delle criticità solitamente affiancate alla produzione di energia con l'impiego del nucleare - come i costi elevati e i rischi - potrebbero essere ovviate o limitate grazie all'impiego delle nuove tecnologie e mediante i nuovi impianti di dimensioni ridotte (gli Small Modular Reactor - SMR), caratterizzati da maggiore sicurezza e minori costi e che, secondo le previsioni, potrebbero essere operativi a partire dal 2030.

A cambiare, in parte, lo scenario contribuiscono anche le prospettive generate da accordi e collaborazioni internazionali che consentono di fare affidamento anche su nuove competenze diffuse e su una ricerca all'avanguardia che è andata avanti nonostante l'abbandono della produzione elettrica da nucleare per più di 40 anni.

[77] Il riferimento è al rapporto intitolato "Application of the United Nations Framework Classification for Resources and the United Nations Resource Management System: Use of Nuclear Fuel Resources for Sustainable Development – Entry Pathways", del marzo 2021.

Principi come quello di neutralità tecnologica e l'esigenza crescente di sicurezza energetica[78], intesa come affidabilità e programmabilità dell'energia, sembrano, nel contesto attuale e anche grazie ai limiti dell'energia solare e delle fonti non rinnovabili, militare a favore della reintroduzione del nucleare. Meno pregnante sembra essere il tema delle "zero emissioni", poiché, se si presta attenzione all'intero ciclo di vita degli impianti e non solo al momento della produzione di energia, emerge un quadro meno favorevole di quello immaginato, benché competitivo con la produzione di energia con l'impiego di combustibili fossili.

Attraverso la stesura del Programma nazionale, la proposta di legge delega del febbraio 2025 punta proprio a questo risultato, definire un quadro normativo certo, grazie al quale affrontare l'inevitabile variabilità di costi e tempistiche, gli ostacoli di carattere tecnologico e regolatorio e, inevitabilmente, lo scoglio dell'accettazione pubblica[79]. Mediante la regolamentazione di tutte le fasi, dalla sperimentazione e localizzazione alla costruzione ed esercizio dei nuovi moduli, ponendo attenzione al ciclo del combustibile, inclusi fabbricazione e riprocessamento, in un'ottica di economia circolare, la legge riorganizza il sistema di competenze e funzioni, istituendo anche un'Autorità indipendente per la sicurezza, la vigilanza e il controllo del settore.

Ciononostante, il suo contenuto è destinato a mantenere inalterata la complessità del dibattito intorno al nucleare, in quanto il quadro giuridico e operativo prospettato continua a prevedere la centralità dello Stato, attraverso il Ministero dell'ambiente cui sono attribuiti i principali poteri autorizzatori, con la conseguenza che, nella concretezza dei fatti, possa divenire realtà il timore che siano esclusi dalle decisioni (o che, comunque, non siano adeguatamente tenuti in considerazione) sia le Regioni che i Comuni.

La questione della centralità dello Stato - che già nel 2010/2011 ha visto pronunciarsi la Corte costituzionale - se, da un lato, può essere vista quale forma di garanzia di uniformità su tutto il territorio nazionale, dall'altro, può sfociare in una scarsa attenzione alle autonomie territoriali, con il conseguente superamento, di fatto, di eventuali ostacoli locali, anche in termini di accettazione da parte delle popolazioni che vivono su tali territori, con ricadute di non poco momento. Restano i problemi connessi alle radiazioni ionizzanti, allo smaltimento delle scorie e dei rifiuti radioattivi e al rischio di incidenti con effetti che possono ricadere su aree che si trovano a grande distanza dal luogo in cui si trova l'impianto, rischio che, seppur

[78] Si veda, sul punto, I. N. KESSIDES, Nuclear power: Understanding the economic risks and uncertainties, Energy Policy, 2010, 3849-3864.

[79] Va detto che, proprio in ragione dei consistenti costi di sviluppo e le connessioni con i profili di sicurezza energetica ed economica, sarà necessario rafforzare la cooperazione industriale tra gli Stati UE.

ridotto, sembra essere comunque elevato anche con l'implementazione delle nuove tecnologie[80].

A ciò deve aggiungersi che il modello economico promosso dal disegno di legge è basato sul rischio d'impresa, e che la responsabilità finanziaria e ambientale dell'intero ciclo di vita degli impianti, compresa la loro disattivazione e la gestione dei rifiuti radioattivi, è posta integralmente in capo agli operatori privati, che potranno accedere a strumenti di finanziamento pubblico ma senza generare oneri per lo Stato.

Si intende evidenziare, in pratica, che il quadro giuridico delineato, anche se ha l'obiettivo di favorire una maggiore industrializzazione e di emancipare l'Italia nella produzione di energia, consentendo di rispondere in maniera più efficiente alla richiesta sempre maggiore che se ne fa[81], non sembra, però, essere particolarmente orientato a vantaggio dell'ambiente.

Per meglio dire, la riduzione delle emissioni dei gas serra e il contrasto ai cambiamenti climatici, pur essendo centrali, non assorbono l'intero perimetro coperto dalle esigenze di tutela dell'ambiente. Sembra, peraltro, opportuno ricordare la distinzione operata in dottrina tra ambiente in senso lato, inteso come «*un sistema di relazioni tra plurimi fattori di ordine non solo ecologico, ma anche sociale, culturale ed economico*» e ambiente in senso stretto, che «*concerne i soli fattori di ordine ecologico (che, in bilanciamento con quelli di ordine sociale, culturale ed economico, danno luogo all'ambiente in senso lato)*» perché, se la produzione di energia nucleare può ritenersi in qualche modo più compatibile con l'ambiente in senso ampio, sembra molto meno riconducibile ad una idea di ambiente in senso stretto. Da questo punto di vista si ricorda che, sempre per la dottrina menzionata, «*l'ambiente in senso lato comprende in sé l'ambiente in senso stretto, ma quest'ultimo, ormai costituzionalmente enucleato e differenziato, appare destinato ad assurgere ad autonomo oggetto di tutela inderogabile*»[82].

Sembra eccessivo escludere aprioristicamente la costituzionalità di una opzione politica come quella per il nucleare e sulla sua praticabilità giocano, come si è avuto modo di vedere, diversi fattori fattuali ma anche interpretativi.

Ci sono alcuni punti che possono essere assunti come fermi: sembra che ci si orienti al ritorno al nucleare in assenza di certezze scientifiche forti in merito alla circostanza che l'energia nucleare non procuri danni significativi, e senza avere certezza sul se

[80] P. RANCI, *La sicurezza delle forniture di energia, in Le virtù della concorrenza Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, DE VINCENTI E VIGNERI (a cura di), Bologna, 2006.

[81] Va, infatti considerato che la richiesta di energia è destinata ad aumentare sempre più non solo in ragione del processo di elettrificazione finalizzato al raggiungimento dell'obiettivo della decarbonizzazione, ma anche per il mantenimento e la gestione dei *data center* che per funzionare ne utilizzano un'alta quantità.

[82] M. MONTEDURO, *La tutela della vita come matrice ordinamentale della tutela dell'ambiente (in senso lato e in senso stretto)*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2022, 1, 423 ss., spec. 437, secondo cui sono poi i fattori di ordine ecologico «*che, in bilanciamento con quelli di ordine sociale, culturale ed economico, danno luogo all'ambiente in senso lato*».

l'energia nucleare sia effettivamente sostenibile dal punto di vista ambientale. I tempi lunghi di stoccaggio geologico dei rifiuti radioattivi, la mancanza di esperienza pratica, l'impatto sui futuri cambiamenti del clima e, di conseguenza sui futuri sviluppi della società, rappresentano tutti aspetti sui quali, al momento, non è possibile dare risposte certe e neanche quelle possibiliste paiono ottimistiche.

Pertanto, pur se definito "sostenibile" e considerato parte del processo di decarbonizzazione, si deve concludere che il nucleare impatti inevitabilmente sull'ambiente e, quindi, sulle generazioni future. Ma mentre il diritto ambientale ha potuto vedere consolidarsi i propri caratteri e principi nel corso di diversi decenni, il diritto nucleare (che rientra nell'ambito del diritto dell'energia che «*continua a soffrire di una mancanza di definizione chiara e condivisa*») si caratterizza per essere costituito da un insieme di norme speciali, per quanto elaborate in un quadro internazionale particolarmente rigoroso e costruito attorno a convenzioni adottate sotto l'egida di organismi come l'AIEA[83].

Esso si fonda su principi propri e distinti da quelli di altri settori energetici, che ne garantiscono certamente l'autonomia[84], ma che sono stati progressivamente integrati nei sistemi giuridici nazionali e nell'ordinamento comunitario, perché «*concepiti per regolamentare l'uso pacifico dell'energia nucleare e rispondere alle particolari esigenze di questo settore, tenendo conto dei suoi rischi specifici, della complessità tecnologica e delle implicazioni transfrontaliere*»[85]. Resta, in definitiva, la perplessità se essi siano sufficienti a garantire e preservare la "vita" dell'ambiente e quella delle popolazioni attuali e future dai rischi inevitabilmente legati alla produzione di energia nucleare.

L'idea che esista oggi un nucleare per l'ambiente sembra peregrina, se si considera l'ambiente in senso stretto, nonostante il suo possibile contributo alla riduzione dei gas serra. Mentre, allo stesso tempo, è possibile che il nucleare possa contribuire al raggiungimento degli obiettivi climatici fissati dalla UE e alla sicurezza dell'approvvigionamento energetico. Ma non senza costi, anche ambientali, e non in totale assenza di rischi.

---

[83] Le convenzioni internazionali fissano *standard* di sicurezza per gli impianti, regolano la gestione delle emergenze, disciplinano la responsabilità civile per i danni nucleari e impongono agli Stati di introdurre reati specifici a tutela del materiale e del combustibile nucleare. Criticamente sugli standard, S. CASSESE, *Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2004, 657 ss. e S. BATTINI, *La globalizzazione del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 2006, 325 ss.

Sui princípi del diritto nucleare si v., in particolare, D. DE POMPIGNAN, Law on the Peaceful Uses of Nuclear Energy: Key concepts, in Nuclear Law Bulletin, 2005, 2, 47.

[84] Ad esempio, il principio di *safety*, quello di *security*, quello di responsabilità, di autorizzazione, di compensazione, oltre che quelli dello sviluppo sostenibile, di indipendenza di cooperazione internazionale e di trasparenza.

[85] Tali principi sono stati elaborati grazie all'apporto dell'AIEA e alla ratifica di convenzioni come la Convenzione di Vienna sulla Sicurezza Nucleare del 1994. Cfr. I. GUAGLIANO, *L'autonomia del diritto nucleare e i suoi principi distintivi nel panorama internazionale ed europeo*, cit., 8 ss.

Per questo motivo la strada intrapresa dal legislatore deve necessariamente includere un ampio e adeguato dibattito che veda coinvolte sia le istituzioni che l'opinione pubblica, e consideri l'intero ciclo vita delle centrali e non solo i costi e gli impatti generati nel momento della produzione.

Del resto, se l'obiettivo finale della transizione ecologica è il raggiungimento di un equilibrio sostenibile, che comprenda le diverse sfere della vita sociale, il processo di transizione ecologica è «*posto alla base di un nuovo modello economico e sociale di sviluppo su scala globale*» [86] ed è necessario decidere quanto si spinga sull'ambiente e quanto sullo sviluppo.

Pertanto, volendo trarre alcune riflessioni conclusive che tengano conto dello scenario rapidamente delineato nelle pagine che precedono, non si può che sottolineare che emerge e si conferma la complessità del tema dell'energia nucleare, rispetto al quale il dibattito continua a rimanere molto acceso, non solo a livello istituzionale, per i rapporti tra Stato e Regioni, incidendo anche sul quadro amministrativo connesso, rispetto al quale dovrebbe essere fatto tesoro dei problemi amministrativi che frenano l'implementazione delle rinnovabili, cui potrebbero aggiungersi anche questioni politiche a base ambientale, con possibili complicazioni poco funzionali alle logiche di mercato.

In definitiva sembra che la storia si ripeta e che gli argomenti sul tavolo sembrano gli stessi di qualche anno fa: l'aumento della domanda dell'energia, il progressivo esaurimento delle risorse naturali, l'instabilità politica dei Paesi fornitori di combustibili fossili; la capacità del progresso tecnologico di ridurre la probabilità di gravi incidenti e di consentire la produzione di energia a basse emissioni di anidride carbonica; il problema, ancora irrisolto, dello smaltimento dei rifiuti radioattivi[87].

Dall'altro lato sembrano, però, pesare le scelte degli altri Paesi, alcuni dei quali a noi vicini geograficamente oltre che dal punto di vista dello sviluppo, i quali continuano a produrre energia con l'utilizzo del nucleare, «*magari vendendocela, che ottengono così un vantaggio competitivo, accettando rischi che subiamo in parte anche noi*»[88].

La complessità e l'interazione con altri Paesi non è, però, sempre e solo foriera di problemi: il progressivo sviluppo di strumenti di diritto internazionale sta

[86] Così, L. CASANO, *Ripensare il "sistema" delle politiche attive: l'opportunità (e i rischi) della transizione ecologica*, in *Dir. rel. industr.*, 2021, 4, 997 ss.

[87] In questo senso, quasi venti anni fa la "Comunicazione della commissione al consiglio e al parlamento europeo Programma indicativo per il settore nucleare sul problema dei rifiuti radioattivi Bruxelles", 10 gennaio 2007 COM (2006), 844.

[88] Il rapporto "*Application of the United Nations Framework Classification for Resources and the United Nations Resource Management System: Use of Nuclear Fuel Resources for Sustainable Development – Entry Pathways*", della United Nations Economic Commission, pubblicato nel marzo 2021 mette in evidenza come, mentre alcuni paesi nuclearizzati mantengono la loro posizione, altri hanno in programma di espanderla ed altri ancora stanno guardando a queste tecnologie per raggiungere le proprie esigenze di sviluppo pulito.

contribuendo al miglioramento della sicurezza nucleare sia attraverso una cooperazione tecnica, che con la promozione di quadri regolatori che aiutino ad implementare norme che garantiscano strumenti, procedure e organi grazie ai quali implementare dinamiche utili a ridurre, per quanto possibile, il rischio per la sicurezza. Sotto questo profilo è rilevante anche l'introduzione di *standard* che, pur essendo strumenti non privi di criticità, contribuiscono a ridurre la discrezionalità e a garantire la sicurezza e l'affidabilità degli impianti[89].

Rilevante si è, ad esempio, rivelato il ruolo della NEA (Agenzia dell'Energia Nucleare), organismo dell'OCSE specializzato nell'energia nucleare, che aiuta lo scambio di conoscenze e competenze ed ha giocato un ruolo rilevante per l'introduzione di un regime di responsabilità e risarcimento verso terzi[90], oltre che dello sforzo dell'EURATOM per la sicurezza del nucleare[91].

In realtà, anche se si guarda la classificazione per le attività economiche ecosostenibili introdotta con il regolamento (UE) 2020/852, cd. regolamento sulla tassonomia, integrato con il regolamento delegato (UE) 2022/12141, che ha incluso il nucleare nella tassonomia, è vero che le attività connesse all'energia nucleare sono considerate attività a basse emissioni di carbonio che non costituiscono "energia da fonti rinnovabili"; tuttavia, allo stesso tempo, non sono ricomprese fra le attività economiche che forniscono (*ex se*) contributo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici e vengono prese in considerazione per la mitigazione dei cambiamenti in assenza di alternative a basse emissioni di carbonio tecnologicamente ed economicamente praticabili su una scala sufficientemente ampia da coprire la domanda di energia in modo continuo e affidabile. Sembra, dunque, che l'UE consideri la strada del nucleare praticabile, ma che in essa veda una tecnologia di transizione e vincoli il suo sostegno finanziario al rispetto di criteri di sicurezza e sostenibilità molto severi.

L'introduzione di una politica energetica che poggi anche sulla produzione di energia nucleare deve affrontare una posizione storicamente ostile dell'opinione pubblica, fino ad ora probabilmente influenzata, in parte, da una vera attenzione all'ambiente (in senso stretto) e forse, in parte, da profonde convinzioni in merito

[89] In questo senso F. COSTANTINO, *La disciplina del nucleare nella prospettiva del consenso,* cit., 2941 ss. Per un'analisi critica del ricorso agli standard nel diritto internazionale, S. CASSESE, *Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali*, cit., 657 ss.; S. BATTINI, *La globalizzazione del diritto pubblico*, cit., 325.

[90] Il riferimento è alla Convenzione sulla responsabilità civile nel campo dell'energia nucleare (Parigi, 29 luglio 1960) e alla Convenzione complementare alla convenzione di Parigi del 29 luglio 1960 sulla responsabilità civile nel campo dell'energia nucleare (Bruxelles, 31 gennaio 1963).

[91] Il Trattato Euratom rappresenta il pilastro normativo per la promozione della ricerca, la sicurezza nucleare e la gestione dei rifiuti radioattivi. Esso impone agli Stati membri di adottare misure legislative e regolamentari atte a garantire la tutela della salute, la salvaguardia ambientale e la sicurezza degli impianti nucleari. A ciò si affiancano le direttive 2009/71/Euratom e 2011/70/Euratom, le quali hanno introdotto obblighi stringenti in materia di sicurezza nucleare e di gestione responsabile dei rifiuti radioattivi e del combustibile esaurito.

all'impatto delle *lobbies* del nucleare sulle decisioni pubbliche e in merito alle ricadute che il nucleare avrebbe intrinsecamente sulla libertà e sulla partecipazione[92], ma influenzata in modo sicuramente rilevante dal timore dei rischi che l'energia nucleare può determinare. In definitiva si può concordare con quella dottrina che ha sottolineato come la storia degli ultimi decenni mostri l'Importanza del consenso per la realizzazione di politiche incentrate sul nucleare e viene da interrogarsi sulla capacità dell'impianto normativo nel suo complesso di rassicurare i cittadini in merito all'impatto dei nuovi impianti e all'efficacia dell'intero impianto di governo del fenomeno, in modo da consentire il superamento di posizioni che si sono espresse in modo chiaramente contrario al nucleare in ben due occasioni referendarie[93].

Le incognite, però, in questa nuova partita, non mancano: da un lato, bisognerà vedere come verrà completato il quadro normativo, quale consenso intercetterà la riforma già nei passaggi parlamentari e se questa riuscirà a rassicurare la popolazione rispetto all'introduzione del nucleare; dall'altro, non dovrà essere trascurato il peso che potrebbe avere la recente esperienza dell'importante aumento dei costi dell'energia e del suo impatto sulla competitività del Paese.

[92] Si veda ex multis ROBERT JUNGK, *Lo stato atomico*, Torino, 1978, ripubblicato nel 2024, che contiene una denuncia dei pericoli dell'energia nucleare e l'ideologia della deterrenza atomica e descrive l'energia nucleare come una forza che ha introdotto una nuova dimensione di violenza, capace di minacciare non solo gli avversari militari, ma anche i cittadini comuni e sottolinea che l'energia nucleare, sia civile che militare, è intrinsecamente ostile alla vita, perché comporta rischi che non possono essere completamente eliminati. La sua diffusione richiede segretezza, sorveglianza e controllo, oltre che misure di sicurezza straordinarie, che spesso sfociano in restrizioni alla libertà e alla partecipazione democratica.

[93] Sull'importanza del consenso per la realizzazione di politiche che puntino sull'impiego del nucleare per la produzione di energia nel nostro Paese v. F. COSTANTINO, *La disciplina del nucleare nella prospettiva del consenso*, cit., 2941 ss. In questo senso sembrano essersi espresse qualche tempo fa anche la "Comunicazione della commissione al consiglio e al parlamento europeo Programma indicativo per il settore nucleare sul problema dei rifiuti radioattivi Bruxelles", 10 gennaio 2007 COM(2006) 844 e la "Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, Aggiornamento del programma indicativo per il settore nucleare nel contesto del secondo riesame strategico delle politica energetica", Bruxelles, 13 novembre 2008, COM(2008) 776.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La concorrenza dei livelli di governo nella disciplina giuridica dello spettacolo in Italia e in Germania

di Luigi Ferrara

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

Sommario

1. L'intreccio dei livelli di governo nella disciplina federale della cultura in Germania. – 2. I modelli distrettuali nelle legislazioni dei singoli *Länder*. – 3. Regioni e autonomie nella disciplina della cultura e dello spettacolo. Osservazioni conclusive.

Abstract

The purpose of this paper is a brief reflection on the tasks and roles of regional governments and local authorities in the Italian legal regulation of entertainment, from the perspective of comparing the Italian regional model with the German federal one. The analysis of the Italian model will conclude with some reflections on possible "district" models for organizing regional and infra-regional jurisdictions, starting with some models present in regional legislation.

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

1. L'intreccio dei livelli di governo nella disciplina federale della cultura in Germania.

Oggetto del presente contributo è una breve riflessione sui compiti e sul ruolo dei governi regionali e autonomie locali nella disciplina giuridica italiana dello spettacolo, nella prospettiva della comparazione del modello regionale italiano con quello federale tedesco. L'analisi del modello italiano si concluderà con alcune riflessioni su possibili modelli «distrettuali» di organizzazione delle competenze regionali e infraregionali, a partire da alcuni modelli presenti nella legislazione regionale.

Come ampiamente riconosciuto, il sistema di *governance* della cultura in Germania, a differenza di quello italiano, si inscrive in un ordinamento federale[1].

Come più volte rilevato[2], l'espressione «federalismo culturale» (*Kulturföderalismus*) si è affermata Germania per sottolineare, da un lato il legame intensissimo tra politiche

---

* Il presente contributo costituisce una rimeditazione e un ampliamento di un capitolo destinato alla pubblicazione in volume negli *Scritti in onore di A. Contieri*, di prossima pubblicazione.

[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., *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. Sulla disciplina dello spettacolo in Germania, oltre alle opere già citate, cfr., *ex multis*, CERRINA FERRONI, *Organizzazione, gestione e finanziamento dei teatri d'opera in Europa. Un quadro comparato,* in CERRINA FERRONI *et. a.* (a cura di), *Organizzazione, gestione e finanziamento dei teatri d'opera in Europa. Un quadro comparato*, Giappichelli, Torino, 2014, 9, e in particolare 27ss.; B. MANDEL, *Demokratisierung von Kultur oder Kulturelle Demokratie? Theater in Deutschland und England: Democratization of Culture or Cultural Democracy? Theater in Germany and England*, in *Journal of Cultural Management and Cultural Policy/Zeitschrift für Kulturmanagement und Kulturpolitik*, 10.1 (2024), 33-52; B. MANDEL, A. ZIMMER (a cura di), *Cultural governance*, Springer, 2021; W. SCHNEIDER, FONDS DARSTELLENDE KÜNSTE E.V. (A cura di), *Transformationen der Theaterlandschaft*, Transcript Verlag, 2022; C. ROSECK, *Theater als Orte kultureller Bildung*, FernUniversität in Hagen, Hagen, 2024; DEUTSCHER BÜHNENVEREIN, *Theaterstatistik 2022/2023: Die wichtigsten Wirtschaftsdaten der Theater, Orchester und Festspiele*, 58 ed., 2024; U. BLUMENREICH, *Aktuelle Förderstrukturen der freien Darstellenden Künste in Deutschland – Ergebnisse der Befragung von Kommunen und Länder*, Bundesverband Freie Darstellende Künste e.V, 2016.

[2] HÄBERLE, *Kulturhoheit*, cit., 553: «*Föderalismus und Kultur gehören in Deutschland so intensiv zusammen, daß sich der plastische Begriff „Kulturföderalismus" eingebürgert hat*». Per un più ampio sviluppo di queste riflessioni, sia consentito rinviare a L. FERRARA, *Il trentennale della legge della Sassonia sulle aree culturali ed il modello tedesco di federalismo culturale*, in questa rivista, 4/2025, *passim*.

culturali e organizzazione federale, dall'altro, un indirizzo dogmatico di più ampia portata sui fondamenti culturali stessi del testo costituzionale[3]. Sulla base della Carta Costituzionale, il *Grundgesetz* (GG), il federalismo tedesco si è sviluppato come *federalismo cooperativo* basato sulla solidarietà, fino ad essere definito «*fiduziarischen Föderalismus*», federalismo fiduciario. Negli anni successivi all'unificazione tedesca a seguito del Trattato sulla unificazione tedesca[4], caratterizzati da processi di riorganizzazione del sistema di distribuzione dei finanziamenti tra i *Länder*, sulla base della giurisprudenza del *BVerfGE*, la letteratura scientifica ha proposto di interpretare le evoluzioni istituzionali in atto come l'affermazione di un nuovo modello di *federalismo competitivo* («*Konkurrenzföderalismus*», or «*kompetitiver Föderalismus*»)[5].

Come è stato sottolineato, il *Kulturföderalismus* è legittimato, innanzitutto, dalla *diversità culturale*: «*Föderalismus legitimiert sich in Deutschland erstlich und letztlich aus der kulturellen Vielfalt*»[6]. 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»[7].

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 Stati federali gestire autonomamente l'intero settore dei beni culturali, dell'istruzione e delle università nel proprio territorio.

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 non sarebbe propriamente una componente indefettibile del principio dello Stato federale, ma piuttosto solo «*una parziale caratterizzazione dell'ordine scritto delle competenze della Legge fondamentale*»[8].

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

[3] In questo caso, il riferimento è al noto studio di P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci, 2016 (traduzione del volume *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, pubblicato in Germania nel 1982).

[4] 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.

[5] HÄBERLE, *Kulturhoheit*, cit., 556.

[6] HÄBERLE, *Kulturhoheit*, cit., 556; HÄBERLE, *Per una dottrina*, cit., 79ss.

[7] HÄBERLE, *op.cit.*, 566, e più ampiamente HÄBERLE, *Per una dottrina*, cit., 31ss.

[8] Cfr. LENSKI, *op.cit.*, 94 ss.

ISSN 2036-7821

tra il *Bund* e i *Länder* (*ein grundlegendes Missverständnis der Aufteilung der Kompetenzen*). Il GG non assegnerebbe quindi, secondo questo approccio, ai *Länder* competenze ben definite e difendibili nei confronti della Federazione. Secondo un diverso approccio[9], la sovranità culturale dei *Länder* si concentra nella 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 non tra i principi generali. Secondo il principio di *competenza generale residuale dei Länder* di cui agli articoli 30 e 70 del GG, di conseguenza, la cura 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.

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[10].

Come è stato osservato[11], 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: 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, ed è significativo questo dato con particolare riguardo ai teatri[12]. 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

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

[10] 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», come rilevato da WOLLMANN, *op.cit.*, 8.

[11] EISENMANN, et al., *op.cit.*, 3-17.

[12] Come osserva CERRINA FERRONI, *op.cit.*, 27, «*Per ragioni storiche, connesse in particolare alla centenaria frammentazione politica (e culturale) che ha caratterizzato il territorio tedesco, in Germania il numero dei teatri lirici è estremamente elevato: quasi tutte le città anche di media grandezza hanno almeno un teatro dell'opera o comunque teatri in cui si rappresentano, tra le altre cose, anche opere liriche. …la Germania è caratterizzata da un elevato numero di teatri di piccole e medie dimensioni. Manca inoltre un teatro dell'opera "dominante": la* Staatsoper *di Monaco di Baviera, che ha raggiunto nel 2007-08 i 360.000 spettatori, rappresenta solo il 7,6% dell'audience totale dei teatri dell'opera tedeschi (ma i 12 principali rappresentano il 50%) 20. Un altro dato caratteristico del panorama tedesco è rappresentato dal fatto che in Germania opere liriche vengono rappresentate sia presso i teatri dell'opera sia, molto spesso, presso i c.d.* Mehrspartenhäuser, *ovvero teatri in cui si hanno rappresentazioni di vario genere (prosa, lirica, musical, operette, ecc.). Il modello tedesco è inoltre un modello a repertorio, ovvero presenta un ampio numero di opere che si alternano di giorno in giorno e vengono rappresentate per anni*».

ISSN 2036-7821

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*[13]. 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, osservando 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*[14].

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[15]) di regolare autonomamente i compiti di comunità locale, ai sensi dell'articolo 28 (2), 1 del GG. 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 autorizzato a intervenire nell'autoamministrazione comunale nei limiti dalla cosiddetta «garanzia di autoamministrazione» (*Selbstverwaltungsgarantie*)[16].

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

[13] 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.

[14] Cfr. SCHELLER, *op.cit.*, 36.

[15] Benché non propriamente esatto, l'espressione tedesca *Landkreise*, che identifica diverse tipologie di enti intermedi o sovra-comunali, viene spesso tradotta utilizzando l'espressione distretti, per poi ulteriormente 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.

[16] 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.

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 arti. La Conferenza permanente dei ministri della cultura funge da piattaforma per il coordinamento. 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*. 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[17] 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 singolari, piuttosto che attraverso leggi organiche di settore. Mentre un certo numero di costituzioni affida questo compito ai *Länder* stessi o ai distretti (*Landkreise*) 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. 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. La *kommunale Kulturhoheit* e la *Selbstverwaltungsgarantie* hanno avuto come effetto anche la diffusione, dalla fine del secolo scorso di una pluralità di modelli (differenziati anche in ragione degli indirizzi dettati dai singoli *Länder*) nell'ambito del processo di privatizzazione degli enti pubblici teatrali, «*senza necessariamente comportare una privatizzazione e quindi salvaguardando la competenza del Land in materia di cultura. Le modalità di gestione sperimentate in tale senso prevedono diversi gradi di autonomia e "separazione" dal settore pubblico: dalla società a responsabilità limitata alla fondazione di diritto pubblico, dalle c.d. "imprese municipalizzate" alle associazioni di scopo*»[18]. 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[19]. Viene sottolineato il ruolo cruciale nel modello tedesco delle città di piccole e medie dimensioni nell'erogazione di servizi culturali differenziati e la loro grande

[17] 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.

[18] Cfr. CERRINA FERRONI, *op.cit.*, 29: «*La situazione varia notevolmente a seconda del Land e del livello di realizzazione (federale, statale, comunale). A differenza di quanto è avvenuto in ambito museale, dove si è fatto largo ricorso alla fondazione di diritto pubblico, nell'ambito dei teatri lirici si è preferito ricorrere alla forma della società a responsabilità limitata (abbreviazione tedesca GmbH) controllata da uno o più enti pubblici (il Comune, il Land o entrambi o ancora più Comuni)*»

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

ISSN 2036-7821

eterogeneità. Sulla base dei dati del 2017, emerge che oltre il 64% delle infrastrutture culturali si trova in città di piccole e medie dimensioni[20].

2. I modelli distrettuali nelle legislazioni dei Länder.

Come Premesso, molti tra i *Länder* tedeschi si qualificano come *Kulturstaat*, Stato protettore e promotore della cultura), attraverso eterogenee formule e proclamazioni presenti nelle loro Costituzioni[21]. Ai fini della presente analisi, si può orientare l'indagine soffermandosi su alcuni modelli regionali dei *Länder*, distinguendo in particolare i modelli orientali, nati negli anni Novanta del secolo scorso, come osservato in precedenza, sulla scia dei generosi finanziamenti seguiti al Trattato di Unificazione, e i più risalenti e stratificati modelli occidentali.

Come osservato in precedenza, alla fine del XX e all'inizio del XXI secolo le politiche culturali dei *Länder*, ed in particolare quelle per lo spettacolo, sono state sviluppate spesso attraverso strumenti di finanziamento specifici, diretti e indiretti, piuttosto che tramite leggi di inquadramento complessivo. Tra le riforme di inquadramento complessivo si possono annoverare la legge sulle aree culturali del *Land* della Sassonia (*Kulturraumgesetz*, *SächsKRG*) del 1994 e Legge sul Finanziamento della Cultura (*KulturfördergesetzesNRW*) del *Land* della Renania Settentrionale-Westfalia del 2014.

Il *SächsKRG* destina quasi 90 milioni di euro dal bilancio statale della Sassonia a nove «Aree (*Raume*) culturali rurali» e a tre «aree culturali urbane», affinche possano finanziare e promuovere le istituzioni culturali, tra cui i teatri, le orchestre e i festival. All'esaurirsi del cofinanziamento federale straordinario, si rese necessario introdurre uno strumento di cofinanziamento stabile e periodico dei *Gemainde* e dei *Landkreise*

[20] Sui contenuti della dell'inchiesta parlamentare con riferimento specifico alla *Theaterpolitik*, cfr. M. FUCKS, *Theaterpolitik als Kulturpolitik*, in MANDEL, ZIMMER, *op.cit.*, 43.

[21] 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.*).

da parte dei *Länder*, e, con una scelta innovativa rispetto agli altri *Länder* orientali, fu approvata una legge organica di riordino dei finanziamenti alle autonomie locali, introducendo una nuova organizzazione distrettuale, le aree culturali, che si sovrapponevano ai distretti, ai comuni e alle città indipendenti.

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[22]. Il § 1 prevede la creazione di aree culturali come «*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 §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». Il § 3 (2) enuncia il principio generale del cofinanziamento da parte di municipalità e *Landkreise* ("partecipazione appropriata alla spesa" o "spesa finanziariamente efficace"). 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. Le aree culturali cofinanziano la promozione della cultura, imponendo una tributo di scopo culturale.

Un approccio sensibilmente diverso si ritrova nella disciplina della Renania Settentrionale-Westfalia, la *KulturfördergesetzesNRW*, la Legge sul Finanziamento Culturale del *Lan*[23]. Anche l'obiettivo principale della *KulturfördergesetzesNRW* era individuato nella definizione il quadro giuridico generale che consentisse ai comuni,

[22] 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, 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*".

[23] *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. Sulla differenza tra i due modelli, cfr. O. ZIMMERMANN, *Zwei Wege, ein Ziel: Das Sächsische Kulturraumgesetz und das Kulturfördergesetz NRW*. Jahrbuch für Kulturpolitik 2015 16, 2016, 273.

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*. 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[24].

Come è stato acutamente osservato[25], la specificità del *SächsKRG* risiedeva anche nel fatto che 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. Si può concordare che il *SächsKRG* si sia connotato storicamente soprattutto come espressione di pluralismo culturale, in grado di contrastare ogni ricorrente caratterizzazione centralistica delle politiche culturali[26].

Come si è visto, Anche nel *Land* della Baviera, il finanziamento dello spettacolo si inserisce nel quadro costituzionale espressamente sancito dall'art. 3 della Costituzione bavarese, che fonda un obbligo pubblico di promozione culturale quale compito essenziale dello Stato. Come è stato osservato, queste disposizioni non configurerebbero una competenza settoriale puntuale, ma un mandato costituzionale di promozione, che legittima un ampio margine di discrezionalità legislativa e amministrativa nella definizione e realizzazione degli strumenti di sostegno finanziario[27]. Il modello bavarese non ha privilegiato l'adozione di una legge organica di finanziamento della cultura, ma piuttosto ha sviluppato un sistema fondato su pianificazioni amministrative, linee guida settoriali e stanziamenti settoriali di bilancio[28]. In particolare, il finanziamento dello spettacolo dal vivo si articola in una combinazione di sovvenzioni istituzionali ai teatri stabili, contributi di funzionamento alle istituzioni non statali di rilevanza nazionale e finanziamenti progettuali rivolti alle produzioni indipendenti, secondo criteri di qualità artistica e continuità dell'attività[29].

Come è stato osservato, un elemento distintivo del modello bavarese è il forte

[24] ZIMMERMANN, *op.cit.*, 275.
[25] VOGT, *op.cit.*,1996b, 22ss.
[26] *Ibidem*
[27] Cfr., in tal senso, W. KLUTH, *Landesverfassungsrechtliche Vorgaben für die Kulturförderung und Formate ihrer Umsetzung*, in M. BURGI, C. WALDHOFF (a cura di), *Festschrift für Hans-Günter Henneke zum 65. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 820-823.
[28] Cfr. ancora HÄBERLE, *Kulturhoheit*, cit., 560.
[29] Cfr. M. SÖNDERMANN, *op.cit.*, 369.

sostegno ai teatri pubblici, e in particolare agli *Staatstheater*, considerati infrastrutture permanenti della vita culturale regionale. La letteratura evidenzia come tali enti beneficiino di un finanziamento strutturale stabile, prevalentemente a carico del Land, giustificato dalla loro funzione di servizio culturale generale (*kulturelle Daseinsvorsorge*) e dalla loro integrazione nell'organizzazione amministrativa statale[30]. Parallelamente, i teatri non statali possono accedere anche a contributi finalizzati alle situazioni di crisi, subordinati alla dimostrazione delle necessita operative e del progetto culturale, secondo una logica di copertura del disavanzo compatibile con il sistema finanziario pubblico dei *Länder*[31].

Quanto allo spettacolo contemporaneo e alle forme sperimentali, la dottrina sottolinea come il Land bavarese privilegi strumenti di finanziamento selettivo e temporalmente limitato, evitando meccanismi di perequazione territoriale obbligatoria. Ciò riflette una concezione della promozione culturale orientata al rispetto della *kommunale Kulturhoheit* e della *Selbstverwaltungsgarantie*, soprattutto delle grandi città, nella produzione culturale regionale[32] (Zimmermann, 2016, pp. 274-276).

Nel complesso, il sistema bavarese di finanziamento dello spettacolo appare caratterizzato da stabilità istituzionale, centralità del livello regionale e prevalenza di strumenti amministrativi flessibili, confermando un modello di intervento pubblico coerente con la tradizione del federalismo culturale tedesco di tipo occidentale, tendenzialmente meno propenso a codificazioni legislative organiche del settore.

3. Regioni e autonomie nella disciplina italiana dello spettacolo. Osservazioni conclusive.

Come è noto, in termini più generali, nel sistema italiano il riparto di competenze tra centro e periferia in materia di cultura si caratterizza - sia per la stratificazione storica degli 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*[33]. Come è stato criticamente osservato, la disciplina italiana dei beni

[30] Cfr. A. WIESAND, *op.cit.*, 236.

[31] Cfr. W. KLUTH, P.W. HAß, *Kulturfördergesetze*. In J. CRÜCKEBERG, J. HEINICKE (a cura di), *Handbuch Kulturpolitik*, Wiesbaden, Springer, 2024, 875.

[32] cfr. ancora ZIMMERMANN, *op.cit.*, 274.

[33] 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. CHIRULLI, *Il governo multilivello del patrimonio culturale*. Diritto amministrativo, 27.4, 2019, 697-741.

culturali si presenta disorganizzata e «asimmetrica» a partire dalla struttura delle fonti, che assumono spesso « precettività variabile e graduata» e sono fortemente settoriali, prive di un disegno unitario, funzionale a una migliore cura del patrimonio. La sovrapposizione dei livelli di governo finisce cosi per definire molto spesso intrecciate sovrapposizioni «*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*»[34].

In questo quadro generale, si differenzia più o meno ampiamente la disciplina di alcuni settori culturali, come quello dello spettacolo, dove si affermano regole e modelli organizzativi peculiari[35]. Come è stato osservato, il settore dello spettacolo è tra quelli in cui la persistenza nella disciplina giuridica dell'approccio pre-repubblicano è più visibile[36]. In età repubblicana, il coinvolgimento delle Regioni nella regolamentazione e nella promozione dello spettacolo è stato un tema costantemente dibattuto all'interno dell'evoluzione normativa del settore, a partire dal fatto che il testo originario dell'art. 117 della Costituzione non lo menzionava. Il D.P.R. 616 del 1977 prevedeva l'adozione di una successiva legge di "riordino delle funzioni regionali e locali" in materia di "attività di prosa, musicale e cinematografica", che non fu mai approvata e, con l'avvio dell'ordinamento regionale, molti statuti prevedevano competenze specifiche e si avviò una disciplina legislativa regionale specifica multiforme e variegata, che la ricerca dell'autore che qui si onora sintetizza in un sistema di interventi indiretti «*tendenzialmente incentrato su un meccanismo di contribuzione a pioggia, concorrente con quello statale, non coordinato, in alcuni casi frammentario, con conseguenti sovrapposizioni e dispersione di risorse*»[37] e diretti di organizzazione di spettacoli e manifestazioni artistiche, che si sviluppò particolarmente a cura degli enti locali[38].

---

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

[35] Sulle evoluzioni più recenti della disciplina dello spettacolo in Italia, cfr., *ex multis*, M. IMMORDINO, A. CONTIERI, *La disciplina giuridica dello spettacolo*. Giappichelli, Torino, 2023, 97-150, 226ss, 268ss, 278ss, 297ss, 353ss. F. MANGANARO, *Osservazioni sulla disciplina dello spettacolo. A proposito di un libro recente*, Aedon, 3.2024; K. KURCANI, *Le competenze in materia di spettacolo: tensioni (ancora) irrisolte tra centro e periferia*. Le Regioni, 1, 2024, 157-167; F. SANCHINI, *Lo "spettacolo" nella perenne conflittualità tra Stato e Regioni: la Corte costituzionale prova (nuovamente) a mettere ordine*. Osservatorio costituzionale. 3(2024), 208-229.

[36] Cfr. MANGANARO, *op.cit.*; IMMORDINO, CONTIERI, *op.cit.*, 119; KURCANI, *op.cit.*, 123; SANCHINI, *op.cit.*, 208.

[37] Cfr. IMMORDINO, CONTIERI, *op.cit.*, 107.

[38] Cfr. IMMORDINO, CONTIERI, *op.cit.*, 101ss., dove si osserva che la prevalenza dell'«interesse nazionale» restringeva in concreto l'astratta configurazione di compiti regionali in materia di spettacolo. Tuttavia la mancata approvazione della legge di riordino non freno l'iniziativa regionale: «*Si consolidò … un sistema di interventi, a titolo di promozione e sostegno, nella forma soprattutto della concessione di contributi o sovvenzioni a soggetti pubblici e privati, per la costituzione di nuovi teatri pubblici, per il sostegno a teatri già esistenti e ad attività autogestite, per l'accesso al credito bancario, per il ripristino, il rinnovo di sale cinematografiche, per l'esecuzione di opere, o l'esercizio di attività di spettacolo dal vivo e registrato. Settore, questo della cinematografia, interessato da un'ampia legislazione regionale che andava ben al di là dell'intervento puramente finanziario. La normativa regionale, in particolare, si è indirizzata, da un lato verso la disciplina delle attività di spettacolo, dall'altro a favore delle strutture di pubblico spettacolo. Sinteticamente, si possono ricordare, quanto al primo profilo, quelle leggi contenenti o una disciplina organica delle attività teatrali, musicali e cinematografiche o*

Al contrario, la legge n. 163 del 30 aprile 1985, che istituiva il F.U.S. (Fondo Unico per lo Spettacolo), centralizzava il finanziamento pubblico di questo settore a livello statale[39]. Proseguendo su questa strada, la legge n. 203/1995 e i decreti legislativi n. 112/1998 e n. 368/1998 non definivano il ruolo e lo spazio delle Regioni e degli enti locali in questa materia e rafforzavano il ruolo del Ministero[40]. Nonostante le ambiguità della riforma del 1998, dopo il decreto riprese con vigore l'intervento legislativo regionale con una «*legislazione copiosa e variegata, che sfrutta l'occasione comunque offerta alle regioni dal d.lgs. n. 112/1998, con la previsione di interventi, soprattutto nello spettacolo dal vivo, sia in forma diretta, costi- tuendosi come operatori del settore, sia in forma indiretta*»[41].

Dopo la riforma costituzionale, anche il nuovo art. 117 non introduceva l'esplicita menzione della materia dello spettacolo. Così, la Corte costituzionale ha potuto oscillare tra interpretazioni che collocavano la materia nell'ambito della competenza legislativa residuale delle Regioni, delineandone tuttavia un ruolo del tutto marginale, e interpretazioni che richiamavano la *competenza concorrente* in tema di valorizzazione. Tuttavia, anche nel caso di riconoscimento della materia nell'ambito delle concorrenti competenze regionali di valorizzazione, il giudice costituzionale ha spesso legittimato una consistente "presenza" di normativa statale, di definizione di un livello legislativo "cornice" e di competenze ministeriali nel settore, in ragione della "strutturale inadeguatezza" del livello di governo regionale a soddisfare lo svolgimento delle complesse attività di disciplina e sostegno economico e di garantire agli operatori del settore risorse stabili, continue e prevedibili in condizioni di parità di trattamento[42]. In ogni caso, tale giurisprudenza ha sempre sottolineato il necessario rispetto, comunque di attrattiva delle funzioni a livello centrale, del

di singoli comparti. Quanto al secondo, numerose leggi prevedono interventi a sostegno delle attività teatrali di prosa, di progetti teatrali, nonché delle strutture organizzative, specie se stabili, destinate a sedi di attività di spettacolo, operazioni fideiussorie su mutui contratti da organismi teatrali».

[39] Cfr. IMMORDINO, CONTIERI, *op.cit.*, 103ss.

[40] Cfr. IMMORDINO, CONTIERI, *op.cit.*, 105ss., 109ss., 113ss: «*La legge del 1995, quindi, da un lato configurava lo spettacolo come materia di competenza concorrente; dall'altro rimetteva all'interesse nazionale, quale parametro ormai di legittimità, la delimitazione delle funzioni e quindi, la conformazione del ruolo delle regioni*», e ancora: «*l'art. 156 del d.lgs. n. 112/1998, l'unico in materia di spettacolo, non contiene norme atte a tracciare linee di demarcazione certe tra l'intervento riservato all'amministrazione statale e quello spettante alle autonomie territoriali*».

[41] Cfr. IMMORDINO, CONTIERI, *op.cit.*, 124ss. e 126: «*L'altra tesi, propugnata dalla prevalente dottrina… e poi definitivamente consacrata dal Giudice costituzionale ha ricondotto invece lo spettacolo, in considerazione dell'affinità dei contenuti, entro i confini della materia attività culturali, intesa in senso lato – comprensiva, cioè, di «tutte le attività riconducibili alla elaborazione e diffusione della cultura» – enumerata tra quelle di competenza concorrente (art. 117, comma 3, Cost.), con riserva allo Stato della fissazione con legge dei principi fondamentali della disciplina. Con la conseguenza che, in attesa della loro ricognizione, le regioni potevano legiferare «nel rispetto dei principi fondamentali comunque risultanti dalla legislazione statale in vigore».*

[42] Cfr. IMMORDINO, CONTIERI, *op.cit.*, 128: «*La questione relativa alla collocazione costituzionale dello spettacolo ai fini del riparto di competenza Stato-regioni si giocava dunque, anche sull'equilibrio tra le ragioni dell'autonomia, da un lato, l'esigenza di garantire ai produttori del settore le aspettative circa la continuità e la stabi lità delle risorse finanziarie loro destinate, dall'altro*».

ISSN 2036-7821

principio di leale collaborazione con le Regioni[43]. In questa prospettiva, si ritrova anche la *ratio* della successiva legge n. 82/2003.

Così la giurisprudenza costituzionale e le analisi della dottrina delineano il riparto di competenze concorrenti nel nuovo sistema costituzionale: « *dalla collocazione dello spettacolo nell'ambito della promozione e dell'organizzazione delle attività culturali, di competenza concorrente, sembrerebbe discendere il trasferimento integrale di tutte le relative funzioni (in una con il personale, le risorse, gli apparati, ecc.) alle regioni e agli enti locali*»; d'altro canto, «*se le attività di spettacolo costituiscono altrettanti comparti produttivi che intersecano il mercato…una competenza statale di carattere finanziario…va sicuramente mantenuta…Fatti salvi, ovviamente, quei meccanismi di concertazione paritaria*»[44].

Dopo la definizione delle competenze operata dalla Corte, la legislazione regionale ha potuto svilupparsi anche esplorando ambiti nuovi, come il sostegno delle attività cinematografiche attraverso le cd. *film commission* e i fondi per le produzioni audiovisive, oltre che nel riordino delle autorizzazioni all'apertura delle sale cinematografiche[45]. Nel tempo si sono così «*abbastanza consolidate alcune funzioni regionali, quali quella di programmazione degli interventi sul territorio con cadenza tendenzialmente triennale e quella di sostegno finanziario, mentre ai Comuni sono state affidati compiti nelle attività culturali maggiormente legate ad uno specifico territorio, quali quelli musicali e teatrali, attribuendo, invece, tendenzialmente le funzioni relative al cinema al livello regionale*»[46].

E' poi opportuno ricordare che, come è noto, proprio il quadro giuridico specifico di questo settore ha permesso alla Corte costituzionale di analizzare se fossero ammissibili delle cd. «leggi-provvedimento» per il finanziamento della cultura, che si ponessero in contrasto con un sistema generale (e statale) di finanziamento ordinario (nel caso specifico, il Fondo unico per le arti dello spettacolo, FUS)[47].

L'istituzione del FUS era stata salutata come un riordino necessario dei finanziamenti

[43] Sembra opportuno ricordare, *ex multis*, la sentenza della Corte costituzionale dell'8-21 luglio 2004, n. 255. Secondo la Corte, la materia della "valorizzazione del patrimonio culturale e ambientale e della promozione e organizzazione delle attività culturali", presidio della potestà normativa concorrente, sarebbe "indubbiamente" in grado di includere azioni a sostegno degli spettacoli, considerando solo i limiti che possano derivare, indirettamente, da materie di esclusiva competenza statale come, ad esempio, la tutela. Per «attività culturali» si intende in realtà qualsiasi attività riguardante l'elaborazione e la diffusione della cultura, senza che vi sia spazio per ritagliare singole partizioni come lo spettacolo. La sentenza respinge definitivamente la posizione interpretativa che configurava una competenza residuale per le Regioni. La questione è stata anche oggetto di più recenti pronuncie della Corte costituzionale, in linea con questo orientamento: C. Cost., 07 marzo 2018, n. 71, e 17 ottobre 2023, n. 193. Cfr. IMMORDINO, CONTIERI, *op.cit.*, 30ss.

[44] Cfr. IMMORDINO, CONTIERI, *op.cit.*, 136.

[45] Cfr. IMMORDINO, CONTIERI, *op.cit.*, 150ss. e 233ss.

[46] Cfr. IMMORDINO, CONTIERI, *op.cit.*, 152. Cfr. anche 226ss. e 230ss. sul finanziamento locale degli spettacoli dal vivo.

[47] Cfr. C.Cost., 26 aprile 2022, n. 186. Sulla decisione, *ex* multis, cfr. L. TRIPODI, *Il Tribunale dichiara il finanziamento "extra-FUS" al teatro Eliseo "incongruo", "sproporzionato" e capace di falsare la libera concorrenza*, Nomos, 3-2022.

in materia, superando la frammentazione dei regimi e in attesa di un riordino normativo per comparti delle molteplici attività del settore (cinematografia, attività musicali, danza, teatro, attività circensi e dello spettacolo viaggiante), che incidesse anche sui criteri per definire le quote di ripartizione tra i diversi settori[48]. Così, alcune forme di spettacolo, come per gli enti lirici sinfonici, hanno tradizionalmente mantenuto una stabile e prevalente quota di assorbimento delle risorse. Emergeva la contraddittorietà, inoltre, di un sistema che non era in grado di distribuire risorse secondo effettivi criteri di premialità, che andassero oltre meccanismi certificativi dei beneficiari. Dal 2014, a seguito del "decreto Cultura" (DM 1 luglio 2014), i criteri e le modalità di concessione dei contributi FUS venivano regolati da specifici decreti ministeriali di ripartizione dei contributi tra i vari settori, mantenendo le maggiori criticità del sistema nella sua «tendenziale rigidità», nella prevalenza dei fondi a favore delle fondazioni lirico-sinfonico, nella «mancanza di trasparenza», nella scarsa diffusione di indicatori di *performance*, nella mancata definizione del quadro di raccordo tra Stato e Regioni, dopo le sentenze della Corte Costituzionale del 2004, sui sistemi di programmazione e ripartizione dei finanziamenti statali e regionali, in attuazione dell'art. 156 del D.Lgs. 156/1998[49]. Così, «*Il tema del riparto di competenze tra Stato e regioni nella materia dei finanziamenti allo spettacolo dal vivo è tutt'ora irrisolto, in bilico tra una opzione di tipo centralistico, attenuato dal principio di leale collaborazione, e una soluzione autonomistica tendente a ripartire il fondo tra le regioni*»[50].

A conclusione di queste brevi riflessioni, si po' ricordare come l'ordinamento italiano dello spettacolo sia ancora alla ricerca di meccanismi di raccordo e di cooperazione efficaci tra Stato, Regioni e autonomie, sui sistemi di programmazione e ripartizione dei finanziamenti statali, regionali e locali, in attuazione dell'art. 156 del D.Lgs. 156/1998.

Il modello delle aree culturali sassoni potrebbe offrire alcuni suggestioni per la riforma del sistema, poiché suggerisce la creazione di 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. Il modello giuridico di 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 o la disciplina dei servizi pubblici di rilevanza economica e quella dei servizi sociali[51]. A

[48] Cfr. IMMORDINO, CONTIERI, *op.cit.*, 153ss.
[49] Cfr. IMMORDINO, CONTIERI, *op.cit.*, 358ss.
[50] Cfr. IMMORDINO, CONTIERI, *op.cit.*, 361.
[51] Sugli ambiti territoriali ottimali in materia ambientale, previsti innanzitutto nelle parti III e IV del D.Lgs. 152/06 in relazione al ciclo dei rifiuti e al servizio idrico integrato, o sulle aggregazioni in ambiti nella disciplina

tal scopo, potrebbero configurarsi le "aree culturali" come *fondazioni di partecipazione* regionali, spesso già presenti in alcune leggi regionali istitutive di *distretti culturali*[52],per il finanziamento della cultura e dello spettacolo, definendo un modello istituzionale stabile e uniforme. Un modello distrettuale come quello delle aree culturali differenziate supplirebbe alla mancanza di un meccanismo stabile e obbligatorio di cofinanziamento nazionale-regionale-locale tramite un meccanismo di perequazione, che potrebbe essere utile soprattutto in riferimento alle aree non urbane e alle attività culturali tradizionalmente prive di una pianificazione e distribuzione coerente, diffusa e duratura dei finanziamenti, come nel caso dello spettacolo dal vivo di rilievo locale (festival, teatri cittadini in centri medio-piccoli), che, come si è visto, necessità di coerenza, parità di trattamento e prevedibilità dei finanziamenti incidenti nel comunque nel "mercato dell'intrattenimento". Un modello distrettuale, inoltre, andrebbe ad incidere, come osserva la letteratura sui distretti culturali, anche sulla riorganizzazione complessiva della «filiera» culturale, così rilevante nel settore dello spettacolo (in particolare, nell'audiovisivo), con il collegamento con-attività turistiche-recettive, attività artigianali, attività strumentali allo spettacolo(attrezzistica, ecc.). In tal senso, si possono ricordare le finalità "di filiera" presenti nella legislazione regionale sulle *film commission*[53].

In ogni caso, sarebbe necessario verificare le specifiche condizioni per l'implementazione di un modello come quello sassone, ma lo spazio di questo scritto non lo consente. Innanzitutto, si può ipotizzare se le Regioni possano, con la legge regionale, implementare un sistema simile a quello sassone delle aree culturali anche in relazione allo spettacolo. Sarebbe sempre necessario mantenere la distinzione tra

---

dei servizi pubblici e nei servizi sociali, la letteratura è molto amplia. *Ex multis*, cfr. M. PASSALACQUA, *La regolazione amministrativa degli ATO per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, *Federalismi.it*, n.1/2016; M. DELSIGNORE, *Le aggregazioni nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2023, 308; L. GIANI, *Organizzazione territoriale dei servizi sociali: il livello ottimale delle prestazioni*, *Federalismi.it*, 16/2016; G. SCARAFIOCCA, *"In house providing", società mista e Ambiti Territoriali Ottimali*, *Federalismi.it*, 29/2022, 161; P. NOVARO, *Regolazione dei rifiuti urbani: pluralità di modelli regionali e problemi applicativi*, *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2019, 437; G. BAROZZI REGGIANI, *Servizi di pubblica utilità, regolazione e ambiti territoriali ottimali: l'evoluzione di un modello*, *Diritto e società*, 3/2018, 397; B. MERCURIO, *La distinzione tra funzioni di regolazione e gestione nella nuova disciplina sui servizi pubblici locali di rilevanza economica*, *Amministrativ@mente*, 3/2023, 1447.

[52] 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. Più precisamente, in questa letteratura si osserva che 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.

[53] Sulle *film commission*, *ex multis*, cfr. A. CONTALDO, T. TRIMARCHI, *La natura e la disciplina giuridica delle Film Commission, quali enti strumentali per lo sviluppo della produzione cinematografica sul territorio*, in *Il Diritto d'Autore*, 3, 2013 e M. IMMORDINO, A. CONTIERI, *passim*.

ISSN 2036-7821

tre livelli di finanziamento, articolando e modulando diversamente, in prospettiva distrettuale, anche il FUS: un livello nazionale per le istituzioni maggiori nei centri medio-grandi, distrettuale (attraverso risorse nazionali regionali e locali comuni o solo regionali) e un livello di finanziamento locale per iniziative di interesse esclusivamente locale. Si aprirebbe una prospettiva ancora diversa se la riorganizzazione distrettuale non fosse lasciata alle singole iniziative regionali, ma fosse prevista da legge statale di riordino, sul modello della regolamentazione degli ambiti territoriali in materia ambientale, che definisse uniformemente come possibilità o obbligo per le Regioni e le autorità locali di aggregare le competenze in organismi distrettuali obbligatori, che potrebbero assumere la forma di associazioni tra enti territoriali, ma anche fondazioni di comunità. La tutela dei principi di differenziazione, adeguatezza e sussidiarietà imporrebbe sempre tuttavia di garantire i compiti culturali di interesse esclusivamente locale per i Comuni medio-piccoli e la differenziazione, come per le aree culturali urbane sassoni, a favore delle 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 comparata sugli ordinamenti delle politiche culturali e dello spettacolo possa continuare a fornire un contributo significativo per la riforma del modello italiano delle politiche culturali nel settore dello spettacolo.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Appunti su autonomia contrattuale, rinegoziazione dei contratti pubblici, risultato

di **Fiorenzo Liguori**

(Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II)

Sommario

1. Autonomia contrattuale e diritto comune per lo svolgimento delle funzioni amministrative. – 2. La qualificazione pubblicistica delle procedure di scelta del contraente. - 3. I limiti all'autonomia contrattuale. La funzionalizzazione. - 4. L'art 8 del codice dei contratti pubblici e il divieto di prestazioni gratuite. - 5. Deviazioni dalla disciplina di diritto comune. Evidenza pubblica e clausole esorbitanti. – 6. La rinegoziazione come espressione del principio del risultato. - 7. Dalla sovrapposizione dei principi all'affermazione del principio realizzativo. – 8. Logica del risultato, manutenzione del contratto e diritto alla rinegoziazione. – 9. Il versante rimediale: cenni su giurisdizione e terzi. 10.- Per concludere.

Abstract

The contractual autonomy recognized for public administrations allows them to enter into any contract, even gratuitous ones, subject to the prohibitions expressly provided for by the code or by law. Along with general legal capacity, which entails the use of all the instruments provided by the legal system to pursue institutional purposes, public administrations also possess the capacity to act; but this is a functionalized capacity to act, that is, linked to the tasks each public administration is called upon to perform, and the performance of which includes both authoritative powers and other powers under common law, including contracts.

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

1. Autonomia contrattuale e diritto comune per lo svolgimento delle funzioni amministrative.

L' autonomia contrattuale riconosciuta alle amministrazioni pubbliche consente loro di concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice o dalle disposizioni di legge.

Insieme alla capacità giuridica generale, che comporta l' utilizzabilità di tutti gli strumenti che l'ordinamento contempla per il perseguimento dei fini istituzionali, le pubbliche amministrazioni sono dotate anche di capacità di agire; ma è una capacità di agire funzionalizzata, legata cioè ai compiti cui ciascuna pubblica amministrazione è chiamata ad adempiere ed il cui svolgimento ricomprende sia le esplicazioni autoritative, sia le esplicazioni diverse, di diritto comune, tra cui il contratto.

L'art. 8 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n.36 del 2023) enuncia i principi ora richiamati e si collega a un'altra norma di principio, molto discussa all'epoca della sua approvazione ma poi piuttosto trascurata, e ritenuta non molto rilevante se dalla prospettiva culturale ci si sposta a considerare anche gli effetti pratici: l'art. 1, comma 1 *bis*, aggiunto nel 2005, della legge 241 del 90, una delle poche leggi fondamentali del diritto amministrativo contemporaneo, che contiene una sorta di statuto dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e cittadini e nella quale trova spazio anche una disposizione di principio sul rapporto tra diritto privato e diritto pubblico, secondo la quale la pubblica amministrazione, nell'adozione degli atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente.

Posto che nell'armamentario giuridico delle pubbliche amministrazioni sono presenti sia strumenti di diritto speciale che strumenti di diritto comune, e che dunque diritto speciale e diritto amministrativo convivono, il principio dettato dall'art. 1 comma 1 *bis* mira a fornire le coordinate per stabilire quando si può (ovvero si deve) attingere al diritto comune; e chiarisce, o almeno così è parso, che tutte le volte in cui l'obiettivo o il fine pubblico si può perseguire con strumenti di diritto comune, dovrebbe prescegliersi questa strada, meno invasiva e più efficace. Il diritto speciale, in questa visione, è sì una risorsa essenziale, ma aggiuntiva, alla quale ricorrere nella logica della sussidiarietà, e perciò solo quando gli strumenti di diritto comune non sono in grado di far conseguire il risultato.

La norma però fa riferimento ad una possibile eccezione quando aggiunge "salvo che la legge disponga diversamente" (in merito all'utilizzo del diritto privato per l'adozione degli atti non autoritativi): anche se le amministrazioni sono in grado di conseguire il loro fine con gli strumenti di diritto comune, una legge può nondimeno disporre diversamente, qualificando in termini pubblicistici l'azione amministrativa.

2. La qualificazione pubblicistica delle procedure di scelta del contraente.

Non sembrano frapporsi ostacoli ad una scelta legislativa di questo tipo, che risulta

ISSN 2036-7821

in effetti praticata proprio con la disciplina dell'evidenza pubblica. Neppure nel diritto europeo, nel caso dei contratti pubblici, si possono rintracciare indicazioni in senso opposto, anzi si coglie un'attenzione alla tutela preventiva dei soggetti che aspirano ad aggiudicarsi una determinata commessa, che in effetti trova la sua espressione più efficace proprio nella strutturazione delle fasi della trattativa in atti amministrativi, con quel che ne discende in termini di garanzie per i c.d. terzi.

Il bando, sul piano strutturale, equivale ad un'offerta al pubblico, che è uno strumento di diritto civile, ed anche le fasi successive altro non sono, nella sostanza, che trattative dello stesso tipo di quelle che si svolgono tra privati. Nel nostro ordinamento nazionale, nondimeno, ogni passaggio procedimentale assume la veste dell'atto amministrativo: soluzione massimamente garantistica perché la formalizzazione di ogni singolo atto consente agli interessati e ai controinteressati di far valere le proprie ragioni rispetto ai singoli passaggi del procedimento, se lesivi: si possono così impugnare i bandi, si può ricorrere contro le esclusioni e le ammissioni, si può chiedere la tutela specifica, laddove la tutela privatistica si esaurisce sul piano risarcitorio.

Il diritto amministrativo è un diritto di garanzia perché dà tutela a tutti i soggetti coinvolti in una funzione amministrativa, non solo alle parti contrattuali. Vi sono atti che non sono amministrativi, per così dire, per natura, ma che sono qualificati tali per una scelta politica in direzione dell'accrescimento delle garanzie rispetto a quelle assicurate dal diritto privato: una scelta che la disposizione di principio (art. 1, comma 1 *bis*) autorizza. Epperò è sufficientemente chiaro che in questo modo il principio di (relativa) fungibilità tra diritto comune e diritto speciale risulta potenzialmente neutralizzato nel momento stesso in cui viene enunciato.

3. I limiti all'autonomia contrattuale. La funzionalizzazione.

L'autonomia contrattuale si esprime in tre direzioni: libertà di contrarre, di scegliere la controparte, di pattuire le condizioni contrattuali.

La libertà di contrarre del privato include l'autodeterminazione dei fini; che sono invece etero-imposti dalla legge: l'attività amministrativa, recita l'art. 1 della l. 241 del 1990, persegue i fini determinati dalla legge.

Non si tratta dunque di autonomia privata piena ma di capacità di agire anche con gli strumenti di diritto privato unicamente per finalità determinate dalla legge.

Il d.lgs. 175/2016, che ha riformato e riorganizzato la materia delle società pubbliche, è un esempio emblematico quando, all'art. 4, comma 1, stabilisce che "Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società".

A conclusione di un percorso che aveva visto le imprese pubbliche produrre di tutto,

ISSN 2036-7821

si è pervenuti, dunque, al divieto ora rammentato, dal quale si evince che il ricorso allo strumento societario è ammissibile solo in vista del perseguimento di finalità istituzionali, e solo se vi sono elementi per poterlo considerare la soluzione che meglio garantisce il conseguimento degli obiettivi.

4. L'art 8 del codice dei contratti pubblici e il divieto di prestazioni gratuite.

L'art. 8 del Codice dei contratti pubblici, dopo aver enunciato il principio di autonomia contrattuale della pubblica amministrazione, fissa anche il divieto di prestazioni di opera intellettuale a titolo gratuito.

Il primo comma, con una scelta pressoché obbligata, riconosce alla pubblica amministrazione una capacità negoziale generale, pur funzionalizzata alla cura di interessi pubblici. L'ordinamento ammette l'ingresso di norme e principi privatistici nell'ambito dell'attività amministrativa: è, per l'appunto, il caso dell'attività contrattuale delle amministrazioni, alla quale il Codice civile si applica in via diretta, in assenza di norme speciali derogatorie. Del resto, i principi di diritto comune applicabili all'attività amministrativa discendono anche dagli ordinamenti sovranazionali: così è, in particolare, per i principi di buona fede e correttezza affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue.

Ha, invece, portata eccezionale, il divieto di prestazioni di opera intellettuale a titolo gratuito, positivizzato *ex novo* e sancito in modo inequivocabile dalla *rubrica legis*. Il comma 2, ponendo, di fatto, un argine invalicabile all'autonomia contrattuale pubblica, attua il criterio direttivo di cui alla lettera L, art. 2 della legge delega n. 78/2022 sul divieto di prestazione gratuita dell'attività professionale, salvo che in casi eccezionali e previa motivazione. Il divieto è stato inteso in senso letterale e, pertanto, riferito esclusivamente alle prestazioni d'opera intellettuale di cui agli art. 2229 del Codice civile, per le quali opera la regola dell'equo compenso ex 2233 c.c. Per il resto, invece, vige la generale ammissibilità dei contratti gratuiti con la pubblica amministrazione. non aventi ad oggetto prestazioni intellettuali. Una generalizzata esclusione del contratto gratuito sarebbe, del resto, di dubbia compatibilità costituzionale e si porrebbe in contrasto con il diritto dell'Unione (cfr. la sentenza della Corte di Giustizia UE n. 367 del 2020) che ha affermato che sono contratti a titolo oneroso ai sensi della disciplina degli appalti europei anche quelli privi di corrispettivo di carattere puramente finanziario).Va ricordata, al riguardo, anche la sentenza del Consiglio di Stato, di poco precedente al Codice, la n. 7422/2021, nella quale si afferma che "nessuna disposizione vieta di regalare le proprie energie lavorative"; ma anche che "qualora lo si voglia fare lo si deve fare attraverso una procedura competitiva", in quanto la collaborazione con il MEF (oggetto del bando contestato in quel giudizio) è dal giudice ritenuta di per sé una remunerazione.

5. Deviazioni dalla disciplina di diritto comune. Evidenza pubblica e clausole

ISSN 2036-7821

esorbitanti.

L'art. 8 ribadisce il discrimine tra provvedimenti amministrativi, improntati al principio di stretta tipicità, e contratti della p.a., in ordine ai quali enuncia l'opposto principio dell'atipicità, salvi gli espressi divieti come quello dettato per i contratti derivati stipulati da Regioni ed Enti locali.

Viene in evidenza, al riguardo, la previsione di cui all'art. 11 c.c. a mente della quale "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".

L'affermazione del principio di autonomia contrattuale è ora specificata da una norma che indica come tassative le ipotesi di limitazione della capacità di agire, richiedendo una previsione legislativa in tal senso.

Il primo limite è che l'attività deve essere finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico specifico, compito attribuito dalla legge.

Il secondo limite impedisce di rivolgersi liberamente al mercato, e contempla come necessaria un'attività procedimentalizzata, circondata da molteplici garanzie.

Non si tratta perciò di autonomia, ma di discrezionalità: la struttura della contrattazione pubblica è bifasica: una fase amministrativa, per individuare il contraente, e l'altra, successiva alla stipulazione del contratto, esecutiva.

La prima fase è di diritto pubblico, scandita da tutta una serie di atti, che sono spesso immediatamente impugnabili davanti al giudice amministrativo, mediante i quali l'amministrazione spende il proprio potere discrezionale in via unilaterale.

La costruzione è a doppio grado, con una disciplina differente, dettata per l'una e per l'altra fase, come si evince ora anche dalla lettura dell'art. 12 del Codice vigente: "alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241", mentre "alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del Codice civile.".

La linea di demarcazione è, dunque, la stipulazione del contratto, ma la differenziazione non è poi così netta perché in realtà anche l'esecuzione del contratto è, per così dire, contaminata dalla logica della funzionalizzazione o comunque condizionata dall'utilizzo di risorse pubbliche.

Vengono in evidenza le previsioni legislative di "clausole esorbitanti". È il caso dell'art. 121, in tema di sospensione dell'esecuzione del contratto, concepita come un potere, riconosciuto a una sola parte contrattuale, con evidenti elementi di discrezionalità

Anche la prescrizione in tema di recesso (art. 123), istituto di diritto privato, è sbilanciata, posto che contempla la libertà di recesso per una sola delle due parti, a tutela dell'interesse pubblico.

L'art. 122, poi, prevede che le stazioni appaltanti possono sciogliere il contratto di appalto senza limiti di tempo: un potere che sembra potersi ricondurre nell'ambito dell'autotutela, l'espressione più forte della specialità del diritto amministrativo.

ISSN 2036-7821

La risoluzione per inadempimento sembra dunque una ipotesi di attività autoritativa, ancorché non autenticamente discrezionale, considerato che non vi sono spazi di reale autodeterminazione, ma solo l'accertamento della ricorrenza di una delle ipotesi tassativamente previste.

La funzionalizzazione dell'autonomia privata delle pubbliche amministrazioni nell'ordinamento nazionale si manifesta anzitutto sul versante relativo alla scelta del contraente, che in altri paesi è considerata di diritto comune mentre in Italia è disciplinata come un'attività procedimentalizzata e si esprime con atti e provvedimenti amministrativi.

La funzionalizzazione si riverbera però anche nella fase a valle: non è del tutto vero che dopo l'aggiudicazione si ricada totalmente nell'area del diritto privato "paritario", perché nella successiva fase di esecuzione vigono le cd. "clausole esorbitanti", che riconoscono al committente pubblico una posizione di privilegio.

Anche nella fase dell'esecuzione del contratto sono riconosciute prerogative speciali alla pubblica amministrazione, specifici poteri di intervento unilaterale riconducibili alla logica autotutela. L'esercizio di tali poteri può incidere, anche con effetto risolutivo, sul rapporto obbligatorio costituito con il contratto.

Pure in diritto privato si danno, per vero, situazioni sbilanciate, come nel caso dei diritti potestativi stragiudiziali, in forza dei quali si può incidere sulla sfera di un altro soggetto senza il suo consenso e senza ricorrere preventivamente al giudice, ma si tratta di eccezioni.

Che si tratti di poteri tradizionali o – come ha ritenuto qualche recente pronuncia in tema di recesso – di diritti potestativi, quel che è certo è che l'autonomia è condizionata anche nella fase esecutiva, perché il perseguimento dell'interesse pubblico è pur sempre la ragione dell'azione della p.a. e, per essere efficace, richiede capacità speciali di decisione unilaterale.

6. La rinegoziazione come espressione del principio del risultato.

Sul versante dell'esecuzione assume un particolare rilievo l'enunciazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale e la disciplina della cosiddetta rinegoziazione (art.9 del Codice dei contratti pubblici).

La disposizione di principio è molto più innovativa rispetto all'art. 8 e si può leggere come la più significativa espressione del principio del risultato (Cerulli Irelli). La previsione in tema di riequilibrio, che sovverte la disciplina di diritto comune, appare come quella in cui il principio realizzativo finale ispira nella maniera più diretta la stessa disciplina codicistica, laddove in altri ambiti la concretizzazione del principio è fondamentalmente rimessa all'azione delle amministrazioni.

Nella fase della formazione, il principio del risultato si traduce, in definitiva, nella aggiudicazione del contratto al miglior offerente, sotto il profilo della bontà dell'offerta in termini economici e tecnici, da parte di un operatore economico che

ISSN 2036-7821

presenti i requisiti richiesti, che non sia colpito da cause di esclusione, nel rispetto della concorrenza tra operatori economici, etc... Si tratta, dunque, di giungere, nel tempo più rapido e nel modo più corretto, alla stipulazione del contratto.
Nella fase della esecuzione, il risultato da raggiungere non è una "utilità giuridica", ma un risultato economico, un fatto (Cerulli Irelli): realizzare l'opera nel tempo previsto e nel modo tecnicamente perfetto, prestare il servizio a sua volta nei tempi e con le modalità previste. Se, nella fase di aggiudicazione, il risultato è principalmente nelle mani della stazione appaltante, nella fase esecutiva è affidato essenzialmente all'azione dell'operatore economico, il quale, per potere operare correttamente e in maniera tale da raggiungere il risultato (il compimento dell'opera, l'espletamento del servizio), ha necessità che l'equilibrio economico del contratto sia mantenuto nel corso dell'esecuzione. Nella fase dell'esecuzione è, dunque, coerente con la vigenza del principio del risultato, la previsione di strumenti idonei ad assicurare nei limiti consentiti, "la vitalità dell'impresa che il risultato deve produrre" (Cerulli Irelli).

7. Dalla sovrapposizione dei principi all'affermazione del principio realizzativo.
Nel Codice del 2023 l'affermazione del principio del risultato, insieme con i principi della fiducia e dell'accesso al mercato, ha, nelle intenzioni del legislatore, il compito di orientare l'interpretazione e l'applicazione dell'intero Codice, oltre a trovare sviluppo in disposizioni di dettaglio. Va da sé che non sempre sarà possibile conciliare i tre principi, che potranno entrare in conflitto tra loro: per queste evenienze il legislatore indica che debba prevalere il principio del risultato, anche se dovesse essere conseguito con il sacrificio di qualche regola di carattere formale.
La direzione da seguire è indicata, ma ciò non significa che gli altri principi possano essere sacrificati senza limiti. Come sempre accade nell'esercizio del potere discrezionale, vi è da compiere un bilanciamento, che però il Codice orienta decisamente nella direzione della scelta che meglio si accorda con il conseguimento del risultato (Napolitano).
È proprio questa la funzione della codificazione dei principi, dell'indicazione della triade risultato-fiducia-accesso al mercato e della priorità all'interno di questa attribuita al risultato: dettare criteri chiari e non contraddittori per l'esercizio del potere discrezionale (ri)attribuito alle stazioni appaltanti.
La scelta discrezionale, secondo la visione tuttora prevalentemente professata, è frutto della comparazione-ponderazione degli interessi in gioco. Tra questi va individuato l'interesse primario, quello cioè per la cui specifica soddisfazione il potere è attribuito, ma le vicende amministrative sono complesse e di norma contraddistinte anche dalla presenza di interessi secondari, che rilevano giuridicamente anch'essi, segnatamente nel senso che il loro sacrificio, se necessario per soddisfare l'interesse primario, deve essere contenuto al livello minimo indispensabile.

ISSN 2036-7821

Il fatto è che in questa materia si è sofferto di una significativa incertezza nella comprensione di quale sia l'interesse primario da soddisfare, anche per effetto dei frequenti cambiamenti di rotta proprio su questo profilo essenziale e preliminare.
La legislazione contabilistica nazionale di circa un secolo fa, nell'ambito della quale erano disciplinati i contratti pubblici, mirava alla tutela dell'erario. Quella europea a promuovere la concorrenza e, nel nostro Paese, si è registrata la tendenza a massimizzare le indicazioni europee: la concorrenza è stata così percepita come un valore assoluto.
Poi però l'UE ha preso ad interessarsi anche ad altri aspetti, come la protezione dell'ambiente, la sostenibilità, come nel caso degli appalti verdi, pensati per conciliare l'interesse alla realizzazione dell'opera (o alla fornitura o al servizio) con l'interesse alla tutela dell'ambiente.
Sul piano nazionale, inoltre, le istanze della trasparenza e della prevenzione dei fenomeni corruttivi si sono progressivamente imposte fino a diventare prioritarie, con scelte che talvolta, come rilevato dalle Corti europee, hanno anche comportato il sacrificio della concorrenza.
Interessi diversi si sono dunque sovrapposti, entrando pure tra loro in conflitto, senza che ne fosse con chiarezza indicato l'ordine gerarchico. Il Codice del 2023 vorrebbe superare queste incertezze e fornire indicazioni chiare per orientare l'interprete, che si possono così riassumere:
a. L'interesse primario è individuato nella soddisfazione del committente: conseguire il bene in tempi celeri, garantendo l'equilibrio tra costi e benefici.
b. Gli altri interessi, connessi a finalità di utilità sociale, come la protezione dell'ambiente e la sostenibilità, non possono mai assurgere a scopi principali dell'amministrazione per contratti: si tratta di finalità che non compaiono nei tre principi fondamentali e neppure in quelli ulteriori.
c. La stessa concorrenza non è un fine, ma un mezzo per conseguire il risultato, come definito dall'art.1, co.1.
d. La trasparenza non è più un principio sovraordinato a tutti gli altri: è sì indicata tra i principi, ma si aggiunge che si tratta di uno strumento per conseguire semplicità e celerità.
Il rilievo espressamente attribuito al risultato esplicita, in verità, un carattere essenziale della funzione amministrativa, che non deve certo servire a costruire meccanismi astratti perfettamente legittimi ma incapaci di portare a realizzazioni tempestive ed efficaci. La sovrapposizione di finalità e interessi diversi prodottasi nel tempo ha, nondimeno, fatto avvertire l'esigenza di un chiarimento esplicito in punto di gerarchia tra le diverse istanze, attribuendo il primato al risultato: si tratta di una consapevole operazione politica, il cui obiettivo è sostituire il sospetto con la fiducia da riconoscere all'amministrazione che opera in funzione realizzativa di opere e di servizi.

Le conseguenze, tuttavia, sul versante delle procedure di aggiudicazione, non possono essere particolarmente incisive.

Vi può essere, e le nuove norme vanno in questa direzione, un poco di elasticità in più in tema di soccorso istruttorio, di offerte anomale, e soprattutto di affidamenti diretti. Quanto a questi ultimi, si è ormai fatta largo l'idea, fin qui guardata con sospetto, che non sempre il miglior modo di procedere in vista del risultato coincide con l'indizione di una gara formalizzata, né con l'esclusione di tutti i concorrenti per vizi formali. Con riguardo a profili diversi da quelli ora menzionati non vi è, invece, molto da innovare nel nome del risultato; e si ha l'impressione che si tenda per lo più a ricondurre al risultato soluzioni alle quali si potrebbe pervenire anche senza ricorrere a questo "nuovo" principio-slogan.

Può valere come esempio una decisione del Consiglio di Stato, molto valorizzata nel tentativo di comprendere l'esatta portata del principio, la n. 2866/2024.

Si legge in questa decisione che "il risultato concorre a integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo, facendo transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che finora si pensavano attenessero al merito e fossero come tali insindacabili". Nella specie, il risultato atteso dall'operazione amministrativa è individuato, desumendolo dalla legge di gara, dalla fornitura in opera perfettamente funzionante delle apparecchiature di cui si richiede la fornitura. Il Consiglio di Stato conferma l'accoglimento del ricorso di una concorrente che aveva impugnato l'aggiudicazione ad altro concorrente del contratto per la fornitura e l'installazione di sistemi di anestesia e relativo materiale di consumo. La gara prevedeva la fornitura di cestelli di calce sodata monouso o riutilizzabile. L'aggiudicatario li aveva forniti del secondo tipo, ma per il loro funzionamento sarebbe stata necessaria la fornitura a parte di un materiale (calce sodata). Prima il TAR, poi il Consiglio di Stato, hanno accolto il ricorso ritenendo che un'offerta siffatta andasse esclusa perché richiedeva tempi e costi supplementari per il funzionamento delle attrezzature, non consentendo di cogliere il risultato costituito da una fornitura in opera perfettamente funzionante.

Viene però da chiedersi se per arrivare ad una tale ineccepibile conclusione sia davvero necessario evocare il principio del risultato. E se occorra una così puntuale esegesi della legge di gara per assodare che ci si rivolge al mercato per comprare qualcosa che funzioni subito bene, senza costi aggiuntivi.

L'immanenza dell'interesse alla realizzazione tempestiva, economica ed efficace è già nell'art. 97 della Costituzione e nel principio di proporzionalità, per non dire nel senso comune delle cose (concetto troppo vago e male utilizzato in epoche infauste per essere disinvoltamente evocato). Ma certo ci sono tanti modi di dire, anche più aulici o più moderni, per esprimere il concetto intuitivo che occorre fare presto e bene. Il risultato è uno di questi, ma la sua proclamazione come principio-guida non

ISSN 2036-7821

può incidere più di tanto nella fase dell'aggiudicazione.
In realtà, a ben vedere, è proprio perché il principio non è nuovo che si può considerare ammissibile la sua codificazione e la sua esplicazione nell'art. 9, pur in assenza di una specifica previsione nella legge delega (nonché nella direttiva europea) che, in effetti, non contiene alcuna delega a dettare qualsivoglia principio (Cerulli Irelli).

8. Logica del risultato, manutenzione del contratto e diritto alla rinegoziazione.
Il terreno dove può meglio esprimersi la logica del risultato è invece quello dell'esecuzione, che è anche il più effettivamente problematico, quello dove i tempi si dilatano maggiormente.
Con riguardo alla fase esecutiva del contratto la rinegoziazione è il principale strumento innovativo pensato per conseguire il risultato.
Le disposizioni del Codice civile in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta risultano in effetti sovvertite: siamo di fronte ad una nuova ed ulteriore deviazione, assai significativa, dalla disciplina di diritto comune.
Mentre l'art. 1467 c.c. prevede, in applicazione della clausola *rebus sic stantibus,* come regola generale, la risoluzione del contratto al sopraggiungere di un mutamento della situazione di fatto che renda la prestazione di una delle parti eccessivamente onerosa (fatta salva la eventuale richiesta della parte conto la quale la risoluzione è domandata di modificare equamente le condizioni del contratto), il nuovo codice dei contratti pubblici eleva invece a principio generale il *favor* per la conservazione del rapporto e per il completamento della realizzazione in atto, riconoscendo il diritto alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali, il cui disequilibrio sia determinato dal sopraggiungere di circostanze straordinarie e imprevedibili (nei limiti, però, della provvista finanziaria disponibile).
Va detto, peraltro, che l'istituto della rinegoziazione ha da qualche tempo trovato cittadinanza anche nei rapporti tra soggetti privati in sede di contrattazione internazionale: i principi *Unidroit* prevedono infatti espressamente la rinegoziazione dei contratti, mai recepita nel Codice civile. E del resto è ben viva in dottrina quella linea che fa rientrare la rinegoziazione nell'ambito del più generale principio di buona fede e nella ispirazione solidaristica dell'ordinamento costituzionale.
Così come va ricordato che proprio per l'appalto privato, all'art. 1664, comma 2, è contemplata- con riferimento ai soli fenomeni naturali- una qualche forma di rinegoziazione mediante il riconoscimento del diritto dell'appaltatore ad un "equo compenso" (Comba) . Si tratta tuttavia di una disciplina che, ancora una volta in ragione del principio di specialità delle regole sui contratti pubblici, non è ritenuta applicabile agli appalti pubblici (parere ANAC 13.9.2022 e giurisprudenza ivi citata).
A parte, dunque, la specifica e limitata previsione di cui al citato secondo comma dell'art.1664, nessuna norma positiva del vigente ordinamento prevede il diritto alla

rinegoziazione in capo al contraente che ha subito gli effetti dell'alterazione dell'equilibrio originario. Vi sono solo principi di elaborazione dottrinale, con qualche minimo seguito nella giurisprudenza di merito .

È perciò certamente innovativa la disciplina contenuta nel nuovo codice dei contratti che adotta tale soluzione, auspicando per di più l'inserimento di clausole di rinegoziazione nei contratti da stipulare.

In diritto privato l'esito normale, salvo eccezioni, è la risoluzione; in diritto pubblico, invece, l'ipotesi normale è ora il riadattamento del rapporto, tutte le volte in cui sia finanziariamente possibile, e senza intaccare la *par condicio*.

L'art. 9 si esprime in termini di diritto alla rinegoziazione ed il rinvio agli artt. 60 e 120 rivela la volontà del legislatore di delineare un rapporto contrattuale basato sul riconoscimento di un tale diritto in presenza di presupposti da accertare in termini oggettivi.

L'art. 60 ora prevede l'obbligo- non più la facoltà, come nel codice del 2016- di inserire clausole di revisione prezzi che si attivano al verificarsi di "particolari condizioni di natura oggettiva", mentre l'art. 120 ammette le modifiche del contratto, a prescindere dal loro valore economico, senza necessità di avviare nuove procedure di aggiudicazione in presenza di "clausole chiare, precise e inequivocabili" nei documenti di gara, oltre che nei casi di sopravvenienze non prevedibili. Ed il comma 4 dell'art. 9 prevede che "le stazioni appaltanti favoriscono l'inserimento nel contratto delle clausole di rinegoziazione".

L'utilizzo di clausole generali come il "disequilibrio" e le "circostanze straordinarie ed imprevedibili" potrebbe in verità dare adito a letture che ravvisino margini di apprezzamento discrezionale in capo all'amministrazione, con la conseguente qualificazione della posizione del contraente privato in termini di interesse legittimo, benché la rinegoziazione sia definita come un diritto dall'art.9.

Il Codice appare tuttavia chiaramente orientato a richiedere la specificazione di questi concetti, con un integrale esaurimento della discrezionalità amministrativa in sede di predisposizione delle regole di gara, sia per le condizioni oggettive che determinano la revisione prezzi che per le altre ipotesi che legittimano le modifiche e che o sono dettagliate dall'art.120 o vanno previste in "clausole chiare, precise e inequivocabili".

La regola è, dunque, che la rinegoziazione trovi il suo ancoraggio in clausole previste dal contratto stesso, come espressamente si richiede per la revisione prezzi e nella lett. a) dell'art. 120. In questo modo la rinegoziazione viene introdotta con modalità idonee a tutelare la *par condicio*, posto che della previsione di una tale clausola e dei suoi contenuti tutti i partecipanti sono edotti dalla lettura dei documenti di gara.

Il principio del riequilibrio contrattuale è così rivolto non solo ad orientare l'esercizio in concreto della accresciuta discrezionalità delle stazioni appaltanti, ma anche, e forse soprattutto, a richiedere ad esse, coerentemente con quanto prescrive la

direttiva 24 del 2014 al considerando 11, di esaurire ogni profilo discrezionale in fase di elaborazione unilaterale delle regole del rapporto, in modo da assicurare all'operatore privato certezze in ordine ai fatti costitutivi del "diritto alla rinegoziazione".
Pure questa previsione richiede dunque un impegno supplementare delle stazioni appaltanti. E c'è il rischio che, anche per questo motivo, rimanga lettera morta, attingendo nella prassi al rimedio della rinuncia preventiva, espressamente contemplato dall'art. 9 (Vinti).
Rileva, nondimeno, il dato che quello che si concepiva come un interesse legittimo del privato al riequilibrio del sinallagma è dal Codice del 2023 inquadrato come una vera e propria pretesa all'adempimento delle clausole contrattuali che devono disciplinare in dettaglio le sopravvenienze. La pretesa dell'appaltatore dovrebbe, nel nuovo sistema, maturare in maniera automatica al verificarsi delle condizioni oggettive previste dalla norma, assumendo, dunque, la consistenza di un vero e proprio diritto soggettivo.

9. Il versante rimediale: cenni su giurisdizione e terzi.

L'art. 120 prevede anche il procedimento da seguire per far valere il diritto alla rinegoziazione e consente alla parte privata di agire in giudizio attribuendo al giudice un potere di eteronormazione. La parte che si ritiene danneggiata dal disequilibrio non ha, dunque, diritto soltanto a una risposta, anche negativa e da impugnare, ma può chiedere direttamente al giudice l'adeguamento del sinallagma.
La decisione del giudice dovrà valutare sia la sussistenza dei presupposti della rinegoziazione (circostanze sopravvenute e imprevedibili tali da turbare profondamente l'equilibrio contrattuale; onerosità eccedente la normale alea) sia l'accettabilità per l'altra parte delle nuove condizioni offerte, che dovranno essere eque e tali da consentire il rispetto dell'equilibrio originario del contratto .
Il procedimento dovrà svolgersi secondo il seguente schema: la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo (e non giustifica di per sé la sospensione dell'esecuzione del contratto); il RUP provvede a formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi; poi, nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originale, salva la responsabilità per violazione dell'obbligo di rinegoziazione.
È dunque essenziale il ruolo del RUP, competente a formulare la proposta entro il termine di tre mesi, nell'ambito di trattative che dovranno essere naturalmente contraddistinte dalla correttezza e dalla buona fede. Del resto, lo sbocco non è più, come un tempo, semplicemente l'impugnazione della risposta negativa oppure del silenzio della pubblica amministrazione davanti al giudice amministrativo. Ora è invece prevista la proponibilità diretta dell'azione di rinegoziazione davanti al

ISSN 2036-7821

giudice, che non può che essere il giudice ordinario, al quale è attribuito il compito di etero-regolamentare il rapporto, integrando la originaria disciplina contrattuale alla luce degli elementi emersi nel procedimento e nel processo.
Un potere, questo, che suscita qualche perplessità in una visione pura della giurisdizione, che non tollererebbe queste intromissioni. La scelta del Codice è nondimeno chiara: il giudice ha il potere di stabilire quale è la rinegoziazione equa.
Vi è, peraltro, qualche nodo da sciogliere: l'art. 9 fa riferimento sia alla revisione prezzi che alle modifiche dei contratti in corso di esecuzione, ma per la revisione prezzi è teoricamente ancora in vigore la norma che attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva al riguardo. Si potrebbe opinare che questa previsione della giurisdizione esclusiva sulla revisione prezzi attragga presso il giudice amministrativo anche le questioni in tema di rinegoziazione.
In realtà si tratta di questioni di diritto delle quali va investito il giudice ordinario, anche se è facile prevedere che si aprirà una discussione e ci sarà da risolvere qualche equivoco già sorto nel solco dei barocchismi che, specialmente in materia di giurisdizione, si continuano a coltivare. È vero che la rinegoziazione non può intaccare la *par condicio*; ed è vero anche che la posizione dei terzi, essenziale nella logica multipolare della funzione amministrativa, è meglio tutelata dalla giurisdizione amministrativa; ma non è questa la soluzione in questo caso prescelta: se vi saranno deviazioni dalle regole del rapporto occorrerà rivolgersi al giudice ordinario per ottenere tutela, anche inibitoria, oltre che risarcitoria.
Questa è l'ossatura dell'articolo 9, e quelle indicate le conseguenze più importanti che la nuova disciplina può produrre. Nella norma, come detto, non c'è soltanto, come per tutti i principi enunciati, il riconoscimento in capo alle pubbliche amministrazioni di un potere decisionale, ma anche l'affidamento alle singole pubbliche amministrazioni del compito di risolvere la tematica della rinegoziazione inserendo "a monte" pattuizioni chiare, per modo che poi, quando si dovessero verificare le circostanze in esse contemplate, vi sia spazio solamente per un'attività applicativa. Nel momento in cui si riconosce, come per tutti gli altri principi, un potere discrezionale, si richiede anche che venga speso in via preventiva, affinché poi, nell'ambito del rapporto contrattuale, tutto possa essere ricondotto alla logica dell'adempimento di specifiche pattuizioni.
Il rischio è che queste innovazioni, proprio perché realmente significative e in grado di far emergere, assai più che nella fase di aggiudicazione, la logica del risultato, vengano "rifiutate" dalle singole pubbliche amministrazioni, cui è riconosciuta pur sempre la possibilità di inserire clausole automatiche di rinuncia preventiva.

10. Per concludere.

La disposizione in tema di riequilibrio contrattuale si può, dunque, ritenere come la più autenticamente significativa applicazione del principio del risultato; un principio

che, quando riferito all'ambito delle procedure di aggiudicazione, ha prodotto elaborazioni essenzialmente sul piano teorico e definitorio, ma modeste ricadute concrete.

È sempre consigliabile un atteggiamento cauto di fronte a questi fenomeni. Ricordo che nel 1990, quando entrò in vigore la legge 241/90 la norma più innovativa era da molti individuata nell'articolo 11 in tema di accordi sostitutivi del provvedimento: una norma che ribaltava il dogma della non negoziabilità del potere amministrativo. Furono versati fiumi di inchiostro, si distrussero e si crearono intere biblioteche giuridiche, epperò gli accordi restano un modello eminentemente astratto, mentre si continua a preferire "l'ombrello protettivo" che il provvedimento amministrativo dovrebbe garantire. L'idea della trattativa sulla funzione amministrativa è ancora vista come foriera di pericoli e di rischi, anche se c'è una legge che dal 1990 la canonizza e la addita finanche come soluzione da preferire.

Anche per il risultato, almeno fin qui, molta letteratura e pochi fatti concreti.

La giurisprudenza, invocando il risultato, perviene, come detto, a soluzioni che si sarebbero potute praticare anche senza richiamare un tale principio. Nell'ambito dell'esecuzione, invece, la logica del risultato potrebbe rivelarsi in grado di produrre cambiamenti concreti poiché di fronte all'alternativa tra demolizione e manutenzione del contratto esprime una opzione forte nel secondo senso, almeno fino al limite massimo della violazione del principio di *par condicio*.

Ma è tutta da verificare la presa sulla realtà di una così significativa innovazione.

Riferimenti giurisprudenziali essenziali:

Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2866/2024;
Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 7422/2021;
CGUE, 10 settembre 2020, C-3672019;

Riferimenti bibliografici essenziali:

E. Boscolo, *Stabilità e adattamento nei rapporti concessori tra revisione e autotutela*, in *Riv. Giur. Edil.*, n. 4/2022.
V. Cerulli Irelli, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Contratto e impresa*, n. 3/2024.
M.E. Comba, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattale*, in *Giur. it.*, n. 8-9/2023.
G.D. Comporti, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Dir. econ.*, n. 1/2024.
F. Fracchia, Il principio di risultato, in F. Cusano, (a cura di), Scritti in onore di Paolo Urbani, Milano, 2025.
A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, E.S., 2012.
F. Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002.
P.G. Marasco, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e impresa*, n. 2/2005.
P. Patatini, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023.
S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema di codice dei contratti pubblici*, in Diritto e società, 2022.
A. Rallo, *Appunti in tema di rinegoziazione degli accordi sostitutivi di provvedimenti*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/1993.
S. Vinti, *L'implosione del riequilibrio contrattuale*, in *Federalismi.it*, n. 8/2025.
L.Iannotta, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999.
F. Liguori, P. La Selva, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in CERIDAP, n. 3/2023.
M. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *federalismi.it*, n. 9/2024.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La sovranità digitale nell'ambiente urbano e nell'ambiente ambiente esteso

di Andrea Marco Colarusso

(Ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma "Foro Italico")

Sommario

1. Ambiente urbano e ambiente esteso. Dalla pianificazione al principio di integrazione. –
2. L'evoluzione tecnologica come strumento di *governance* integrata. L'ambiente digitale.
3. Sovranità digitale: livelli, strumenti e (nuovi) vincoli di legalità.

Abstract

The article explores the relationship between the urban environment and the "extended" environment, arguing that environmental protection increasingly requires an integrated, territorially-oriented approach. Focusing on the principle of integration, it examines how data-driven governance can support preventive, adaptive and participatory environmental policies, provided that legality and fundamental rights are effectively safeguarded. Particular attention is devoted to digital sovereignty as a condition for sustainable transitions: sovereignty over data (collection, access, reuse and cross-border transfers), infrastructures (cloud and cybersecurity), standards and interoperability, and decision-making processes (transparency, explainability and human oversight of automated systems).

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

1. Ambiente urbano e ambiente esteso. Dalla pianificazione al principio di integrazione.

1.1 L'ambiente urbano e l'ambiente esteso sono strettamente interconnessi e influenzano reciprocamente la qualità della vita delle persone, contribuendo a perseguire quello che può definirsi lo sviluppo sostenibile, sancito a livello normativo nell'art. 11 del TFUE, nonché nell'art. 3-*quater*, comma 1, del Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell'ambiente)[1].

Lo sviluppo sostenibile costituisce uno dei principi fondamentali della *governance* in materia ambientale e si riferisce ad una crescita capace di coniugare efficienza economica, equità sociale e tutela dell'ambiente, elementi indispensabili per garantire la qualità della vita, senza pregiudicare le generazioni future.

È stato rilevato che sono due le accezioni della nozione di sviluppo sostenibile che, in ambito nazionale, meritano di essere ricordate: *"la prima, più risalente, valorizza il legame intergenerazionale, che collega le generazioni più vecchie a quelle più giovani e le une e le altre a quelle future, in un quadro di tipo solidaristico, il cui ancoraggio può essere identificato in una lettura adeguatrice dell'art. 2 della Carta costituzionale: spazio-temporale e generazioni future integrano due pilastri dei quali si compone l'environmental sustainability"*; un'altra, invece, secondo cui *"lo sviluppo diviene, così, uno strumento di miglioramento qualitativo orientato verso il conseguimento del benessere (human wellbeing), circoscrivendo il ruolo esercitato dal GDP, che si limita a sommare consumi e investimenti, senza offrire alcuna indicazione sul capitale fisso e sul suo eventuale deprezzamento"*[2].

Volendo delineare in prima approssimazione l'aspetto definitorio del tema, si può affermare che l'ambiente urbano comprende gli spazi pubblici e privati, con prevalenza di manufatti abiotici e, ancora più in generale, si intende come un complesso di componenti ambientali (clima, geomorfologia del territorio, presenza di aree naturali e semi-naturali, etc.), sociali (popolazione, cultura, livello di occupazione, accesso ai servizi primari, etc.) e politico-economiche (azione amministrativa, vitalità dei vari settori imprenditoriali, investimenti in ricerca e innovazione, etc.), situate in una data area urbanizzata[3].

L'ambiente esteso, invece, è un concetto polisemico che comprende l'insieme di

[1] Sul punto, *ex multis*, F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; id. *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 433 ss.; M. ANTONIOLI, *Sostenibilità dello sviluppo e governance ambientale*, Torino, 2016; id. *Sviluppo sostenibile e giudice amministrativo tra tutela ambientale e governo del territorio*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2, 2019, 201 e ss.; F. VETRÒ, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica, neturalità climatica*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1, 2022, 53 e ss.; F. FRACCHIA, S. VERNILE, *Lo sviluppo sostenibile oltre il diritto ambientale*, in *Le Regioni, Bimestrale di analisi giuridica e istituzionale*, 1-2/2022, 15-45; B.G. MATTARELLA (a cura di), *Il governo dello sviluppo sostenibile*, Torino, 2023.

[2] M. ANTONIOLI, *Sostenibilità dello sviluppo e governance ambientale*, Torino, 2016; id. *Sviluppo sostenibile e giudice amministrativo tra tutela ambientale e governo del territorio*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2, 2019, 201 e ss.

[3] G. ENDRICI, *La tutela dell'ambiente urbano*, in *Dir. pubb.* 1/2004, 273-316; F. FRACCHIA, *L'ambiente nella prospettiva giuridica*, in F. CUTURI (a cura di), *La natura come soggetto di diritti*, Firenze, 2020, 159 ss.

ISSN 2036-7821

condizioni e fattori che direttamente o indirettamente condizionano l'evoluzione di un contesto territoriale e che ineriscono al complessivo paesaggio circostante alla città, abbracciando plurimi fattori rilevanti per il benessere delle persone e per la sostenibilità (si pensi alla qualità dell'aria, dell'acqua e del suolo, ovvero alla conservazione della biodiversità e delle risorse naturali).

In altre parole, l'ambiente ha una natura sistemica in quanto è un complesso organizzato di relazioni tra fattori biotici e abiotici, ed è centro di confluenza di interessi eterogenei che, per la gran parte, necessitano di una considerazione prioritaria secondo i principi dello sviluppo sostenibile[4].

Secondo una concezione unitaria della nozione giuridica di ambiente, propugnata anche dalla giurisprudenza costituzionale, esso comprende tutte le risorse naturali e culturali presenti in un determinato spazio e include in sé *"la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acqua, suolo e territorio in tutte le sue componenti), la esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni"* [5].

Si evidenzia che esso è costituito da *"varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela; ma tutte, nell'insieme, (…) riconducibili ad unità"*[6].

Da questa concezione sembra potersi ricavare che lo stesso concetto di ambiente è un concetto ampio che consta di plurimi sotto-ambienti, antropici e non (ambiente urbano, ambiente scolastico, ambiente di lavoro, ambiente sportivo o di svago, ambiente digitale), ognuno dei quali apparentemente necessitante di tutele particolari e specifiche.

Tali sotto-ambienti devono essere posti in reciproca e necessaria integrazione, alla luce del pubblico interesse e/o dei pubblici interessi che presiedono alla conservazione dell'ambiente generale (o vasto).

Al riguardo, in un'ottica ricostruttiva, può evidenziarsi che la tutela dello sviluppo urbano è stata, secondo una concezione originaria, garantita eminentemente

[4] L'art. 5, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 152/2006, definisce l'ambiente come *"sistema di relazioni fra i fattori antropici, naturalistici, chimico-fisici, climatici, paesaggistici, architettonici, culturali, agricoli ed economici"*. Sul punto, C. cost., 14 novembre 2007, n. 378; C. cost., 18 aprile 2008, n. 104; C. cost., 13 aprile 2011, n. 128, secondo cui oggetto di tutela della normativa ambientale è la «biosfera» nelle sue varie componenti e interazioni, ossia l'ambiente come «sistema dinamico» e, al contempo, «entità organica», «il tutto e le singole componenti considerate come parti del tutto». Sul punto, la dottrina è divisa tra una concezione monistica e una pluralistica della nozione giuridica di ambiente, che parte dalle note teorizzazioni di M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15.

[5] Corte Cost., 28/05/1987, n. 210.

[6] Corte Cost., 30/12/1987, n. 641.

ISSN 2036-7821

attraverso politiche di pianificazione a carattere prescrittivo in ambito urbanistico[7].
Ad oggi, però, sembra essere stata acquisita la consapevolezza che la tutela dell'ambiente urbano ed esteso richiede un approccio integrato e collaborativo tra le esigenze della città e lo spazio circostante [8].
È stato rilevato che *"È proprio sul territorio che si riversano le tensioni della società nel contemperare ambiente, utilizzazione e fruibilità dello spazio entro cui si svolge la vita quotidiana dell'individuo, sviluppo economico e vocazioni sociali"* e che il territorio *"costituisce il "terminale necessario" della gran parte delle attività umane, specie quelle aventi un contenuto economico: in verità, è la disciplina dell'uso del territorio, per gli aspetti in cui interagisce con il sistema economico, a costituire di per sé momento importante di interesse pubblico"* [9].
Assumono un rilievo centrale le politiche capaci di incidere non solo sul tessuto urbanistico-edilizio, ma anche sul contesto socio-ambientale, volgendosi ad un processo di trasformazione che consenta la riscoperta dei valori sociali e della qualità di vita nella città[10].
La materia urbanistica ha subito una profonda trasformazione, essendo stata definita come un concetto olistico concernente lo sviluppo complessivo ed armonico del territorio, rivolto alla realizzazione contemperata di una pluralità di interessi pubblici che trovano fondamento in valori costituzionalmente garantiti [11].
L'esigenza di tutele parallele di interessi differenziati si riflette nel contenuto della pianificazione generale, che contempla, accanto a prescrizioni autonome (comprensive anche del recepimento degli atti pianificatori di livello territoriale sovraordinato), anche prescrizioni eteronome (espressione di esigenze non appartenenti al sistema della pianificazione territoriale).
In altre parole, la regolazione di molteplici ed eterogenei interessi che insistono in un ambiente esteso è condizionata dalla proliferazione di un intreccio di plurimi atti pianificatori a cui corrisponde una pluralità di competenze amministrative
Ciò nell'ottica della maturazione di una diversa consapevolezza, anche in una prospettiva intergenerazionale, delle strette interrelazioni intercorrenti tra verde urbano, salute, sviluppo sociale, economico e culturale, miglioramento degli standard qualitativi della vita cittadina, tutti espressione di insopprimibili bisogni

[7] P. CHIRULLI, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Dir. amm.*, 1, 2015, 51 ss. A. SAU, *Il rapporto tra funzione urbanistica e tutela paesaggistica oltre il "mito" della primarietà. Qualche considerazione a margine di Consiglio di Stato 31 marzo 2022, n. 2371,* in *Aedon,* 2, 2022, 68 ss.

[8] R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà,* in *Riv. giur. urb.*, 1, 2021, 12 ss.; S. MARTINO, *Programmazione urbanistica e tutela dell'ambiente e del paesaggio,* in *www.giustizia-amministrativa.it,* 2025.

[9] P. LOMBARDI, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati: la difesa del suolo quale archetipo di virtuose forme di cooperazione tra distinti ambiti di amministrazione, in Riv. giur. ed.*, 2, 2010, 93 ss.

[10] A. SIMONATI, *Rigenerazione urbana, politiche di sicurezza e governo del territorio: quale ruolo per la cittadinanza?*, in *Riv. giur. ed.*, 1, 2019, 31 ss.

[11] G. GARDINI, *Alla ricerca della "città giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana,* in *www.federalismi.it*, 5 agosto 2020.

collettivi [12].

Del resto, anche il concetto di paesaggio deve essere interpretato in senso ampio, non più in un'accezione estetica di tipo simbolico, ma in chiave storico-sociale, quale complesso di fattori umani e naturali espressivi di valori identitari, che è destinato a rinnovarsi in un processo di continua reinterpretazione [13].

Al paesaggio, dunque, è assegnata una funzione di condivisione e testimonianza di un valore sociale e da ciò discende che le scelte urbanistiche devono spingersi sino a disciplinare la vita della comunità mediante la previsione di trasformazioni del tessuto urbano e l'attribuzione di destinazioni funzionali allo sviluppo economico e sociale di un dato contesto territoriale.

Si abbandona così la tradizionale accezione conservativa e limitativa della pianificazione degli interventi urbanistico-edilizi.

A tale riguardo, originariamente, si era portati ad un irriducibile antagonismo concettuale e a una dicotomia tra urbanistica e paesaggio che, anche nelle tralatizie visioni della giurisprudenza costituzionale [14], sembrava tradursi nell'affermazione di una primarietà del valore paesaggistico nell'ambito della regolazione urbanistica dell'uso del territorio, inteso nel senso insuscettibilità di subordinazione ad ogni altro valore costituzionalmente tutelato, ivi compresi quelli economici.

Superando questa originaria visione, al fine di evitare che la funzione di tutela paesaggistica diventasse un mero aspetto negativo (e/o dialettico) della pianificazione urbanistico-territoriale, si è propugnata una visione, non più statica e conservativa, ma dinamica e gestionale della tutela paesaggistica stessa, intesa come funzione ordinatrice degli usi e delle trasformazioni del suolo nello spazio e del tempo.

In altre parole, la tutela paesaggistica non ha assunto più la funzione di limite alla pianificazione urbanistica, ma quella di strumento di coordinamento e di integrazione tra i valori espressi dal paesaggio e dal governo del territorio, in una prospettiva di ragionevole ponderazione [15].

1.2. Le differenti componenti e matrici che delineano il governo degli ambienti umani, urbano ed esteso, in questo modo, si pongono in relazione di reciproca connessione e integrazione, superando pretese di primarietà o antagonismi concettuali.

L'esistenza di tutele parallele e di interessi differenziati si riflette nella nozione costituzionalizzata di governo del territorio, che attiene *"all'insieme delle norme che*

[12] M. GOLA, P*ianificazione urbanistica ed attività economiche. Cibo e spazio urbano: urbanistica e mercati agroalimentari*, in *Riv. giur. ed.*, 3, 2016, 209 ss.

[13] E. BOSCOLO, *La nozione giuridica di paesaggio identitario e il paesaggio a strati,* in *Riv. giur. urb.*, 1-2, 2009, 57 ss.

[14] Cfr. Corte cost., 24 luglio 1972, n. 141. Per una esaustiva rassegna sul punto, si v. P. CHIRULLI, *Urbanistica ed interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata,* in *Dir. amm.*, 1, 2015, 51 e ss.; nonché D.M. TRAINA, *Il paesaggio nell'evoluzione del diritto urbanistico,* in *Riv. giur. urb.*, 3, 2019, 473 ss.

[15] R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà,* in *Riv. giur. urb.*, 1, 2021, 12 ss.

ISSN 2036-7821

consentono di identificare e graduare gli interessi in base ai quali possono essere regolati gli usi ammissibili del territorio"[16].

Tale nozione manifesta una importante *vis attractiva* [17], in quanto, andando ben oltre l'urbanistica tradizionale, ridefinisce la disciplina dello sviluppo sostenibile delle aree, anche alla luce delle ineludibili esigenze poste dall'ambiente esteso.

Le linee di sviluppo urbanistico e edilizio, dunque, si combinano con il fine della promozione dello sviluppo economico e per realizzare uno sviluppo sostenibile delle aree interessate, richiamando non solo un valore sociale-identitario, ma anche strumenti di miglioramento qualitativo orientati verso il benessere comune.

Tale approdo trova conferma anche nelle statuizioni della giurisprudenza amministrativa, laddove è stato rilevato che *"l'amministrazione dispone nella materia urbanistica una potenzialità che eccede il limitato ambito del coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, abbracciando la molto più ampia prospettiva dello sviluppo sostenibile"* [18].

In questo senso si porrebbe un percorso di progressiva destrutturazione degli atti pianificatori nella loro configurazione giuridica unilaterale e nella loro vocazione autoritativa, verso una prospettiva concertata che reca in sé l'essenza della ponderazione.

Il modello di atto monostrutturato, dunque, viene sostituito da schemi procedimentali che implicano la partecipazione e la valutazione al momento della decisione di una pluralità di interessi indissolubilmente legati tra loro, non potendosi prescindere da una azione coordinata delle autorità coinvolte nella disciplina della tutela, uso e trasformazione del territorio.

Dunque, negli anni più recenti, la necessaria tutela di interessi differenziati ha condizionato la funzione urbanistica dall'interno, stante la connessione tra diversi interessi che incidono sul territorio e la necessità di una vera e propria integrazione delle scelte, che ha condotto ad innovative tecniche di co-pianificazione e negoziazione [19].

I vari enti esponenziali devono intervenire nel territorio in funzione di orientamento di una crescita complessiva e armonica che tiene conto *"sia delle potenzialità edificatorie dei suoli" (omissis) sia dei valori ambientali e paesaggistici, delle esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti, delle esigenze economico-sociali della comunità radicata sul territorio, sia, in definitiva, del modello di sviluppo che si intende imprimere ai luoghi stessi"* [20].

---

[16] Corte cost., sent. n. 196 del 2004.

[17] R. FERRARA, *ivi*, 25; P. CHIRULLI, *op. cit.*.

[18] T.A.R. Toscana, sez. I, 12 giugno 2017, n. 790.

[19] F. PATRONI GRIFFI, *Dall'urbanistica al governo del territorio – Valori culturali, crescita economica, infrastrutture pubbliche e tutela del cittadino (Relazioni al 65° Convegno di Varenna, 19 settembre 2019)*, in www.giustizia-amministrativa.it.

[20] Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710

ISSN 2036-7821

Ciò in quanto il territorio è complessivamente inteso come insieme di *res* materiali e immateriali che presentano una rilevanza sociale e deve essere soggetto all'esplicazione dei poteri pubblici volti ad assicurarne la funzione sociale.
In questo accresciuto intreccio di interessi che impattano sulla pianificazione, e nella consapevolezza della sempre maggiore difficoltà del potere pubblico legata alla scarsità di risorse economiche e strumentali, si apre la strada alla necessità di forme partecipative dei cittadini, singoli o associati, alle scelte dell'amministrazione[21].
Essa si sostanzia in processi, formalizzati e non, che coinvolgono i cittadini comuni e le istanze istituzionali, con l'intento di pervenire al risultato unitario di una decisione pubblica ponderata.
I cittadini, nella gestione del territorio, non operano in opposizione rispetto all'amministrazione a fini difensivi, ma divengono protagonisti delle azioni pubbliche, in un'ottica di amministrazione condivisa, assurgendo a protagonisti delle scelte in una logica *bottom-up.*
La partecipazione *bottom-up* è ulteriormente accresciuta nell'ambito delle città intelligenti, in cui l'utilizzo delle tecnologie non è soltanto uno strumento per migliorare la qualità della vita e il benessere della comunità, ma rappresenta un mezzo per semplificare il dialogo tra cittadini e amministrazione, in una rinnovata visione dell'interesse pubblico e di nuovi modelli di governance decisionale.
Tuttavia, la crescente caratterizzazione in termini di negoziabilità e flessibilità del piano e delle correlate determinazioni amministrative, il perseguimento del benessere non può essere totalmente lasciato alla libera autoregolamentazione dei privati mediante strumenti di sussidiarietà o di partecipazione deliberativa, ma richiede comunque un *public management*, che faccia impiego di «*regulations on usage and on actions giving rise to global externalities*» [22].
1.3. La garanzia di siffatta prospettiva richiama una nuova visione dell'interesse pubblico, che non è solo quello unilateralmente imposto dalla legge all'amministrazione e da essa ai cittadini, ma impone un nuovo rapporto tra autorità e libertà, richiamando l'operatività del principio di integrazione delle tutele, che trova espressione normativa nell'art. 11 del TFUE, a tenore del quale *"le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile"*.
Siffatto principio importa che i diritti e gli interessi fondamentali non debbano essere collocati in una scala gerarchica, ma essere oggetto di una tutela sistemica, da ciò discendendo che l'ambiente potrà essere correttamente preservato solo con la giusta

[21] G. URBANO, *Le città intelligenti alla luce del principio di sussidiarietà,* in *Istituzioni del federalismo,* 1, 2019, 463 ss.
[22] J. STIGLITZ, *Making globalization work*, New York, 2007.

considerazione di altri principi e valori dell'ordinamento [23].

L'integrazione delle tutele ha assunto un rilievo giuridico, seppur non espresso, anche nell'ordinamento italiano, grazie all'influenza della normativa e della giurisprudenza europea in materia di tutela ambientale e paesaggistica [24].

Sul punto, la Direttiva 2007/2/CE sull'infrastruttura di informazione territoriale ha stabilito un quadro normativo per l'accesso e lo scambio di informazioni territoriali, al fine di facilitare la pianificazione e la gestione sostenibile del territorio.

In ambito nazionale, tracce del principio si rinvengono nella Legge 6 dicembre 1991, n. 394 sulla tutela del paesaggio, che ha introdotto il concetto di paesaggio come bene culturale e ambientale e ha stabilito l'obbligo di tutelare il paesaggio in tutte le attività di pianificazione e gestione del territorio, nonché nel Codice dei beni culturali e del paesaggio (Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42), che ha ampliato la tutela del paesaggio, prevedendo la sua integrazione con la tutela dei beni culturali, e nell'art. 3-*quater* del c.d. T.U. Ambiente (Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152) [25].

La giurisprudenza comunitaria ha applicato siffatto principio sin dagli anni '80, osservando che la tutela dell'ambiente deve essere considerata come parte integrante della politica di sviluppo sostenibile, nonché come criterio di bilanciamento con altri ambiti rilevanti, quali la concorrenza, la libertà di circolazione, la normativa sugli aiuti di stato [26].

In questa cornice, il Consiglio di Stato, sempre con riguardo a detto principio, ha rilevato che «*il principio di integrazione riconosciuto, sia a livello europeo (art. 11 del TFUE), sia nazionale (art. 3-quater del d.lgs. n. 152 del 2006, sia pure con una formulazione ellittica che lo sottintende) – in virtù del quale le esigenze di tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle altre pertinenti politiche pubbliche, in particolare alfine di promuovere lo sviluppo sostenibile.*

Il principio si impone non solo nei rapporti tra ambiente e attività produttive – rispetto al quale la recente legge di riforma costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1, nell'accostare dialetticamente la tutela dell'ambiente con il valore dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), segna il superamento del bilanciamento tra valori contrapposti all'insegna di una nuova assiologia compositiva – ma anche al fine di individuare un adeguato equilibrio tra ambiente e patrimonio culturale, nel senso che l'esigenza di tutelare il secondo deve integrarsi con la necessità di preservare il primo.

---

[23] M.C. CAVALLARO, *Il principio di integrazione come strumento di diritto dell'ambiente,* in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2007, 467 ss.

[24] A livello comunitario, esso è stato testualmente sancito dalla direttiva 2001/42/ce in materia di valutazione ambientale strategica, che prevede l'obbligo di valutare l'impatto ambientale di tutti i piani e programmi che possono avere conseguenze significative sull'ambiente.

[25] Si può far riferimento anche alla «legge urbanistica» n. 1150/1942, art. 7, comma 1, n. 5, e in particolare alla disciplina dei piani regolatori generali; nonché nell'art. 20 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, con riguardo al piano territoriale di coordinamento e alle sue modalità di redazione.

[26] Sul punto, si rinvia ancora a M.C. CAVALLARO, *Il principio di integrazione come strumento di diritto dell'ambiente,* cit., 473.

Se il principio di proporzionalità rappresenta il criterio alla stregua del quale mediare e comporre il potenziale conflitto tra i due valori costituzionali all'interno di un quadro argomentativo razionale, il principio di integrazione costituisce la direttiva di metodo.
La piena integrazione tra le varie discipline incidenti sull'uso del territorio richiede di abbandonare il modello delle «tutele parallele» degli interessi differenziati, che radicalizzano il conflitto tra i diversi soggetti chiamati ad intervenire nei processi decisionali.
La valenza 'procedimentale' del principio di integrazione implica che il procedimento sia la sedes materiae in cui devono contestualmente e dialetticamente avvenire le operazioni di comparazione, bilanciamento e gestione dei diversi interessi configgenti» [27].

Ancora, il Supremo Giudice amministrativo ha rilevato che *"in relazione all'esigenze di tutela ambientale (…) vige il principio di integrazione delle tutele - riconosciuto, sia a livello europeo (art. 11 del T.F.U.E.), sia nazionale (art. 3-quater del d.lgs. n. 152 del 2006) – in virtù del quale le esigenze di tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle altre pertinenti politiche pubbliche (v. Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167). L'azione amministrativa avrebbe dovuto, quindi, integrare la tutela della pubblica incolumità con quella dell'ambiente, modulando l'azione e gli interventi in modo tale da preservare entrambi i valori.*
Omologhe considerazioni valgono per il diverso bene, costituito dal paesaggio, atteso che, negli ordinamenti democratici e pluralisti si richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi; così come per i "diritti" (sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013), anche per gli "interessi" di rango costituzionale (vieppiù quando assegnati alla cura di corpi amministrativi diversi) va ribadito che a nessuno di essi la Carta garantisce una prevalenza assoluta sugli altri. La loro tutela deve essere «sistemica» e perseguita in un rapporto di integrazione reciproca. La primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell'ambiente implica che gli stessi non possono essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici (Consiglio di Stato, Sez. VI 23 settembre 2022, n. 8167)"[28].

Così delineato il principio e la sua *sedes* elettiva che è quella del procedimento amministrativo, ne deriva il progressivo abbandono della tralatizia visione di quest'ultimo come un luogo in cui l'autorità si impone sulla libertà, divenendo un luogo di tutela sistemica degli interessi compresenti che si incontrano in una logica concertativa e partecipativa, permettendo di anticipare la soglia di tutela del cittadino ad una fase antecedente a quella del sindacato giurisdizionale[29].

La collaborazione diviene dunque, più che una relazione organizzativa, una regola di azione che governa lo svolgimento delle funzioni comuni ove una pluralità di

[27] Consiglio di Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167.
[28] Da ultimo, si veda Consiglio di Stato sez. VI, 09/01/2026, n. 190.
[29] Si veda, da ultimo, L. TORCHIA, *Uno nessuno centomila: il procedimento amministrativo dalla fondazione gianniniana all'eclettismo contemporaneo,* in *Riv. trim. dir. pubb.*, 4, 2025, 1047-1065.

ISSN 2036-7821

soggetti, dotati di competenze distinte, curano un unitario interesse pubblico di cui tutti sono titolari[30].

La ponderazione concertata è, altresì, un veicolo di razionalità procedurale e contiene *in nuce* la proporzionalità (principio che, infatti, applica la citata giurisprudenza del Consiglio di Stato al bilanciamento tra ambiente, energia e libera iniziativa economica e privata, di cui l'integrazione delle tutele costituisce la direttiva di metodo).

In assenza di una precisa indicazione normativa che definisca il percorso da seguire nella valutazione dell'agire amministrativo o una gerarchia dei valori in gioco, al decisore è offerta la possibilità di orientarsi attraverso la rigida scansione dei momenti procedimentali e partecipativi nella valutazione della proporzionalità dell'azione amministrativa.

La legalità procedurale è uno strumento offerto all'amministrazione per il perseguimento della giustizia sostanziale che, in base ad un giudizio prognostico sulle conseguenze di un determinato provvedimento adottato con il rispetto delle regole dell'istruttoria procedimentale, permette la realizzazione di quegli obiettivi di bilanciamento degli interessi coinvolti e di ricerca delle alternative meno pregiudizievoli che sono le necessarie premesse per il rispetto della proporzionalità dell'azione amministrativa.

La tutela dell'ambiente urbano e dell'ambiente esteso richiede quindi, da un lato, l'esercizio di un potere pubblico volto a contemperare e integrare gli interessi in gioco e, dall'altro, che vengano approntati strumenti che valorizzano la collaborazione di tutti gli attori interessati, tra cui le autorità locali, le imprese, le organizzazioni della società civile e i cittadini stessi, con la adeguata considerazione in sede procedimentale delle istanze di tutti i soggetti intervenuti.

La partecipazione dei cittadini alla definizione delle politiche ambientali e alla gestione dell'ambiente urbano e dell'ambiente esteso è, come detto, un elemento chiave per garantire la sostenibilità delle città e la tutela dell'ambiente per le generazioni future e trova la propria sede naturale nel procedimento amministrativo, nel quale anche il principio di integrazione trova il suo logico insediamento.

Al riguardo, l'uso delle tecnologie digitali e di intelligenza artificiale può catalizzare forme di incontro tra amministrazione e cittadini che non si esauriscono in un contributo alla definizione delle politiche pubbliche, anche attraverso iniziative condivise volte al monitoraggio e all'efficientamento dei servizi ai cittadini. La pluralità di informazioni e dati raccolti anche con il contributo dell'utente contribuisce anche ad innovare gli strumenti di pianificazione e programmazione urbanistica [31].

[30] Sul punto, F. D'ANGELO, *Pluralismo degli enti pubblici e collaborazione procedimentale*, Torino, 2022.

[31] G. CASSOLA, *Cittadino e spazi urbani: prospettive per politiche pubbliche partecipative,* in *Federalismi,* 1° maggio 2024.

ISSN 2036-7821

2. L'evoluzione tecnologica come strumento di governance integrata. La sovranità digitale.

2.1. La esaminata integrazione collaborativa, come detto, è catalizzata dall'ausilio delle tecnologie digitali e di intelligenza artificiale, in virtù dello stretto legame che si può rinvenire tra lo sviluppo di una città intelligente *smart* e la sostenibilità ambientale.

Il processo di recente affermazione di spazi urbani altamente digitalizzati impone, quindi, un modello di sviluppo che valorizza il potenziale conoscitivo di informazioni afferenti ad una pluralità di settori chiave (*people, governance, mobility, environment, economy, living*), facendo perno sulle accresciute possibilità conoscitive offerte dalla tecnologia.

Ciò non può non rimandare all'oramai noto concetto di *smart city*, su cui non mette conto di soffermarsi diffusamente, limitandosi ad evidenziare che essa è una città caratterizzata dall'integrazione tra strutture e mezzi tecnologicamente avanzati, con il fine della promozione integrata di taluni settori della vita della comunità, proiettata verso politiche di crescita sostenibile al fine di ottenere un miglioramento complessivo degli standard qualitativi della vita [32].

Si possono indentificare tre elementi caratterizzanti il descritto processo di affermazione degli spazi urbani digitalizzati: a) l'utilizzo delle tecnologie e dell'innovazione; b) la generazione dal basso di iniziative di valorizzazione di strumenti di partecipazione attiva della comunità degli amministrati; c) una logica di condivisione dello spazio come ambiente urbano integrato, che diventa un generatore di plurime informazioni.

Non è sufficiente, quindi, che la tecnologia sia un mero supporto immateriale alle esigenze di una comunità per migliorare la qualità della vita, ma è necessario che divenga motore di una visione partecipata di sviluppo sostenibile, anche attraverso il ricorso a strumenti di intelligenza artificiale [33].

Si fa riferimento, ad esempio, ai cosiddetti gemelli digitali (c.d. *digital twins*), ossia alla creazione di controparti digitali di un prodotto che ne simulano il comportamento reale e che consentono di gestire, regolare e migliorare il processo decisionale, costantemente, e parallelamente al funzionamento del sistema fisico [34].

La tecnologia basata sui gemelli digitali unisce e integra il mondo *dell'internet of*

---

[32] Sul punto, G. DELLE CAVE, *"Comunità intelligenti", enti locali, mobilità sostenibile: le smart city al cospetto del potere pubblico,* in *Ripensare la città e il suo diritto: studi dal 23. Convegno nazionale: Padova, 1-2 ottobre 2020,* 369-384, L. PREVITI, *Smart city, mobilità energia: nuove prospettive di sviluppo urbano al tempo della transizione,* in *Munus,* 1, 2022, 89; V. PARISIO, *Public administration digitisation and smart cities between law and technology: a first general overview,* in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2, 2023, 291 ss.; E. PROSPERETTI, *L'utilizzo dei dati nei sistemi di intelligenza artificiale della smart city,* in *Nuovo diritto civile,* 2, 2024, 245; G. CASSANO, F. COSTANTINO, E.M. TRIPODI, *Smart city: innovazione, impatto sociale, sostenibilità ambientale, profili giuridici,* Pisa, 2024.

[33] G. URBANO, *Le città intelligenti alla luce del principio di sussidiarietà,* in *Istituzioni del federalismo,* 2, 2019, 463 ss.

[34] A. BARRESI, *Urban digital twin e pianificazione urbana per la città sostenibile,* in *Techne,* 25, 2023, 78 ss.; A. IANNUZZI, *Urban digital twins, metaverso e diritti fondamentali,* in *Rivista italiana di informatica e diritto,* 2, 2024, 36 ss.

things, dell'intelligenza artificiale e dell'analisi dei *big data*. La replica digitale del mondo reale consente di creare scenari ipotetici alternativi, che aumentano a seconda della quantità dei dati da inserire nel modello.

Questi strumenti possano offrire un contributo decisivo nel senso della razionalità procedurale e garantire la tutela dell'ambiente esteso mediante una pianificazione integrata, che tenga conto delle esigenze ambientali e sociali, oltre che economiche e dello sviluppo sostenibile.

Ciò al fine di propugnare una visione di territorio, inteso non più come una mera componente statica che abbraccia più risorse (abitanti, territorio, infrastrutture materiali e anche tecnologiche), ma come oggetto di nuove forme di pianificazione in grado di fornire risposte innovative ad una pluralità di istanze economiche e sociali, con maggiore flessibilità, partecipazione e integrazione.

Una pianificazione multilivello e partecipata che, essenzialmente, può basarsi sulla interazione delle plurime componenti della mobilità, della tutela dell'ambiente, del turismo e della cultura dell'economia, nonché della conoscenza di tutte le trasformazioni urbane per migliorare la qualità della vita.

E non può negarsi che l'ausilio della tecnologia, come motore di una pianificazione che valorizza una sinergia tra le autorità locali, le imprese, le organizzazioni della società civile e i cittadini stessi, rappresenti un elemento essenziale per garantire la sostenibilità.

Del resto, proprio gli strumenti di intelligenza artificiale rappresentano un luogo d'elezione in cui numerosi dati e le informazioni possono essere elaborati, processati e, soprattutto, resi interoperabili, agevolando la funzione del decisore di contemperamento dei plurimi interessi che intercettano le informazioni medesime.

L'intelligenza artificiale rappresenta, altresì, un catalizzatore di dati, generando un nuovo tipo di conoscenza, che è diversa per la sua quantità – grazie alla presenza di un ampio insieme di dati reciprocamente interconnessi e alla considerazione di nuove variabili costantemente aggiornate – e per la sua qualità – grazie al fatto che i sistemi di IA sono in grado di apprezzare connessioni di circostanze empiriche che potrebbero non sembrare rilevanti all'occhio umano.

2.2. Questa forma innovativa di sviluppo, però, non è esente da criticità, laddove si è rilevato che essa rimanda a *"soluzioni solamente parziali e frammentarie, rimesse ad amplissima discrezionalità e caratterizzate da modalità ed estensioni differenziate sul territorio nazionale, che fanno avvertire la necessità di un effettiva pianificazione strategica a livello nazionale prima ancora che locale". In buona sostanza, non vi è solo la generica esigenza di una legge che regoli puntualmente la materia ma si ravvisa ancor prima la necessità di "amministrativizzare" la stessa fase di normazione, definendo una " politica operativa, cioè da realizzarsi attraverso l'attività normativa, la quale potrebbe consentire di anticipare una trasfigurata funzione amministrativa che riesce a mediare gli interessi coinvolti, anche incentrandosi su un'analisi costi/benefici, già nella fase di elaborazione delle*

ISSN 2036-7821

norme" [35].

2.2.1. Una prima criticità riguarda il significativo peso economico di questi modelli, che sovente non può essere sostenuto dalle autorità pubbliche, con la necessità di tutelare individui e organi di governo dalle spinte appropriative delle grandi compagnie private che potrebbero deviare il processo decisionale verso logiche divergenti dall'interesse pubblico.

2.2.2. Ineludibili appaiono anche i problemi rischi legati alla tutela della riservatezza, in ordine alla base giuridica del trattamento dei dati per finalità di interesse pubblico, nonché al rispetto del principio di minimizzazione del trattamento di una mole sovrabbondante e sproporzionata di dati.

2.2.3. Inevitabili sono anche i profili problematici in materia di trasparenza dei meccanismi decisionali, specialmente in un contesto in cui i dati generati potrebbero essere comunicati da un titolare del trattamento ad un altro, nonché rielaborati e riutilizzati per finalità diverse da quelle iniziali per le quali sono stati raccolti, secondo codici tecnologici e sequenze algoritmiche sconosciute, che non consentono un adeguato apporto partecipativo e controllo diffuso.

2.2.4. Gli ambienti digitali sono caratterizzati da una profonda vulnerabilità che va ricercata in una dipendenza tecnologica e infrastrutturale nei confronti del potere privato di grandi attori che operano in un contesto a-territoriale.

Questo determina, in considerazione di un aumento esponenziale dei *devices*, delle apparecchiature e dei sensori posti nei dispositivi mobili, nei mezzi di trasporto, nelle infrastrutture pubbliche, un ampliamento del perimetro di attacchi *cyber* da parte di terzi.

Ad oggi, gli Stati membri e l'UE non sono in grado di avere un fornitore interno in grado di produrre, sviluppare e fornire *hardware, software*, apparati di rete, riducendo quindi il rischio di compromissione delle infrastrutture e dei sistemi di raccolta e di elaborazione delle informazioni e minimizzando la dipendenza tecnologica da fornitori esterni.

Si potrebbero, così, riscontrare problemi di vulnerabilità giuridica e regolamentare, ma anche di sicurezza pubblica, lasciando i sistemi "*smart*", che dovrebbero perseguire interessi della collettività, esposti al potere a-territoriale di grandi attori privati o di singoli gruppi e/o individui legati a Paesi extra-Ue.

2.3. Ciò posto, se è vero che il presupposto indispensabile dello sviluppo sostenibile si ravvisa nel rafforzamento delle sinergie tra pubblica amministrazione e cittadini, anche grazie all'utilizzo di strumenti innovativi che permettano di radicare la cultura dell'*e-government*, è anche vero che il ruolo del potere pubblico deve mirare a garantire che le spinte nascenti dalla società si esprimano in un ambiente giuridicamente regolato.

[35] T. FAVARO, *Verso la smart city: sviluppo economico e rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 2, 87 ss.

L'obiettivo deve essere quello di includere, di valorizzare il capitale umano e di favorire lo sviluppo economico delle città in un'ottica di massimizzazione del contributo partecipativo offerto dalla comunità [36], ponendo sempre al centro il rispetto dei diritti fondamentali in gioco.

L'utilizzo di modelli innovativi per il perseguimento dello sviluppo richiama dunque il concetto di sovranità digitale[37], che indica la prerogativa degli Stati nazionali di controllare e imporre regole sulle attività e sulla economia della rete, persino transnazionali e globali, quando queste riguardano gli interessi dei propri cittadini.

Essa non deve intendersi come esercizio di un autoritario potere appropriativo di risorse, ma quale potere di imporre regole sulle attività e sull'economia della rete, funzionalizzato all'utilità collettiva, ossia ad assicurare ai cittadini un pieno utilizzo delle loro libertà e dei loro diritti digitali.

In ambito digitale non sembra configurarsi un nuovo spazio fisico in senso propriamente territoriale, ma una nuova sfera di esercizio del potere amministrativo, un nuovo ambito di esplicazione della funzione amministrativa, in cui l'esercizio del potere non è chiamato all'utilizzo di strumenti tecnologici per perseguire l'interesse pubblico, ma a creare le condizioni per il corretto funzionamento di un ecosistema digitale in uno spazio sovraffollato di poteri pubblici e privati, nel quale si intreccia la tendenza dei primi a mantenere capacità di governo e la resistenza dei secondi a sottrarsi ai vincoli più penetranti della regolazione.

L'obiettivo non è il dominio assoluto, ma il riconoscimento di una sfera di signoria pubblica funzionale che si manifesti attraverso poteri di regolazione e vigilanza, controllo e garanzia dei diritti fondamentali, diretti a rendere visibili e imputabili centri di potere che, in ragione della consustanziale opacità tecnologica e della proiezione transnazionale del loro operato, si collocano ai margini della legalità amministrativa.

La legalità amministrativa, dunque, assume una nuova connotazione: da limite esterno all'azione pubblica tradizionale diviene anche criterio di intellegibilità e sindacabilità di processi decisionali opachi che, se lasciati alla autoregolazione privata, si sottraggono ai tradizionali presidi di controllo e responsabilità.

È stato rilevato efficacemente che la sovranità digitale non è votata all'affermazione di un potere autoritario fine a sé stesso, ma, piuttosto, alla garanzia di un potere funzionalizzato alla promozione dei diritti fondamentali e dei valori e principi delle

[36] F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart city: condividere per innovare (con il rischio di escludere),* in *Federalismi,* 2015, 22 ss.

[37] S. COUTURE, S. TOUPIN, *What does the notion of "sovereignty" mean when referring to the digital?*, in *New Media & Society*, 2019, 21(10), 2305-2322; M. SANTANIELLO, *Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di internet governance,* in *Riv. it. inf. dir.*, 1, 2022, 47; G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, in *Diritto pubblico*, 3/2022, 809-827; S. MANGIAMELI, *La sovranità digitale,* in *Diritti fondamentali,* 3, 2023, 279; G. SMORTO, *Il ruolo della comparazione giuridica nella contesa per la sovranità digitale*, in *DPCE Online*, 57, apr. 2023.

democrazie liberali[38].

In tal senso, occorrerebbe delimitare un ambiente presidiato e regolato dal potere pubblico, in cui si realizza la gestione pubblica delle infrastrutture, facendo assurgere i dati stessi della città a bene comune (*city data as commons*).

I descritti ambiti di riarticolazione del potere pubblico possono essere suddivisi in distinte aree:

a) uno spazio materiale-infrastrutturale, in cui l'autorità pubblica non acquista soltanto la tecnologia ma detta le condizioni di funzionamento e di interoperabilità di *cloud* e sistemi di IA;

b) uno spazio regolatorio e funzionale, in cui le regole del procedimento amministrativo devono conformarsi al fine di garantire legalità, trasparenza, spiegabilità e proporzionalità.

La centralità di una sfera pubblica di governo dell'innovazione trova in qualche modo conferma nell'adozione del Regolamento (UE) 2024/1689, che ha introdotto un quadro unitario fondato sulla territorialità e sulla graduazione del rischio e, con esso, una tecnica di conformazione preventiva dei sistemi di intelligenza artificiale.

Il rilievo del regolamento emerge con particolare evidenza rispetto ai *deployers pubblici*. L'AI Act richiede infatti che le autorità pubbliche e i soggetti incaricati dell'erogazione di pubblici servizi, prima del primo impiego di un sistema ad alto rischio, svolgano una valutazione d'impatto sui diritti fondamentali, predispongano adeguati presidi di *human oversight*, informino gli interessati quando il sistema assista o determini decisioni che li riguardano e, nei casi previsti, provvedano all'iscrizione del sistema nella banca dati europea.

Sul piano interno, la Legge 23 settembre 2025, n. 132 enuncia principi di trasparenza, proporzionalità, sicurezza, protezione dei dati, non discriminazione e sostenibilità; richiede conoscibilità, spiegabilità, sorveglianza e intervento umano.

Ne risulta confermata l'idea che la sovranità digitale non si esaurisce in un potere di indirizzo politico, ma richieda apparati amministrativi stabili, competenze tecniche e strumenti di *enforcement* concreti ed efficaci.

2.4. Per perseguire tali fini, in linea con l'approccio comunitario, si ritiene necessario costruire un ambiente interconnesso e protetto che costituisce il luogo del farsi dell'azione dei pubblici poteri.

Inoltre, è importante promuovere l'interoperabilità e la standardizzazione dei dati e delle tecnologie utilizzate, al fine di evitare la frammentazione delle infrastrutture e garantire la compatibilità tra le diverse piattaforme e applicazioni.

Oggi le città hanno più dati di quanti ne abbiano mai avuti, eppure questa mole di informazioni non è organizzata né accessibile e non coincide necessariamente con la conoscenza.

[38] Ancora, S. MANGIAMELI, *La sovranità digitale*, in *Diritti fondamentali*, 3, 2023, 279; G. SMORTO, *Il ruolo della comparazione giuridica nella contesa per la sovranità digitale*, in *DPCE Online*, 57, apr. 2023

I cittadini vivono all'interno di spazi iperconnessi, producendo e utilizzando informazioni in tempo reale o accedendo a *database* di natura e forma diversa e, dunque, la conoscenza è distribuita e non centralizzata.
In altre parole, l'accessibilità e il fluire di informazioni offerte in maniera alluvionale e non organica sembrano andare in una direzione opposta a quella della conoscenza e della partecipazione democratica.
In tale contesto, le città dovrebbero interrompere la dinamica di mera accumulazione o sottrazione dei dati da parte dei privati, approntando infrastrutture pubbliche in grado di renderli fruibili dai cittadini, sperimentando infrastrutture decentralizzate come la *blockchain*, nonché progettando nuove strategie di *governance* che apportino un contributo fattivo ai beni comuni digitali.
Rendere i dati di una città un bene comune digitale (*digital commons as a pillar for sovereignty*) potrebbe, sostanzialmente, consegnare alla città stessa e ai suoi cittadini il controllo degli applicativi che stanno ridefinendo la gestione dei servizi pubblici sulla base di tali dati.
In tale contesto, la città, detenendo i diritti sui propri dati, potrebbe metterli a disposizione per controllare le infrastrutture fondamentali, ma anche per elaborare modelli proprietari di *machine learning*.
La sfida consisterebbe, dunque, nel passare da una mera sorveglianza pubblica di meccanismi basati sull'estrazione e la monetizzazione privata dei dati personali dei cittadini in forma di *enclosure*, a un sistema capace di socializzare i dati concependoli come *commons*, ovvero come infrastrutture interoperabili a servizio della collettività, sperimentando forme di innovazione sociale e democratica, in modo da perseguire modelli di sviluppo sostenibile per le nostre città.
La sovranità digitale sui *data digital commons* non è votata all'affermazione di un potere autoritario fine a sé stesso, ma, piuttosto, alla garanzia di un potere funzionalizzato alla promozione dei diritti fondamentali e dei valori e principi delle democrazie liberali.
Non può nascondersi, però, il rischio che *"l'utilizzo stesso del termine "sovranità" da parte delle istituzioni dell'Unione europea comporta il rischio di un allineamento strategico al discorso sovranista promosso dalla coalizione cino-russa. Si tratta di un pericolo che non può essere ignorato, soprattutto in considerazione dell'ascesa del tema della cybersecurity a questione centrale tra le diverse issues dell'Internet governance. Rispetto a questi rischi di una deriva securitaria delle strategie e delle politiche europee, l'unico argine immaginabile è quello della partecipazione attiva ai processi della governance delle reti da parte degli attori della società civile: cittadini, associazioni, partiti, sindacati, comunità accademica e comunità tecnica. Torniamo, per questa via, al grande progetto politico di Stefano Rodotà, che fortemente volle, tra le disposizioni della Dichiarazione dei diritti in Internet, la costituzione di un organismo nazionale multistakeholder «per garantire effettivamente il rispetto dei criteri indicati, anche attraverso una valutazione di conformità delle nuove norme ai principi*

ISSN 2036-7821

di questa Dichiarazione» (art. 14, comma 7)" [39].

In un'epoca di pluralismo delle sovranità e, conseguentemente, di pluralità delle tutele, in un tempo *«non dell'assenza di sovranità, ma della sovranità squilibrata, sconnessa, anomica, intermittente»*, non può negarsi che *"il potere regolatorio che, nell'assenza del potere pubblico è stato esercitato dai privati, adesso è reclamato dal pubblico, per ragioni che potremmo definire di sovranità esterna e interna agli Stati nazionali. Per ragioni di sovranità esterna ed essenzialmente geopolitiche, perché l'Europa, la Cina e gli Stati Uniti vogliono affermare il proprio potere rispetto agli altri due. Per ragioni di sovranità interna, perché gli Stati vogliono affermare la propria sovranità rispetto agli altri poteri. Perché la materia da regolare non è più soltanto commerciale, ma politica. Non è più in gioco soltanto il mercato del commercio elettronico, ma anche quello dell'informazione o delle verità. Siamo dunque in un'epoca di post-globalizzazione, di interdipendenza internazionale, in un'epoca «che esige una nuova mediazione, un riequilibrio». Alla fine, probabilmente, si approderà a un sistema multilivello in cui un ruolo inevitabile sarà svolto dalla tecnica e dal contratto"* [40].

È oramai innegabile che i soggetti pubblici debbano reclamare il proprio ruolo nel dettare regole per l'utilizzo di risorse digitali che, spesso, sono consegnate all'auto-regolazione dei *terms&conditions* di soggetti privati e, a ben vedere, si possono individuare plurimi livelli di regolazione e di tutela che richiamano, a loro volta, diverse manifestazioni di potere pubblico.

Il primo livello è quello politico della fissazione, a livello nazionale o sovranazionale, degli obiettivi da perseguiti dalle norme primarie; il secondo livello è quello regolatorio e di gestione di un dato ambito di mercato; il terzo livello è quello della vigilanza.

Gli ultimi due livelli richiamano l'operatività di corpi tecnici che si fanno motore attivo, non tanto di una regolazione neutrale volta a preservare un equilibrio di mercato, quanto, piuttosto, custodi di un percorso valoriale di sviluppo tecnologico in coerenza con i valori e i principi europei, tendendo ad estrarre il potenziale *benecomunista* della tecnologia.

È necessario, però, che il legislatore giochi un ruolo fondamentale, non potendo limitarsi a mere dichiarazioni o documenti programmatici, dismettendo la sua consustanziale funzione di perseguimento dell'indirizzo politico per delegarla all'operatività di corpi tecnici, posti al di fuori del circuito della rappresentanza democratica.

Al riguardo, il regolamento (UE) 2024/903 *(Interoperable Europe Act)* ha elevato l'interoperabilità del settore pubblico a condizione di funzionamento dei servizi

[39] M. SANTANIELLO, *Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di Internet governance*, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, 1/2022, 47 e ss.; S. POLI, *Il rafforzamento delle sovranità tecnologica europea e il problema delle basi giuridiche*, in *Sezione "Atti convegni AISDUE"*, n. 5, 20 dicembre 2021, 69 ss.

[40] G. FINOCCHIARO, *Sovranità digitale*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2022, pp. 809 ss.

pubblici digitali, introducendo meccanismi cooperativi volti a evitare frammentazioni infrastrutturali e informative tra amministrazioni.
A ciò si aggiungono il regolamento (UE) 2022/868 *(Data Governance Act)*, che favorisce il riutilizzo sicuro di categorie di dati del settore pubblico sottoposte a diritti altrui e promuove la condivisione dei dati in settori quali ambiente, energia, salute e mobilità, e il regolamento (UE) 2023/2854 *(Data Act)*, il quale disciplina accesso, uso e condivisione dei dati e consente, in situazioni di eccezionale necessità, anche la loro messa a disposizione in favore dei soggetti pubblici. Per le città intelligenti, ciò significa che la disponibilità del dato non può essere pensata solo in termini proprietari, ma deve essere ricostruita come funzione regolata di accesso, riuso, portabilità e interoperabilità.

3. Sovranità digitale: livelli, strumenti e vincoli di legalità.
La costruzione di modelli di governance *data-driven* per l'ambiente urbano ed esteso rende quindi il dato (e l'infrastruttura che lo ospita, lo elabora e lo rende interoperabile) un elemento strategico dell'azione pubblica.
In questo contesto, come detto, la sovranità digitale non coincide con un ritorno autoritativo alla territorialità, ma con la capacità delle istituzioni democratiche di garantire che la trasformazione digitale e algoritmica produca valore pubblico in termini di continuità di protezione dei diritti fondamentali, trasparenza e controllo diffuso.
La sovranità digitale può essere scomposta in almeno quattro livelli tra loro interdipendenti:
a) sovranità infrastrutturale (*cloud/edge*, reti, standard e certificazioni);
b) sovranità del dato (disponibilità, accesso, riuso, portabilità e interoperabilità,);
c) sovranità "procedimentale" (*accountability* degli algoritmi, tracciabilità delle scelte, diritto di accesso e diritto di spiegazione delle decisioni automatizzate);
d) sovranità cibernetica (gestione del rischio e capacità di risposta agli incidenti).
Il profilo della sovranità "procedimentale" emerge con chiarezza in recenti pronunce del giudice amministrativo in materia di decisioni automatizzate e di diritto accesso, ove si è affermato che la complessità tecnica dell'algoritmo non può tradursi in un arretramento del diritto di accesso e delle garanzie di conoscibilità[41].
In una recentissima pronuncia, il T.A.R. Lazio[42] ha sottolineato che l'automazione non può diventare un pretesto per sacrificare la corretta valutazione di elementi rilevanti ai fini del decidere, specificando che il Regolamento sull'intelligenza artificiale, inoltre, può legittimamente essere utilizzato quale parametro interpretativo evolutivo, idoneo a rafforzare l'esigenza di trasparenza, controllo umano e sindacabilità delle decisioni automatizzate.

[41] Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 giugno 2025, n. 4929.
[42] T.A.R. Lazio, sez. III-bis, 2 febbraio 2026, n. 1895.

ISSN 2036-7821

Dunque, la sovranità digitale può manifestarsi anche come capacità dell'amministrazione di governo della tecnologia, assicurando che la legalità procedimentale (istruttoria, motivazione, accesso, partecipazione) resti la sede di composizione degli interessi in gioco, in un ambiente trasparente e controllabile.
Dall'altro lato, la sovranità del dato – specie nel contesto urbano – si intreccia con la dimensione geopolitica e con l'extraterritorialità delle regole.
Già con la notissima sentenza della Corte di Giustizia del 2014 sul caso *Google Spain*, il giudice comunitario ha affermato il proprio controllo giurisdizionale su entità economiche immateriali operanti all'interno dello spazio europeo, dilatando il concetto di stabilimento, e statuendo, al fine di garantire il diritto all'oblio su talune informazioni giudicate lesive dei diritti fondamentali alla reputazione e alla *privacy*, che il colosso *Google* doveva considerarsi "stabilito" nel territorio unionale, in virtù della sua presenza virtuale[43].
Tali statuizioni hanno trovato un successivo completamento nelle c.d. decisioni *Schrems* I e II, aventi ad oggetto sempre la protezione dei dati personali nell'Unione Europea (UE) e il trasferimento di questi dati negli Stati Uniti d'America, relative alla invalidazione dell'accordo *"Safe Harbor"*, che consentiva alle aziende di trasferire i dati personali non garantendo un livello di protezione, che, pur essendo giuridicamente identico a quello unionale, non poteva considerarsi adeguato in caso di accesso da parte della autorità americane [44].
Questo livello di protezione è stato poi nuovamente affrontato nella c.d. decisione *Schrems* II, laddove è stato invalidato il "*Privacy Shield*", che aveva sostituito il *"Safe Harbor Agreement"*, ritenendo che tali clausole dovessero garantire "un livello di protezione sostanzialmente equivalente a quello garantito all'interno dell'Unione, in forza delle norme di diritto derivato inerenti alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea[45].
Le plurime declinazioni dell'esercizio della sovranità, dunque, concorrono a definire, per le città e per lo Stato, un nuovo perimetro di obblighi giuridici che tende non solo verso il "possedere" infrastrutture e dati, ma di governarli secondo principi europei di tutela dei diritti, concorrenza e trasparenza, evitando derive puramente securitarie e valorizzando modelli partecipativi e *multistakeholder*.

4. Considerazioni conclusive.

Le considerazioni sopra rassegnate mostrano come la tutela dell'ambiente urbano e dell'ambiente "esteso" richieda l'elaborazione di strumenti capaci di bilanciare

[43] C.G.U.E., sentenza del 13 maggio 2014, in C-131/12, Google spain v. Agencia Española de Protecciòn de Datos, Costeja.
[44] C.G.U.E., sentenza del 6 ottobre 2015, in C-362/14, *Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner*.
[45] C.G.U.E., sentenza del 16 luglio 2020, in C-311/18, *Data Protection Commissioner v Facebook Ireland and Maximilian Schrems*.

interessi pubblici plurimi (salute, qualità della vita, resilienza climatica, mobilità, consumo di suolo).

La transizione verso modelli digitali *data-driven* può rafforzare la prevenzione e l'effettività delle politiche ambientali, ma non è neutra, in quanto incide su poteri, competenze e diritti e impone di adottare presidi di legalità sostanziale e procedimentale.

In questo quadro, la sovranità digitale diviene una condizione giuridica e organizzativa per governare dati, infrastrutture e decisioni automatizzate in modo compatibile con i principi di trasparenza, partecipazione, proporzionalità e responsabilità.

Essa non coincide né con un ritorno autarchico alla territorialità né con una rivendicazione proprietaria assoluta sui dati urbani, ma va intesa come categoria funzionale e multilivello, espressiva della capacità delle istituzioni democratiche di imporre regole pubbliche a infrastrutture e processi tecnici spesso governati da operatori privati globali.

Per le amministrazioni ciò comporta un mutamento di metodo prima ancora che di strumenti. Non è più sufficiente acquisire piattaforme o accumulare dati; occorre progettare architetture interoperabili, definire regole di accesso e di riuso, presidiare trasferimenti e sicurezza, garantire la tracciabilità delle scelte automatizzate e preservare il procedimento amministrativo quale sede di integrazione delle tutele. È nel procedimento, infatti, che devono convergere la valutazione ambientale, la protezione dei dati, l'impatto sui diritti fondamentali, la motivazione della decisione e la partecipazione dei soggetti interessati.

In definitiva, l'ambiente urbano ed esteso è divenuto anche ambiente digitale e, proprio per questo, la sovranità digitale si rivela una condizione imprescindibile per il raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità.

In assenza di una sfera pubblica capace di governare dati, infrastrutture e algoritmi, la transizione digitale rischia di dipendere da assetti tecnici opachi e da poteri privati sottratti al circuito democratico.

Esso, al contrario, deve essere ricondotto entro un ordine giuridico multilivello, procedimentalizzato e partecipato, al fine di divenire fattore di prevenzione, conoscenza condivisa ed efficace governo del territorio.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Autonomia differenziata e ZES Unica: modelli di sviluppo compatibili o contrastanti?

di **Salvatore Villani**

(Ricercatore presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II)

Sommario

1. Introduzione. – 2. L'autonomia differenziata come modello di sviluppo e come strumento di ingegneria costituzionale. – 3. Autonomia differenziata: il caso italiano in prospettiva comparata – 3.1. Autonomia e differenziazione territoriale: le esperienze estere – 3.2. Origini ed evoluzione del regionalismo italiano: tra centralismo e federalismo asimmetrico. – 4. Le ZES come istituto giuridico e come modello di sviluppo territoriale. – 5. Il sistema italiano delle ZES. – 6. Riflessioni conclusive. – 6.1. Elementi in comune e differenze tra i due modelli di sviluppo. – 6.2. Riflessioni su un'ipotesi di coesistenza, o di convergenza, tra i due modelli di sviluppo.

Abstract

Any scholar who attempts to analyze the regional development policies recently adopted in Italy cannot fail to note a huge, substantial contradiction: on the one hand, the aim is correctly to unify and simplify interventions in favor of the economically weakest areas of the country through the suppression of the eight pre-existing Special Economic Zones and the creation of a single large SEZ for the South; on the other hand, there is an insistence on continuing the implementation of Law No. 86/2024 on differentiated autonomy (the so-called Calderoli Law), even after the massive demolition intervention of the Constitutional Court (which, in addition to raising several objections to the text of the law, rejected the proposal for an abrogative referendum presented against it), with the risk of further fragmenting, rather than unifying and coordinating, the public development policies of this country.

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

1. Introduzione.

Qualsiasi studioso si accinga ad analizzare le politiche di sviluppo regionali recentemente adottate in Italia non potrebbe fare a meno di rilevare un'enorme sostanziale contraddizione: da un lato, correttamente, si mira ad unificare e a semplificare gli interventi a favore delle aree economicamente più deboli del Paese attraverso la soppressione delle otto Zone Economiche Speciali preesistenti e la creazione di un'unica grande ZES per il Mezzogiorno; dall'altro lato, si insiste nel proseguire l'attuazione della legge n. 86/2024 sull'autonomia differenziata (cd. Legge Calderoli), anche dopo il massiccio intervento demolitorio della Corte Costituzionale (che, oltre a muovere diverse censure al testo della legge[1], ha respinto la proposta di *referendum* abrogativo presentata nei confronti della stessa[2]), con il rischio di frammentare ulteriormente, piuttosto che unificare e coordinare, le politiche pubbliche di sviluppo di questo Paese.

Si assiste, più in particolare, ad una centralizzazione delle responsabilità e del controllo delle risorse utilizzabili per la crescita ed il rilancio economico del Mezzogiorno ma, contemporaneamente, con la scusa di rendere più efficiente la gestione dei servizi pubblici e di avvicinare l'amministrazione alle esigenze dei cittadini, si devolvono funzioni e competenze a livelli inferiori di governo.

In ambiti diversi (PNRR, politiche di coesione e per il Sud Italia, sviluppo delle aree interne) si persegue una strategia dell'accentramento, prevedendo anche misure che servono a rafforzare e a rimpinguare la dotazione di risorse umane della Presidenza del Consiglio, mentre parallelamente proseguono i tentativi di attuazione del regionalismo differenziato, con il tentativo di devolvere alle regioni alcune materie non-LEP (quelle per le quali non sia prevista la preventiva definizione dei livelli essenziali delle prestazioni), che la Corte costituzionale ha sottratto al Governo per affidarle al Parlamento, senza che nessuno si renda conto che queste due dinamiche, apparentemente distinte e separate, dovranno prima o poi inevitabilmente entrare in conflitto.

È lecito chiedersi, a questo punto, se tali dinamiche siano davvero contrastanti, essendo generate da modelli di sviluppo incompatibili[3], o se sia possibile, mediante

[1] Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 192 del 14 novembre 2024, che ha dichiarato l'illegittimità di molteplici parti della legge Calderoli, fornendo, al tempo stesso, una riflessione interessantissima sulla evoluzione del regionalismo italiano e sulle regole di attuazione dell'art. 116, comma terzo, della Costituzione.

[2] V. la sentenza n. 10 del 20 gennaio 2025, con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile la richiesta di *referendum* per l'abrogazione della legge Calderoli, osservando che l'oggetto e la finalità del quesito non risultano chiari e, dunque, pregiudicano la possibilità di una scelta libera e consapevole da parte dell'elettore, garantita dalla Costituzione (art. 48).

[3] Il Direttore Generale della SVIMEZ, Luca Bianchi, ha infatti ripetutamente sostenuto nel corso dell'ultimo biennio che ZES Unica ed Autonomia differenziata sono due modelli di sviluppo territoriale incompatibili e contraddittori tra loro, perché la prima mira a realizzare un rafforzamento centrale delle politiche per il Sud (accentramento), mentre la seconda, al contrario, rischia di accentuare le divisioni e di creare differenze di trattamento tra territori, "spaccando il Paese" e rendendo difficile un'azione unitaria per il Mezzogiorno. Cfr., al riguardo, R. PELOS, *Svimez, Bianchi: «Zes e autonomia differenziata incompatibili, ecco perché»*, QdS.it, 9 maggio 2024.

ISSN 2036-7821

un'accurata pianificazione ed un forte coordinamento istituzionale, individuare un equilibrio, che consenta ad entrambi i modelli di operare efficacemente, contribuendo alla crescita del Paese e, in particolar modo, allo sviluppo del Mezzogiorno. È quanto si proverà a verificare in questo capitolo, alla luce della recente giurisprudenza costituzionale, e più precisamente della sentenza n. 192/2024 della Corte Costituzionale, che ha profondamente modificato l'impianto originario della legge Calderoli sull'autonomia differenziata, ridimensionandone le finalità e le modalità di attuazione.

2. *L'autonomia differenziata come modello di sviluppo e come strumento di ingegneria costituzionale.*

L'autonomia differenziata, prevista nell'ordinamento giuridico italiano dall'art. 116, terzo comma, della Costituzione italiana, implica intrinsecamente un'asimmetria nella attuazione delle norme che regolano la distribuzione delle competenze, delle responsabilità e delle risorse tra diversi livelli di governo (federalismo asimmetrico), che è riconosciuta attualmente, nella letteratura accademica, come un elemento intrinseco di qualsiasi sistema federale.

Originariamente, quando il concetto fu introdotto per la prima volta da Tarlton nel 1965[4], l'asimmetria era considerata una caratteristica eccezionale dei sistemi di governo multilivello e poco o per nulla desiderabile, in quanto fonte di instabilità politica, di complessità e di frammentazione. Solo successivamente tale concetto ha iniziato ad acquisire importanza ed è stato preso seriamente in considerazione, essendo sempre più riconosciuto come un metodo di risoluzione dei conflitti, o come uno strumento d'integrazione politica, culturale, religiosa e, in generale, di conciliazione delle diversità. Le asimmetrie costituzionali implicano, infatti, flessibilità negoziale ed individuano soluzioni adattive, attraverso le quali è possibile realizzare quella sintesi dinamica tra opposte esigenze e/o identità che costituisce

[4] Per una prima formulazione del concetto, v. C.D. TARLTON, *Symmetry and asymmetry as elements of federalism: A theoretical speculation*, "The Journal of Politics", 27(4), 1965, pp. 861-874. Sulla sua evoluzione successiva, v. R. AGRANOFF, *Accommodating Diversity: Asymmetry in Federal States*, Nomos-Verlag-Ges, Baden-Baden, 1999; R. BIRD, *Asymmetric Fiscal Decentralization: Glue or Solvent?*, International Center for Public Policy Working Paper Series, GSU paper0309, International Center for Public Policy, Andrew Young School of Policy Studies, Georgia State University, 2003; L. ANTONINI, *Il regionalismo* differenziato, Giuffrè, Milano, 2000; R.L. WATTS, *Asymmetrical Decentralization: Functional or Dysfunctional*, «Indian Journal of Federalism», 2004, pp.1-42; R. CONGLETON, *Asymmetric federalism and the political economy of decentralization*, in E. AHMAD e G. BROSIO, *Handbook of fiscal federalism*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006, pp. 131-153, 131-153, M. BURGESS, *The paradox of diversity – asymmetric federalism in comparative perspective*, in F. PALERMO, C. ZWILLING e K. KÖSSLER (a cura di), *Asymmetries in Constitutional Law, Recent Developments in Federal and Regional Systems*, Europäische Akademie Bozen/Accademia Europea, Bolzano, 2009, pp. 21-35; F. PALERMO, *Asimmetria come forma e formante dei sistemi composti*, «Le istituzioni del federalismo», 2, 2018, pp. 255-271; M. SAHADŽIĆ, *Asymmetric vs. symmetric federalism: equity vs. equality*, in J. KINCAID e J.W. LECKRONE (a cura di), Teaching federalism: multidimensional approaches, Edward Elgar, Cheltenham, 2023, pp. 165-175.

ISSN 2036-7821

molto spesso, nella evoluzione dei sistemi di governo multilivello, la via più appropriata per salvaguardare l'integrità e l'indipendenza politica dello Stato.
L'asimmetria è così divenuta, come risulta anche da studi recenti, uno strumento di ingegneria costituzionale che serve a gestire l'unità e la diversità, bilanciando il principio di uguaglianza e la necessità di differenziazione. Per questa ragione esso è anche considerato, in termini di teoria della comparazione, come un "crittotipo", ovverosia come un modello giuridico implicito ed imprescindibile di ogni ordinamento composto, adatto a risolvere i problemi di quei paesi che ospitano gruppi o comunità eterogenee, specialmente se concentrate territorialmente[5]. In questi contesti, infatti, l'entità e la natura dell'asimmetria tollerabile o necessaria diventa spesso un'opzione interessante per affrontare meglio problemi specifici di un territorio (ad es. aree montane, isole, o zone economiche particolari) e per assicurare l'unità politica, nonché un'efficiente ed uniforme erogazione dei servizi pubblici.
Risultati di ricerche recenti mostrano che gli accordi asimmetrici sono diventati, così, sempre più comuni[6]. Un numero crescente di paesi si sta muovendo verso forme di decentramento asimmetrico, optando per un'assegnazione differenziata di competenze e/o di funzioni tra i governi subnazionali per lo stesso livello di amministrazione. Mentre però fra gli anni '50 e gli anni '70 del secolo scorso gli accordi asimmetrici si diffondevano soprattutto a livello regionale, la tendenza attuale sembra essere quella che vede l'adozione di forme di decentramento asimmetrico principalmente a livello delle aree urbane capoluogo. Ciò si verifica probabilmente perché i benefici dell'urbanizzazione e delle economie di agglomerazione sono oggi largamente riconosciuti ed accettati come motori fondamentali della crescita economica[7].

3. Autonomia differenziata: il caso italiano in prospettiva comparata.

3.1. Autonomia e differenziazione territoriale: le esperienze estere.

Le motivazioni che giustificano l'adozione di un modello di federalismo asimmetrico

[5] Cfr. F. PALERMO, *Asimmetria come forma e formante dei sistemi composti*, op. cit., 2018, pp. 258-259.

[6] Tra il 1950 e il 2016, la quota di paesi che hanno implementato accordi asimmetrici è raddoppiata. Questo sviluppo non sorprende molto, considerando le notevoli differenze tra le regioni all'interno dei paesi e gli elevati costi di un'applicazione uniforme del decentramento. Sul punto, cfr. D. ALLAIN-DUPRÉ, I. CHATRY e A. MOISIO, *Asymmetric decentralisation: Trends, challenges and policy Implications*, OCSE, Parigi, 2020.

[7] Studi recenti forniscono, tuttavia, una prospettiva critica e più sfumata sugli effetti dell'urbanizzazione e delle economie di agglomerazione, sottolineando che la crescita urbana non è meccanica, dipendendo dalla capacità delle città di innovare e di attrarre funzioni di alto livello, e proponendo modelli che tengano conto delle specificità territoriali e della qualità urbana (disegno urbano, ambiente, cultura) per evitare squilibri economici e sociali. Cfr. R. CAMAGNI, L. DIAPPI e G. LEONARDI, *Urban growth and decline in a hierarchical system: a supply-oriented dynamic approach*, «Regional Science and Urban Economics», 16 (1), 1986, pp. 145-160; R. CAMAGNI, R. CAPELLO e A. CARAGLIU, *Crescita urbana e cambiamento strutturale: il ruolo delle economie di agglomerazione dinamiche*, «Scienze regionali», 2, 2016, pp. 15-35.

ISSN 2036-7821

risiedono nel riconoscimento delle diversità storiche, culturali, linguistiche e territoriali tra gruppi sociali che – nell'ambito di una collettività organizzata – sviluppano una comune coscienza politica e sociale e che decidono, conseguentemente, di stabilire un'entità sovrana, lo Stato, per autogestirsi. Esse si manifestano sia negli Stati unitari che in quelli federali, rispondendo ad esigenze di specificità, di coesione sociale – attraverso la concessione di poteri diversi ad enti territoriali diversi – e di bilanciamento dell'unità nazionale con l'autonomia locale. Col tempo, tuttavia, è stato appurato che l'asimmetria è una caratteristica fondamentale degli Stati federali, sebbene all'interno degli stessi possano riscontrarsi diversi gradi[8] e diverse forme[9] di asimmetria.

La concezione simmetrica del decentramento è invece intimamente connaturata alla genesi dei modelli federali tradizionali, i quali sono tesi a realizzare l'unione di entità ugualmente sovrane e, dunque, attente ad assicurare che ogni parte dell'accordo su cui si fonda la predetta unione abbia lo stesso peso e la stessa voce nella gestione del potere federale, garantendo così un'uguaglianza politica tra i soggetti fondatori[10]. Anche le "federazioni più simmetriche" (ovvero i modelli federali più stabili, come gli Stati Uniti e la Svizzera) presentano, tuttavia, elementi di asimmetria e devono gestire intrinseche disuguaglianze di potere e di risorse, che implicano una continua negoziazione e competizione tra le parti[11]. Alcune federazioni stanno anzi sperimentando nuove forme di asimmetria e di competizione intergovernativa, come la Germania, dove tutte le entità politiche ed amministrative di primo livello (i *Länder*) godono dello stesso grado di potere legislativo e delle stesse responsabilità, ma le riforme federaliste del 2006 hanno anche previsto il diritto delle stesse, nell'ambito delle materie di legislazione concorrente (*Konkurrierende Gesetzgebung*), di legiferare in assenza di intervento federale e la potestà di adottare leggi più flessibili in deroga a quelle federali (la cd. "legislazione derogatoria", o *Abweichungsgesetzgebung*) in materie specifiche, come l'istruzione ed il pubblico

[8] Alcuni paesi federali (come il Belgio, il Canada, l'India, la Russia e la Spagna) sono, infatti, solo alquanto asimmetrici, mentre altri (come l'Australia, l'Austria, la Germania, la Svizzera e gli Stati Uniti d'America) tendono ad esserlo molto di più. Cfr. D. ALLAIN-DUPRÉ, I. CHATRY e A. MOISIO, *Asymmetric decentralisation: Trends, challenges and policy Implications*, OECD Regional Development Papers No. 10, 2020, pp. 7-11.

[9] Generalmente si distinguono due forme di asimmetria: l'asimmetria costituzionale (o *de jure*), che si traduce in una differenziazione di poteri, di diritti e/o di competenze sancita da una previsione costituzionale esplicita, e l'asimmetria politica (o *de facto*), che invece deriva da accordi, da prassi politiche o da circostanze concrete (fattori etnici, religiosi, linguistici, culturali, politici, economici e sociali), che creano disparità reali di autonomia e/o di risorse tra enti territoriali o tra soggetti politici. Per ulteriori approfondimenti al riguardo, cfr. comunque M. SAHADŽIĆ, *Asymmetric vs. symmetric federalism: equity vs. equality*, op. cit., 2023, pp. 166-167 e D. ALLAIN-DUPRÉ, I. CHATRY e A. MOISIO, *Asymmetric decentralisation: Trends, challenges and policy Implications*, op. cit., 2020, pp. 7-11.

[10] Sul punto, cfr. F. PALERMO, *La coincidenza degli opposti: l'ordinamento tedesco e il federalismo asimmetrico*, «Federalismi.it» n.3/2007.

[11] Cfr., al riguardo, D. ALLAIN-DUPRÉ, I. CHATRY e A. MOISIO, *Asymmetric decentralisation: Trends, challenges and policy Implications*, op. cit., 2020, pp. 12-27.

impiego[12].
Negli Stati unitari, invece, il principio fondamentale è costituito generalmente dalla simmetria, finalizzata alla realizzazione dell'equità e dell'integrazione politica delle diverse parti del paese. Esempi di tale approccio comprendono il Cile e la Francia ("une et indivisible"). Attualmente, tuttavia, in alcuni Stati unitari si riscontrano anche forti elementi di asimmetria, come in Spagna (ove Catalogna, Paesi Baschi e Galizia, assieme ad altre comunità autonome storiche, godono di poteri legislativi, finanziari e amministrativi estesi), in Danimarca (ove le Isole Fær Øer e la Groenlandia godono di un ampio potere di autogoverno, con autonomia su quasi tutte le materie interne, pur rimanendo parte integrante del Regno danese), nel Regno Unito (attraverso la *devolution*, che ha trovato sostanziale attuazione con le riforme costituzionali attuate a partire dal 1998) e in altri paesi caratterizzati da forti divari territoriali, o da differenze significative tra aree più sviluppate e dinamiche e regioni periferiche, come nel caso della Finlandia[13], della Francia[14] e del Portogallo[15].
In tali paesi, accade infatti che le popolazioni residenti nei territori periferici si sentano a volte marginalizzate, oppure non adeguatamente rappresentate. Ragion per cui comprenderne le esigenze, ed accoglierne le conseguenti istanze di autonomia (politica e fiscale), può contribuire al contenimento delle spinte secessioniste e a mantenere la stabilità politica della nazione.
L'Italia potrebbe esser compresa fra questi esempi, ma presenta elementi che lo rendono, a ben vedere, un caso a sé, meritevole di essere analizzato attentamente.

3.2. Origini ed evoluzione del regionalismo italiano: tra centralismo e federalismo asimmetrico.

Nella storia della nazione italiana, il dibattito storico-istituzionale sul modello di distribuzione del potere politico-amministrativo è stato sempre condizionato dall'alternanza (e dalla tensione) tra centralismo e federalismo[16]. Quest'ultimo, fra

[12] Per una analisi di queste nuove forme di asimmetria e di competizione intergovernativa, v. B. BALDI, *Il federalismo competitivo: l'Italia in prospettiva comparata*, «Teoria politica» n. 2, 2009, pp. 1000-1032; R.W. BAHL, *Changing federalism: Trends and interstate variations*, in T.R. SWARTZ, J.E. PECK (a cura di), *The changing face of fiscal federalism*, Routledge, London-New York, 2020, pp. 56-87.

[13] La Finlandia mostra, infatti, un forte contrasto tra l'area di Helsinki (capitale e fulcro economico del paese) e le vaste e scarsamente popolate regioni settentrionali ed orientali, che affrontano sfide demografiche legate all'invecchiamento e difficoltà economiche dovute alla minore densità di infrastrutture tecnologiche.

[14] La Francia è notoriamente caratterizzata da una forte urbanizzazione, ma presenta divari significativi tra le aree metropolitane (Parigi, Lione, Marsiglia), le regioni periferiche (specialmente quelle rurali di montagna, costiere o le ex aree industriali in crisi), con divari di reddito e di opportunità occupazionali, e quelle ultraperiferiche, come i dipartimenti d'oltremare come La Riunione e Guadalupa, che rimangono tra le regioni con il più alto rischio di povertà nell'Unione Europea.

[15] Il Portogallo evidenzia una netta dicotomia tra il dinamico litorale (Lisbona, Porto, Algarve) e l'entroterra rurale, afflitto da problemi demografici (invecchiamento della popolazione e spopolamento) ed economici.

[16] Per approfondimenti, v. A. D'ATENA, *Tra autonomia e neocentralismo. Verso una nuova stagione del regionalismo italiano?*, Giappichelli, Torino, 2016; L. VANDELLI, *Le regioni italiane tra federalismo e centralismo*, in A. LANZANI,

l'altro, era originariamente considerato un'opzione minoritaria, fortemente avversata dalle forze politiche dominanti, specialmente nell'Ottocento e fino all'inizio del secolo scorso, quando si preferiva un assetto centralizzato all'autonomia regionale, che era invece vista come una minaccia per l'unità nazionale. Il centralismo, infatti, era funzionale all'indirizzo militarista del nascente Stato italiano e alle condizioni di finanza pubblica di particolare delicatezza che esso dovette subito affrontare[17].

A cavallo dei due secoli si aprì, poi, la breve stagione del municipalismo, caratterizzata da un'intensa attività dei Comuni, specialmente delle grandi città, che diventarono ben presto luoghi di produzione della ricchezza industriale ed attori fondamentali nella modernizzazione del Paese. Fu un'epoca, infatti, di trasformazioni sociali ed economiche profonde e di spinte autonomiste, presenti soprattutto nelle città industriali del Nord (come Milano e Bologna), che riflettevano un desiderio di maggiore autonomia gestionale, probabilmente legato alla crescita economica, ma che furono soffocate dal ritorno al centralismo statale imposto dalla guerra e consolidato dal regime fascista, che invece privilegiava il controllo unitario su larga scala per scopi politici e di mobilitazione nazionale.

Dopo il centralismo fascista, fu la Costituzione repubblicana del 1948 a segnare il ritorno faticoso e graduale a forme di decentramento o di federalismo, anche se l'attuazione piena dei principi costituzionali, soprattutto per quanto concerne l'autonomia delle Regioni a statuto ordinario, richiese decenni, concretizzandosi significativamente solo a partire dal 1970 e con riforme successive, come la prima Legge Bassanini (la legge n. 59/1997) e la legge n. 265/1999, confluita nel Testo Unico degli Enti Locali (la legge n. 267/2000), tramite le quali fu introdotto nell'ordinamento italiano il principio di sussidiarietà verticale e favorito il decentramento amministrativo, e tramite la Riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione.

Il dibattito sul modello istituzionale si spostò, dunque, per diversi decenni, a Bruxelles. Mentre infatti l'Italia viveva il periodo d'oro della ricostruzione post-bellica e del miracolo economico, si gettavano le basi per l'integrazione europea e, con i Trattati di Roma del 1957, nascevano la CEE (la Comunità Economica Europea)

M. BOLOCAN GLDSTEIN e F. ZANFI (a cura di), *L'Italia e le sue Regioni*, Enciclopedia Treccani, 2015, pp. 51-63; e, più recentemente, L. DURST, *L'organizzazione territoriale in Italia tra regionalismo e autonomia differenziata: un percorso degli ultimi venti anni*, «NOMOS. Le attualità del diritto», 3, 2024, pp. 1-32.

[17] Il percorso di messa in ordine dei conti pubblici del nascente Regno d'Italia fu un'impresa difficile, dominata dal risanamento finanziario post-unitario, che si poneva l'obiettivo di unificare i debiti preesistenti degli Stati preunitari ed affrontare l'enorme deficit che ne conseguì. Un obiettivo, questo, che fu raggiunto solo nel 1875 con il primo pareggio di bilancio, realizzato sotto il governo Minghetti e grazie anche alla programmazione finanziaria quinquennale del Sella (1871), ministro delle finanze in diversi governi (in particolare, dal 1869 al 1873 nel governo Lanza) e ideatore di una politica di forte rigore finanziario (proseguita con intensità dai successivi ministri della Destra Storica), che fu essenziale per il consolidamento dello Stato unitario e per il processo di risanamento post-unitario. Sul contributo di Sella al pareggio di bilancio, sia pure raggiunto dopo di lui, e sulla sua politica fiscale, v. A. QUADRIO CURZIO, *Il fisco giusto di Quintino Sella: Una lezione che ci lega all'Europa*, «Corriere della Sera», 23 giugno 2011; F. SALSANO, Quintino Sella ministro delle finanze. Politiche per lo sviluppo e i costi dell'Unità d'Italia, Il Mulino, Bologna, 2013.

ISSN 2036-7821

e l'Euratom (Comunità Europea dell'Energia Atomica). L'Italia era comprensibilmente concentrata sul suo sviluppo economico interno e doveva affrontare il complesso problema delle profonde disparità territoriali, emerso subito dopo l'Unificazione, a causa della arretratezza economica, sociale ed infrastrutturale del Mezzogiorno. Fu così che, nel 1950, venne costituita la Cassa per il Mezzogiorno, sulla base di un modello teorico originale e di un grande progetto di sviluppo dell'economia italiana intesa nel suo complesso[18].

Ancora una volta il centralismo prese piede per dar vita, tuttavia, ad un'esperienza (le politiche di intervento straordinario nel Mezzogiorno: 1950-1992) tanto importante quanto eccezionale per il nostro Paese, che produsse (anche perché favorita da una speciale convergenza di interessi e da un'ampia collaborazione istituzionale) risultati davvero significativi, sia in termini di sviluppo economico che di infrastrutturazione del territorio.

La svolta negativa prese avvio, invece, con l'istituzione delle Regioni a statuto ordinario, previste dalla Costituzione del 1948, ma attuate concretamente solo nel 1970. Esse, infatti, si inserirono nella gestione della Cassa, generando quella commistione tra tecnici e politica che fece gradualmente perdere efficienza alla sua azione e determinando il fallimento di quella fortunata iniziativa (l'intervento straordinario nel Mezzogiorno) tanto faticosamente avviata. La Cassa per il Mezzogiorno fu così soppressa e posta in liquidazione (tramite il Decreto del Presidente della Repubblica 6 agosto 1984) per essere sostituita, due anni dopo, dall'Agenzia per la promozione e per lo sviluppo del Mezzogiorno (AgenSud).

Il centralismo, dunque, avendo esaurito la sua capacità di governare i processi di sviluppo, cedeva nuovamente il passo al municipalismo, con l'introduzione dell'elezione diretta dei sindaci (Legge n. 81/1993), che vide i primi cittadini assurgere a nuovi protagonisti della politica, sia a livello locale che nazionale, e condusse alla sperimentazione di nuove forme di impegno civico e politico, ponendosi in rottura con i partiti tradizionali, che (con lo scandalo di Tangentopoli) attraversavano invece una profonda crisi di legittimazione.

Fu allora che riprese piede il dibattito sul decentramento e, con le revisioni

[18] Per ulteriori approfondimenti sull'esperienza della Cassa per il Mezzogiorno e sulle politiche di sviluppo territoriale avviate in passato nel nostro paese, vedasi PESCATORE, *L'intervento straordinario nel Mezzogiorno d'Italia*, Giuffrè, Milano, 1962; TREZZANI, *Dall'intervento straordinario nel Mezzogiorno all'intervento ordinario nelle aree depresse*, «Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari», 1-3, 1995, pp. 305-317; D'ANTONE (a cura di), *Radici storiche ed esperienza dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno: Taormina, 18-19 novembre 1994*, Vol. 7, Bibliopolis, Napoli, 1996; GIANNOLA, *La Cassa: protagonista e strumento delle politiche di sviluppo*, in AA.VV., *La Cassa per il Mezzogiorno. Dal recupero dell'archivio alla promozione della ricerca*, Quaderni SVIMEZ, numero speciale 44, Grasso, Roma, 2014; ZOPPI, *La Cassa per il Mezzogiorno tra amministrazione e letteratura*, «Rivista giuridica del Mezzogiorno», 35(2-3), 2021, pp. 393-401; LEPORE, PALERMO e RAMAZZOTTI, *Il contributo della Cassa allo sviluppo industriale del Mezzogiorno. La ripartizione settoriale e territoriale degli interventi (1957-1993)*, «Rivista giuridica del Mezzogiorno», 35(2-3), 2021, pp. 521-555; DANDOLO e AMOROSO, *L'intervento straordinario e l'integrazione europea. Dibattito, modelli e industrializzazione del Mezzogiorno*, «Informazioni Svimez» e la cultura del novo meridionalismo (1961-1973), Rubbettino, Soveria Mannelli, 2022.

costituzionali del 1999 (elezione diretta dei presidenti delle regioni) e del 2001 (riforma del Titolo V), iniziò l'era del regionalismo spinto che ha alimentato, negli ultimi decenni, le richieste di autonomia differenziata avanzate da alcune Regioni dell'Italia centrosettentrionale (Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna) in base all'art. 116, terzo comma, della Costituzione[19]. Da quel momento il dibattito sul decentramento si è nuovamente intensificato, ma è stato anche caricato di valori e di significati impropri, che hanno finito per trasformare il modello istituzionale del paese, spingendolo sensibilmente, con l'approvazione della legge n. 86/2024 (la cd. "Legge Calderoli sull'autonomia differenziata"), oltre i limiti legali consentiti. La legge citata, a seguito del ricorso di quattro Regioni (Puglia, Sardegna, Toscana e Campania), è stata infatti immediatamente sottoposta alla valutazione della Corte costituzionale per verificarne la conformità alla Costituzione (sentenza n. 192 del 2024) e, poi, per valutare l'ammissibilità di un referendum popolare di abrogazione totale della legge (sentenza n. 10 del 2025).

La Corte ha così dichiarato, nella sua prima sentenza, la parziale illegittimità costituzionale del provvedimento, offrendo indicazioni essenziali sul modello di differenziazione previsto dall'art. 116, terzo comma, della Costituzione e stabilendo i punti cardine, che costituiscono anche i confini entro cui l'attuazione della norma citata può legittimamente avvenire. In estrema sintesi[20], a tale riguardo, il Supremo Giudice delle leggi ha precisato che:

a) l'art. 116, terzo comma, della Costituzione non può essere considerata come una monade isolata, ma deve essere collocata nel quadro complessivo della forma di Stato italiana e con essa armonizzata;
b) una componente fondamentale della forma di Stato delineata dalla Costituzione è certamente rappresentata dal regionalismo, ma essa va attuata nel rispetto di tutti gli altri principi fondamentali che la caratterizzano, e cioè del principi di coesione sociale e di solidarietà tra lo Stato e le regioni e tra regioni (artt. 119 e 120 Cost.), di unità giuridica ed economica della Repubblica

[19] Per una analisi di questa fase del dibattito sul decetramento e dei primi tentativi di attuazione dell'art- 116. Comme terzo, Cost., v. D. GIROTTO, *L'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario. Tentativi di attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. e limiti di sistema*, Giappichelli, Torino, 2019; S. VILLANI, *Regionalismo fiscale differenziato. I privilegi dell'autonomia e i problemi del Mezzogiorno*, «Rivista economica del Mezzogiorno», 33(3-4), 2019, pp. 963-996; S. AGOSTA, *L'infanzia «difficile» (… ed un'incerta adolescenza?) del nuovo art. 116, comma 3, Cost. tra proposte (sempre più pressanti) di revisione costituzionale ed esigenze (sempre più sentite) di partecipazione regionale alla riscrittura del quadro costituzionale delle competenze*, «Federalismi.it», (13), 2003, pp. 1-16; e, più recentemente, F. CONTE, *Il futuro del regionalismo differenziato: tra sfide complesse e opportunità di innovazione per l'Italia*, «Amministrativ@mente», 4. 2025, pp. 1742-1778; M. BORDIGNON, L. RIZZO e G. TURATI, *Il percorso di attuazione dell'autonomia differenziata: evoluzione storica e prospettive*, «Economia Italiana», 1, 2025, pp. 5-51.

[20] Per un commento più dettagliato sui contenuti della sentenza e sulle questioni che restano ancora irrisolte, v. T.F. GIUPPONI, *Cronaca di una morte annunciata?: cosa rimane del regionalismo differenziato dopo la sentenza n. 192/2024 della Corte costituzionale*, «Istituzioni del federalismo», XLVI, 1, 2025, pp. 37-47 e G. GARDINI, *La Corte costituzionale riscrive il regionalismo differenziato, ma molte questioni restano ancora senza risposta*, «Istituzioni del federalismo», XLVI, 1, 2025, pp. 7-16.

(art. 120 Cost.), di eguaglianza dei cittadini nel godimento dei diritti (art. 3 Cost.) e di garanzia effettiva dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, secondo comma, lettera m, Cost.), il cui indebolimento potrebbe sfociare nella stessa crisi della democrazia;

c) l'art. 116, terzo comma, Cost., richiede che il trasferimento riguardi specifiche funzioni (e non intere materie), di natura legislativa e/o amministrativa, definite in relazione all'oggetto e/o alle finalità, e sia basato su una ragionevole giustificazione, espressione di un'idonea istruttoria;

d) secondo la prospettiva costituzionale, incentrata sul principio di sussidiarietà, la scelta sulla ripartizione delle funzioni legislative ed amministrative tra lo Stato e le regioni o la singola regione, nel caso della differenziazione ex art. 116, terzo comma, Cost., non può essere ricondotta ad una logica di potere con cui risolvere i conflitti tra diversi soggetti politici, né dipendere da valutazioni meramente politiche; il principio di sussidiarietà richiede che la ripartizione delle funzioni, e quindi la differenziazione, non sia considerata *ex parte principis*, bensì *ex parte populi*;

e) la ripartizione delle funzioni deve corrispondere al modo migliore per realizzare i principi costituzionali e, in questa prospettiva, l'adeguatezza dell'attribuzione di una di esse ad un determinato livello territoriale di governo va valutata con riguardo a tre criteri: l'efficacia e l'efficienza nell'allocazione delle funzioni e delle relative risorse, l'equità che la loro distribuzione deve assicurare e la responsabilità dell'autorità pubblica nei confronti delle popolazioni interessate all'esercizio della funzione;

f) ciascuna regione può chiedere di derogare all'ordine di ripartizione delle funzioni ritenuto in via generale ottimale dalla Costituzione, ma trattandosi di una deroga alla ordinaria ripartizione delle funzioni, essa va giustificata e motivata con precipuo riferimento alle caratteristiche della funzione ed al contesto (sociale, amministrativo, geografico, economico, demografico, finanziario, geopolitico ed altro) in cui avviene la devoluzione, in modo da evidenziare i vantaggi – in termini di efficacia e di efficienza, di equità e di responsabilità – della soluzione prescelta; l'iniziativa della regione e l'intesa previste dall'art. 116, comma terzo, della Costituzione devono, pertanto, essere precedute da un'istruttoria approfondita, suffragata da analisi basate su metodologie condivise, trasparenti e possibilmente validate dal punto di vista scientifico (come, peraltro, suggerito dalla Banca d'Italia nella memoria del 27 marzo 2024, audizione davanti alla I Commissione, Affari costituzionali, della Camera dei deputati).

4. Le ZES come istituto giuridico e come modello di sviluppo territoriale.

Il fenomeno delle ZES non può essere correttamente inquadrato ed analizzato se si

ISSN 2036-7821

ignora o se si trascura di prendere in considerazione la sua natura bifronte, di fenomeno giuridico ed economico ad un tempo: in alcuni paesi lo Stato, prendendo consapevolezza dei propri fallimenti, sceglie di autolimitarsi, di ridimensionarsi, lasciando spazio al mercato e creando un quadro normativo e fiscale favorevole al fine di attrarre gli investimenti e di facilitare lo svolgimento dell'attività economica in determinate aree del proprio territorio, delimitate amministrativamente (tramite perimetrazioni geografiche definite per legge) ed intercluse (ovvero separate fisicamente dal resto del territorio nazionale), ma non necessariamente recintate nella loro interezza (poiché spesso coincidono con interi territori comunali o ampie aree industriali e/o portuali) e a volte anche protette fisicamente[21].

Da un punto di vista economico, potremmo dunque considerarlo uno speciale strumento di intervento pubblico nell'economia[22], che consente di fornire risposta a situazioni tipiche di inefficienza, e a volte anche di ampi settori del sistema economico, ma che richiede al tempo stesso, per avere successo, l'intervento attivo dei governi ed una fruttuosa interazione tra le amministrazioni pubbliche ed il settore privato[23].

Si potrebbe tuttavia considerarlo anche una sorta di bene pubblico, che diventa escludibile, attraverso la previsione di particolari regole o condizioni di ammissione, ma non rivale, trattandosi di un bene il cui utilizzo da parte di una persona non riduce la disponibilità per altri. Esso può essere caratterizzato, al limite, da una bassa rivalità nel consumo. Siamo in presenza, in altre parole, di una specie di *club good*, che non va inteso, però, come un vero e proprio bene di club *à la Buchanan*, poiché le ZES, generalmente, qualunque sia il modello istituzionale concretamente adottato, sono gestite dai governi o da enti pubblici, e non direttamente dalle aziende situate nelle zone interessate.

Da un punto di vista giuridico, invece, siamo di fronte ad un istituto di "diritto economico unilaterale", una sorta di "compromesso unilaterale" tra Stato e mercato[24], che implica la rinuncia dello Stato ad esercitare la propria sovranità fiscale e/o

[21] La protezione fisica e la sorveglianza sono caratteristiche tipiche delle zone franche doganali. Per una definizione della natura giuridica delle ZES, v. comunque S. VILLANI, *Porti franchi e ZES: della mitologia e dei rischi di utilizzo improprio di una categoria di istituti vagamente definita e camaleontica*, «Amministrativ@mente», 2, 2023.

[22] Sulle ZES come strumento di intervento pubblico, finalizzato alla promozione degli investimenti e dello sviluppo economico, v. R. ARBOLINO e T.L. LANTZ, *La ZES come motore di sviluppo*, in R. REALFONZO, a cura di), *Le politiche per lo sviluppo in Campania ZES, piano del lavoro, aree di crisi*, UniorPress, Napoli, 2021; C. GOLINO, *Un nuovo (efficace?) modello di intervento pubblico per i territori: il caso delle Zone Economiche Speciali come strumento di sviluppo* locale, «Federalismi. it» n. 9, 2021, pp. 46-81. Per una analisi delle questioni problematiche dei rischi di evasione e frode fiscale correlati alle ZES, v. invece S. VILLANI, *Porti franchi e ZES: dai vantaggi spesso mitizzati ai gravi rischi di evasione fiscale*, «Diritto e processo tributario», 9(2), 2023, pp. 247-304.

[23] Così, per esempio, R. NARULA e J. ZHAN, *Using special economic zones to facilitate development: policy implications*, «Transnational Corporations Journal», 26(2), 2019.

[24] Sulla concezione delle ZES come «nuovo unilaterale compromesso tra Stato e mercato», cfr. J. CHAISSE e G. DIMITROPOULOS, *Special Economic Zones in International Economic Law: Towards Unilateral Economic Law*, «Journal of International Economic Law», 24, 2021, pp. 229-257.

amministrativa e, contestualmente, la previsione di un regime normativo speciale, derogatorio rispetto alla legislazione nazionale, che prevede semplificazioni burocratiche, flessibilità dei rapporti di lavoro, aiuti economici ed agevolazioni fiscali con funzione compensativa e/o promozionale, rivolte a determinate aree geografiche ed, indirizzate all'interno di queste, a particolari categorie di imprese e/o ad attività economiche.

I regimi ZES nazionali sono infatti regimi di eccezione e di differenziazione, istituiti tramite una legislazione economica derogatoria, ovvero differente rispetto a quella vigente nel resto del paese, che si pone l'obiettivo specifico di creare isole di vantaggio competitivo, ove è più facile investire ed esercitare in generale un'attività economica, grazie ad incentivi fiscali (credito d'imposta per beni strumentali, detassazione, riduzione dazi), procedure amministrative semplificate e supporto infrastrutturale e/o logistico[25].

Le diverse tipologie di ZES esistenti nel mondo condividono dunque una caratteristica fondamentale: funzionano tutte come regimi normativi distinti e separati dai rispettivi ordinamenti giuridici nazionali e dal più ampio ordine economico globale. Elemento cruciale di questi istituti non è – come comunemente si ritiene – la varietà di definizioni formulate per descriverne le molteplici tipologie, ma la diversità istituzionale che le ZES generano attraverso pratiche di *governance* uniche[26].

Per una chiara comprensione della natura giuridica e della funzione di questi istituti, che stanno emergendo sempre più come un fenomeno economico e giuridico globale, è necessario pertanto considerare la loro duplice identità di strumenti di sviluppo e di anomalie normative, che consentono agli Stati di testare e di sviluppare nuove politiche pubbliche su una scala ridotta, localizzata, evitando di fare ricorso ai tradizionali strumenti del diritto internazionale dell'economia (ad esempio, evitando di stipulare accordi o intese bi- o multi-laterali con altri paesi).

5. Il sistema italiano delle ZES.

Nel diritto tributario italiano vigente si distingue, attualmente, tra zone franche doganali (d'ora in poi, ZFD), zone franche urbane (ZFU), zone economiche speciali (ZES) e zone logistiche speciali, nella versione cosiddetta "semplificata" ed in quella "rafforzata" (d'ora in poi, rispettivamente, ZLSS e ZLSR). È necessario chiarire, tuttavia, che le norme che disciplinano tali istituti, nel corso degli anni, hanno subito una certa evoluzione. Non siamo davanti ad una storia così lunga come quella delle

[25] Per un'analisi delle ZES come caso emblematico di applicazione dello "stato di eccezione" agambeniano quale paradigma dominante di governo delle relazioni economiche transnazionali, v. L. COTULA, *The state of exception and the law of the global economy: a conceptual and empirico-legal inquiry*, «Transnational Legal Theory», 8(4), 2017, pp. 424-454.

[26] In questo senso, v. già J. HE e Y. BI, *Reimagining special economic zones in international economic law: from regulatory management to experimental governance*, «Journal of International Economic Law», jgaf046, 2025, pp. 1-20.

ZES cinesi[27], ma certamente è possibile affermare che le ZES italiane sono una realtà consolidata e sono ormai giunte alla terza generazione.

Si è partiti nel 2006 con l'istituzione delle ZFU, essenzialmente finalizzate a favorire la ripresa e lo sviluppo di territori colpiti da calamità naturali ed il rilancio di quartieri ed aree urbane degradate. Dopodiché, nel 2017, sono state istituite le cosiddette "ZES regionali", per favorire gli investimenti nelle aree portuali delle regioni in ritardo di sviluppo del Mezzogiorno, e le ZLS, concepite per favorire la creazione di condizioni favorevoli allo sviluppo di nuovi investimenti nelle aree portuali delle regioni più sviluppate (così come individuate dalla normativa europea, ammissibili alle deroghe previste dall'art. 107 del TFUE) o "in transizione" (Marche ed Umbria, visto che l'Abruzzo rientra nella ZES unica Sud) del nostro paese. Nel 2018 è stata quindi confermata la possibilità (già prevista dall'art. 5, comma 1, lett. a-sexies), del D.L. n. 91/2017 e successive modifiche) di istituire, ai sensi dell'art. 243 del CDU, zone franche doganali intercluse (ZFDI) all'interno delle ZES stesse o delle ZLS (cfr. art. 11, comma 3 bis, del D.L. n. 124/2023, convertito dalla legge n. 162/2023). Infine, nel 2024, è stata istituita (con il D.L. n. 124/2023) la c.d. "ZES unica per il Mezzogiorno", che sostituisce le Zone economiche speciali regionali preesistenti e si caratterizza per la sua straordinaria portata geografica, dal momento che comprende i territori di ben otto regioni (Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sicilia e Sardegna) e può essere considerata la ZES più grande d'Europa o, in ogni caso, una delle Zes più vaste al mondo. Con una superficie di circa 123.024 chilometri quadrati, la ZES Unica presenta, infatti, un'estensione che è comparabile addirittura a quella dell'intera Grecia (131.957 km²) e supera l'estensione territoriale di quattro nazioni europee messe insieme: Belgio, Olanda, Lussemburgo e Svizzera (116.418 km²).

Col tempo, tuttavia, è cambiato l'inquadramento, la funzione e persino la definizione stessa dell'istituto, non più caratterizzato dall'esistenza di un nesso economico funzionale tra le aree produttive e dalla presenza, all'interno di queste ultime, di almeno un'area portuale con le caratteristiche stabilite dal regolamento (UE) n. 1315 dell'11 dicembre 2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, collegata alla rete transeuropea dei trasporti TEN-T. Secondo il nuovo inquadramento, per ZES si deve ora intendere «una zona delimitata del territorio dello Stato nella quale l'esercizio di attività economiche e imprenditoriali da parte delle aziende già operative e di quelle che si insedieranno può beneficiare di speciali condizioni in relazione agli investimenti e alle attività di sviluppo d'impresa» (art. 9 del D.L. 124/2023).

[27] A partire dal 1979-1980, anni in cui il governo cinese istituì le prime zone economiche speciali nelle città di Shenzhen, Zhuhai, Shantou e Xiamen, le ZES cinesi hanno subito una lunga e complessa evoluzione, nel corso della quale hanno conosciuto cambiamenti significativi delle funzioni economiche svolte, dei settori di specializzazione e del loro grado di apertura verso l'esterno. Per una sintetica ricostruzione delle caratteristiche delle ZES cinesi e della loro evoluzione nel tempo, v. X. CHEN, *Change and continuity in special economic zones: a reassessment and lessons from China*, «Transnational Corporations Journal», 26(2), 2019, pp. 49-74.

L'intento del legislatore non è più soltanto quello di valorizzare le "specialità" dei singoli territori e potenziare, allo stesso tempo, il sistema portuale e logistico del paese. Com'è scritto sul portale *web* del Dipartimento per le politiche di coesione e per il Sud, con la costituzione di un'unica grande ZES si è inteso massimizzare, nello scenario internazionale, l'impatto competitivo dell'intero Mezzogiorno e del suo già rilevante apparato produttivo, riconoscendo eguali *chance* di sviluppo a tutti i territori dell'Italia meridionale e a tutte le imprese già insediate nel Sud del paese, o che in esso volessero insediarsi[28]. In tal modo, tuttavia, è anche venuto meno il carattere di "specialità" che avevano le ZES[29], con un netto cambio di paradigma rispetto alla *ratio* originaria della loro introduzione ed il rischio di depotenziare le reali capacità attrattive dell'istituto[30].

Il legislatore italiano ha dimenticato completamente gli obiettivi di politica economica che si era proposto inizialmente e, negli ultimi anni, ha elargito benefici economici a tante tipologie diverse di aree perseguendo obiettivi sempre nuovi e diversi. Così è avvenuto, ad esempio, nel caso delle sopra citate ZLS, istituite per favorire lo sviluppo di nuovi investimenti nelle aree portuali delle Regioni più sviluppate del Centro-Nord Italia (cfr. art. 1, comma 61, della citata Legge di bilancio 2018), e con le ZEA (Zone Economiche Ambientali), nate per promuovere attività imprenditoriali ecosostenibili all'interno dei parchi naturali, «al fine di potenziare il contributo delle aree naturalistiche a livello nazionale per il contenimento delle emissioni climalteranti e di assicurare il rispetto dei limiti previsti dalla direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria, nonché di favorire in tali aree investimenti orientati al contrasto ai cambiamenti climatici, all'efficientamento energetico, all'economia circolare, alla protezione della biodiversità e alla coesione sociale e territoriale e di supportare la cittadinanza attiva di coloro che vi risiedono» (cfr. art. 4 ter del D.L. n. 111 del 14 ottobre 2019, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229).

Per quanto concerne la *governance* e la distribuzione dei poteri e delle competenze, si è passati, invece, da un sistema decentralizzato, nel quale il ruolo di principale protagonista era assegnato alle Regioni, alle Autorità di sistema portuale e ai

[28] L'individuazione di una ZES unica per il Mezzogiorno viene giustificata anche in ragione delle rilevanti difficoltà strutturali che notoriamente caratterizzano l'intera macroarea, in perenne ritardo di sviluppo rispetto alla media dell'Unione europea, come evidenziato dai principali indicatori macroeconomici.

[29] Su questo punto, v. già A. BERLINGUER, *Zone economiche speciali. Una meta irraggiungibile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2024, pp. 64 e ss..

[30] In questo senso, v. anche R. LAGRAVINESE, *La ZES unica parte dal presupposto sbagliato*, «Lavoce.info», 10 settembre 2024 e A. CAIVANO e D. MUSOLINO, *Zes unica promossa con riserva*, «Lavoce.info», 13 gennaio 2025. Questi ultimi sottolineano, inoltre, come la concentrazione dei progetti in specifiche aree, dovuta principalmente alla difficoltà di applicare strategie efficaci in modo uniforme su un territorio così vasto e diversificato, dimostri l'importanza di adottare un approccio operativo più frammentato. La strategia giusta potrebbe essere, invece, quella di delegare l'attuazione delle iniziative ai singoli territori. In questo modo si otterrebbe una maggiore omogeneità ed una distribuzione più equilibrata degli interventi sull'intero ambito territoriale interessato.

consorzi di sviluppo industriale, di cui all'art. 36 della legge n. 317 del 5 ottobre 1991 (ovvero di quelli costituiti ai sensi della vigente legislazione delle regioni a statuto speciale, presenti sul territorio), ad un sistema fortemente accentrato, in cui i compiti di indirizzo, coordinamento, vigilanza e monitoraggio degli interventi e degli incentivi concessi sono assegnati ad una Cabina di regia istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, presieduta dal Ministro per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR e composta da 14 Ministri, oltre a quelli competenti in base all'ordine del giorno di ciascuna riunione, nonché dai Presidenti delle Regioni del Mezzogiorno, dal Presidente dell'Unione delle province d'Italia (o da un suo delegato) e dal Presidente dell'Associazione nazionale dei comuni italiani (o da un suo delegato).

6. Riflessioni conclusive.

Alla luce dell'analisi effettuata, è lecito chiedersi se i due modelli di sviluppo sopracitati siano del tutto incompatibili ed in contraddizione tra loro o se invece possano operare assieme, ed in perfetta armonia, per modernizzare il Paese e per renderlo maggiormente competitivo a livello globale.

6.1. Elementi in comune e differenze tra i due modelli di sviluppo.

Innanzitutto, portando l'analisi su di un piano più astratto, relativo al ruolo che essi svolgono (la ZES Unica) o che dovrebbero svolgere (l'autonomia differenziata) nell'ambito dell'ordinamento giuridico in cui sono inseriti, è possibile notare come entrambi i modelli abbiano in comune una caratteristica, quella di funzionare come strumenti di differenziazione normativa, ovvero di creazione di regimi normativi distinti dall'ordinamento generale in cui operano, ma con approcci ed obiettivi diversi.

La ZES Unica è, infatti, in buona sostanza, un regime normativo speciale ed autonomo, che deroga (*in melius*) a parti dell'ordinamento giuridico generale per le imprese che investono o che si insediano nel Mezzogiorno, al fine di creare un ambiente più favorevole allo svolgimento delle attività economiche. Alcuni studiosi di diritto economico internazionale hanno anzi sottolineato come le ZES in generale possano essere intese come manifestazioni di diversità istituzionale, potenzialmente in grado di svolgere un ruolo-chiave all'interno di un panorama economico-giuridico globale sempre più frammentato ed in continua evoluzione[31]. Tale diversità emergerebbe, secondo questa interpretazione, da due dimensioni strettamente interconnesse che caratterizzano e qualificano le zone economiche speciali: 1) una dimensione strutturale, collegata alla loro natura di strumenti di *governance* economica che utilizzano strategicamente la "diversità" normativa per favorire lo

[31] Cfr., al riguardo, J. HE e Y. BI, *Reimagining special economic zones in international economic law*, op. cit., 2025, pp. 1-20.

svolgimento di attività economiche in determinate aree; 2) il contesto istituzionale regionale, ove esse funzionano come laboratori di sviluppo territoriale, ovverosia come luoghi di sperimentazione localizzata di politiche pubbliche che mirano ad attrarre gli investimenti e a ridurre gli squilibri e/o i divari territoriali attraverso interventi su infrastrutture, innovazione, capitale umano ed incentivi fiscali.

L'autonomia differenziata è, invece, una forma di differenziazione legislativo-statutaria (ex art. 116, III comma Cost.) che mira ad espandere le competenze di singole Regioni, per assicurare una maggiore adeguatezza nello svolgimento di determinate funzioni e, indipendentemente dal luogo in cui si vive, un livello minimo uniforme di servizi e prestazioni essenziali (i cc.dd. "livelli essenziali delle prestazioni", LEP), in modo che tutti i cittadini possa godere dei diritti sociali e civili sanciti dalla Costituzione (salute, istruzione, lavoro, assistenza, ecc.). Come infatti ha chiarito la stessa Corte Costituzionale (v. sentenza n. 192 del 2024), la premessa dello spostamento di una funzione, rispetto al suo livello iniziale ricavabile dal testo costituzionale, è costituita da un motivato giudizio di miglior adeguatezza in relazione alla specificità della situazione presa in esame. Ragion per cui, in presenza di nuove circostanze, una nuova allocazione della funzione in gioco è chiaramente possibile. Trattandosi tuttavia di una deroga alla ordinaria ripartizione delle funzioni prevista dalla Costituzione, la richiesta di spostamento della Regione interessata dovrà essere giustificata e motivata con precipuo riferimento alle caratteristiche della funzione ed al contesto (sociale, amministrativo, geografico, economico, demografico, finanziario, geopolitico ed altro) in cui avviene la devoluzione, evidenziando i potenziali vantaggi in termini di adeguatezza della soluzione prescelta. Siffatto processo garantirebbe, secondo la Corte, che «l'autonomia non sia concessa in modo indiscriminato, ma in modo ponderato» e nel rispetto dei principi costituzionali previsti nell'art. 118 della Costituzione (non soltanto quello di adeguatezza, ma anche quelli di sussidiarietà e di differenziazione), mirando a trasferire «competenze solo quando e dove la Regione sia in grado di gestirle adeguatamente».

I modelli di sviluppo citati trovano dunque entrambi, a ben vedere, il loro fondamento nelle norme del Titolo V, parte II, della Costituzione, anche nella prospettiva del federalismo fiscale. La possibilità di trattamenti fiscali differenziati a favore di determinati territori è, del resto, espressamente contemplata tra i principi e i criteri direttivi della legge delega n. 42/2009, ove è prevista l'«individuazione, in conformità con il diritto comunitario, di forme di fiscalità di sviluppo, con particolare riguardo alla creazione di nuove attività di impresa nelle aree sottoutilizzate» (art. 2, comma secondo, lett. *mm)*). Tale legge pone, infatti, tra gli obiettivi cui l'ordinamento deve tendere il perseguimento dello «sviluppo delle aree sottoutilizzate nella prospettiva del superamento del dualismo economico del Paese» (art. 1, comma 1).

Vanno inoltre ricordati i seguenti principi e criteri direttivi stabiliti dalla Legge

delega per l'attuazione del federalismo fiscale:

- l'«individuazione di interventi diretti a promuovere lo sviluppo economico, la coesione delle aree sottoutilizzate del Paese e la solidarietà sociale» (art. 16, comma primo, lett. *d)*);
- l'onere delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano, di individuare «forme di fiscalità di sviluppo, ai sensi dell'articolo 2, comma 2, lettera mm), e alle condizioni di cui all'articolo 16, comma 1, lettera d)».

Sia la ZES Unica che l'autonomia differenziata mirano dunque, chiaramente, a realizzare la coesione sociale e a superare i divari territoriali tra le due principali macroaree del paese, ma lo fanno attraverso strumenti che hanno proprietà e posizione gerarchica (rango normativo) differenti. L'autonomia differenziata è, infatti, un processo di riallocazione di poteri e competenze dallo Stato alle Regioni, che richiede una legge di revisione costituzionale, approvata con una procedura aggravata, ed un'intesa Stato-Regione. La ZES Unica è, invece, un modello di intervento pubblico nell'economia che combina strumenti normativi ed amministrativi, i quali non alterano l'assegnazione delle competenze prevista a livello costituzionale, ma agiscono in deroga a leggi ordinarie e regolamenti, al fine di creare un ambiente più favorevole e competitivo per le imprese che investono o che si insediano nelle regioni del Mezzogiorno.

6.2. Riflessioni su un'ipotesi di coesistenza, o di convergenza, tra i due modelli di sviluppo.

Se ammettiamo che il potere di istituire delle ZES possa farsi rientrare nelle funzioni di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, l'ipotesi di una coesistenza tra i due modelli di sviluppo potrebbe non apparire così assurda. ZES Unica ed autonomia differenziata potrebbero, addirittura, operare in sinergia l'uno con l'altro.

Il trasferimento della funzione di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario ai sensi dell'art. 116, comma 3, è infatti ammissibile e consentirebbe alle Regioni dotate di autonomia differenziata di specificare ed attuare misure di sviluppo più adatte alle proprie esigenze, pur rimanendo all'interno dei binari costituzionali e di coordinamento finanziario definiti a livello centrale. Una Regione con autonomia differenziata potrebbe avere, cioè, maggiore capacità di legiferare su incentivi fiscali e territoriali, come la creazione di ZES, per promuovere il proprio sviluppo economico, purché ciò avvenga senza pregiudicare l'unità del sistema economico-finanziario nazionale né la capacità di garantire i servizi essenziali su tutto il territorio. La sentenza 192/2024 della Corte Costituzionale ha infatti ribadito che l'art. 116, comma terzo, della Costituzione «consente di superare l'uniformità nell'allocazione delle competenze al fine di valorizzare appieno le potenzialità insite

nel regionalismo italiano, non può essere considerata come una monade isolata, ma deve essere collocata nel quadro complessivo della forma di Stato italiana, con cui va armonizzata». Il trasferimento di funzioni deve rispettare il principio di sussidiarietà, i vincoli di uguaglianza e di solidarietà nazionale e non può frammentare l'unità economica della Repubblica. Il regionalismo italiano, infatti, non è un regionalismo duale o competitivo. Esso è, piuttosto, come sottolinea la Corte, «un regionalismo cooperativo (sent. n. 121/2010, punto 18.2. del Considerato in diritto), che dà ampio risalto al principio di leale collaborazione tra lo Stato e le regioni (*ex multis*, sentt. n. 87/2024 e n. 40/2022) e che deve concorrere alla attuazione dei principi costituzionali e dei diritti che su di essi si radicano». A tale logica costituzionale va ricondotta la differenziazione contemplata dall'art. 116, terzo comma, Cost., che può essere non già un fattore di disgregazione dell'unità nazionale e della coesione sociale, ma uno strumento al servizio del bene comune della società e della tutela dei diritti degli individui e delle formazioni sociali».

Teoricamente, dunque, l'autonomia differenziata non esclude la gestione regionale delle ZES, né la disciplina della ZES Unica per il Mezzogiorno esclude l'attuazione dell'autonomia differenziata. È piuttosto l'attuale normativa sulla ZES Unica che assorbe e sostituisce le precedenti ZES regionali ed interregionali del Mezzogiorno e, nel definire l'organizzazione della *governance* della ZES Unica, prevede una gestione centralizzata, effettuata tramite una Cabina di regia ed una Struttura di missione istituite presso la Presidenza del Consiglio. Dal 2026, l'ambito della ZES Unica includerà, inoltre, ufficialmente anche i territori delle regioni Marche e Umbria, al fine di consentire anche a queste aree di beneficiare delle semplificazioni e delle agevolazioni precedentemente riservate al solo Sud Italia.

Il modello attuale punta, invece, inopportunamente, ad estendere il regime della ZES Unica a tutto il territorio nazionale (almeno per quanto concerne la parte relativa alle semplificazioni amministrative e burocratiche), in contrasto con le linee guida dell'UE relative agli aiuti regionali e di Stato, e ad attuare contemporaneamente il disegno dell'autonomia differenziata, senza attendere né la definizione dei LEP né la completa transizione verso un sistema di finanziamento degli enti territoriali fondato su fabbisogni e costi *standard*.

Se ne può concludere che, sebbene teoricamente la coesistenza tra i due modelli di sviluppo sarebbe possibile, allo stato dei fatti, non è assolutamente indicata, perché l'evoluzione delle rispettive discipline non appare essere convergente, né rispettosa dei principi costituzionali di uguaglianza, di coesione e di solidarietà. In particolare, una estensione a tutto il territorio nazionale del regime ZES rischia di entrare in conflitto con la normativa europea sugli aiuti di Stato e di diluire, o vanificare, quel carattere di "specialità" che contraddistingueva originariamente le ZES, depotenziando fortemente le reali capacità attrattive dell'istituto. L'attuale disciplina dell'autonomia differenziata, anche dopo l'epurazione magistralmente effettuata dal

Giudice delle leggi, non risolve certamente l'antico dibattito sul decentramento e rischia, al contrario, di amplificare le disparità territoriali, specialmente se il legislatore non interverrà al più presto per correggere le principali lacune che la inficiano, come la mancata la definizione dei LEP e l'imperfetta corrispondenza tra autonomia politica ed autonomia finanziaria delle Regioni.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Scenari (relativamente) nuovi nel trattamento degli atti di disposizione 'abusiva' di beni d'uso civico: vincolo di destinazione, complementarizzazione dei principi, 'tipo normativo' di problema; implicazioni dell'accertamento in punto di responsabilità

di **Paolo Cotza**

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

Sommario

Premesse in diritto (delimitazione del problema) ed in fatto (circostanze che hanno condotto il problema all'attenzione dell'interprete). - 1. Prime annotazioni in ordine al pertinente dato normativo. - 2.1. Seguito giurisprudenziale. Prime considerazioni a margine. - 2.2. Temperamenti in senso sostanzial-funzionale: specie a fronte di certo dato di esperienza generato da leggi regionali dichiarate costituzionalmente illegittime. - 3. Contributo dottrinale. - 3.1. Inquadramento dogmatico della categoria dei beni gravati da usi civici e dei correlati 'diritti'. - 3.2. Relativizzazione (mancata) dell'assunto della 'sottrazione al mercato' dei beni d'uso civico. - 3.3. Correlata rimodulazione del problema del trattamento da riservare al commercio giuridico di beni collettivi sui quali insistono usi civici. - 3.4. Dall'equivoco concettuale all''inversione di metodo'. - 3.5. Argomenti 'adesivi', di varia estrazione. - 3.5.1. Articolazione di un discorso giustificativo, su base funzionalista. - 3.6. Validità di un 'approccio' funzionalista anche con riguardo alla Giurisprudenza costituzionale ravvisante, in certa legislazione in materia ambientale, che i beni d'uso civico sono meritevoli di tutela per la realizzazione di interessi generali ulteriori. - 4. Articolazione di un discorso giustificativo, su base ermeneutico-dogmatica. - 4.1. … sul versante pubblicistico. - 4.2. … sul versante privatistico (secondo la logica del 'tipo normativo' di problema). - 5. Profili di responsabilità (la posizione delle parti e del notaio).

Abstract

First of all, it seems necessary to clarify that the issue of the legal circulation of a property subject to civic uses must be distinguished from that of the related right of use.
In this latter regard, there is no doubt that the right of mixed use is unavailable to an individual citizen: since it is a situation connected to his or her subjective status, he or she cannot transfer it or have it acquired by prescription by anyone who does not claim a similar status; whereas, those who hold the relevant position will have no need to transfer a situation they already own, nor to acquire it by prescription. Apart from the previous case, transfers of civic use rights are permitted only under the conditions and methods established by national legislation, and with the implications in terms of the state ownership/de-state ownership of the respective lands.

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

Premesse in diritto (delimitazione del problema) ed in fatto (circostanze che hanno condotto il problema all'attenzione dell'interprete)

Innanzitutto, pare doversi preliminarmente chiarire che la questione relativa alla circolazione giuridica di un bene, sul quale insistano usi civici, va distinta da quella del relativo diritto d'uso.

A quest'ultimo riguardo, non v'è dubbio che il diritto d'uso promiscuo sia indisponibile da parte del singolo *civis*: trattandosi di situazione connessa a quella sua qualità soggettiva, egli non può cederla o vederla usucapita da quanti non vantino analogo *status*; mentre, chi rivesta la relativa posizione non avrà necessità alcuna né di rendersi cessionario di una situazione di cui è già titolare, né di usucapirla[1].

Al di fuori del caso precedente, i trasferimenti di diritti di uso civico sono ammessi alle sole condizioni e modalità previste dal Legislatore nazionale, e con le implicazioni in termini di demanializzazione/sdemanializzazione dei rispettivi terreni[2].

In secondo luogo, va chiarito che la questione relativa alla circolazione giuridica di un bene, sul quale insistano usi civici, deve altresì distinguersi rispetto a quella della possibilità d'imprimere una nuova destinazione alle terre di uso civico; con riguardo alla quale: l'art. 12, L. n. 1766/1927, fa espresso divieto per quelle, appartenenti ai Comuni, 'convenientemente utilizzabili come bosco o come pascolo permanente', senza l'autorizzazione dell'Amministrazione competente (ossia, la Regione, in forza dell'art. 66 cit., D.P.R. n. 616/1977); l'art. 41, R.D. n. 332/1928, la consente quando non sia più possibile ripristinare l'antica destinazione.

Salvo osservare incidentalmente che lo strumento del 'mutamento di destinazione d'uso' potrebbe rappresentare:

una modalità per risolvere i conflitti tra un impiego moderno delle terre civiche, che tenga conto di nuove destinazioni non ipotizzabili dal Legislatore dei primi decenni del Novecento, ed il permanere dell'originario vincolo di destinazione che continua a sussistere, pur essendo temporaneamente sospeso[3];

---

[1] L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali degli usi civici* in re aliena *e dei domini collettivi*, in *Usi civici ed attività negoziale nella legalità costituzionale*, Torino, 2018, p. 39 s., segn. p. 62.

[2] Art. 3, commi da 8-bis a 8-quarter, L. n. 168/2017.

[3] Osserva M.C. CERVALE, *Usi civici e domini collettivi. La proprietà plurale e il diritto civile*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato* (dir. da P. Perlingieri), Napoli, 2022, p. 208 come «l'istituto non contrasti con il regime di indisponibilità del bene civico quando avviene attraverso la valutazione delle autorità competenti, in quanto non sottrae il bene al patrimonio civico, non lo aliena né lo permuta: ne riconosce una diversa funzione, limitata nel tempo e dietro pagamento di un canone, esercitata comunque sempre per la soddisfazione di un interesse della collettività che rimane intestataria della proprietà.

Ma, al di là delle perplessità riscontrabili, il procedimento di mutamento di destinazione potrebbe rappresentare una modalità per risolvere i conflitti tra un utilizzo moderno delle terre civiche, che tenga conto di nuove destinazioni non ipotizzabili dal Legislatore degli anni venti del Novecento (si pensi al trasporto di

ISSN 2036-7821

un elemento d'ispirazione (sia pur in concorso con altri) per rimeditare su di un assetto attuale da riconoscere alla circolazione giuridica dei beni gravati da uso civico (per cui cfr. *infra*, *sub* par. 3.5.).

Ciò premesso, accingendosi all'esame delle questioni orbitanti attorno agli atti di disposizione 'abusiva' di beni sui quali insistano usi civici, s'impone una duplice articolazione del discorso, considerato che: per un verso, sovente, quanti alienano un bene (disponenti) non sono a conoscenza della circostanza di essere gravato da usi civici; per altro verso, l'esistenza degli usi civici dovrebbe essere conoscibile dai terzi.

- Circa il profilo di conoscibilità:

in disparte le perplessità (sul piano del rigore interpretativo) che hanno accompagnato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il termine di mesi sei per la denunzia degli usi civici (*ex art.* 3, L. n. 1766/1927) non può valere quando si tratti di domini collettivi (usi civici *in re propria*)[4];

in disparte altresì la circostanza che, in sede di attuazione della disciplina recata dalla L. n. 1766/1927, sui compiti di liquidazione e gestione delle terre civiche, prevalsero quelli giurisdizionali (di risoluzione del contenzioso), con la conseguenza che ne patì a lungo l'attività di accertamento;

il fatto che su di un bene insistano usi civici dovrebbe potersi accertare, da parte sia del notaio rogante che dell'acquirente, tenuto conto che spetta ai Comuni (in collaborazione con le Regioni ed i Commissari liquidatori) la tenuta di appositi registri.

Ne deriva che, qualora i Comuni non si dimostrino in grado di assolvere a tale funzione (sì da precludere, ai terzi interessati, di accertare l'esistenza di usi civici), può configurarsi una loro responsabilità[5]. Diversamente, tale responsabilità si 'scarica' sui terzi stessi (come si avrà modo di riferire nel par. "2.1." circa gli obblighi di diligenza sul piano della circolazione nonché, a proposito del compito del notaio).

- Quanto al primo profilo, a fronte di un dato di esperienza che testimonia di una vasta casistica, sia di commercio giuridico sia di godimento e trasformazione (specie di tipo edificatorio), condotti 'abusivamente' su beni (comuni, *rectius*) collettivi (e segnatamente) gravati da usi civici, conclusioni recise, quali quelle alle quali è pervenuta la Giurisprudenza tradizionale (per cui cfr. par. 2.1.), in punto d'implicazioni, pongono problemi di non poco momento. Infatti, spesso, il profilo effettuale di tali accadimenti si è consolidato: per cui la patologia giuridica della

energia, ai ripetitori per le telecomunicazioni, allo sviluppo delle infrastrutture in genere) e il permanere dell'originario vincolo di destinazione che continua a sussistere, pur essendo temporaneamente sospeso».

[4] Così V. BARBA, *Validità ed efficacia degli atti dispositivi di beni gravati da usi civici*, in *Usi civici ed attività negoziale nella legalità costituzionale*, Torino, 2018, p. 119 s., segn. pp. 122-123. Quanto alla tesi giurisprudenziale, *ex multis*, Cass., 16 marzo 2007, n. 6165.

[5] O.T. SCOZZAFAVA, *Introduzione* a *Usi civici ed attività negoziale nella legalità costituzionale*, Torino, 2018, p. 1 s., segn. pp. 8-9.

ISSN 2036-7821

vicenda originaria, in via derivata rischia: per un verso, d'ingenerare conseguenze 'eversive' rispetto al principio di certezza delle situazioni giuridiche, con le prevedibili ripercussioni in termini di garanzia della 'pace sociale'; per altro verso, d'innescare meccanismi di responsabilità in capo agli operatori giuridici a vario titolo coinvolti. Tantopiù quando, rispetto all'atto dispositivo 'abusivamente' perfezionato su bene gravato da uso civico, sia sopravvenuto il provvedimento di sclassificazione (evidentemente non seguito dall'autorizzazione regionale alla vendita), o addirittura sia intervenuta la procedura di trasferimento dell'uso civico su altre terre di proprietà comunale; sì da neutralizzare, nel caso concreto, la violazione della *ratio* della normativa nazionale quanto alla preservazione del vincolo di destinazione delle promiscuità a beneficio della comunità di riferimento.

S'aggiunga che possono venire a determinarsi, in via derivata, conseguenze altrettanto esiziali quanto alle aspettative costituzionali alla casa d'abitazione in capo alla popolazione locale, con inique preclusioni a beneficiare della sanatoria in caso di assenso allo sfruttamento edificatorio di terreni gravati da usi civici[6].

1. Prime annotazioni in ordine al pertinente dato normative.

Sulla scorta del pertinente dato normativo, circa la sorte sia degli atti di disposizione 'abusiva' inerenti a terreni gravati da usi civici, sia delle opere abusive che siano state realizzate nei beni d'uso civico, valga di muovere dalle seguenti annotazioni di base.

In primis, non può confidarsi nella legislazione regionale (neppure, *de iure condendo*, in termini di sensibilizzazione al problema), dal momento che pacificamente si tratta di materia riconducibile all'"ordinamento civile" (a partire dall'incidenza su diritti 'reali'), come tale riservata alla potestà esclusiva del Legislatore nazionale (onde garantire uniformità di regime, su tutto il territorio del Paese, in ordine ai rapporti fra interessati)[7]. Muovendo così dal pertinente dato di diritto positivo, circa le condizioni per il valido perfezionarsi delle vendite di terre di uso civico:

---

[6] Ne tratta F. PARENTE, *La liquidazione degli usi civici e il controllo sui vincoli alla circolazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 83 s., segn. p. 94 s.

[7] Corte cost., 24 luglio 1972, n. 142: «nei confronti della materia degli usi civici, risulta dalla correlazione fra la lettera l) dell'art. 4 del D.P.R. 15 gennaio 1972 n. 11, ed il precedente art. 1, ultimo comma, una ripartizione di competenza operata fra Stato e Regione nel senso di mantenere al primo quel complesso di attribuzioni di cui alla legge 16 giugno 1927 n. 1766, che o rivestono carattere giurisdizionale (e perché tali pertinenti solo allo Stato) o che, pur avendo indole amministrativa, attengono a rapporti i quali, per la interferenza presentata di aspetti privatistici, esulano dalla competenza regionale».

Per una sintesi efficace, relativa ai limiti di diritto privato alla potestà normativa regionale: M.C. CERVALE, *Usi civici e domini collettivi …*, pp. 186-187: «si può … ritenere che tutto ciò che riguarda la disciplina sostanziale degli usi civici [titolarità, natura e circolazione] rientri nella competenza legislativa esclusiva dello Stato: per ragioni di natura strutturale, in quanto trattasi di diritti soggettivi reali; per ragioni di natura funzionale, in considerazione dell'utilità che essi apportano alle comunità di appartenenza e della capacità di conservazione del territorio, del paesaggio e dell'ambiente; per ragioni di natura giuridica, in relazione alla disciplina della inalienabilità, indisponibilità, inusucapibilità e imprescrittibilità. In ultimo, la sdemanializzazione è possibile soltanto secondo le ipotesi disciplinate dalla l. n. 1766 del 1927.

ISSN 2036-7821

l'art. 12, comma 2, L. 16 giugno 1927, n. 1766 (di riordino degli usi civici), fa espresso divieto di alienazione di quelle, appartenenti ai Comuni, 'convenientemente utilizzabili come bosco o come pascolo permanente', senza l'autorizzazione dell'Amministrazione competente (ossia, la Regione, in forza dell'art. 66, D.P.R. n. 616/1977); l'art. 39, R.D. 26 febbraio 1928, n. 332 (ossia, il Regolamento per l'esecuzione della predetta Legge fondamentale di riordino), consente tale alienazione autorizzata, previa domanda;

l'art. 21, comma 3, L. 16 giugno 1927, n. 1766, stabilisce, quanto ai demani utilizzabili come colture agricole da assegnare alle famiglie, che prima dell'affrancazione, quelle unità non potranno essere alienate (né divise o cedute a qualsivoglia titolo)[8]; mentre, dopo l'affrancazione non solo saranno alienabili, ma altresì suscettive di utilizzazione diversa (anche edilizia), con assoggettamento a tutte le norme codicistiche che disciplinano il dominio privato.

Laddove, gli artt. 9 e 29, L. 16 giugno 1927, n. 1766, si occupano delle due ipotesi di alienabilità, rispettivamente per 'legittimazione' delle occupazioni abusive (a determinate condizioni) e per 'conciliazione' nanti il Commissario per gli Usi Civici; con l'effetto di rendere il terreno di proprietà privata (col gravame di natura enfiteutica nel primo caso) e (comunque) liberamente alienabile, come nelle ipotesi precedenti[9].

D'altro canto, circa il profilo d'innesto sull'uso civico, di vicende di trasformazione del territorio per via di sfruttamento edificatorio, pare altresì significativo quanto così contemplato in punto di regime giuridico: tenendo conto che i terreni gravati da uso civico sono tendenzialmente a vocazione agro-pastorale eppertanto, si presume tale la loro destinazione urbanistica; così da escluderli, in linea di massima, da destinazioni di tipo edificatorio.

- La prima versione della L. 28 febbraio 1985, n. 47, escludeva la possibilità di sanatoria per opere abusive poste in essere su terreni gravati da usi civici.

… la competenza regionale in materia deve essere intesa come legittimazione a promuovere i procedimenti amministrativi di sclassificazione previsti dalla l. n. 1766 del 1927 nonché quelli inerenti il mutamento di destinazione. Le procedure di legittimazione e di alienazione, i presupposti e le condizioni di operatività delle stesse, non possono essere modificati dalle regioni le quali, però, possono incidere sulle modalità amministrative attraverso cui si realizzano i mutamenti della proprietà collettiva».

[8] Valga di osservare che, nell'ottica del Legislatore del 1927:

nelle terre utilizzabili a coltura agraria, il fondo agricolo era destinato ad essere 'quotizzato' cioè, ripartito per quote ed assegnato alle famiglie di coltivatori diretti del Comune, a titolo di enfiteusi, con obbligo di migliorie e di pagamento di un canone che poteva essere affrancato;

il terreno diveniva di proprietà privata e poteva essere commercializzato soltanto a seguito di affrancazione del canone cioè, del pagamento della somma pari a venti volte il canone di natura enfiteutica; pertanto, col tempo, tali terreni erano destinati ad essere liberati dall'uso civico, in sintonia con le nuove esigenze di legare le terre a quanti le coltivassero effettivamente, ricavandone il massimo di produttività.

[9] Così G. CASU, *Commerciabilità dei terreni soggetti ad uso civico*, in *Studi del Consiglio nazionale del notariato*, n. 777 approvato dalla Commissione studi civilistici nel 1994, par. 6.

ISSN 2036-7821

Solo per effetto del D.L. 12 gennaio 1988, n. 2, convertito in L. n. 68/1988, l'art. 32, L. n. 47/1985 cit. è stato modificato nel senso di prevedere la possibilità di concedere la sanatoria edilizia su aree gravate da usi civici, sia pur a determinate condizioni[10]. Peraltro, l'art. 1, comma 10, L. n. 449/1997 ha chiarito che l'Amministrazione preposta alla tutela del vincolo, ai fini del parere di propria competenza, deve attenersi esclusivamente alla valutazione della compatibilità con lo stato dei luoghi degli interventi per i quali è richiesta la sanatoria, correlativamente alle competenze specifiche dell'Amministrazione stessa (Regione e Ministero). Ad ogni modo, si ritiene che la disciplina del 1988 si riferisca alla sola ipotesi in cui l'uso civico cada su area di proprietà del Comune o di altro Ente pubblico: lasciando desumere che la norma sulla concedibilità della sanatoria potesse applicarsi regolarmente con riguardo a terreno di proprietà privata.

Il regime dell'art. 32, L. n. 47/1985 cit. è rimasto sostanzialmente invariato, quanto alle condizioni per il rilascio della sanatoria edilizia in caso di edificazione abusiva su area gravata da usi civici, una volta intervenuto l'art. 39, L. n. 724/1994.

Il T.U. in materia edilizia (D.P.R. n. 380/2001), riguardo agli abusi su terreni gravati da uso civico, ai sensi degli art. 8 e 27, ha ribadito quanto già previsto dall'art. 4, L. n. 47/1985, in termini di obbligo di demolizione e rimessa dei luoghi in pristino stato; così, mantenendo ferme, nella disciplina dell'attività edilizia, le disposizioni in materia di usi civici, quale limite di tutela insuperabile: al pari di quelle di tutela dei beni culturali ed ambientali (D.Lgs. n. 490/1999) e delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina di quella stessa attività.

Lungo tale falsariga, l'art. 32 cit., commi 14 e 27, lett. "g", D.L. n. 269/2003 (convertito, con modificazioni, in L. n. 326/2003): per un verso, dispone che, per le opere eseguite da terzi su aree di proprietà di Enti pubblici territoriali, in assenza di un titolo che abiliti al godimento del suolo, anche se gravato da usi civici, la disponibilità all'uso di quest'ultimo viene espressa dagli Enti medesimi (tenuto conto che si potrebbero far rientrare i terreni di uso civico nellambito applicativo delle leggi statali e regionali sul consumo di suolo); per altro verso, per effetto della modifica apportata con l'art. 4, comma 125, L. n. 350/2003, dichiara non condonabili le opere abusive che siano state realizzate nei terreni gravati da diritti di uso civico, per le quali la richiesta di sanatoria sia stata avanzata ai sensi della L. n. 326/2003[11].

---

[10] Si tratta: del parere favorevole dell'autorità preposta al vincolo paesaggistico; del concedere (da parte dell'Ente gestore) il terreno gravato da uso civico, a titolo oneroso, secondo la procedura di alienazione prevista dalla Legge del 1927.

Ulteriori condizioni, di natura tecnica, riguardavano la limitazione della superficie alienabile: computata in quella occupata dalle costruzioni oggetto di sanatoria e dalle relative pertinenze, per un massimo del triplo rispetto all'area coperta dal fabbricato (demandando alla Regioni di determinare il valore del terreno).

[11] L'art. 32 cit., intitolato 'Misure per la riqualificazione urbanistica, ambientale e paesaggistica, per l'incentivazione dell'attività di repressione dell'abusivismo edilizio, nonché per la definizione degli illeciti edilizi e delle occupazioni di aree demaniali', così recita: «…

ISSN 2036-7821

- Quasi superfluo aggiungere che, pervenendo a conclusioni recise, in punto di trattamento giuridico del fondo gravato da usi civici (a partire dal profilo circolatorio), le anzidette preclusioni sul piano edificatorio si riproporrebbero inesorabilmente. Solo una diversa considerazione del rapporto tra vincolo di destinazione del bene e sua disponibilità (in senso lato), potrebbe 'aprire' a favore di soluzioni meno penalizzanti quanto al destino dei manufatti edilizi ivi insistenti.

2.1. Seguito giurisprudenziale. Prime considerazioni a margine.

A questa stregua, per lungo tempo, la Giurisprudenza si è espressa nel senso che, comunque, «*il regime giuridico dei beni di uso civico ha i caratteri propri della demanialità*, in quanto i detti beni sono inalienabili, incommerciabili, imprescrittibili, non suscettibili di usucapione, di pignoramento e, quindi, di espropriazione forzata tanto su istanza di privati, quanto della stessa p. a., salvo che la loro alienazione non sia autorizzata nei casi e modi di legge (art. 12 l. 16 giugno 1927, n. 1766 e art. 39 r. d. 26 febbraio 1928, n. 332) o, per i terreni utilizzabili per la coltura agraria, che non sia già effettuata la affrancazione del canone enfiteutico da parte degli assegnatari ai sensi dell'art. 21 l. 16 giugno 1927, n. 1766; va quindi dichiarata la nullità delle aggiudicazioni, operate a seguito della espropriazione forzata di tali beni»[12]. Incidentalmente, valga di puntualizzare che «*l'uso civico è compatibile sia con i terreni facenti parte del demanio pubblico vero e proprio, sia con quelli facenti parte del patrimonio indisponibile del comune* che ricevono peraltro, ai sensi dell'art. 12 l. 16 giugno 1927, n. 1766 e dell'art. 39 r. d. 26 febbraio 1928, n. 332, lo stesso trattamento riformistico vigente per i demani veri e propri (in particolare: nullità assoluta di ogni atto di alienazione; possibilità della tutela pubblicistica di cui all'art. 378 l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. F ed all'art. 823 c.c., in caso di turbativa possessoria, in sostituzione della

14. *Per le opere eseguite da terzi su aree di proprietà dello Stato o facenti parte del demanio statale ad esclusione* del demanio marittimo, lacuale e fluviale, nonché *dei terreni gravati da diritti di uso civico, il rilascio del titolo abilitativo edilizio in sanatoria da parte dell'ente locale competente è subordinato al rilascio della disponibilità da parte dello Stato proprietario, per il tramite dell'Agenzia del demanio, rispettivamente, a cedere a titolo oneroso la proprietà dell'area appartenente al patrimonio disponibile dello Stato su cui insiste l'opera ovvero a garantire onerosamente il diritto al mantenimento dell'opera sul suolo appartenente al demanio e al patrimonio indisponibile dello Stato*.

…

27. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 32 e 33 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, *le opere abusive non sono comunque suscettibili di sanatoria, qualora:*

…

g) siano state realizzate nei porti e nelle aree appartenenti al demanio marittimo, lacuale e fluviale, nonché *nei terreni gravati da diritti di uso civico*».

[12] Comm. usi civici Lazio, 4 giugno 1981. Opina M.C. CERVALE, *Usi civici e domini collettivi …*, p. 118 che: di là dall'espresso riferimento all'inalienabilità (art. 12 cit.), «l'imprescrittibilità si desume dall'art. 2, che consente sempre di accertare l'esistenza, la natura e l'estensione di tali beni; l'inusucapibilità è prevista dall'art. 9, che prevede sempre la reintegra, a qualunque epoca l'occupazione di esse rimonti».

ISSN 2036-7821

normale azione di spoglio o di manutenzione concessa ai privati ex art. 1168 e 1170 c.c.; possibilità dell'adozione di provvedimenti di autotutela)»[13].

Sennonché, l'inciso per cui «*il regime giuridico dei beni di uso civico ha i caratteri propri della demanialità*, in quanto i detti beni sono inalienabili …», risulta arbitrario (per un inquadramento di metodo cfr. par. 3.4.) e foriero di equivoci. Prova ne sia che, altrove, la Giurisprudenza così si esprime in termini invertiti: «i beni di uso civico non sono demani in senso tecnico, ma *ad essi si applica, in forza della legge particolare che li concerne, il regime giuridico dei beni demaniali,* tra cui … la inalienabilità …»[14].

Si registra così una sorta di 'forza attrattiva' che l'etichetta di 'demanialità' (o di 'terreni demaniali') eserciterebbe indistintamente su tutti i beni gravati da usi civici, e che affonda le proprie radici:

- in una prima fase storica di scomparsa del sistema feudale, corrispondentemente alla quale è necessario attribuire in senso giuridico, e destinare in senso economico, quelle terre che, non rivestendo natura privata, si ritrovano senza alcun titolare di un rapporto reale; a distanza di secoli, nell'aver i Comuni acquisito tardivamente personalità di diritto pubblico, per cui tutti i beni ai medesimi appartenenti si presumeva facessero parte del demanio collettivo;
- concettualmente, nell'avvicendarsi, ad una 'proprietà-appartenenza' (*dominium*), di una 'proprietà-funzione' (*demanium*) destinata a resistere, nella sua forma collettiva (per via del non trascurabile apporto ad economie locali), anche nel momento in cui diverrà assolutamente dominante una concezione individualistica della proprietà[15].

La più significativa ripercussione di quella 'forza attrattiva' si coglie nel regime associato alla distinzione fra usi civici *in re propria* ed usi civici *in re aliena*: i primi, gravanti su beni appartenenti alla collettività dei *cives* e, per essa, al suo Ente pubblico esponenziale (alla maniera di una comunione senza quote, forzosa quanto alla fonte di costituzione, e non soggetta a divisione[16]); i secondi, perché *utilitates* gravanti su beni appartenenti a terzi (in genere privati, ma anche una diversa collettività). Infatti, di là dalle più generali locuzioni di riferimento ('diritti collettivi di appartenenza' e 'diritti collettivi di uso'[17]; o, a parti invertite, «diritti reali di godimento su beni altrui - in genere di proprietà privata - ormai di estensione marginale e diritti dominicali - proprietà collettiva - su beni propri, cioè appartenenti

[13] T.A.R. Campania, Napoli, 28 maggio 1980, n. 397.

[14] Cass., 19 ottobre 1967, n. 2553, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 263.

[15] F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale 'Cicu-Messineo'*, Milano, 2022, rispettivamente: p. 37, p. 42, pp. 46-47 e p. 92.

[16] M.C. CERVALE, *Usi civici e domini collettivi …*, p. 45 s., segn. p. 52.

[17] Per cui cfr. Corte cost., n. 142/1972, n. 103/2017, n. 71/2021. In dottrina: M. NUNZIATA, *Verso una nuova razionalizzazione di usi civici e domini collettivi*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, p. 38; L. PRINCIPATO, *Gli usi civici non esistono*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3368.

ISSN 2036-7821

alla stessa comunità di abitanti e per essa al suo ente esponenziale»[18]), quella distinzione assumerà rilievo a fini pubblicistici (la L. n. 1766/1927 cit. risulta prevalentemente impostata nel senso della liquidazione degli usi civici insistenti su terre private), ma non quanto al regime di alienazione.

Salvo registrare una prima svolta, rispetto a quell'orientamento tradizionale, per via del recepimento di una significativa mitigazione introdotta dalla Consulta, in senso sostanzial-funzionale, quando si tratti di terre di proprietà di privati: statuendo che «è costituzionalmente illegittimo - in riferimento agli artt. 3 e 42, comma 2, Cost. - l'art. 3, comma 3, della legge n. 168 del 2017, nella parte in cui, riferendosi ai beni indicati dall'art. 3, comma 1, non esclude dal regime della inalienabilità le terre di proprietà di privati, sulle quali i residenti del comune o della frazione esercitano usi civici non ancora liquidati, poiché, in caso di alienazione delle terre di proprietà privata, i diritti di uso civico seguono il bene e i componenti della collettività continuano a poter esercitare tutte le facoltà che gli usi civici conferiscono loro e, al contempo, il diritto di proprietà circola preservando sulla terra il vincolo paesaggistico, che impedisce al proprietario di apportare modificazioni pregiudizievoli per gli usi civici»[19]. Di tal fatta, escludendo che il proprietario possa alienare il bene solo previa liquidazione dell'uso civico.

Dunque, stante quanto deciso da Corte cost., n. 119/2023, le terre private gravate da usi civici sono liberamente disponibili e circolano, unitamente ai diritti d'uso promiscuo, sia per successione a causa di morte sia per atto *inter vivos*; s'intende, fino alla liquidazione ed affrancazione quanto alla porzione allodiale che residui dall'eventuale scorporo, la quale per l'effetto diviene proprietà privata franca da tali oneri. In altri termini, resta ferma, ai fini della validità degli atti di disposizione dei beni d'uso civico *in re aliena*, la conservazione del vincolo di destinazione, in quanto ritenuto prevalente anche su altre istanze pubblicistiche, per via dell'esigenza di garantire il mantenimento e la cura degli interessi della comunità[20], cui da ultimo si è

[18] V. CERULLI IRELLI, *Usi civici e proprietà collettiva*, in *Diritto pubblico della 'proprietà' e dei beni*, Torino, 2022; F. MARINELLI, *Apologia degli usi civici e del loro giudice*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 872.

[19] Corte cost., 15 giugno 2023, n. 119. Laddove, sino a pochi anni addietro tale possibilità veniva esclusa dai Giudici di merito (es., Trib. Civitavecchia, 19 novembre 2018 secondo cui «il conferimento in società di capitali di un bene intrasferibile - nella specie, immobile gravato da uso civico - è nullo e il socio conferente ha diritto di ottenerne la restituzione»).

[20] Corte conti Lazio, Sez. giurisdiz., 27 ottobre 2015, n. 173: «il vincolo di destinazione specifica previsto in materia di usi civici dalla L. n. 1766 del 1927, e dalle L.R. n. 1 del 1986 e L.R. n. 6 del 2006, Lazio, non può assimilarsi al vincolo di generica destinazione di cui fa parola l'art. 2, comma 8, lett. b), Decr. 2 aprile 2015, e non potrà, pertanto, essere cancellato in funzione dell'utilizzazione delle risorse derivanti dall'alienazione dei terreni gravati da usi civici per ripianare il maggior disavanzo da riaccertamento dei residui effettuato dall'Ente ex art. 3, D.Lgs. n. 118 del 2011. In caso contrario, non sarebbero assicurati il mantenimento e la cura dei beni-valori d'interesse della collettività generale (consolidamento della proprietà collettiva di uso civico; sviluppo socio-economico dei terreni di proprietà collettiva di uso civico; opere/servizi pubblici d'interesse della collettività) che il Legislatore nazionale e regionale hanno inteso salvaguardare in caso di affrancazione/alienazione di terreni gravati da usi civici».

aggiunto quello di tutela paesaggistica. Salve, s'intende, le implicazioni, di regime ordinario (oltre a quelle delle discipline speciali previste per i contratti traslativi del diritto reale), per il caso in cui il compratore acquisti il bene senza conoscere l'esistenza dell'uso civico: l'annullamento del contratto per dolo, se il venditore gli abbia maliziosamente taciuto l'esistenza dell'uso civico; ancora, le discipline di cui agli artt. 1482 c.c. (in tema di cosa gravata da garanzie reali o da altri vincoli) e 1480 c.c. (in tema di vendita di cosa parzialmente altrui, per l'ipotesi in cui l'acquirente non fosse a conoscenza che una parte della terra era stata acquisita, ad esito del procedimento di liquidazione, da parte del Comune)[21]. Ma si pensi altresì agli obblighi di diligenza sul piano della circolazione: per cui, ad es., nel caso di compravendita di beni privati, ai sensi dell'art. 1489 c.c., la successiva scoperta del vincolo legittimerà l'azione di riduzione del prezzo o di risoluzione del contratto; oltre al risarcimento del danno secondo la disciplina ordinaria.

Correlativamente, solo con riguardo al patrimonio rientrante nel 'demanio civico' varrebbe ancora la regola per cui «i beni di uso civico, avendo natura demaniale, sono assolutamente inalienabili, incommerciabili [, imprescrittibili] e non suscettibili di usucapione o espropriazione forzata, salvo che la loro alienazione sia autorizzata ai sensi dell'art. 12 L. n. 1766 del 1927»[22].

Per l'effetto di tale aggiornamento, l'orientamento giurisprudenziale corrente può sintetizzarsi nel senso che «gli usi civici cd. *in re propria*, originariamente appartenenti alla collettività, sono sottoposti ad un *regime di indisponibilità analogo a quello dei beni demaniali* e *l'inalterabilità permane per i beni conservati all'uso civico fino all'eventuale provvedimento del Ministero dell'agricoltura e foreste che ne autorizza l'alienazione* (o la sottrazione, peraltro non definitiva, alla loro attuale destinazione), *provvedimento nel quale (e nel quale soltanto) può ravvisarsi un atto di sdemanializzazione* (arg. art. 12 della L. n. 1776 del 1927, artt. 39 e 41 del regolamento di attuazione approvato con R.D. 25 febbraio 1928, n. 332)»[23].

Altrimenti, integrandosi (come a tratti anticipato) gli estremi della nullità della cessione (non già per illiceità, bensì) per 'impossibilità dell'oggetto' (in quanto l'atto riguarderebbe beni che sono giuridicamente indisponibili) o per 'contrasto con norma imperativa' (in quanto l'atto si porrebbe in contrasto con le menzionate disposizioni che fanno divieto di alienazione dei suddetti beni)[24]. Correlativamente,

[21] V. BARBA, *Validità ed efficacia degli atti dispositivi di beni gravati da usi civici …*, segn. pp. 123-124. L'a., invece, esprime dubbi (accompagnati da riflessioni cui si rinvia) circa l'applicabilità della disciplina sull'evizione, totale o parziale, della cosa, qualora, di seguito alla compravendita (e sempre che ne ricorrano i presupposti), venga avviato un procedimento per la liquidazione, totale o parziale, del bene.

[22] T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 25 marzo 2014, n. 610. Cfr. pure Commissario usi civici Emilia-Romagna, 29 aprile 1994.

[23] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 22 luglio 2024, n. 4318.

[24] Così, estesamente, Cass. civ., Sez. III, 3 febbraio 2004, n. 1940: «la cessione tra privati dei beni comunali soggetti ad uso civico, quali quelli di cui alla Cat. A (terreni convenientemente utilizzabili come bosco o come pascolo permanente, che non possono essere alienati neppure dall'ente pubblico, se non con l'autorizzazione

dovendo censurarsi: gli eventuali comportamenti concludenti dell'Amministrazione pubblica, come illeciti-illegittimi[25]; addirittura, gli atti amministrativi adottati su beni di uso civico in base a disposizione di legge regionale dichiarata incostituzionale, come inesistenti (non meramente illegittimi)[26].

Ciò, con tre ordini d'implicazioni.

Avuto riguardo agli effetti degli atti di disposizione:

sia in caso di vendita, da parte di un privato di beni comunali soggetti ad usi civici, che «non produce effetti obbligatori, quale vendita di cosa altrui, ma è nulla per impossibilità dell'oggetto e perciò non produce alcun effetto, indipendentemente dalla conoscenza della demanialità, che le parti possano avere avuto. Da ciò consegue che il venditore non è tenuto alla garanzia per evizione ma può solo rispondere per il suo comportamento precontrattuale eventualmente contrario alla buona fede, secondo un apprezzamento che dev'essere compiuto dal giudice del merito»[27];

sia quanto alla (im)possibilità (giuridica) di ammetterne uno sfruttamento edificatorio, come esemplificativamente confermato così dalla Consulta[28], come dai Giudici di merito[29]; con l'implicazione di escludere il condono sui terreni gravati da uso civico, oltreché su altri demani[30].

---

della Regione) e alla Cat. B (terreni convenientemente utilizzabili per la coltura agraria) dell'art. 11, quelli di cui all'art. 13 (i terreni di cui alla lettera b dell'art. 11 utilizzabili per la coltura agraria, destinati ad essere ripartiti fra le famiglie dei coltivatori diretti del Comune o della frazione), di cui all'art. 21 (unità fondiarie abbandonate o devolute, riassegnate ex artt. 13 e 19) della legge n. 1766 del 1927, è nulla (non già per illiceità bensì) per impossibilità dell'oggetto o per contrasto con norma imperativa».

[25] T.R.G.A. Trentino – Alto Adige, Bolzano, 11 febbraio 2002, n. 78.

[26] Cass., Sez. un., n. 5644/2019: «nel caso in cui l'atto amministrativo sia stato emanato in carenza di potere (nella specie in rapporto alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di norma costituente presupposto del potere della pubblica amministrazione), il giudice deve accertare … la originaria inefficacia dell'atto stesso ai fini della decisione sul rapporto dedotto in giudizio»; se l'intervento regionale avviene in violazione delle regole sul riparto delle competenze legislative, «il vizio originario della disposizione … si comunica anche ai provvedimenti amministrativi che, sulla base di essa, hanno disposto il mutamento della qualità dei suoli».

[27] Cass. civ., Sez. I, 28 settembre 1977, n. 4120 ove si puntualizza che unica eccezione all'invalidità della vendita si ha nel caso in cui il bene soggetto ad uso civico sia stato concesso al privato venditore ai sensi degli artt. 13 e ss., legge n. 1766 del 1927, con l'obbligo di migliorare e la facoltà di affrancare dopo l'esecuzione delle migliorie ed il loro accertamento.

[28] Corte cost., 31 maggio 2018, n. 113: «è incostituzionale l'art. 8 l. reg. Lazio 3 gennaio 1986 n. 1, come modificato dall'art. 8 l. reg. Lazio 27 gennaio 2005 n. 6, che prevede la possibilità di alienare e sanare sotto il profilo urbanistico le occupazioni di terreni gravati da uso civico e le costruzioni su di essi realizzate a condizione di particolare favore».

[29] T.R.G.A. Trentino – Alto Adige, Trento, Sez. I, 13 febbraio 2007, n. 19: «ai sensi dell'art. 32, commi 14 e 27, lett. g), del D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 novembre 2003, n. 326, sono escluse dalla sanatoria edilizia le opere realizzate nell'ambito "del demanio marittimo, lacuale e fluviale, nonché dei terreni gravati da diritti di uso civico" e …, pertanto, "la previsione di cui all'art. 32 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269 s.m., nella parte che prevede la facoltà dell'interessato di richiedere la disponibilità da parte dello Stato, per il tramite dell'Agenzia del demanio, rispettivamente, a cedere a titolo oneroso la proprietà dell'area appartenente al patrimonio disponibile dello Stato su cui insiste l'opera, ovvero a garantire onerosamente il diritto al

ISSN 2036-7821

Incidentalmente si osservi che queste prime due implicazioni riflettono una ristabilita intesa fra Corte costituzionale e Corte di Cassazione: muovendo dalla pretesa ed indiscriminata assimilazione dei bene gravati da uso civico a quelli rientranti nel demanio; per sostenere l'incommerciabilità dei primi fuori dalle ipotesi tassative previste dalla L. n. 1766/1927 e dal R.D. n. 332/1928; alle Regioni non essendo consentita una sostanziale 'sclassificazione' di terreni gravati da uso civico; la procedura che abbia determinato tale esito dovendo ritenersi 'contra legem', ed i contratti da essa derivanti affetti da nullità per impossibilità giuridica dell'oggetto[31].

Con riguardo poi ad ulteriori profili di responsabilità, stavolta coinvolgenti gli operatori giuridici che abbiano avallato atti di disposizione aventi ad oggetto beni gravati da uso civico: «in relazione alla inosservanza dell'obbligo di espletare la visura dei registri immobiliari in occasione di una compravendita immobiliare, il notaio non può invocare la limitazione di responsabilità prevista per il professionista dall'art. 2236 c.c. con riferimento al caso di prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, in quanto tale inosservanza non è riconducibile ad un'ipotesi di imperizia, cui si applica quella limitazione, ma a negligenza o imprudenza, cioè alla violazione del dovere della normale diligenza professionale media esigibile ai sensi del secondo comma dell'art. 1176 c.c., rispetto alla quale rileva anche la colpa lieve» (nella specie, la Corte di Cassazione ha confermato la sentenza di merito, che aveva dichiarato la nullità del contratto di compravendita di un immobile che era risultato gravato da uso civico e del quale il venditore era solo colono perpetuo, condannando il notaio, in solido con il venditore, alla restituzione del prezzo, oltre accessori)[32].

A completamento di quel quadro giurisprudenziale:

in disparte la questione se l'autorità amministrativa competente al rilascio dell'atto di 'sdemanializzazione' non sia più il Ministero dell'agricoltura e foreste bensì, la Regione in forza del trasferimento di funzioni operato dal D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616[33]; tenuto conto di quanto si osserverà *sub* par. "3.6.", in relazione alla competenza

---

mantenimento dell'opera sul suolo appartenente al demanio e al patrimonio indisponibile dello Stato, non riguarda i terreni gravati da uso civico"».

[30] Corte cost., n. 70/2005, ma cfr. pure n. 196/2004.

[31] Così, Cass., Sez. un., n. 5644/2019 pare prestar seguito a Corte cost., n. 113/2018 che, a sua volta menziona sia Cass. civ., Sez. III, 28 settembre 2011, n. 19792 che Cass. civ., Sez. II, 22 novembre 1990, n. 11265.

[32] Cass. civ., Sez. II, 2 marzo 2005, n. 4427.

[33] T.A.R. Lazio, Sez. I, 25 marzo 1986, n. 479: «il sistema normativo vigente in materia di usi civici deve essere ricostruito alla stregua del d. p. r. 24 luglio 1977, n. 616, il cui art. 66 (5°, 6° e 7° comma) ha trasferito alle regioni tutte le funzioni amministrative già esercitate da organi dello stato, con la sola eccezione dell'approvazione delle legittimazioni, che è rimasta di spettanza dell'amministrazione statale, in quanto disposta con d. p. r., a seguito di intesa con la regione interessata; in particolare, per effetto del succitato d. p. r. n. 616 del 1977, la figura del commissario regionale per la liquidazione degli usi civici, al quale la legge istitutiva (art. 27, l. 16 giugno 1927, n. 1766) attributiva funzioni amministrative e giudiziarie, si è modificata (in senso conforme alla costituzione) stante l'avvenuta netta separazione tra la titolarità delle funzioni giurisdizionali (integralmente conservategli, quale organo dello stato) concernenti le controversie afferenti alla natura e all'estensione dei

ISSN 2036-7821

statale in materia di paesaggio che non consentirebbe alle Regioni di disciplinare attività di accertamento senza il coinvolgimento del Ministero;

ai fini dell'alienabilità, non sono ammessi equipollenti al provvedimento autorizzatorio dell'Amministrazione competente[34].

Per quel che maggiormente rileva in prosieguo di trattazione: ferma restando l'indefettibilità della 'sclassificazione' previa rispetto all'atto di disposizione, pur se perfezionato dopo il conseguimento del menzionato provvedimento autorizzatorio[35]; non risulta più indispensabile di assolvere all'onere 'a monte', di espressa

---

diritti di uso civico, ossia la *qualitas soli* e la titolarità delle funzioni amministrative, che sono state, invece, trasferite integralmente alle regioni, nella cui competenza rientra, pertanto, l'emanazione dei provvedimenti di reintegra dei beni gravati da uso civico, equiparabili alle ordinanze emanate dalle autorità investite del potere di autotutela dei beni pubblici nell'ambito dell'art. 823 c. c.».

Cfr. pure: Corte cost., 20 febbraio 2007, n. 39; Cass. civ., Sez. un., 12 marzo 2008, n. 6524; T.A.R. Basilicata, Potenza, 17 novembre 1990, n. 187: «ai sensi dell'art. 66, d. p. r. n. 616 del 1977, sono state trasferite alle regioni tutte le competenze amministrative statali in materia di usi civici, ivi comprese quelle attinenti l'esercizio dei poteri di autotutela relativi al possesso dei beni gravati da tali diritti, già spettanti ai commissari per gli usi civici; la sfera delle attribuzioni dell'amministrazione comunale non va oltre l'attività di sorveglianza, necessaria a garantire il corretto esercizio dei diritti, a prevenire gli abusi ed a promuovere l'adozione dei provvedimenti di autotutela da parte dell'autorità competente». Quanto alle implicazioni, di tale trasferimento di funzioni, in punto di tutela dei diritti di uso civico demandata agli Enti territoriali: Cass. civ., Sez. un., 9 novembre 1994, n. 9287.

[34] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, n. 4318/2024 cit.: «la sdemanializzazione degli usi civici collettivi non può verificarsi mediatamente, dovendo essa realizzarsi tramite le procedure e sulla base dei criteri individuati dalla legge per ciascuna categoria di beni pubblici. Si è osservato, sul punto, che a voler prescindere dalla considerazione che il provvedimento di sdemanializzazione - ravvisabile nell'autorizzazione (ad alienare i terreni o sottrarli alla destinazione civica in atto) da parte (allora) del Ministro per l'agricoltura e foreste di cui all'art. 12 della L. n. 1766 del 1927 - non ammette equipollenti, sta di fatto che un equipollente non potrebbe rinvenirsi in un provvedimento emesso da una diversa autorità nell'esercizio di un potere diverso da quello attribuito in materia di usi civici (e non attribuito per la composizione di interessi pubblici eventualmente in contrasto)». In linea, già: Comm. usi civici Lazio, 9 marzo 1983 («le alienazioni dei beni civici, senza il preventivo provvedimento di sdemanializzazione previsto dall'art. 12 l. 16 giugno 1927, n. 1766 e dall'art. 39 r. d. 26 febbraio 1928, n. 332, sono nulle»); Cons. Stato, Sez. VI, 24 dicembre 1982, n. 724 («l'esistenza di uso civico su un bosco fa sì che questo, per quanto astrattamente appartenente alla categoria dei beni patrimoniali di un comune, è comunque soggetto alle limitazioni di cui alla l. 16 giugno 1927, n. 1766 ed al relativo regolamento di esecuzione approvato con r. d. 26 febbraio 1928, n. 332, sicché non ne è consentita l'alienazione senza esplicita autorizzazione del ministero dell'agricoltura e delle foreste»).

[35] Corte cost., 26 luglio 2018, n. 178: «sono dichiarati costituzionalmente illegittimi - per violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. s), Cost., in relazione all'art. 143 del d.lgs. n. 42 del 2004, e dell'art. 3, primo comma, lett. n), dello statuto speciale della Sardegna - gli artt. 37, 38 e 39 della legge reg. Sardegna n. 11 del 2017, che modificano, rispettivamente, gli artt. 18 e 18-ter della legge reg. Sardegna n. 12 del 1994, e vi aggiungono l'art. 18-quater, subordinando il decreto di autorizzazione alla alienazione, alla permuta o alla sdemanializzazione dei terreni civici ad un accordo che riconosca l'assenza di valori paesaggistici determinati dall'uso civico. Le disposizioni impugnate dal Governo contrastano con il presupposto indefettibile della previa "sclassificazione", che può concretarsi solo nelle fattispecie legali tipiche previste dalla legge n. 1766 del 1927, e dal r.d. di attuazione n. 332 del 1928 - non potendo configurarsi una c.d. sdemanializzazione di fatto - nel cui ambito procedimentale è ricompreso anche il concerto tra Regione e ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare, autorità competenti a valutare il mutamento di destinazione. La pianificazione ambientale paesaggistica - espressione del principio indefettibile della pianificazione condivisa -, esercitata da Stato e Regione, è la sede nella quale può esercitarsi la tutela dinamica del demanio civico, modificando l'utilizzazione dei beni per nuovi obiettivi e, in casi di particolare rilevanza, per esigenze di adeguamento a situazioni di fatto meritevoli di salvaguardia, sulla base di una valutazione non collidente con gli interessi generali della popolazione locale».

'classificazione' (ex art. 11, L. n. 1766/1927), la cui carenza va dunque espunta dal novero delle ipotesi d'inalienabilità e delle cause di nullità, per diversi ordini di ragioni.

Innanzitutto, dal momento che l'assegnazione delle terre d'uso civico a categoria ("a" - 'convenientemente utilizzabili come bosco o come pascolo permanente' - e "b" - 'convenientemente utilizzabili per la coltura agraria' -) si configurerebbe quale mero atto di accertamento dichiarativo[36]; con superamento dell'indirizzo della Corte di Cassazione, secondo cui, dalla mancata classificazione del bene, prima dell'autorizzazione ad alienare, sarebbe scaturita la nullità assoluta dei relativi atti

[36] Così Corte cost., n. 221/1992 che motiva distinguendo il caso di terreni naturalmente destinati a pascolo o bosco, non potendo essere oggetto di attività agricola, rispetto a quelli potenzialmente votati a quest'ultima. Nel primo caso, non residuando spazio per una valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione competente, la carenza del provvedimento di classificazione non rende nulla la susseguente autorizzazione alla vendita, determinandone soltanto un'illegittimità che può essere sanata dall'amministrazione anche con provvedimento successivo (per l'appunto, attribuendosi a quest'ultimo mero carattere dichiarativo). Osserva inoltre la Consulta come, dopo il trasferimento alle Regioni delle funzioni amministrative in materia di usi civici, sia l'autorità competente al rilascio dell'autorizzazione (antecedentemente, il Ministero dell'agricoltura e foreste) sia quella competente all'identificazione della categoria di appartenenza delle terre civiche (antecedentemente, il commissario regionale), s'identificano ormai nel medesimo soggetto, ossia la Regione.

Cfr. pure Corte cost., n. 237/1992.

Diversamente, Cass., n. 11265/1990. Ma cfr. pure Cass. civ., Sez. II, 30 novembre 2012, n. 21488: «in tema di usi civici, ove si tratti di terreni utilizzabili come bosco o come pascolo, e quindi rientranti nella categoria "A" di cui all'art. 11 della legge 16 giugno 1927, n. 1766, risultando tale classificazione dal parere favorevole del commissario (nell'esercizio delle attribuzioni ad esso spettanti anteriormente al trasferimento operatone con l'art. 66 del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616), espresso in occasione del procedimento amministrativo culminato nell'autorizzazione ministeriale all'alienazione, non sussiste alcun ostacolo alla commerciabilità del bene, consentendo l'appartenenza del terreno alla categoria "A" (terreno non idoneo a coltura e, quindi, non suscettibile di ripartizione) che il commissario, con l'accordo del ministero, proceda, anche implicitamente, alla classificazione dello stesso, senza che sia compilato il piano di massima ai sensi dell'art. 14 della medesima legge n. 1766 del 1927 e degli artt. 34 e 35 del r.d. 26 febbraio 1928, n. 332. In difetto di detta classificazione, quanto meno implicita, da parte del commissario, invece, la vendita delle terre di uso civico disposta dal comune dopo il conseguimento dell'autorizzazione ministeriale, è, al pari di questa, nulla, né può essere surrogata da un accertamento giudiziale della categoria del bene al di fuori del procedimento amministrativo ed in funzione sostitutiva di un'attività istruttoria amministrativa non espletata ritualmente prima di disporsi la sdemanializzazione, occorrendo a tal fine, piuttosto, una convalida dell'autorizzazione ad alienare proveniente dal consiglio regionale secondo la rispettiva legislazione di settore della singola regione, purché la convalida risponda ad un interesse pubblico e previo adempimento del requisito dell'assegnazione a categoria. (Cassa con rinvio, App. Roma, 08/05/2006)». T.R.G.A. Trentino – Alto Adige, Bolzano, 11 febbraio 2002, n. 78: «è illegittima l'autorizzazione alla vendita di un terreno incluso nel demanio di uso civico ove non sia stata in precedenza formalmente determinata la categoria di appartenenza del bene (terreno convenientemente utilizzabile come bosco o pascolo permanente ovvero terreno convenientemente utilizzabile per la coltura agraria), secondo le previsioni della l. 16 giugno 1927 n. 1766 e della l. prov. Bolzano 24 dicembre 1970 n. 29. In difetto di tale atto, quel demanio civico resta soggetto a vincolo di indisponibilità, non derogabile in forza del mero provvedimento di autorizzazione alla vendita, l'annullamento del quale incide sul contratto di compravendita del terreno, che ne viene viziato in via derivata. La dichiarazione di nullità del contratto attiene, però, alla giurisdizione del giudice ordinario». Cfr. pure Cass. civ., Sez. II, 22 novembre 1990, n. 11265. Puntualizza T.A.R. Lazio, Sez. I, 19 ottobre 1983, n. 934 che «per la validità dell'alienazione dei beni soggetti ad usi civici, la previa assegnazione (a categoria) di cui all'art. 11 l. 16 giugno 1927, n. 1766, si rende necessaria solo quando non risulta da sicuri elementi a quale categoria il terreno appartenga».

ISSN 2036-7821

(dichiarabile in ogni tempo), costituendo l'assegnazione stessa provvedimento avente natura costitutiva della qualità del bene[37]. Al riguardo, la Consulta osserva che, ai sensi dell'art. 37, R.D. n. 332/1928 cit., non v'è obbligo di provvedimento costitutivo "quando risulti da sicuri elementi a quale delle due categorie indicate dall'art. 11 della legge debbano essere assegnate le terre di uso civico". Ciò, in disparte l'argomento del venir meno della distinzione (su cui si basava la nullità dell'atto), dal momento che, col trasferimento alle Regioni delle funzioni amministrative in materia di usi civici, l'autorità competente al rilascio dell'autorizzazione (in precedenza il Ministero dell'Agricoltura) e quella competente all'assegnazione a categoria (precedentemente il Commissario) s'identificano nel medesimo soggetto: la Regione.

In progresso di tempo, la Consulta osserverà che l'onere di assolvere alla previa assegnazione a categoria deve intendersi altresì superato: "alla luce dell'introduzione del vincolo paesaggistico-ambientale e delle mutate condizioni socio-economiche del paese"[38].

Salvi gli sviluppi di quest'ultimo discorso (per cui si rinvia al par. 3.6.), tornando al primo argomento, si è osservato che, pertanto, «la sopravvenuta assegnazione a categoria, dopo l'alienazione autorizzata, non configura un caso di convalida di atto nullo, inammissibile ai sensi dell'art. 1423 del codice civile, se non espressamente previsto, ma semplicemente la rimozione con efficacia retroattiva di un impedimento alla piena validità dello stesso, i cui effetti risultano prodotti sin dall'origine.

Ragionamento importante, perché di fatto riduce le ipotesi di inalienabilità a due soltanto, a parte quanto già esaminato a proposito della mancata legittimazione e della reintegra in favore del Comune:

1) quella dell'art. 12, secondo cui i Comuni e le Associazioni non potranno, senza l'autorizzazione del Ministero dell'Agricoltura e delle Foreste (oggi la Regione) alienare i terreni assegnati alla categoria A (boschi e pascoli);

2) quella dell'art. 21, secondo cui per i terreni di categoria B (coltura agraria) prima dell'affrancazione del canone, le unità fondiarie non potranno essere divise, alienate o cedute per qualsiasi titolo.

Ma ragionamento importante, altresì, perché conduce a chiedersi se davvero, anche in tali residue ipotesi, al divieto di alienazione sia connessa la sanzione della nullità, posto che nessuna delle norme citate la prevede espressamente per l'atto compiuto in violazione di esse»[39].

A tali spunti, si presterà svolgimento in prosieguo di discorso (costruttivo) sul piano dogmatico e del 'tipo normativo' di problema (cfr. par. 4.2.).

---

[37] Cass., Sez. un., 10 novembre 1980, n. 6017.

[38] Così Corte cost., n. 103/2017 e n. 71/2020.

[39] G. DE MATTEIS, *Alienazione dei beni civici. Invalidità e responsabilità notarile*, in www.notaioricciardi.it/pdf/UsiCivici.pdf.

2.2. Temperamenti in senso sostanzial-funzionale: specie a fronte di certo dato di esperienza generato da leggi regionali dichiarate costituzionalmente illegittime.

Se non che, non sono mancate pronunzie che paiono propendere per una soluzione più decisamente improntata ad un'ottica sostanzial-funzionale.

Così, la stessa Giurisprudenza costituzionale tempo addietro si era espressa nel senso che alla previsione di una nuova destinazione, per impossibilità (non solo materiale, ma anche consistente in antieconomicità) di quella originaria, debba farsi corrispondere un principio generale a favore della regolarizzazione delle vendite di terreni agrari, ovvero boschivi o pascolativi, gravati da usi civici, poste in essere senza l'osservanza delle condizioni prescritte dall'art. 12, L. n. 1766/1927 cit.: principio che, in termini di complementarizzazione con gli ulteriori, di inusucapibilità ed indisponibilità, si riteneva non vi collidesse[40]. Né si sarebbe potuto obiettare di trovarsi dinanzi ad una 'sdemanializzazione' esonerata dal presupposto della previa assegnazione dei terreni a categoria, dal momento che «la sclassificazione è un atto di natura meramente dichiarativa, che accerta la perdita delle caratteristiche che qualificavano i terreni come beni di demanio collettivo, con conseguente esclusione di questa specifica ragione di nullità della vendita stipulata senza le condizioni dell'art. 12 della legge del 1927, e quindi, se la vendita fosse già avvenuta, restando esclusa la necessità di rinnovazione del contratto»[41]. Prosegue la

[40] Corte cost., 30 dicembre 1991, n. 511; ma cfr. pure nn. 221 e 237 del 1992. Nella circostanza, la Consulta faceva specifico riferimento alla necessità di «considerare che le diverse e più remunerative possibilità di occupazione, prodotte dal sopravvenuto sviluppo industriale del Paese anche nelle zone tradizionalmente agricole, hanno ridotto a dimensioni modestissime le economie familiari di produzione per il consumo, determinando un progressivo abbandono dell'esercizio degli usi civici collegati a quelle economie. Tale fenomeno ha comportato che terreni gravati da usi civici, di cui si è quasi perduto il ricordo, sono stati alienati dai Comuni trascurando le condizioni e le procedure previste dall'art. 12 della legge del 1927, per finalità di pubblico interesse connesse ai bisogni di urbanizzazione (dal 1927 la popolazione italiana è pressoché raddoppiata) o ai bisogni dell'industrializzazione, apportatrice di nuovi posti di lavoro. La regolarizzazione di siffatte situazioni alla stregua del citato art. 12 … è difficilmente praticabile, sia perché presuppone l'assegnazione dei terreni a una o l'altra delle categorie distinte dall'art. 11, mentre essi hanno ormai perduto da tempo l'originaria destinazione agricola o boschivo-pastorale, sia perché impone l'onere di rinnovazione dell'atto di vendita con un nuovo prezzo calcolato tenendo conto dell'attuale destinazione urbanistica o industriale dei terreni. Oltre a tutto, il Comune sarebbe esposto al rischio di vedersi citato in giudizio, ai sensi dell'art. 1338 cod. civ., con una domanda di risarcimento dei danni sofferti dall'acquirente per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del precedente contratto. Sulla base di quel contratto e del prezzo allora convenuto è stata fatta, nel caso in esame, l'analisi dei costi-benefici dell'insediamento industriale in vista del quale i terreni di cui è causa sono stati alienati dal Comune …».

[41] Con la conclusione che la denunciata disposizione di legge regionale «non viola il limite indicato dall'art. 117 Cost., ma anzi risponde a un principio generale della legislazione statale, desumibile dagli artt. 39 e 41 del r.d. 26 febbraio 1928, n. 332, nel senso che sono consentite in ogni caso – con l'autorizzazione del Ministro dell'agricoltura (sentito il parere del Commissario regionale per gli usi civici), e ora della Regione (non soggetta al requisito del detto parere preventivo) – l'alienazione o la concessione, previo mutamento di destinazione, di terre civiche quando le forme di utilizzazione previste dalla legge n. 1766 del 1927 non siano più possibili o risultino antieconomiche, mentre la diversa destinazione sopravvenuta rappresenta un reale beneficio per la generalità degli abitanti».

Consulta, con riguardo alla massima giurisprudenziale che afferma la nullità radicale (nel senso di inesistenza giuridica) dell'atto di autorizzazione ad alienare terre di uso civico non preceduto dall'individuazione formale della categoria di appartenenza, che tale massima è da ritenersi «non sostenibile almeno nel caso in cui risulti da indici sicuri che il terreno *de quo* deve essere classificato nella prima delle due categorie indicate dall'art. 11 della legge n. 1766 del 1927. In questo caso l'assegnazione a categoria, poiché non ha funzione determinante della destinazione del terreno a bosco o pascolo, nemmeno ha efficacia costitutiva della sua condizione giuridica di alienabilità, onde la mancanza dell'atto-presupposto produce solo un vizio procedimentale del provvedimento autorizzativo dell'alienazione. Perciò l'autorizzazione può essere convalidata dal consiglio regionale in quanto organo competente sia a emanare l'atto viziato, sia a porre in essere l'atto-presupposto dell'assegnazione a categoria[42] … Nei limiti (che rimangono impregiudicati) in cui la convalida ha efficacia retroattiva, il negozio autorizzato deve considerarsi non già convalidato, bensì *ab origine* validamente stipulato».

D'altronde, prima ancora la stessa Consulta aveva prospettato una sorta di principio elastico di 'alienabilità controllata'[43]; benché non sempre adeguatamente recepito dalla legislazione regionale (specie con riguardo all'esigenza di mantenere distinti gli esiti finali: dell'alienazione e del mutamento di destinazione)[44].

Tali pronunce paiono significativamente condivisibili proprio per via di quell'approccio funzionalista e per la sensibilità dimostrata verso l'istanza di bilanciamento degli interessi coinvolti. In altri termini, non si tratta di mettere in discussione la vocazione ambientale degli usi civici bensì, «di considerare anche, in una logica di bilanciamento, le ormai del tutto tralasciate esigenze connesse ai bisogni di urbanizzazione o di industrializzazione, che così grande peso assumevano inizialmente. Senza dimenticare la rilevanza che può assumere, in questi ambiti, il principio di affidamento basato sulla applicazione (magari prolungata) di una legge regionale efficace ancorché invalida, sempre che non si ritenga che il provvedimento di liquidazione degli usi civici, adottato sulla base di una legge regionale poi dichiarata incostituzionale, sia idoneo a provocare l'esaurimento del rapporto ove non tempestivamente impugnato»[45].

Con riserva di tornare sulla questione se il provvedimento di liquidazione degli usi civici, assunto con determina comunale, sulla base di legge regionale poi dichiarata

[42] Nello specifico, «la norma impugnata disciplina l'esercizio di questo potere di convalida di atti amministrativi annullabili, di guisa che essa non porta alcuna deroga al principio dell'art. 1423 cod. civ. La convalida dell'atto autorizzativo non equivale, come pensa il giudice remittente, a sanatoria della nullità del negozio autorizzato».

[43] Corte cost., sent. n. 391/1989.

[44] Sul punto, valga di rinviare a L. FULCINITI, *I beni d'uso civico*, Padova, 1990, p. 246 s.

[45] M. RUOTOLO, *Gli effetti della decisione di incostituzionalità sulla circolazione immobiliare. Il caso degli usi civici*, in *Studio n. 18-2023/P, approvato dalla Commissione Studi Pubblicistici del Consiglio nazionale del notariato*, in fine del par. 2.

ISSN 2036-7821

incostituzionale, possa considerarsi definitivo quando non tempestivamente impugnato (cfr. par. 4.2.)[46]; condividendone l'ottica, quelle pronunce troveranno seguito nella presente trattazione. Ciò, pur nella consapevolezza del loro superamento da parte di un orientamento più ossequioso rispetto al riconoscimento di una potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di 'ordinamento civile' e di 'tutela dell'ambiente e dell'ecosistema'[47]. Impostazione, quest'ultima, alla base di diverse sentenze di accoglimento di questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale, riguardanti disposizioni legislative regionali d'introduzione di procedure aventi ripercussioni sul regime degli usi civici: non contemplate dalla L. n. 1766/1927; ma la cui osservanza, prima della dichiarazione d'incostituzionalità, aveva determinato il perfezionarsi di atti negoziali poi travolti (anche a distanza di tempo) dagli effetti della singola decisione della Consulta[48].

Sempre sul versante funzionalista, peraltro, non pare un caso che, da parte della Giurisprudenza di legittimità, si sia optato per quel tipo di 'approccio' al problema, onde scongiurare il rischio di pervenire a soluzioni che (specie per via delle implicazioni che verrebbero a determinarsi in punto di responsabilità dei soggetti coinvolti) rischierebbero di confliggere col comune senso di giustizia (anche al di là dell'istanza di certezza delle posizioni giuridiche), sacrificandolo sull'altare di una formalistica considerazione (soverchiante) della 'qualità' classificatoria del bene. Così, laddove si dispone che: «non integra il reato di abuso d'ufficio la condotta del notaio il quale abbia rogato atti di compravendita relativi a porzioni immobiliari gravate da uso civico, qualora sia già intervenuta una declassificazione per fatti concludenti, consistente nella perdita irreversibile delle caratteristiche fisiche e funzionali dei terreni agrari, rispetto alla quale il decreto di declassificazione - successivo alla stipula degli atti - ha natura meramente dichiarativa e non costitutiva»[49].

---

[46] Spunti potrebbero rinvenirsi in Corte cost., n. 249/2021. Esprime perplessità, rispetto all'orientamento giurisprudenziale che vorrebbe negare la possibilità di considerare 'esauriti' i rapporti sorti sulla base di 'sclassificazioni' compiute in osservanza di disposizioni legislative regionali successivamente dichiarate incostituzionali, anche M. RUOTOLO, *Gli effetti della decisione di incostituzionalità sulla circolazione immobiliare. Il caso degli usi civici* …, par. 3 ove si osserva che «l'effetto retroattivo che abitualmente si riconosce per le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale incontr[a] non solo il limite della sentenza passata in giudicato, ma anche dell'atto amministrativo non più impugnabile». A conforto, l'a. adduce (esemplificativamente) Cass. civ., Sez. I, 30 luglio 2014, n. 17271. A maggior ragione quando, a seguito del provvedimento amministrativo di estinzione, siano stati perfezionati atti negoziali: per ovvie ragioni legate alla certezza del diritto (in tal senso, F. GERBO, *L'orientamento della Corte costituzionale sugli usi civici: tra tutela del territorio e domini della collettività anche alla luce dell'art. 63-bis L. 108 del 29 luglio 2001*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1826).

[47] Cfr. rispettiv. Corte cost. n. 228/2021 e n. 103/2017.

[48] Per una accurata disamina di sintesi, può rinviarsi a M. RUOTOLO, *Gli effetti della decisione di incostituzionalità sulla circolazione immobiliare. Il caso degli usi civici* …, ove si richiamano le diverse sentenze con le quali ha Consulta ha ribadito che "un bene gravato da uso civico non può essere oggetto di sclassificazione al di fuori delle ipotesi tassative previste dalla legge n. 1766 del 1927 e dal r.d. n. 332 del 1928" (*ex multis*, n. 103/2017, n. 113/2018, n. 178/2018, n. 71/2020, n. 236/2022).

[49] Cass. pen., Sez. VI, 17 dicembre 2002, n. 2281.

ISSN 2036-7821

D'altronde, una ulteriore cartina al tornasole della bontà di tale 'approccio' proviene dalla sempre più diffusa esperienza 'contermine' del rilascio, ad Enti locali, di autorizzazioni regionali al 'trasferimento di diritti di uso civico' (con conseguente 'demanializzazione' delle ulteriori aree che ne vengano gravate nonché, relativi adempimenti ed oneri di pubblicità, aggiornamento dell'inventario delle terre civiche, e trascrizione presso la Conservatoria dei Registri immobiliari). Di tal fatta, garantendosi comunque: il rispetto della *ratio* che sovrintende al menzionato profilo di funzionalizzazione del bene 'collettivo' (attraverso la traslazione, da un bene materiale all'altro, dei diritti di uso civico); quindi, la risorsa (e la relativa gestione) in capo alla comunità locale.

Orientamento consacrato dalla L. n. 108/2021 (per cui si rinvia al par. 3.5.).

• Proprio tale complesso di fattori, e l''approccio' sottesovi, ha prestato favorevole sponda a certa prassi notarile di stipula di atti di compravendita di terre gravate da uso civico: con un effetto di consolidamento, specie (come anticipato) quando, rispetto all'atto dispositivo abusivamente perfezionato su bene gravato da uso civico, sia sopravvenuto il provvedimento di sclassificazione (evidentemente non seguito dall'autorizzazione regionale alla vendita), o addirittura sia intervenuta la procedura di trasferimento dell'uso civico su altre terre di proprietà comunale; sì da neutralizzare, nel caso concreto, la violazione della *ratio* della normativa nazionale quanto alla preservazione del vincolo di destinazione delle promiscuità a beneficio della comunità di riferimento.

3. Contributo dottrinale.

A tal punto, onde verificare le implicazioni sull'atto di disposizione 'abusivo' e sui relativi effetti, non ci si può esimere dal procedere con un esperimento 'compensativo' da parte del 'formante' ulteriore, di Dottrina[50].

Tantopiù che quest'ultima, nella sua posizione tradizionale, non ha mancato di giungere sino alle implicazioni ultime della menzionata Giurisprudenza: sul presupposto che si contempli la circolazione del dominio collettivo nella sua complessità. Come chiaramente inquadrato in letteratura, «il problema si pone … quando il bene, originariamente di proprietà pubblica, pur essendo gravato da uso civico e, dunque, pur costituendo un dominio collettivo, sia stato acquistato, non essendovi evidenza del provvedimento amministrativo di accertamento dell'uso

[50] R. SACCO, *Formante*, in *Dig. disc. priv.* -sez. civ.-, VIII, Torino, 1992, p. 438 s.: agli "insiemi di regole, coesistenti in un unico ordinamento" può darsi il nome di "formanti" (legale, giurisprudenziale, dottrinale, etc.). Questi non sono tra loro equivalenti: mutando nel tempo e rispetto ai diversi ordinamenti, essi innanzitutto danno luogo a fenomeni di interazione; inoltre, si modificano nella loro importanza comparativa (maggiore o minore capacità di ciascuno di essi di influire sugli altri). Nella circostanza, il riferimento cade sull'art. 11, L. n. 241 del 7 agosto 1990, in relazione al complesso disciplinare vigente col quale s'identifica l'area dei modelli del consenso giuridicamente rilevante.

civico, o non esistendo, ancora, un provvedimento di accertamento, da parte di un privato. Il quale, a sua volta, potrebbe averlo trasferito ad altri privati e, così, il bene aver diffusamente circolato.

S'insegna, da parte della dottrina classica, che in casi del genere, una volta accertata l'esistenza dell'uso civico e, dunque, accertato che si è in presenza di un dominio collettivo, tutti i contratti di trasferimento debbono considerarsi nulli, per impossibilità dell'oggetto oppure per contrarietà dei contratti a norme imperative, con il risultato che il bene deve considerarsi mai fuoriuscito dal patrimonio del Comune e, con l'ulteriore conseguenza che andrebbe affermata la responsabilità, *ex art.* 28 della legge notarile, di tutti i notai che, a mano a mano, avessero rogato gli atti di trasferimento di quel bene.

Secondo la dottrina classica, dunque, la circolazione si deve considerare mai avvenuta, utilizzando quale rimedio, per conseguire tale risultato, la teorica della nullità dei contratti di alienazione dei domini collettivi. Strumento che reca seco, quale inevitabile corollario, la responsabilità del notaio che abbia, molto spesso, a sua insaputa, rogato un atto nullo»[51].

Se, così rappresentato, si apprezza, in tutta la sua dimensione giuridica effettuale, il dilemma del trattamento da riservare alla circolazione dei beni gravati da uso civico nella forma '*in re propria*'; nel tentativo di venirne a capo, non si può prescindere da una duplice premessa, concettuale e di sistema nonché, di principi, che oltretutto 'sconta' una connotazione solo tendenzialmente convenzionale.

3.1. Inquadramento dogmatico della categoria dei beni gravati da usi civici e dei correlati 'diritti'.

Il *genus* dogmatico (concettuale e di sistema) dal quale muovere è quello dei beni 'in proprietà collettiva' o 'collettivi'[52]. In effetti, la tutela dell'umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, può estrinsecarsi: non solo attraverso beni costituenti, per classificazione legislativa-codicistica, il demanio ed il patrimonio oggetto di 'proprietà' di soggetti pubblici; ma altresì mediante beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del Legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione (vocazione naturale ed economica), sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, risultino funzionali al perseguimento ed al soddisfacimento degli interessi di una collettività locale, servendola immediatamente (senza passare per il tramite istituzionale)[53]. Sennonché, la stessa Giurisprudenza di legittimità, pronunziatasi in ordine ad entità al medesimo *genus* riconducibili (es., valli da pesca), non ha mancato di enfatizzare il profilo di

[51] V. BARBA, *Validità ed efficacia degli atti dispositivi di beni gravati da usi civici …*, segn. pp. 126-127.

[52] Cfr.: M. ARSÌ, *I beni pubblici*, in *Trattato di dir. amm. - Dir. amm. spec.*, Milano, 2003, tomo 2, II, p. 1715; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1993.

[53] A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 258.

ISSN 2036-7821

funzionalizzazione: in quanto strumenti di realizzazione di valori costituzionali. Riguardo a quest'ultimo aspetto, la giustificazione viene rinvenuta in ciò che si tratta di beni destinati alla realizzazione dei diritti fondamentali, facendo particolare riferimento ai principi 'combinati' di 'sviluppo della persona' (art. 2 Cost.), di 'tutela del paesaggio' (art. 9 Cost.), di 'funzione sociale della proprietà' (art. 42 Cost.)[54].

Con riserva di rilevare gli effetti deleteri, di certa enfatizzazione, sul piano qualificatorio e del regime giuridico di tali beni (per cui si rinvia al par. 3.4.), i correlati 'assetti fondiari collettivi' (formula atta a rappresentare il "tratto tipizzante il fenomeno organizzativo di una collettività impegnata su una certa terra"[55]) presentano differenti implicazioni, a seconda che si tratti: di diritti collettivi su beni privati (o patrimoniali), con caratterizzazione prevalentemente economica; altrimenti, di proprietà collettive aventi alto valore sociale da conservare e valorizzare.

L'attuale regolamentazione del fenomeno è affidata principalmente alla Legge 20 novembre 2017, n. 168 che ha coniato la nuova formula di 'domini collettivi': ad indicare diritti reali, riservati ad una comunità, di congiunto uso e godimento, in via individuale o collettiva, di un bene fondiario o di un corpo idrico, sulla base di una norma preesistente all'ordinamento dello Stato italiano[56].

In tale contesto, quelli 'd'uso civico' assurgono a *species* più rappresentativa della categoria dei beni ('comuni' o meglio) 'collettivi': giacché, a partire dalla disciplina 'positiva' contenuta nella L. n. 1776/1927 e nel R.D. n. 332/1928, per via di un differenziato regime in punto di 'liquidazione' e (prima ancora) di accertamento, 'appartenenti' (da tempo immemorabile a seguito dell'abolizione della feudalità[57]) non tanto 'in proprietà individuale', a persone fisiche o giuridiche, o ad enti pubblici, quanto 'in proprietà collettiva', ad una determinata comunità di abitanti[58]; salvo constatare una annosa difficoltà ad inquadrare dogmaticamente i correlati diritti di godimento esclusivo (per cui può rinviarsi al par. 4.2.). Laddove, agli Enti pubblici esponenziali, nella loro differente tipologia, spetta unicamente l'attività di gestione ed amministrazione: secondo indirizzi solidali, identitari, compatibili con la tutela dell'ambiente, con finalità di responsabilità intergenerazionale[59]; in forma compartecipata con le comunità di riferimento[60]. Infatti, dal momento che tali beni devono essere intesi come funzionali alla comunità locale, la loro gestione non può

[54] A partire da Cass., sez. un., 15 febbraio 2011, n. 3665.

[55] P. GROSSI, *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata, 2019, p. 86; ID., *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977.

[56] Come da Corte cost., n. 228/2021.

[57] Dovuta alla Legge promulgata, da Giuseppe Bonaparte, il 2 agosto 1806.

[58] V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987.

[59] F. MARINELLI, *Gli usi civici …*, p. 343. M.C. CERVALE, *Usi civici e domini collettivi. La proprietà plurale e il diritto civile …*, p. 50.

[60] G. DI GENIO, *Gli usi civici nel quadro costituzionale*, Torino, 2019, p. 178.

prescindere dal coinvolgimento (in termini di formazione, informazione e partecipazione) di quest'ultima.

Salvo constatare certa storicizzazione nell'approccio alla *ratio* della disciplina.

Ciò, innanzitutto, dal momento in cui la Consulta osserva che: «carattere comune di questi istituti giuridici (differenziati sul territorio nazionale: domini collettivi, regole, cussorge, ademprivi, etc.) è la gestione di alcuni beni in comune per finalità prevalentemente agro-silvo-pastorali, *finalità che ebbero particolare rilevanza in passato nelle collettività rurali caratterizzate da un'ampia diffusione dell'economia di sussistenza.*

Nel contesto storico contemporaneo la rilevanza socio-economica delle antiche utilizzazioni si è notevolmente ridotta, ma le leggi più recenti (D.L. 27 giugno 1985, n. 312, recante "Disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale", convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della L. 8 agosto 1985, n. 431, ed art. 142 del D.Lgs. n. 42 del 2004) *hanno stabilito che i caratteri morfologici, le peculiari tipologie d'utilizzo dei beni d'uso civico ed il relativo regime giuridico sono meritevoli di tutela per la realizzazione di interessi generali, ulteriori e diversi rispetto a quelli che avevano favorito la conservazione integra e incontaminata di questi patrimoni collettivi*»[61].

Correlativamente, la L. n. 168/2017 cit., pur senza abrogare la L. n. 1776/1927 cit., consolida l'inversione della tendenza (impressa da quest'ultima) alla 'liquidazione': facendo, di quegli assetti fondiari collettivi, una realtà da preservare se non valorizzare, «sul presupposto che … sono funzionali non soltanto alla realizzazione di un interesse privato dei partecipanti, ma anche di interessi superindividuali di carattere generale, connessi con la salvaguardia dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio storico e culturale del Paese»; con corrispondente riconoscimento di «uno specifico interesse unitario della comunità nazionale alla conservazione degli usi civici»[62].

Come si avrà modo di constatare in prosieguo di trattazione, quest'ultima vicenda: di là dall'accedere o meno alla tesi che vorrebbe le menzionate disposizioni, del 1985 e del 2004, assorbenti il regime giuridico dei beni d'uso civico in nome dell'interesse generale alla tutela ambientale (dunque, con salvezza della rilevanza socio-economica delle antiche utilizzazioni - per quanto ridotta - nel valutare le implicazioni del regime degli atti di disposizione 'abusivi'); si è rivelata controversa per gli sviluppi che se ne sono accordati.

3.2. Relativizzazione (mancata) dell'assunto della 'sottrazione al mercato' dei beni d'uso civico.

«Per quanto riguarda l'inalienabilità, essa può essere considerata una conseguenza quasi automatica della circostanza che la proprietà di tali beni non è divisibile per

[61] *Ex multis*, Corte cost., 11 maggio 2017, n. 103.

[62] Così Corte cost., n. 228/2021 cit.

ISSN 2036-7821

quote ed appartiene ad una comunità di soggetti individuata in base ad uno specifico *status*; non sarebbe pertanto concepibile, in mancanza di un solo centro di imputazione di interessi, una alienazione parziale del bene da parte di uno dei partecipanti alla comunione.

Diversa la soluzione nel caso in cui l'alienazione del bene risponda ad un interesse di tutti i partecipanti alla comunione»[63].

All'uopo, l'art. 12, L. n. 1766/1927 prevede (come anticipato) la possibilità di alienazione o di mutamento di destinazione d'uso delle terre di uso civico appartenenti alla c.d. categoria *a)* (terreni boschivi o pascolativi), laddove ciò risponda ad un reale beneficio per la generalità degli abitanti (art. 41, R.D. n. 332/1938), benché previa autorizzazione (ministeriale e, attualmente) regionale.

A fronte di tali presupposti, in forza dell'approccio valoriale declinato (pur evolutivamente) a livello di principi giuridici, sarebbe dovuta scaturire una duplice 'rivisitazione' dogmatica (concettuale e di sistema) dei beni d'uso civico:

- come 'demaniali' per funzione e, in tale contesto, esaltando il rilievo della conservazione dell'*utilitas* per la comunità, piuttosto che del bene materiale di riferimento storico;

- come *extra commercium*: dal momento che, da tempo, si è esortato a non rimettersi più a categorie (quali quelle delle *res in commercio* e *res extra commercium*) poggianti sul presupposto avulso (quantomeno perché ormai anacronistico) che ci si possa riferire a beni 'illimitati'[64]; laddove, semmai, quella qualificazione andrebbe conservata al solo fine di sottrarli, a tutti gli effetti, alle 'logiche di mercato'; a differenza di quanto riconosciuto per i 'beni pubblici' (almeno quelli 'disponibili') oltreché (s'intende) per quelli 'privati'.

In altri termini: l'ormai diffusa consapevolezza della finitezza delle risorse (in genere), cui deve corrispondere un obiettivo di resilienza; dovrebbe comportare il prevalere, rispetto ad una aprioristica 'sottrazione al mercato' di quei beni, di una 'sottrazione del loro profitto rispetto alle regole del mercato e della concorrenza' (anche a beneficio delle generazioni future).

Se si conviene su quanto precede, tendono a prevalere: l'istanza di preservazione della risorsa rispetto allo specifico bene materiale che la reca; eppertanto, su quest'ultimo, la 'resilienza' del contesto di cui è parte e sul cui altare potrebbe financo ammettersi il sacrificio di quel bene materiale (secondo un criterio spazio-temporale di fungibilità).

[63] G. AGRIFOGLIO, *Contributo allo studio degli usi civici e della proprietà collettiva. Una storia parallela*, in *Quaderni del Foro nap.*, Napoli, 2023, p. 111.

[64] S. PUGLIATTI, *Cosa – b) Teoria generale*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 28.

3.3. Correlata rimodulazione del problema del trattamento da riservare al commercio giuridico di beni collettivi sui quali insistono usi civici.

Ne deriva che, ripristinata la dovuta centralità del problema (giuridico) dell'istituto (*id est*, il primato del suo momento funzionale, pur secondo una concezione evolutiva), rispetto ad anacronistiche concettualizzazioni (demanialità, *res extra commercium*), la questione del trattamento da riservare agli atti di disposizione di beni collettivi, sui quali insistono usi civici, può essere ricondotto entro termini, meno intransigenti e più ragionevoli, rispetto a quelli in cui è stato posto dalla Giurisprudenza tradizionale. In altre parole:

constatato che la disciplina nazionale di riferimento non vieta in assoluto la circolazione di questi beni (limitandosi a sottoporla a preventiva autorizzazione ministeriale, ovvero a compiuta affrancazione);

il criterio di discernimento dovrebbe essere rappresentato da una 'collaudata' ponderazione fra l'esigenza di garantire la risorsa locale (anche per il suo valore ambientale) e quella di salvaguardia di stabilità delle situazioni giuridiche.

3.4. Dall'equivoco concettuale all''inversione di metodo'.

Nondimeno, certo cristallizzarsi della posizione giurisprudenziale, ancora una volta va imputato all'accostamento dei beni d'uso civico alla 'demanialità'; va, cioè, ricercato 'a monte' della disciplina e della dogmatica che sovrintendono ai relativi atti negoziali di disposizione e che, come tali, appartengono all''ordinamento civile' ed alla dottrina privatistica. Solo che stavolta, in ordine a quel profilo pubblicistico che (per l'appunto) sovrintende al limite alla circolazione giuridica, non ci si è limitati ad incorrere in un equivoco concettuale (equiparando, l'appartenenza del bene d'uso civico ad una collettività, alla titolarità di un bene pubblico): i lemmi 'demaniale' o 'demanialità' finendo persino coll'integrare un''inversione di metodo', per via dell'introduzione surrettizia di principi di "giudizi determinativi" avvalendosi di concetti – tradendo la loro vocazione di "meri" strumenti orientativi, d'impostazione dei problemi –[65].

Infatti, la Giurisprudenza tradizionale, dall'analogia fra beni d'uso civico e beni demaniali fa discendere l'inalienabilità dei primi (sia pur, dopo il contributo della Consulta, limitatamente agli usi civici *in re propria* - non per caso qualificati come di 'demanio civico' -). Sennonché, così confondendo la distinta *ratio* di disciplina, dal momento che:

[65]La locuzione "inversione di metodo" è ripresa da PH. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, 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

- la prescrizione di cui all'art. 823 c.c., secondo la quale i beni demaniali sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, si giustifica in «funzione protettiva dell'interesse pubblico sotteso all'appartenenza esclusiva dei beni»[66]; in quest'ottica, ne discende la nullità dei negozi dispositivi, per impossibilità dell'oggetto o per violazione di norma imperativa;

- laddove, pur quando si enfatizza il profilo di funzionalizzazione dei beni d'uso civico, in quanto strumenti di realizzazione di valori costituzionali[67]; certo accostamento tralatizio alla 'demanialità' preclude di riconoscere, in relazione ai medesimi, l'insussistenza (almeno tendenziale) di una pari *ratio* di protezione 'dell'interesse pubblico all'appartenenza esclusiva' (propria invece della seconda); e tale operazione surrettizia (alla Giurisprudenza non essendo dato di ampliare il *numerus clausus* dei beni demaniali, quale stabilito dal Legislatore, neppure ricorrendo ad una 'congiunzione mistica' degli art. 2, 9 e 42 Cost.[68]) determina effetti deleteri in punto di regime giuridico[69]; laddove quei beni sono volti a soddisfare finalità (prevalentemente agro-silvo-pastorali in passato, di tutela delle zone di particolare interesse ambientale nel contesto storico contemporaneo in cui la rilevanza socio-economica - in funzione di sussistenza - delle antiche utilizzazioni, si è notevolmente ridotta) rispetto alle quali, se non risultano (tendenzialmente)

---

[66] Come ben rilevato da L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali degli usi civici in re aliena e dei domini collettivi …*, segn. p. 65.

[67] Così, Cass., Sez. un., n. 3665/2011 cit.

[68] In tal senso C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 54. Cfr. pure G. CARAPEZZA FIGLIA, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni unite*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 524 s., segn. p. 542.

[69] G. AGRIFOGLIO, *Contributo allo studio degli usi civici e della proprietà collettiva. Una storia parallela …*, pp. 108-109: «… allorché la Corte [di Cassazione] ha affermato che un bene è pubblico … in quanto 'fonte di beneficio per una collettività' non soltanto ha dimenticato l'utilità sociale della stessa proprietà privata, non soltanto ha dimenticato che proprio la proprietà privata è garantita dalla CEDU quale presupposto dei diritti di libertà, ma ha palesemente confuso il termine 'collettivo' con il termine 'comune', quasi che la assunta funzionalizzazione dei beni comuni 'al soddisfacimento degli interessi della collettività' (di una comunità indistinta di individui) possa far dimenticare che la collettività alla quale viceversa i beni collettivi sono destinati è una collettività ristretta, legata da interessi economici corporativi e quindi non meno egoistica del proprietario 'romanistico'.

In altri termini, si ha l'impressione che la giurisprudenza abbia assimilato, ancora una volta tra loro, tipologie di beni profondamente differenti sulla base di mere assonanze nominalistiche (collettivo, comune, demanio, dominio) così come in passato li aveva considerati demaniali (o quasi demaniali) sulla base della loro inalienabilità, imprescrittibilità, e inusucapibilità; caratteristiche, queste, che li avrebbero resi per ciò stesso beni diretti al perseguimento di pubblici interessi».

Non per caso, è stato efficacemente rilevato come «certa dottrina e certa giurisprudenza siano partite dal fatto che le terre civiche sono 'demanio' per dimostrare che esse sono inalienabili, inusucapibili, imprescrittibili e via discorrendo, rifacendo poi, in altri casi, il percorso al contrario, e quindi affermando che, se sono inalienabili, inusucapibili e imprescrittibili sono demanio.

[Laddove] il fatto che le terre dei comuni sulle quali si esercitavano gli usi civici fossero, nel diritto previgente napoletano, un 'demanio' non è risolutivo sotto il profilo giuridico positivo, e non si può partire da questa tradizione e da queste parole per costruirne la demanialità sostanziale, con le ben note conseguenze di inusucapibilità, di imprescrittibilità e di inalienabilità che però non sono affermate in modo esplicito dalla legge» (U. PETRONIO, *Usi civici*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 930 s., segn. p. 952).

ISSN 2036-7821

fungibili (con predominio del valore sul bene materiale che lo reca in un dato momento storico), comunque è irrilevante il profilo di circolazione giuridica (come si avrà modo di spiegare più ampiamente nei parr. "3.5.1." e "3.6.").

3.5. Argomenti 'adesivi', di varia estrazione.

Quanto testé opinato pare trovar conferma sotto diversi versanti.

- Innanzitutto, ci si riferisce a quello 'limitrofo' dei trasferimenti di diritti di uso civico e delle permute aventi a oggetto terreni formalmente appartenenti al demanio civico. Basterebbe aver riguardo a quanto disposto dal D.L. n. 77/2021 (convertito in L. n. 108/2021), col quale si è novellata la L. n. 168/2017, introducendo tre ulteriori commi (dall'8-bis all'8-quater) all'art. 3. L'intervento legislativo del 2021 si propone di risolvere la principale questione che si frappone alla progressiva e (da tempo) auspicata sistemazione dei terreni pubblici gravati da uso civico, ma ormai irrimediabilmente trasformati (si pensi all'assai ridotto regime circolatorio, all'onerosità procedimentale della 'sclassificazione' e conseguente mutamento di destinazione d'uso, ed all'impossibilità di intervento del Legislatore regionale nel quadro costituzionale di riparto delle competenze). La novella appare di particolare rilevanza nella misura in cui prevede la sdemanializzazione delle aree che hanno irreversibilmente perso la conformazione fisica o la destinazione funzionale di terreni agrari, boschivi o pascolativi per oggettiva trasformazione, precedente all'agosto del 1985 (anno in cui venne approvata la Legge Galasso - n. 431 - che per prima vincolava sotto il profilo ambientale i beni di uso civico). Il Legislatore ammette in qualche modo che il vincolo *ex lege* non poteva essere retroattivo e non poteva perciò conformare aree che, già nel 1985, avevano perduto le caratteristiche del terreno agrario, boschivo o pascolativo, a causa di una 'oggettiva trasformazione'. Con la conseguenza che, in tal caso, la 'nuova' destinazione (purché legittima) prevale; ciò con alcune importanti specificazioni e temperamenti.

Il fulcro attorno al quale ruota la nuova disciplina è dunque la condizione di 'accertata e irreversibile trasformazione del fondo', presupposto per l'attivazione dei nuovi istituti. In questo senso, le Regioni possono autorizzare trasferimenti di diritti di uso civico e permute aventi a oggetto terreni formalmente appartenenti al demanio civico. Ciò significa che, qualora le aree (pubbliche) gravate da usi civici risultassero non più idonee a soddisfare la destinazione cui erano preordinate, gli enti locali potranno autorizzare il trasferimento o la permuta con altre aree aventi caratteristiche equivalenti, eventualmente appartenenti al patrimonio disponibile[70]. Si

[70] Così P. LAZZARA, *Il regime giuridico degli usi civici nella giurisprudenza costituzionale e nella recente legislazione nazionale e regionale*, in *Studio n. 52-2024/P* approvato dalla Commissione studi pubblicistici del Consiglio nazionale del notariato, ove si pone l'accento sulle stringenti condizioni cui il Legislatore sottopone tali trasferimenti e permute, richiedendosi infatti che le aree in questione:

muove dal presupposto fondamentale che l'uso civico sia di fatto scomparso già nel 1985. In tal caso, non si frappongono ostacoli di legittimità costituzionale ad una 'sdemanializzazione regionale', sul presupposto della mutazione legittima delle destinazioni dei terreni. Operazione che appare tecnicamente corretta, in quanto la condizione giuridica del demanio si lega ad una situazione di fatto, rispetto alla quale la legge o eventuali atti amministrativi hanno valenza meramente dichiarativa. I diritti di uso civico (di fatto già annullati dall'irreversibile trasformazione) debbono essere 'ripristinati', per equivalente, mediante l'individuazione di terreni con pari valore ambientale, appartenenti al patrimonio disponibile dei Comuni o delle Regioni (o Province autonome). Le relative aree passano dal regime patrimoniale (commerciale) a quello demaniale e sono soggette al vincolo paesaggistico che resta presente anche nelle aree sdemanializzate (comma 8-quater).

- Ulteriore conforto potrebbe derivare da certo orientamento 'pretorio' che ha 'riabilitato' la natura prettamente economica degli usi civici, a discapito della natura ambientale-paesaggistica: per cui sarebbe da ritenere ammissibile che i terreni demaniali, pur sottoposti al regime d'uso civico, possano essere indirizzati a destinazioni c.d. atipiche, laddove i medesimi risultino eccedenti rispetto ai bisogni della popolazione, ovvero rimangano temporaneamente inutilizzati, purché tale diversa destinazione sia mantenuta in via temporanea e non determini l'alterazione della qualità originaria dei beni[71]. In tale prospettiva, si è ritenuto che terreni gravati da uso civico possano destinarsi anche a godimento esclusivamente individuale (mediante atti di concessione amministrativa o contratti d'affitto stipulati dal Comune): in base al rilievo del ricorrere di una sicura predeterminazione della durata del rapporto e che, almeno di norma, ciò non determini alcuna ripercussione negativa sul connotato originario dei terreni stessi[72].

- Approssimandosi alla fattispecie oggetto della presente trattazione, altro argomento è stato ravvisato in un regime giuridico, dei 'demani collettivi', non equiparabile alla condizione giuridica dei 'beni demaniali' in senso proprio, come inequivocabilmente osservato dalla Consulta (sia pur in epoca ormai risalente)[73]. Ci si riferisce: all'alienabilità, pur se autorizzata dalla Regione; nonché, alla possibilità che quei beni collettivi vengano attribuiti, in proprietà all'occupante 'abusivo', per via di legittimazione o di conciliazione[74].

---

abbiano perso irreversibilmente la conformazione fisica o la destinazione funzionale di terreni agrari, boschivi o pascolativi, per oggettiva trasformazione prima della L. 8 agosto 1985, n. 431;

sia impiegate in conformità ai vigenti strumenti di pianificazione urbanistica;

non siano state trasformate in assenza dell'autorizzazione paesaggistica o in difformità da essa.

[71] Cass., Sez. un., n. 2806/1995.

[72] Cass., Sez. II, n. 4694/1999.

[73] Corte cost., n. 221/1992; ma cfr. pure n. 391/1989 cit. In line anche Cass., Sez. un., n. 5600/1995, benché nella prevalente giurisprudenza di legittimità e di merito prevalga la atecnica qualificazione di 'demaniale'.

[74] Osserva, infatti, L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali degli usi civici in re aliena e dei domini collettivi* …, segn. p. 65 che: «il complessivo statuto dei demani collettivi prevede, inoltre, la possibilità di legittimazione ex art. 9 della

ISSN 2036-7821

- S'aggiunga quel pur risalente spunto d'interesse offerto dalla Consulta, una volta preso atto che talvolta, terreni, gravati da usi civici "di cui si è quasi perduto il ricordo", sono stati oggetto di alienazioni da parte dei Comuni, senza ricorrere alle procedure previste dalla legge, per finalità sostanzialmente di pubblico interesse, in quanto connesse ai bisogni di urbanizzazione e di industrializzazione. Poiché la regolarizzazione di tali vicende, ai sensi dell'art. 12, L. n. 1766/1927, pare difficilmente praticabile, la Corte (nell'intento di trovare spazi a leggi regionali di sanatoria, pur nel quadro della legge nazionale) ipotizza che le Regioni possano predisporre, ai fini di regolarizzazione di cessioni già avvenute, procedure di sclassificazione aventi natura dichiarativa: volte ad accertare "la perdita delle caratteristiche che qualificano i terreni come beni del demanio collettivo"; *senza ravvisare contrasto con la normativa nazionale (in quanto rivolta al riordino ed alla liquidazione degli usi civici, secondo un'ottica dinamica), semplicemente trattandosi di uno degli strumenti che le Regioni possono adottare per procedere al riordino ed alla liquidazione dei beni demaniali di natura civica*[75].

Salvo osservare che tale orientamento (probabilmente perché giustificato, più che sul versante della preservazione funzionale degli usi civici, su quello del perseguimento di ulteriori finalità di pubblico interesse) non ha trovato seguito nella più recente produzione giurisprudenziale[76].

Il passaggio è evidentemente delicato come dimostra certa vicenda propria della legislazione regionale che, talvolta, trova giustificazione nella circostanza dell'impossibilità di realizzare, tramite il bene gravato da usi civici, le menzionate finalità primarie (di 'sviluppo della persona', di 'tutela del paesaggio', di 'funzione sociale della proprietà'): prevedendo l'alienazione quando le terre 'abbiano perso l'originaria destinazione agro-silvo-pastorale sulla base degli strumenti urbanistici adottati dai comuni interessati'. In effetti, allo stato della Legislazione, tale è parsa la soluzione più condivisa per porre rimedio alle numerose vicende di alienazione-edificazione abusive dei demani civici[77]. Fermo restando però che il dato di esperienza rivela che talvolta tale tipo d'iniziativa si è dispiegato al di fuori dei limiti della legittimità costituzionale, non solo in ragione del duplice argomento contrario ad una 'sdemanializzazione regionale', quale implicato: dal ricondurre la materia degli atti di disposizione all''ordinamento civile' nonché, dal progressivo

---

legge n. 1766 del 1927, ossia l'attribuzione del bene in proprietà all'occupante abusivo che vi abbia realizzato [migliorie], ad opera dell'ente gestore e senza autorizzazione; ancora, di conciliazione delle controversie ex art. 29, della legge n. 1766 del 1927, istituto attraverso il quale può comunque determinarsi l'assegnazione del bene alla proprietà privata, con contestuale cessazione del promiscuo godimento, previa autorizzazione regionale».

[75] Così, sia pur in forma di *obiter dicta*, Corte cost., n. 511/1991.

[76] Come riconosce anche M.C. CERVALE, *Usi civici e domini collettivi. La proprietà plurale e il diritto civile* …, pp. 179-180.

[77] Esempi parrebbero offerti da Leggi delle Regioni Umbria, Lazio e Abruzzo (cfr. L. FULCINITI, *I beni d'uso civico* …, p. 248).

ISSN 2036-7821

coinvolgimento del regime dei diritti di uso civico sotto la disciplina di tutela paesaggistico-ambientale parimenti riservata allo Stato (per cui si rinvia al succ. par. "3.6."). Infatti, circa le ripercussioni sul piano edilizio, non ci si può esimere dal manifestare riserve: trattandosi, più che di una sanatoria in senso stretto, di un condono; dal momento che pare in odore d'incostituzionalità una tale misura di salvezza concessa su base regionale. Ad ogni modo, quello strumento riparatore, per tutta evidenza, non sempre può rappresentare una soluzione giuridicamente esperibile: dal momento che (come anticipato) presuppone un intervento legislativo.

- Nondimeno, anche le iniziative dei Legislatori regionali offrono lo spunto per ipotizzare che:

fermi restando, comunque, gli oneri degli interessati, di garantire adeguate alternative alla conservazione-resilienza della risorsa; nonché, delle Amministrazioni coinvolte, di assumere le iniziative utili alle correlate 'sdemanializzazioni (delle terre dismesse) - demanializzazioni (di quelle individuate in via sostitutiva)';

la validità di vicende di alienazione-edificazione 'abusive' dei 'demani civici' possa rimettersi ad un articolato ordine di giustificazioni, alla luce di quanto anticipato circa l'ormai preponderante incidenza del profilo di garanzia di funzionalizzazione dei beni d'uso civico (vincolo di destinazione) rispetto a quello (pertanto, recessivo) di formale titolarità (demanialità) e quindi di circolazione.

3.5.1. Articolazione di un discorso giustificativo, su base funzionalista.

Per un verso, quanto agli *atti di disposizione* (in senso lato - giuridici e materiali, di natura privatistica - compresi i rogiti notarili - od amministrativa), si può ipotizzare che:

- in disparte una 'rivisitazione' dei limiti all'operatività della pubblicità sanante (*ex art.* 2652 c.c.) con riguardo a beni demaniali[78], in considerazione del ridimensionamento (in senso formale) del rilievo della demanialità in beni, quali quelli 'comuni-collettivi', il cui connotato pubblicistico s'incentra ormai sul vincolo di destinazione;

- i limiti, alla circolazione giuridica ed allo sfruttamento edilizio (con le correlate implicazioni inficianti in caso di trasgressione), cui soggiacciono le terre d'uso civico, siano da intendersi *ab origine* (ormai per intrinseca natura) come risolutivamente subordinati al persistere della loro vocazione funzionale, nella sua infungibilità.

Pertanto (fermo restando, si ribadisce, il duplice onere di garantire adeguate alternative alla conservazione-resilienza della risorsa nonché, di assumere le iniziative utili alle correlate 'sdemanializzazioni-demanializzazioni), non

[78] Cass. civ., Sez. II, 20 aprile 2001, n. 5894 (per cui la nullità dell'atto di trasferimento di un bene immobile, derivante dall'incommerciabilità del bene medesimo perché demaniale, preclude l'applicabilità del principio della sequenza delle trascrizioni sancito dalla disposizione contenuta nell'art. 2644 c.c.).

s'integrerebbero (tantomeno in via derivata) le paventate condizioni di nullità-illiceità, innanzitutto: quando sia irreversibilmente venuta meno l'idoneità del bene ad assolvere all'originaria destinazione (a soddisfacimento di primari interessi della collettività locale), purché tale sopravvenienza risulti determinata da vicende non riconducibili a quelle (già menzionate) di disposizione giuridica o materiale: come ad es., per inquinamento dell'area, incendio boschivo, esaurimento della falda acquifera o deviazione della relativa vena di adduzione; ancora, in caso di comprovata constatazione del venir meno degli interessi collettivi sottesi alla costituzione di usi civici a carico di quelle stesse aree (es., per via dell'evolversi della condizione socio-economica locale, o financo per fenomeni di spopolamento non transitorio).

Lungo la medesima falsariga (come estremo sviluppo di quell'ottica funzionalista, in assenza di un intervento *de iure condito* o *de iure condendo*), potrebbe persino ipotizzarsi la 'salvezza' degli atti di disposizione abusiva, quando comunque la sottrazione, del bene gravato da usi civici, al vincolo di destinazione: sia stata accompagnata dal contestuale reperimento di soluzioni compensative (in modo tale da scongiurare il rischio di pregiudizi derivanti, alla collettività locale, da una soluzione di continuità nel godimento del bene); o (in via residuale) non abbia comportato significativo pregiudizio agli interessi collettivi cui il bene medesimo era formalmente destinato (ad es., perché di dimensioni estremamente ridotte, come nel caso di reliquati). S'intende, fatti salvi gli oneri di registrazione e pubblicità.

Infine, pare coerente concludere che: nel caso in cui il privato abbia realizzato un corpo di fabbrica sul proprio terreno gravato da usi civici, nella fase in cui questi ultimi non siano stati ancora liquidati ed il bene non sia stato affrancato dai medesimi; in linea di massima, qualora la costruzione abbia occupato solo una parte del fondo, in modo da non pregiudicare l'esercizio dell'uso civico, il manufatto possa essere legittimamente 'negoziato'[79].

3.6. Validità di un 'approccio' funzionalista anche con riguardo alla Giurisprudenza costituzionale ravvisante, in certa legislazione in materia ambientale, che i beni d'uso civico sono meritevoli di tutela per la realizzazione di interessi generali ulteriori.

In seno al discorso argomentativo, confezionato a sostegno di una possibilità di 'salvezza' degli atti di disposizione abusiva dei beni gravati da usi civici, resta ancora una remora, peraltro già incidentalmente emersa. Ci si riferisce a quanto si è accennato circa le controverse implicazioni della Giurisprudenza costituzionale nel ravvisare, in certa legislazione in materia ambientale, che i caratteri morfologici, le peculiari tipologie d'utilizzo dei beni d'uso civico ed il relativo regime giuridico sono meritevoli di tutela per la realizzazione di interessi generali, ulteriori e diversi

[79] Così G. CASU, *Commerciabilità dei terreni soggetti ad uso civico* …, par. 5.

rispetto a quelli che avevano favorito la conservazione integra ed incontaminata di questi patrimoni collettivi (finalità prevalentemente agro-silvo-pastorali, che ebbero particolare rilevanza in passato nelle collettività rurali caratterizzate da un'ampia diffusione dell'economia di sussistenza).

Infatti, in forza dell'art. 142, comma 1, lett. "h", D.Lgs. n. 42/2004 - cd. Codice dei beni culturali e del paesaggio -, le medesime aree sono sottoposte a vincolo paesaggistico *ex lege*, a prescindere dalla titolarità formale e dalle vicende circolatorie. Anzi, tale vincolo si mantiene anche sulle terre liberate dagli usi civici e sulle terre sdemanializzate (ai sensi dell'art. 3, commi 6 e 8-quater). Il che significa che il Legislatore nazionale assegna:

al vincolo in oggetto, la funzione di preservare i profili del paesaggio connessi alla presenza degli usi civici e del demanio civico;

alla competenza statale in materia di pianificazione paesaggistica, come coinvolgente anche le zone gravate da usi civici (in quanto beni d'interesse paesaggistico), il conseguente interesse nazionale alla relativa conservazione e salvaguardia (art. 142, comma 1, lett. "h" e art. 143, D.Lgs. n. 42/2004 cit.).

«La linea di congiunzione tra le norme risalenti e quelle più recenti, che hanno incluso gli usi civici nella materia paesaggistica ed ambientale, va ravvisata … nella pianificazione: ai piani economici di sviluppo per i patrimoni silvo-pastorali di cui all'art. 12 della L. n. 1766 del 1927 vengono oggi ad aggiungersi ed a sovrapporsi i piani paesaggistici di cui all'art. 143 del D.Lgs. n. 42 del 2004. La pianificazione prevista da questi ultimi - a differenza del passato - riguarda l'intero patrimonio dei beni civici e non più solo i terreni identificati dall'art. 11 della L. n. 1766 del 1927 con la categoria a ("terreni convenientemente utilizzabili come bosco o come pascolo permanente")»[80].

Pertanto, non sarebbe consentito alle Regioni di disciplinare attività di accertamento degli usi civici senza il coinvolgimento del Ministero, così da veder loro preclusa la prerogativa di 'sdemanializzazione'[81]. Si tratta, per tutta evidenza, di un

[80] *Ex multis*, Corte cost., n. 103/2017.

[81] Per cui può rinviarsi a: Corte cost., n. 103/2017; n. 113/2018; n. 178/2018; n. 71/2020 (ove si rileva che la tutela paesistico-ambientale 'incorpora ed è consustanziale' alla salvaguardia del regime giuridico dei beni di proprietà collettiva, nel senso che la loro gestione in modo coerente con la propria disciplina opera in sinergia con la tutela paesistico-ambientale della loro funzione, per cui qualora la pianificazione territoriale di competenza regionale coinvolga aree di uso civico, tale coinvolgimento 'deve prioritariamente passare attraverso un rigoroso esame di compatibilità con le esigenze di natura paesistico-ambientale di competenza statale e con i concreti interessi della collettività locale che ne è titolare'); n. 228/2021 (ove si sottolinea il passaggio dalla finalità liquidatoria, della legislazione del 1927, alla prevalente esigenza di tutela delle aree quale connotato saliente della L. n. 168/2017); sempre n. 228/2021 (sia pur relativa non alla titolarità ed all'esercizio dei diritti di uso civico attraverso la modificazione del regime giuridico dei beni che ne formano oggetto, con l'indebita previsione di ipotesi di alienazione o comunque di mutamento di destinazione d'uso dei beni civici; non dunque ad una fattispecie estintiva dei diritti di uso civico e della proprietà collettiva; bensì, ad una fattispecie d'interferenza sull'esercizio del diritto di proprietà collettiva da parte dei soggetti che ne sono titolari); n. 119/2023. Sul tema, ampiamente, M.

fondamentale passaggio legislativo ed istituzionale: il regime giuridico degli usi civici risultando interessato da significative innovazioni già a partire dalla 'Legge Galasso' (D.L. n. 312/1985, convertito in L. n. 431/1985); sino a giungere al riconoscimento che «la sovrapposizione fra tutela del paesaggio e tutela dell'ambiente si riflette in uno specifico interesse unitario della comunità nazionale alla conservazione degli usi civici, in quanto e nella misura in cui concorrono a determinare la forma del territorio»[82]. Così attraendo sempre più la disciplina degli usi civici in un contesto pubblicistico di tutela dell'ambiente. A maggior ragione se si considera che la Consulta ha qualificato sia l'art. 1, D.L. n. 312/1985, sia l'art. 142, comma 1, lett. "h", D.Lgs. n. 42/2004 come 'norme di grande riforma economico sociale'[83].

Ciò dovrebbe implicare che l'effetto di nullità (dell'atto di disposizione 'abusivo'), 'cacciato dalla porta' per via della preservazione del vincolo di destinazione cui è vocato il diritto di uso civico (o per via dell'impossibilità a conservarlo), 'rientri dalla finestra' per il tramite del vincolo paesistico e della correlata imprescindibilità di un coinvolgimento ministeriale.

Sennonché, per quanto la Corte costituzionale abbia così impresso una connotazione ampiamente pubblicistica ai diritti di uso civico (al punto da concludere che, accanto agli interessi locali di cui sono divenute esponenti le Regioni, emerge "l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici nella misura in cui essa contribuisce alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio"[84]), resta il fatto che tale costrutto andrebbe inteso ed applicato in seno ad una avveduta concezione del vincolo ambientale (e della sua tutela).

All'uopo, si rende necessario un discorso argomentativo articolato: di *pars destruens* e, quindi, di *pars construens*.

In ordine alla fase 'demolitoria', preliminarmente è stato biasimato certo modo d'intendere la coesistenza di usi civici e vincoli paesaggistici. «Il legame posto dalla legge in questo caso determina un intreccio tra strumenti del tutto diversi e disomogenei; l'uso civico, invero, è un diritto soggettivo specifico (su un bene), mentre il vincolo paesaggistico riguarda necessariamente un'area individuata per caratteristiche di bellezza d'insieme.

Appare perciò quantomeno maldestra operazione legislativa che vincola tutte le aree su cui gravitano gli usi civici, senza alcuna valutazione specifica del paesaggio e della

---

RUOTOLO, *Gli effetti della decisione di incostituzionalità sulla circolazione immobiliare. Il caso degli usi civici*, in *Studio n. 18-2023/P, approvato dalla Commissione Studi Pubblicistici del Consiglio nazionale del notariato*.

[82] Corte cost., n. 228/2021.

[83] *Ex multis*, Corte cost., n. 210/2014, n. 66/2012, n. 207/2012, n. 164/2009.

[84] Così Corte cost., n. 133/1993; ma cfr. pure n. 46/1995.

bellezza dell'area. Come se gli usi civici fossero di per sé sinonimo di bellezza, laddove, com'è noto, si tratta di diritti di contenuto quasi economico»[85].

- Ancora, è stato acutamente osservato che l'asimmetria, riscontrabile fra regime dei 'beni pubblici demaniali' e dei 'beni di uso civico *in re propria*', «diviene … schizofrenia, se la si guarda nel dialogo fra la disciplina generale a tutela del paesaggio – ossia gli artt. 131 ss. del d.lgs. n. 42 del 2004 – ed il sistema della legge n. 1766 del 1927.

L'alienazione di un bene gravato da vincolo paesaggistico, inclusi quelli che tali sono siccome oggetto di usi civici ai sensi dell'art. 146, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 42 del 2004, è del tutto libera: il bene è commerciabile e circola, va da sé, gravato dal vincolo stesso.

Al contrario, del tutto irragionevolmente, l'atto dispositivo di quel medesimo bene ai sensi dell'art. 12 della legge n. 1766 del 1927 è valido solo se autorizzato dalla Regione, cui è demandato il compito di comparare discrezionalmente l'interesse del privato ad acquisire la proprietà del bene e quello generale alla tutela del paesaggio»[86].

- Inoltre, «il Legislatore mostra chiaramente che la tutela del territorio non pretende, in omaggio al principio di proporzionalità, l'applicazione di una sanzione di invalidità per gli atti traslativi di beni pur gravati dal relativo vincolo: una più rigorosa disciplina dovrebbe dirsi lesiva del diritto di proprietà privata di cui all'art. 42 Cost. ed all'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU del 20 marzo 1952, nonché delle tradizioni costituzionali comuni e dall'art. 17 della Carta di Nizza, siccome irragionevole. Ciò che può ledere il paesaggio od il territorio, infatti, non è la circolazione della ricchezza, bensì un abuso nel godimento: la conformazione dello statuto proprietario, dunque, protegge l'interesse generale proprio attraverso una peculiare attività autorizzativa che si appunta sull'esercizio delle facoltà di godimento del bene, in specie edificatorie, laddove per le loro caratteristiche siano idonee ad indurre modifiche significative del bene protetto»[87]. Senza contare che (anche) la concezione dell'ambiente viene legata più che a beni materiali, al valore; sì da giustificare l'eventuale sacrificio del rilievo ambientale di una determinata area (come connesso ad un dato uso civico) a condizione che non venga pregiudicata la capacità di resilienza del contesto in cui quell'area s'inserisce.

Pertanto, si è prefigurato che: la novella di cui al D.L. n. 312/1985, quale convertito in L. n. 431/1985, nell'assoggettare i beni gravati da uso civico al vincolo paesistico (con

[85] P. LAZZARA, *Costituzione, gestione ed estinzione degli usi civici*, in *Usi civici ed attività negoziale nella legalità costituzionale*, Torino, 2018, p. 75 s., segn. p. 76.

[86] L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali degli usi civici in re aliena e dei domini collettivi* …, segn. p. 66. Forti perplessità vengo manifestate anche da O.T. SCOZZAFAVA, *Introduzione* a *Usi civici ed attività negoziale nella legalità costituzionale* …, segn. pp. 9-10.

[87] L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali degli usi civici in re aliena e dei domini collettivi* …, segn. pp. 66-67.

disposizione trasfusa nell'art. 142. D.Lgs. n. 42/2004), abbia addirittura abrogato l'art. 12, comma 1, L. n. 1766/1927; se così non fosse, quest'ultima disposizione sarebbe comunque incostituzionale, quantomeno perché irragionevole e lesiva del diritto di proprietà privata (art. 42 Cost.) e per violazione indiretta dell'art. 117, comma 1, Cost. (stante il contrasto con la disciplina CEDU).

Quanto al discorso di *pars construens*, pare doversi sviluppare secondo diverse scansioni.

Innanzitutto, «l'illegittimità … dell'autorizzazione determina l'inefficacia della previsione normativa, con la conseguenza che *il regime di circolazione dei demani civici (in analogia a quanto accade per i beni privati gravati da usi civici) sarà del tutto libero* successivamente all'emanazione del provvedimento di assegnazione alla categoria a) oppure nelle ipotesi in cui tale provvedimento sopraggiunga ma con valore esclusivamente dichiarativo, pur permanendo il godimento promiscuo quale vincolo sul bene, opponibile *erga omnes*»[88].

- D'altro canto, il problema del regime di circolazione dei demani civici andrebbe trattato nel nuovo quadro costituzionale, risultante dalla modifica dell'art. 117 Cost. (per via della L. cost. n. 3/2001) che, se per un verso riserva allo Stato la "tutela dell'ambiente", per altro verso affida alla potestà legislativa concorrente delle Regioni la "valorizzazione dei beni culturali e ambientali"; per cui al primo spetterebbe la predisposizione di un limite, negativo ed esterno, a protezione dell'ambiente stesso, mentre alle seconde andrebbe affidato un dovere positivo di accrescimento delle potenzialità che l'ambiente può esprimere, in seno al quale s'innesterebbe il rilancio della materia degli usi civici[89].

- In definitiva, la circostanza di ricomprendere i beni appartenenti al 'demanio civico' fra quelli protetti anche sotto il profilo ambientale, non implicherebbe una 'costituzionalizzazione' dell'intera impostazione della materia e quindi di ogni singola fase del procedimento previsto dalla normativa sugli usi civici[90].

4. Articolazione di un discorso giustificativo, su base ermeneutico-dogmatica.

A tal punto, così rimodulato (sul duplice piano concettual-sistematico e dei principi) l''approccio' al problema di trattamento degli atti di disposizione 'abusiva' dei beni d'uso civico, in assenza di una inequivoca risposta legislativa, va dato atto che è stata formulata una varietà di argomenti onde concludere nel senso che l'illegittimità dell'atto non autorizzato (o comunque perfezionato prima dell'assegnazione a categoria) non potrebbe qualificarsi quale ipotesi di nullità: vi sarebbe ingiustificata asimmetria fra validità dei contratti ad effetti obbligatori aventi ad oggetto i demani

[88] L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali degli usi civici in re aliena e dei domini collettivi …*, segn. pp. 67-68.
[89] Per un avallo di tale impostazione: Corte cost., n. 282/2002.
[90] In tal senso anche F. MARINELLI, *Gli usi civici …*, p. 190.

collettivi, e nullità dei contratti ad effetti reali; l'assegnazione a categoria o l'autorizzazione alla vendita potrebbero essere adottate successivamente al compimento dell'atto; nel caso di assenza del provvedimento di classificazione, non esisterebbe una disposizione che preveda l'inefficacia dell'atto dispositivo del bene[91].

Sennonché, a fronte di argomenti isolati, resta l'esigenza di ricercare un discorso argomentativo di maggiore compiutezza che, come tale, necessita di un duplice sviluppo: sui versanti pubblicistico e privatistico.

4.1. … sul versante pubblicistico.

Così, sul primo versante:

assunto a riferimento il regime d'indisponibilità del bene, nelle tre ipotesi: "a" di carenza del provvedimento di accertamento dell'esistenza del promiscuo godimento; "b" di carenza del provvedimento di assegnazione a categoria; "c" di carenza di autorizzazione regionale alla vendita di bene assegnato alla categoria a);

la soluzione sembra passare innanzitutto per la 'natura' da riconoscere all'efficacia dell'atto che accerta l'esistenza degli usi civici: costitutiva o dichiarativa.

All'uopo, valga di muovere da un articolato costrutto così reso.

- Quanto agli atti dispositivi di beni, antecedenti all'adozione del provvedimento di accertamento dell'esistenza di usi civici. «Si tratta del caso di maggiore complessità e pericolosità per la certezza del diritto e la tutela dei terzi: il bene in proprietà del Comune, che non sia stato oggetto di accertamento quanto all'esistenza degli usi civici, può essere alienato liberamente ma si ritiene in giurisprudenza che se successivamente, anche a distanza di decenni, si accerta la natura di demanio collettivo, qualsiasi atto dispositivo sia nullo ed il bene debba essere retrocesso al Comune, quale ente esponenziale della collettività.

La tesi non è condivisibile perché a) il provvedimento di accertamento dell'esistenza degli usi civici non può che avere natura costitutiva …; b) non esistono norme che limitino la disponibilità dei demani collettivi, prima che ne sia accertata la relativa natura e comunque fino alla classificazione; c) in ogni caso, pur volendo ritenere esistente in tale ipotesi una forma di illegittimità, non vi sono valide argomentazioni a sostegno della tesi di una radicale nullità dei negozi dispositivi»[92].

Ebbene, sostando sul primo argomento, quella stessa dottrina sostiene che: «la tesi della natura di accertamento costitutivo, del provvedimento che accerta l'esistenza degli usi civici, contrasta con una tradizionale visione, pacifica in giurisprudenza: la

[91] Sempre L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali degli usi civici in re aliena e dei domini collettivi …*, segn. pp. 68-69 (con ampi riferimenti di dottrina). Cfr. pure: R. MENCHETTI, *Usi civici e altre problematiche in materia di circolazione dei fondi rustici*, in *http://www.notaidettimenchetti.it/dettimencetti/relazioni_e_articoli_files/usi%20civici.pdf*, p. 133 s.; P. IAMICELI, *Circolazione dei beni gravati da usi civici e 'trasferibilità' del possesso*, in *Il corriere giur.*, 1997, p. 164.

[92] L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali degli usi civici in re aliena e dei domini collettivi …*, segn. p. 69.

Corte di Cassazione ha affermato che gli usi civici 'hanno fondamento nel diritto di vita delle popolazioni che le esercitano e, quindi, nell'antico dominio che le popolazioni stesse, riguardate nella loro collettività, avevano acquistato sul loro territorio, mercé occupazione e lavori eseguiti per far fruttificare le terre, e pertanto, quando quelle terre venivano infeudate, quei diritti, a favore della popolazione preesistente, dovevano venire rispettati e nemmeno il sovrano poteva disconoscerli o sopprimerli'.

L'assunto appare più comprensibile – pur se non necessariamente condivisibile – in un sistema in cui il diritto d'uso promiscuo sia funzionale esclusivamente alla cura dei bisogni essenziali della persona, collegandosi con ciò alla tradizione medioevale; lo stesso non può dirsi in un sistema in cui assume rilievo giuridico l'esigenza di protezione dell'ambiente.

La natura ricognitiva dell'atto di accertamento dell'esistenza del promiscuo godimento di un bene è ancor più problematica quando il rapporto *civis – res* si colloca nella circolazione giuridica: occorre infatti accordare protezione anche alla sfera del proprietario (in caso di usi civici) ovvero di tutti i terzi che entrino in rapporto con il bene e con i soggetti legittimati all'esercizio del diritto d'uso (in caso di usi civici e demani collettivi).

In un sistema privo di adeguata pubblicità immobiliare – atteso che i diritti di uso promiscuo non risultano trascritti e, prima dell'adozione dell'atto di accertamento, non sono riscontrabili neanche presso le Amministrazioni competenti; per di più, sono quasi ovunque falliti o poco efficienti i tentativi di istituzione di registri *ad hoc* – l'unico strumento di tutela del titolare del bene o dei terzi interessati al traffico giuridico dei demani collettivi è attribuire efficacia costitutiva al provvedimento che accerta l'esistenza dell'uso promiscuo.

Ciò, specialmente laddove si aderisca alla tradizionale ricostruzione dello statuto giuridico dei beni oggetto di godimento promiscuo, assimilato (pur se non in assoluto) a quello dei beni demaniali, per il solo fatto materiale di detto esercizio e (pur se implicitamente) a prescindere dall'eventuale provvedimento che ne accerti l'esistenza.

In tal modo, l'ultrattività degli effetti dell'accertamento consentirà di fare in ogni caso salvi gli atti dispositivi compiuti antecedentemente alla legale conoscenza in capo agli interessati»[93].

Sennonché, a tale tesi potrebbe obiettarsi d'incorrere nel medesimo equivoco rilevato a proposito di certa attività di 'ricognizione' contemplata, da una parte della legislazione regionale, onde realizzare una sorta d'inventario: «… gli atti ricognitivi non possono avere valore costitutivo ma … sicuramente formano la documentazione ufficiale su cui possono fondarsi le pretese di riconoscimento di usi civici: in

[93] L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali degli usi civici in re aliena e dei domini collettivi* …, segn. pp. 61-62.

mancanza di prova documentale l'uso civico non potrà essere riconosciuto. Ciò non vuol dire che la ricognizione ha effetto costitutivo, bensì che essa determina certezza del diritto e attualità della prova»[94].

Lungo la medesima falsariga, d'altronde, attingendo a certa esperienza di Legislazione regionale, si è rilevata: l'ovvietà di quanto sotteso all'istituto della 'legittimazione', per cui, «in tanto può dirsi 'abusiva' l'occupazione privata di un terreno, in quanto l'uso civico possa dirsi esistente ancor prima dell'avvento del provvedimento amministrativo che l'ha riconosciuto»[95]; anche al di fuori di quell'istituto, da ulteriori passi di disciplina si evince che l'efficacia dell'atto di accertamento è confinata al mero rilievo dichiarativo, «presupponendosi che l'esistenza dell'uso civico precede, in senso logico, l'atto di relativo accertamento»[96].

La stessa letteratura da ultimo menzionata ha rammentato che il dubbio, sulla natura dell'atto di accertamento, è stato ultimamente insinuato dalla Consulta[97]. Stavolta, l'affermazione che si assume a riferimento è quella per cui: «gli usi civici … non trovano la loro fonte nel dato puramente geografico oggetto di mera rilevazione sul piano paesaggistico (come accade, ad esempio, per le fasce di rispetto), bensì in precedenti atti amministrativi, cosicché è in questa fase a monte che si consuma la scelta ambientale». Salvo eccepire che tale impostazione «cozza clamorosamente con la natura dei diritti di uso civico, in particolare con la loro esistenza *ab immemorabili* che è insegnata in tutti i manuali di diritto amministrativo. La caratteristica essenziale dell'uso civico è, infatti, la sua risalenza a tempi antichi non precisamente identificabili, tale da giustificare, per sé sola, e da un punto di vista meramente fattuale, l'esistenza ed il riconoscimento del godimento che ne faccia una determinata collettività locale»[98]. E comunque, offrendo, di quello stesso passo della Corte costituzionale, una 'lettura' tale da non smentire la tradizionale natura degli usi civici, superando una prima ipotesi fondata sulla scissione soggettiva degli effetti dell'atto amministrativo di accertamento: una portata meramente ricognitivo-dichiarativa, in capo alla collettività locale titolare del diritto di uso civico; invece, costitutiva, nei riguardi dei terzi. Così, accedendo a tale tesi, «potrebbe ritenersi che gli atti di vendita restino comunque validi ed efficaci, in quanto l'atto amministrativo

---

[94] P. LAZZARA, *Costituzione, gestione ed estinzione degli usi civici …*, segn. p. 77.

[95] A. MASARACCHIA, *L'efficacia del procedimento e del provvedimento di accertamento dell'esistenza degli usi civici*, in *Usi civici ed attività negoziale nella legalità costituzionale*, Torino, 2018, p. 81 s., segn. p. 89.

[96] A. MASARACCHIA, *L'efficacia del procedimento e del provvedimento di accertamento dell'esistenza degli usi civici …*, segn. pp. 90-92.

[97] Corte cost., n. 210/2014.

[98] A. MASARACCHIA, *L'efficacia del procedimento e del provvedimento di accertamento dell'esistenza degli usi civici …*, segn. p. 92 s., ove si rileva come del medesimo avviso siano: tanto la Corte di Cassazione (*ex multis*, Sez. II, n. 22177/2014), quanto i giudici amministrativi (es., T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-ter, n. 1369/2013: per cui il vincolo di uso civico che gravi su un determinato bene immobile, trova la sua fonte direttamente nel "prevalente interesse pubblico" al godimento collettivo di detto bene, quindi al di fuori ed a prescindere da qualsiasi atto formale di accertamento.

che ha accertato l'esistenza dell'uso civico non sarebbe opponibile ai privati coinvolti dalle vendite realizzate prima; e tuttavia ciò determinerebbe la concreta impossibilità, per la collettività locale, di esercitare il dominio collettivo del quale, pure, essa è stata riconosciuta titolare con efficacia *ex nunc*. Quindi, … si avrebbe l'interesse pubblico alla fruizione collettiva delle aree contro l'interesse (privato, ma in parte anche innegabilmente pubblico) della certezza dei traffici giuridici». Sennonché, la giurisprudenza amministrativa pacificamente riconosce la 'preminenza' dell'interesse pubblico sotteso al godimento collettivo, a discapito di quelli sottesi alla transazione commerciale (che andrà considerata insanabilmente nulla)[99]. Laddove, una soluzione interpretativa, alternativa potrebbe consistere in una scissione non più 'soggettiva', bensì 'oggettiva', degli effetti dell'atto amministrativo di accertamento; avuto riguardo al nuovo contesto di rilevanza 'ambientale' degli usi civici. «Si potrebbe, cioè, ritenere che l'efficacia costitutiva dell'atto di ricognizione degli usi civici sia limitata ai soli fini dell'insorgere del vincolo paesaggistico sulle aree, ai sensi dell'art. 142, comma 1, lett. *h*), del d.lgs. n. 42 del 2004; e che, invece, quanto all'esistenza dell'uso civico, l'efficacia rimanga meramente dichiarativa, quell'atto limitandosi a fotografare lo stato di fatto e di diritto esistente *ab immemorabili*.

Ne deriverebbe la non più perfetta sovrapponibilità tra l'esistenza dell'uso civico e l'insorgenza del vincolo paesaggistico, con qualche problema di coordinamento con la norma di cui all'art. 142, comma 1, lett. *h*), del d.lgs. n. 42 del 2004 – la quale appare, al contrario, perentoria nel ricollegare l'insorgenza del vincolo ambientale alla mera esistenza dell'uso civico e non all'atto amministrativo che lo riconosce.

Tuttavia, se così intesa, la frase della Corte non provoca – a differenza dell'altra interpretazione – particolari ricadute negative di sistema. L'unica conseguenza … è che la tutela paesaggistica potrebbe risultare non operativa, pur a fronte della natura di uso civico di un certo terreno, perché non è ancora intervenuto l'atto amministrativo ricognitivo. Ma a ciò si potrebbe agevolmente rimediare, da parte dell'Autorità competente alla protezione ambientale, mediante l'attivazione del procedimento amministrativo finalizzato alla ricognizione dell'esistenza dell'uso civico, da ciò automaticamente derivandone, in caso di esito positivo dell'accertamento, l'insorgere del vincolo paesaggistico. In sostanza, così ragionando, il procedimento preordinato alla ricognizione dell'uso civico si sovrapporrebbe, assorbendolo, a quello previsto dagli artt. 138 ss. del d.lgs. n. 42 del 2004 per la dichiarazione di notevole interesse pubblico di un bene (ossia: per l'insorgenza del vincolo paesaggistico non *ex lege*): il vincolo paesaggistico deriverebbe, quindi, non dallo svolgimento dell'apposito procedimento amministrativo di cui agli artt. 138 ss. citati, ma dal (diverso) procedimento preordinato alla verifica dell'esistenza dell'uso

[99] *Ex multis*, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, n. 227/2014.

ISSN 2036-7821

civico, con ciò anche parzialmente recuperandosi un aspetto di automatica insorgenza *ex lege* del vincolo ai sensi dell'art. 142, comma 1, lett. *h*), del d.lgs. n. 42 del 2004.

In definitiva, quest'ultima norma, pur nella sua stringente formulazione letterale, potrebbe essere interpretata in modo più '*elastico*' – nonché in modo più conforme ai canoni costituzionali di ragionevolezza intrinseca – nel senso che il vincolo paesaggistico sulle terre di uso civico scatterà automaticamente solo al momento del formale riconoscimento (con l'apposito atto amministrativo di accertamento) dell'esistenza dell'uso civico, fermo restando che quest'ultimo dovrà considerarsi esistente anche per il periodo precedente in omaggio alla tradizionale tesi dell'esistenza *ab immemorabili* e della (connessa) prevalenza del pubblico interesse al godimento collettivo delle aree»[100].

Se non che, ammesso che tale soluzione sia plausibile sotto il versante del coordinamento fra le discipline relative a beni gravati da usi civici e quelle di tutela ambientale, resta il fatto che non risolve il 'problema circolatorio': su questo versante, limitandosi a scongiurare l'effetto di una 'nullità successiva' (sul presupposto che il provvedimento amministrativo di accertamento dell'esistenza dell'uso civico abbia natura costitutiva) che reca l'unico risultato rilevante di escludere la responsabilità del notaio per avere rogato un atto nullo; fermo restando che quest'ultima sarebbe da escludere anche al di fuori di tale prospettiva (cfr. par. 5.)[101].

A tal punto, però, onde evitarne un appesantimento, la trattazione del problema va sospesa per rinviarla al momento in cui si proporrà un discorso giustificativo del proposto 'taglio funzionalista', su base ermeneutico-dogmatica e, segnatamente, sul versante privatistico, secondo la logica del 'tipo normativo' di problema (per cui cfr. par. 4.2.).

- Quanto agli atti dispositivi di beni, successivi all'accertamento della natura di demanio collettivo, conclusi in difetto di provvedimento di classificazione. La stessa dottrina nanti citata ritiene che valgano i medesimi argomenti esposti in principio del

---

[100] A. MASARACCHIA, *L'efficacia del procedimento e del provvedimento di accertamento dell'esistenza degli usi civici …*, segn. pp. 97-101.

[101] V. BARBA, *Validità ed efficacia degli atti dispositivi di beni gravati da usi civici …*, segn. pp. 128-129: «una volta che si muova dal presupposto che il provvedimento amministrativo, che verifica l'esistenza dell'uso civico, ha natura costitutiva, inevitabilmente si dice che il contratto dispositivo del dominio collettivo, originariamente valido, perché avente ad oggetto un bene non gravato da alcun uso civico, deve, a posteriori e successivamente al provvedimento amministrativo, considerarsi nullo.

Si è costretti a evocare … la figura della c.d. nullità successiva, ossia l'ipotesi di un contratto originariamente valido, e soltanto successivamente divenuto nullo.

Caduta l'idea che il provvedimento amministrativo ha natura dichiarativa, deve modificarsi anche il regime della nullità del contratto: non si darà una nullità originaria, per impossibilità originaria dell'oggetto del contratto, o per contrarietà a norma imperativa, bensì di nullità successiva del contratto, per successiva intervenuta impossibilità dell'oggetto, o per successiva verificazione di un presupposto che rende il contratto contrastante con la norma imperativa».

ISSN 2036-7821

pres. par., sub lett. "b" e "c", onde suffragare la tesi dell'alienabilità 'libera': non esistono norme che limitino la disponibilità dei demani collettivi, prima che ne sia accertata la relativa natura e comunque fino alla classificazione; in ogni caso, pur volendo ritenere esistente in tale ipotesi una forma di illegittimità, non vi sono valide argomentazioni a sostegno della tesi di una radicale nullità dei negozi dispositivi. Segnatamente, «il demanio collettivo … non è sottratto al traffico giuridico da nessuna disposizione vigente, il che rende del tutto apodittica la tesi che qui si contesta, così come quella che collega la nullità alla violazione di norme imperative, sempre per l'ovvia ragione che tali norme semplicemente non esistono.

Del resto, l'affermazione dell'indisponibilità del bene è del tutto contraddittoria sul piano logico: il demanio collettivo, infatti, può essere assegnato alla categoria a) oppure a quella b). Nel primo caso diviene alienabile previa autorizzazione regionale, mentre nel secondo caso lo è a seguito di quotizzazione ed affrancazione del canone enfiteutico. Pur se con limiti, quindi, tutte le terre oggetto di godimento promiscuo divengono, dopo l'assegnazione a categoria, condizionatamente disponibili, sicché non si comprende perché non dovrebbero esserlo anche prima dell'adozione di tale provvedimento, quale ne sia l'efficacia. Non si intuisce, infatti, quale sia il bene protetto dalla indisponibilità in questione, in rapporto all'unico interesse che assume rilevanza giuridica nel regime di tali beni, ossia quello ambientale»[102].

- Quanto agli atti dispositivi di beni, successivi alla classificazione, ma privi di autorizzazione regionale. La medesima dottrina nanti citata osserva che «anche tale ipotesi viene compresa nell'indistinto calderone della nullità.

Diversamente dai casi già visti, però, la sanzione è qui connessa alla semplice carenza di un provvedimento a carattere autorizzatorio. In altri termini, il bene è oggettivamente commerciabile, ma all'uopo occorre rimuovere un ostacolo posto all'esercizio del potere di disposizione, limite funzionale alla cura dell'interesse generale (la protezione del territorio) rimesso alla discrezionalità amministrativa.

Non si può dunque invocare la nullità per impossibilità dell'oggetto, visto che di esso è in astratto possibile la circolazione giuridica, pur se assoggettata ad autorizzazione; né il contratto si potrà dire illegale per violazione di norma imperativa: l'art. 12, comma 2, della legge n. 1766 del 1927, infatti, presidia l'integrità del territorio, ma, nonostante l'indiscutibile valore pubblico e fondamentale di tale interesse protetto, la disposizione non sembra avere i caratteri tipici della norma imperativa (*recte*, la sua violazione non implica alcuna nullità).

Infatti, l'eventuale atto dispositivo non produce mai una immediata lesione del bene protetto …: non è l'attribuzione del bene in proprietà ad un privato che può di per sé recare un *vulnus* al paesaggio; semmai, ciò potrebbe accedere in ragione dell'attività

[102] L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali degli usi civici in re aliena e dei domini collettivi* …, segn. pp. 69-70.

che sul bene il nuovo proprietario possa svolgere, ma in tal modo si sposta l'indagine sull'esercizio delle facoltà di godimento (se illegittime siccome non autorizzate, ne discenderanno le sanzioni prescritte dall'ordinamento), lasciando impregiudicata la validità dell'atto dispositivo.

Certo, il contratto che attribuisce il demanio collettivo in capo al privato presenta una *irregolarità*: il proprietario esclusivo, infatti, potrebbe esercitare la facoltà di escludere i terzi dal godimento promiscuo del bene, il che in effetti reagirebbe negativamente sulla tutela stessa dell'interesse generale alla conservazione del territorio, se si accetta il presupposto logico della connessione funzionale fra godimento collettivo e protezione del bene dall'abuso di attività edilizia.

L'irregolarità deve dunque trovare riscontro in un sistema sanzionatorio che accordi protezione al bene giuridico, senza violare il principio di proporzionalità: l'atto dispositivo privo di autorizzazione sarà relativamente inefficace, pur se valido. La sua inopponibilità ai titolari del godimento promiscuo consentirà, da un lato, la circolazione del bene e, dall'altro, la protezione dei diritti d'uso che esso abbiano ad oggetto.

Diversamente opinando, non si spiegherebbe per quale ragione possa liberamente disporsi di un bene gravato da vincolo paesaggistico»[103].

- Il menzionato contributo dottrinale si estende ad un ulteriore profilo della problematica relativa alla circolazione giuridica dei demani collettivi. «Nel caso di alienazione – prima dell'accertamento dell'esistenza del godimento promiscuo, prima dell'assegnazione a categoria o in mancanza di autorizzazione ai sensi dell'art. 12, comma 2, della legge n. 1766 del 1927 – il bene entra nel traffico giuridico e nulla esclude che esso subisca ulteriori atti dispositivi.

In questo caso, l'atto derivato implicherà il trasferimento fra privati del medesimo terreno, di tal ché s'impone la valutazione anche della eventuale nullità dei successivi acquisti.

Si può ritenere che tale nullità sia autonoma ed originaria, giacché per effetto della invalidità dell'atto presupposto il bene torna nella disponibilità dell'originario ente gestore e, pertanto, dalla natura di demanio collettivo (non già bene privato) discenderà la necessità di dichiarare la nullità di ciascuno degli ulteriori atti successivi. In questo caso, varranno tutte le osservazioni già espresse.

Se, al contrario, si ritiene che la nullità in questo caso sia derivata da quella del titolo presupposto, allora sarà difficile sostenere che non trovi applicazione il disposto dell'art. 2652, comma 1, n. 6, c.c., di tal ché al fine della opponibilità agli aventi causa della sentenza che accerta la nullità, la relativa domanda dovrà essere trascritta sul bene entro cinque anni dalla data di trascrizione dell'atto impugnato»[104].

[103] L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali degli usi civici in re aliena e dei domini collettivi* …, segn. pp. 70-71.
[104] L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali degli usi civici in re aliena e dei domini collettivi* …, segn. p. 72.

ISSN 2036-7821

4.2. … sul versante privatistico (secondo la logica del 'tipo normativo' di problema).

A tal punto, se si conviene su quanto nanti opinato sul versante pubblicistico, onde sostenere la libera disponibilità (sia pur in forma controllata) dei demani collettivi, occorre dar seguito al preannunciato discorso giustificativo del proposto 'taglio funzionalista', su base ermeneutico-dogmatica. Segnatamente, sul complementare versante privatistico, si tratta di procedervi secondo la logica del 'tipo normativo' di problema[105]; ciò, attingendo ad istituti già presenti nel sistema ordinamentale, che consentano a quest'ultimo (in quanto normativamente chiuso, benché cognitivamente aperto) di 'riconoscere' il problema come giuridico e che, pertanto, possano mutuarsi onde giustificare l'eventuale 'salvezza': sia di atti negoziali di trasferimento di aree, nonostante fossero ancora gravate da uso civico; sia di determinazioni amministrative di assenso al relativo sfruttamento edificatorio, con le correlate trasformazioni.

All'uopo valga di riprendere il discorso lasciato in sospeso nel par. prec.: laddove si è osservato che l'idea per cui il provvedimento amministrativo, di accertamento dell'esistenza dell'uso civico, ha natura costitutiva, non supera il problema circolatorio.

---

[105] M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, pp. 116-119: «*il progetto … non è una modalità operativa del sistema giuridico, ma la ragione per cui esso presenta una modalità operativa piuttosto che un'altra. Le nozioni di funzione, scopo, ecc. non hanno, perciò, un valore descrittivo delle operazioni del sistema giuridico, ma hanno certamente un valore esplicativo del perché esso dia luogo a certe operazioni e non ad altre.* Il "perché" non è anche un "come", ma giova a capire il "come". *E dunque giova alla stessa "macchina" per lubrificarne i dispositivi ed assicurarle un funzionamento corretto.*

Il "dominio del discorso", a partire dal quale il sistema giuridico può essere visto e descritto nel contesto che lo include, è il campo di osservazione della scienza giuridica, alla quale dunque si dà come compito quello di mostrare il "perché" del "come", e perciò di descrivere il sistema giuridico secondo concetti e logiche che ne mostrino la reciproca implicazione.

Il diritto, dunque, "reinventa" il mondo esterno, giustappone alla realtà modelli giuridici della realtà strutturati come problemi, *cui corrispondono altrettanti rimedi che li risolvono. E ciò fa non arbitrariamente, ma secondo un'interpretazione, un progetto, che si dà come suo senso epocale senza tuttavia comprometterne la chiusura operativa.*

Il paradigma del tipo normativo di problema *intende, appunto, esprimere scientificamente questi modi specifici nei quali la generale strategia sistemica della "trasposizione" opera nell'ambito giuridico.*

Definendo le fattispecie normative in termini di tipo normativo di problema *si condensa il profilo formale dell'astrazione normativa (= l'aspetto "estensionale" della fattispecie ed il paradigma "sommativo" che gli corrisponde …) con il profilo funzionale della "trasposizione" (= l'aspetto "intensionale" della fattispecie e il paradigma "proporzionale" che gli corrisponde …) che essa è destinata ad operare e si coglie, perciò, in termini scientifici la connessione specifica tra fattispecie astratte e* ratio *della tipizzazione normativa.*

Incorporando integralmente il processo di trasposizione dei problemi dall'ambito sociale all'ambito giuridico, una siffatta ridefinizione delle fattispecie normative e dei concetti giuridici supera la rigidità delle fattispecie legali, ma senza indebitamente vincolarle ad "essenze universali" più o meno bene dissimulate, né a fragili e contingenti eziologie materiali e/o culturali. Al "fatto astratto" rappresentato come concetto sostantivo essa sostituisce il tipo di problema *secondo il quale la* norma *ha compreso e inteso trattare un ambito sociale di conflitti e perciò sostituisce scientificamente alla tradizionale sussunzione del caso sotto il concetto, dell'"individuo" sotto un'essenza, un procedimento di riconduzione del conflitto concreto al* tipo normativo di problema».

ISSN 2036-7821

A ben vedere, infatti, «la natura costitutiva del provvedimento amministrativo consente soltanto di considerare la nullità dei contratti aventi a oggetto domini collettivi sottoposti a un regime di nullità successive; non esclude, però, ragionando secondo l'insegnamento della dottrina classica, la loro nullità.

In altri termini … la concatenazione della nullità degli atti dispositivi, a mano a mano, compiuti, con il risultato di considerare il bene mai fuoriuscito dal patrimonio del Comune, non dovrebbe, né potrebbe dirsi superata.

Perché essa riposa, [come anticipato,] … sulla disciplina recata nella legge del 1927 e, in particolare, nelle norme di cui agli art. 12, comma 2 e 21, comma 3, la quale, in difetto delle debite autorizzazioni o del provvedimento di '*sclassificazione*', esclude la validità dell'atto dispositivo.

Il civilista, educato alle categorie, sa bene che la nullità di un certo acquisto non è soltanto mancato acquisto del compratore, ma è, soprattutto, un atto che incide a cascata su tutti gli [atti] che, indipendentemente da quale ne sia il numero e dal tempo che possa essere occorso, hanno il loro presupposto sull'atto nullo»[106].

Da qui, una ricostruzione del problema, muovendo «dalla natura dell'uso civico e da un'interpretazione della legge che sia proporzionata e ragionevole.

L'uso civico non … pare, anche avuto riguardo alla sua fruibilità da parte di un'indistinta tipologia di soggetti, raccolta nell'espressione 'abitanti di un Comune', che possa utilmente essere ricostruito come uso; né … pare che possa essere ricostruito, anche avuto riguardo alla mancanza di contiguità tra fondi, quale servitù, né, ancora, come diritto reale atipico[107].

Escludere che esso possa essere ricondotto entro la categoria del diritto reale non risolve il problema. Perché questa considerazione non consente, comunque, di attrarlo entro la categoria del bene demaniale, né soggetto alla disciplina stabilita per le cc.dd. zone di rispetto.

A voler ragionare con le categorie generali, sembra di essere in presenza di un bene sul quale insiste un vincolo di destinazione.

Un vincolo non già convenzionale, bensì legale, di destinazione.

Con intesa che, secondo la migliore ricostruzione, tale vincolo altro non esprime che una situazione giuridica soggettiva secondaria di contenuto negativo, che assolve la funzione di conservare la destinazione normativamente impressa al bene.

Ebbene occorrerebbe chiedersi, allora, in questa prospettiva, la quale … sembra l'unica davvero capace di spiegare in termini proporzionati l'*ubi consistam* dell'uso civico, se il bene debba realmente considerarsi inalienabile.

---

[106] V. BARBA, *Validità ed efficacia degli atti dispositivi di beni gravati da usi civici …*, segn. p. 129.

[107] Esaurienti obiezioni, a tali ricostruzioni, si rinvengono IN D. PORRARO, *Natura e struttura dei diritti di uso civico*, in *Usi civici ed attività negoziale nella legalità costituzionale*, Torino, 2018, p. 135 s., segn. pp. 140-143.

ISSN 2036-7821

… Ma vale di chiedersi, anche alla luce del mutato assetto costituzionale ed europeo, se quella disciplina possa ancora considerarsi adeguata e, soprattutto, quali siano gli strumenti che realizzano gli interessi protetti dalla norma.

Si badi, la norma intende conservare la destinazione del bene, non impedirne la circolazione. L'inalienabilità del bene non è fine, bensì mezzo, per la protezione dell'interesse.

Il che, peraltro, era coerente con la disciplina positiva del 1927, ossia con la disciplina di una legge fatta quando, ancora, vigeva il codice del 1865; quando non vi era la Costituzione della Repubblica; quando l'Europa era soltanto un continente, o poco più di questo.

In quella prospettiva, l'inalienabilità sembrava lo strumento adeguato a garantire la conservazione del vincolo. Era strumento necessario per la conservazione del vincolo.

Vale chiedersi, se essa possa, anche oggi, dirsi tale, o se il mezzo non sia divenuto eccedente per il fine, sempreché il fine sia rimasto identico a sé stesso e non abbia assunto una diversa sembianza.

Anche a volere ragionare … non v'ha dubbio che il fine non è più quello economico, bensì quello ambientale.

Lo hanno detto a chiare lettere anche precedenti sentenze della Cassazione e, in ogni caso, il dato si ricava con estrema chiarezza, sol se si guardi l'attuale disciplina di cui all'art. 82, comma 5, lett. h), del d.P.R. n. 616 del 1977, così come modificato dal d.l. n. 312 del 1985, convertito in legge n. 431 del 1985.

In conseguenza, non … pare che, nella moderna economia, l'inalienabilità costituisca, o possa costituire uno strumento adeguato a tutelare la conservazione del vincolo.

E anzi, lo strumento dell'inalienabilità, che vorrebbe dire la sottoposizione del bene nella categoria del bene *extra commercium*, non soltanto … pare eccedente rispetto al fine, ma soprattutto incoerente con le norme e i principi espressi nella Costituzione e nel nuovo ordine giuridico italo-europeo.

,,, Qualcuno potrebbe, giustamente, obiettare che proprio la Costituzione demanda alla legge di determinare i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicura[re] la funzione sociale [della proprietà privata]. E si potrebbe giustamente osservare che gli usi civici realizzano quella funzionalizzazione della proprietà privata. Anzi, sembrano l'emblema di quel generico limite, allo scopo di assicurare la funzione sociale.

Però, altro è l'inalienabilità del bene, altro è la conservazione del vincolo.

ISSN 2036-7821

Non v'ha dubbio che la terra gravata da uso civico potrebbe anche realizzare una funzione sociale; non [è da credere], però, che l'inalienabilità possa essere garanzia per la conservazione dell'uso civico[108].

… Occorre cambiare prospettiva.

Occorre stabilire quale sia lo strumento giuridico, ossia il mezzo tecnico, con il quale è oggi possibile realizzare il fine.

Se il fine è la tutela ambientale, e non il profilo meramente economico; se il fine è di garantire a tutti i *cives* di trarre una certa utilità dal fondo gravato da uso civico, l'inalienabilità deve apparire, anche secondo una lettura costituzionalmente orientata, del tutto irragionevole e sproporzionata.

Essa pecca per eccesso e per difetto: per eccesso, perché l'inalienabilità è un mezzo eccedente rispetto al fine; per difetto, perché non è neppure vero che l'inalienabilità consente, sempre, di conseguire il risultato.

… Varrebbe dire che i domini collettivi sono soggetti a un vincolo di destinazione di natura legale.

Il che non soltanto significa che il proprietario deve astenersi dal compiere tutti quegli atti che possano impedire o limitare l'uso da parte dei *cives*, così imponendo al proprietario anche un obbligo di sorveglianza e conservazione; ma, soprattutto, che la circolazione del bene non ha mai effetto purgante del vincolo, ove pure il soggetto non ne abbia dichiarata l'esistenza. Con il risultato di garantire la circolazione del dominio collettivo.

Se s'ipotizzasse che l'uso civico si risolve in un vincolo di destinazione, facendo, dunque, una interpretazione poietica dell'antica disciplina, che imprigiona il fine dell'uso civico al mezzo dell'inalienabilità, consapevole della interpretazione abrogante della disciplina, si realizzerebbe un sistema certamente più coerente alle norme e ai principi italo-europei.

Il bene sottoposto a vincolo di destinazione non dovrebbe considerarsi inalienabile, ma ammesso alla libera circolazione, con intesa che esso rimane, pur sempre, gravato dal vincolo. Il soggetto che acquistasse il bene gravato da uso civico, senza averne notizia, avrebbe i consueti strumenti civilistici a tutela del suo acquisto.

Se, invece, consapevole dell'esistenza del vincolo, ne acquistasse la proprietà, il contratto dovrebbe dirsi valido ed efficace. V'ha, soltanto, che il bene non potrebbe

---

[108] V. BARBA, *Validità ed efficacia degli atti dispositivi di beni gravati da usi civici* …, segn. p. 132: «a svolgere un ragionamento per assurdo, il proprietario di un terreno gravato da uso civico di legnatico, potrebbe, paradossalmente, bruciare gli alberi del proprio fondo, senza che ciò costituisca un atto illecito. Piuttosto un esercizio delle facoltà e dei poteri del proprietario.

Se bruciasse il fondo, poco o nulla resterebbe della funzionalizzazione. Non potrebbe, certamente, dirsi che in questo caso l'inalienabilità avrebbe garantito l'uso civico.

Questo esempio, certamente apagogico, dimostra come l'inalienabilità, strumento previsto dalla legge del 1927, non … sembra, oggi, idoneo a garantire e a tutelare l'uso civico».

ISSN 2036-7821

essere sottratto alla destinazione che l'uso civico gli impone. E anzi, il proprietario, vecchio o nuovo che sia, proprio perché sul bene esiste l'uso civico, sarebbe chiamato non soltanto ad astenersi dal compiere ogni atto che possa limitare o pregiudicare l'uso civico, ma, altresì, a compiere tutti quegli atti che siano necessari per consentirne la conservazione.

In questa prospettiva, non soltanto si evita un fenomeno di mano morta, nel quale il bene sembra destinato, ma si finisce con l'equiparare la circolazione della terra gravata da uso civico alla circolazione del dominio collettivo. Eliminando una distinzione di discipline circolatorie che non risponde a una reale esigenza normativa»[109].

Venendo, a tal punto all'esigenza di 'tradurre' il discorso di 'rivisitazione' (funzionalista e dogmatico) testé avanzato, secondo la logica (di riconoscimento sistemico) del 'tipo normativo' di problema, si potrebbe far leva, innanzitutto, sulla categoria dei 'diritti quesiti', in relazione agli atti di disposizione posti in essere sulla base di una mutazione delle destinazioni dei terreni ('sdemanializzazione') illegittima, ma avallata da leggi regionali che hanno subito declaratorie d'illegittimità ad opera della Corte costituzionale[110]. Con la conseguenza di determinare, anche in ragione del tempo trascorso e del consolidamento delle situazioni ad esso conseguente, un legittimo affidamento in capo agli interessati[111]. Il che evidentemente implica una riflessione sul tema, non solo degli effetti da riconoscere alle decisioni

[109] V. BARBA, *Validità ed efficacia degli atti dispositivi di beni gravati da usi civici …*, segn. pp. 130-134.

[110] È il caso della L.R. Sardegna 3 luglio 2017, n. 11 che aveva previsto di permettere trasferimenti del vincolo civico da un terreno ad altro, contravvenendo alla competenza in materia di 'ordinamento civile', quale riservata in esclusiva allo Stato. Da qui, la soluzione di politica legislativa, operata con la L. n. 108/2021 cit. che, sul presupposto di un vizio riferibile esclusivamente alla potestà legislativa statale rispetto a quella regionale, autorizzava le Regioni a deliberare in ordine a tali trasferimenti.

[111] Il problema è ben presente in M.C. CERVALE, *Usi civici e domini collettivi. La proprietà plurale e il diritto civile …*, pp. 214-216: «in relazione al tema trattato, si profila anche la questione della retroattività o meno dell'efficacia delle sentenze della Corte costituzionale che dichiarino fondata la questione di legittimità e procedano all'abrogazione della norma censurata: una questione che diviene assai rilevante, da un punto di vista sostanziale, quando si passi a considerare gli effetti che una simile pronuncia possa avere sugli atti di disposizione già compiuti. Che le sentenze di accoglimento pronunciate dalla Corte costituzionale abbiano efficacia retroattiva appare principio consolidato fin dagli anni '60 del secolo scorso, quando si riconobbe che, in forza del combinato disposto di cui agli artt. 136 Cost. e 30, comma 3, l. 11 marzo 1953, n. 87, gli effetti della declaratoria di illegittimità travolgono tanto i rapporti futuri quanto quelli passati o, più precisamente, pendenti. E se la norma dichiarata incostituzionale cessa di appartenere all'ordinamento, essa non è più applicabile per il futuro mentre per il passato si sottraggono alla sua operatività i rapporti c.d. esauriti ossia risolti in via stabile e definitiva.

Tuttavia, la giurisprudenza della Corte nel corso degli anni ha cercato di temperare il principio dell'automatica retroattività delle sentenze costituzionali di accoglimento in favore di una possibile graduazione degli effetti nel tempo … utilizzando sia il principio della c.d. illegittimità costituzionale sopravvenuta sia quello del c.d. bilanciamento dei valori, per cui la declaratoria di incostituzionalità "non sempre è un dato assoluto … bensì può essere essa stessa un dato relativo, graduale anche temporalmente condizionato".

Con riferimento ad atti illegittimi di disposizione di beni di uso civico la problematica può non risultare marginale se si pensi all'ipotesi, non meramente teorica, in cui sia stato compiuto un atto di disposizione di bene di uso civico irreversibilmente trasformato nel tempo, in relazione al quale sia sopravvenuta una sentenza di dichiarazione della illegittimità costituzionale della norma sottostante alla fattispecie posta in essere».

d'incostituzionalità (per cui cfr. quanto anticipato in par. 2.2.), ma anche degli interessi di rango costituzionale che potrebbero venire in rilievo, nello specifico, onde giustificare un contenimento della retroattività che usualmente si riconosce a dette pronunce[112]. Tenuto conto altresì delle implicazioni sul piano della responsabilità nel

[112] Osserva P. LAZZARA, *Il regime giuridico degli usi civici nella giurisprudenza costituzionale e nella recente legislazione nazionale e regionale* …, pp. 16-17 che: «la certezza dei rapporti giuridici e il regime di efficacia degli atti amministrativi induce a propendere per questa … ricostruzione in base alla quale gli atti amministrativi fondati su una legge successivamente annullata dalla Corte costituzionale sono semplicemente annullabili. Con la conseguenza che l'eventuale annullamento potrebbe riguardare soltanto i provvedimenti ancora *sub iudice* e i rapporti pendenti e non esauriti, non potendosi travolgere l'attività amministrativa a valle, né tantomeno, le compravendite e gli atti notarili adottati sulla base dei suddetti provvedimenti, a loro volta basati sulla legge regionale, solo successivamente annullata.

… il provvedimento amministrativo costituisce effetti che, scaduti i termini per l'impugnazione, si consolidano e non sono più reversibili. Lo stesso può dirsi per l'atto notarile di autonomia privata che costituisce effetti … che innovano in modo istantaneo le situazioni giuridico-soggettive che possono essere considerate diritti quesiti.

… Conclusioni che trovano conferma nella sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015, che considera non retroattive le sentenze di accoglimento ritenute non in grado di travolgere le 'situazioni giuridiche comunque divenute irrevocabili' ovvero i 'rapporti esauriti'. Diversamente ne risulterebbe compromessa la certezza del diritto e dei rapporti giuridici (sentenze n. 49 del 1970, n. 26 del 1969, n. 58 del 1967 e n. 127 del 1966).

… I diritti acquisiti sulla base di una legge, debbono essere dunque considerai 'quesiti' una volta che sia trascorso l'ordinario termine per l'impugnazione degli atti amministrativi, e senza che si possa configurare la sussistenza di un'autotutela doverosa *sine die*».

Si cimenta con la questione anche M. RUOTOLO, *Gli effetti della decisione di incostituzionalità sulla circolazione immobiliare. Il caso degli usi civici* …, par. 3, ove si opina nel senso di «considerare la retroattività non come una regola inderogabile, ma come un principio suscettibile di bilanciamento con altri interessi di rango costituzionale, sia pure posto in posizione di preminenza e di tendenziale prevalenza in quanto rispondente alla … logica dell'incidentalità e alle esigenze di pregio costituzionale ad essa sottese. In casi particolari - come emerge dalla giurisprudenza costituzionale - la stessa 'eliminazione', per i rapporti in corso, della legge che regola una certa materia, creerebbe un 'vuoto' avente gravi effetti per la continuità normativa o amministrativa, nonostante sia necessario, per il futuro, espungere dall'ordinamento la norma che presenti evidenti vizi d'incostituzionalità. È questa la ragione per cui, sia pur raramente, la Corte ha modulato gli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità - anche in casi in cui non si poteva affermare che il vizio fosse sopravvenuto (per effetto, ad esempio, di mutamento del parametro) – ravvisando che proprio l'efficacia retroattiva avrebbe determinato una situazione di maggiore incostituzionalità rispetto a quella che si sarebbe andati a rimuovere. Al punto di affermare - come accaduto in una discussa pronuncia (sent. n. 10 del 2015) - l'efficacia solo *pro futuro* dell'incostituzionalità, escludendola anche nei confronti del giudizio *a quo*». Su questa base, l'a., con riguardo all'oggetto specifico, così osserva: «ben potrebbe dirsi che all'esigenza di una tutela uniforme dei valori costituzionali legati ai titoli competenziali della 'tutela dell'ambiente' e dell''ecosistema' debba essere bilanciata con l'esigenza della certezza del diritto, almeno ove si sia formato un ragionevole affidamento basato sull'applicazione di una legge regionale per lungo tempo efficace ancorché invalida. Considerato pure che gli interventi rivolti a favorire la circolazione di beni gravati da uso civico potrebbero ritenersi espressivi di un'istanza di sviluppo del territorio che sia al passo con i tempi, legata anche a quei bisogni di urbanizzazione e industrializzazione tanto valorizzati dalla stessa giurisprudenza costituzionale all'inizio degli anni Novanta da portare a ritenere infondate questioni di legittimità costituzionale riguardanti disposizioni legislative regionali che forse oggi non avrebbero passato indenni il vaglio della Corte. Non si auspica tanto un brusco e poco realistico *revirement* (una sorta di ritorno alla 'giurisprudenza Mengoni'), piuttosto si suggerisce una rimeditazione del tema che non releghi nell'ombra esigenze diverse da quelle della tutela ambientale, che rischiano di essere completamente pretermesse. È la stessa logica del bilanciamento tra valori ad imporlo, la quale implica sì la possibile prevalenza di uno dei valori in gioco, ma non oltre il punto che determini il completo sacrificio degli altri eventualmente contrapposti. E ai fini di questa valutazione il passare del tempo non è un elemento da sottovalutare, perché lo stesso contribuisce a 'consolidare' un rapporto giuridico, anche in termini di

compimento di attività di assistenza qualificata per la redazione di atti compiuti in attuazione di una legge poi dichiarata incostituzionale, dal momento che «la stessa non è certo predicabile a fronte dell'obbligo di osservanza della legge che sussiste fino all'eventuale dichiarazione di incostituzionalità; viceversa, per l'ipotesi di inosservanza, l'esonero da responsabilità finirà per dipendere dall'esito dell'eventuale giudizio della Corte, potendo predicarsi soltanto in caso di accoglimento della questione»[113].

Sempre onde 'tradurre' il discorso di 'rivisitazione' (funzionalista e dogmatico) testé avanzato, secondo la logica (di riconoscimento sistemico) del 'tipo normativo' di problema, si potrebbe far leva altresì sulla buona fede del possessore di beni civici, che ricorre almeno nel caso in cui l'occupatore abbia acquistato il bene proprio dal Comune, in base ad un atto successivamente annullato; e fermo restando il principio generale dell'ordinamento, per cui la buona fede si presume (specie in tema di diritti reali)[114].

---

affidamento delle parti contraenti, pure in quei casi in cui il rapporto stesso non possa (o non voglia) dirsi giuridicamente 'esaurito'. Un conto è, in particolare, una pronuncia di incostituzionalità su legge regionale resa nel giudizio in via principale a ridosso della sua entrata in vigore; altro è una analoga decisione resa nella sede del giudizio in via incidentale a molti anni dalla entrata in vigore della legge regionale, non impugnata dal Governo e sulla base della quale siano stati compiuti provvedimenti amministrativi, anch'essi non impugnati dinanzi al giudice, prodromici alla stipula di atti negoziali. In quest'ultima situazione ben può dirsi formato un legittimo affidamento sulla stabilità della regolazione negoziale, tanto più se si considera che le leggi poi dichiarate costituzionalmente illegittime sono considerate efficaci fino alla pronuncia della Corte (benché invalide e dunque 'annullabili')».

[113] M. RUOTOLO, *Gli effetti della decisione di incostituzionalità sulla circolazione immobiliare. Il caso degli usi civici …*, par. 3; ID., *I limiti dell'incidenza della normazione secondaria statale e della legislazione regionale sulla disciplina privatistica del rapporto contrattuale (A proposito della normativa regolamentare sulla garanzia di conformità degli impianti e della legislazione regionale sul certificato energetico)*, in *Studio 710-2008 C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del Consiglio nazionale del notariato, il 21 gennaio 2009*. Cfr. pure G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, p. 100.

[114] Laddove, osserva F. MARINELLI, *Gli usi civici …*, pp. 212-213, la tesi (pur consolidata) che vorrebbe il possessore dei beni civici sempre in malafede, benché giustificata da valutazioni conservative in ambiti di abbandono e disinteresse per il demanio civico, non sempre appare plausibile. «Sotto un primo profilo la tesi contrasta con la tutela della buona fede in relazione all'aspetto strettamente possessorio, che in generale ha lo scopo di non danneggiare colui che ha fatto affidamento su una situazione che presentava caratteristiche tali da giustificarlo, in assenza di una sua colpa; sotto il secondo la tesi produce una totale mancanza di tutela per colui che ha disposto in buona fede riguardo un bene civico, essendo la *qualitas soli* oggettivamente incerta (caso tutt'altro che infrequente). In tutte e due queste situazioni non tener conto della buona fede del possessore, con riguardo ad acquisti che spesso sono assai risalenti nel tempo, appare eccessivamente penalizzante rispetto a situazioni sicuramente incerte sia sotto un profilo oggettivo sia sotto un profilo soggettivo. E tuttavia uno dei principi più fermi di tutta la costruzione giurisprudenziale in materia è dato dall'assoluta irrilevanza del profilo possessorio in relazione all'acquisto dei diritti, profilo possessorio da sempre considerato come un pericoloso strumento atto ad incrinare la saldezza dell'istituto degli usi civici nella teoria e la conservazione del demanio nella pratica.

Anche in questo caso la ragione di tale atteggiamento può rinvenirsi nel fatto che il possesso individuale, specchio di fatto della corrispondente situazioni dominicale, viene preso in considerazione esclusivamente come una relazione individuale con il bene, per cui lo si ritiene sempre e comunque incompatibile con quella dimensione collettiva che si vuole salvaguardare e tutelare; tuttavia non può non rilevarsi la peculiarità di tale posizione, perché in tal modo viene a negarsi proprio quella corrispondenza tra situazioni di fatto e situazioni di

ISSN 2036-7821

Sennonché, anche quest'ultimo 'appiglio' di sistema non è sufficiente. Prova ne sia che certa dottrina, incidentalmente occupatasi di tale problema, si è così espressa: «anche il requisito della buona fede (art. 1147 c.c.) può divenire rilevante nei confronti del possessore di beni civici, ad esempio nel caso in cui dante causa sia stato il Comune che abbia venduto ad un soggetto privato o, ancora, nel caso in cui la *qualitas soli* del bene sia oggettivamente incerta. In entrambe le ipotesi, non tener conto della buona fede del possessore, con riguardo ad acquisti che solitamente risalgono a molti decenni prima, appare eccessivamente penalizzante rispetto a situazioni incerte sia sotto il profilo oggettivo sia sotto il profilo soggettivo. Tuttavia, la buona fede non potrà assumere un ruolo di sanatoria di atti negoziali nulli ma potrà essere rilevante in ordine ai frutti naturali separati fino al giorno della domanda giudiziale (art. 1148 c.c.) e in ordine ai miglioramenti effettuati sul bene, durante il periodo di effettivo godimento dello stesso (art. 1150 c.c.)»[115].

Da qui, l'esigenza di focalizzare l'ottica del problema sulla (pretesa) nullità dell'atto: quanto impone un articolato discorso preliminare, stante l'evoluzione che ha interessato il concetto giuridico di nullità che, da assoluta inqualificazione della fattispecie (di fatto irrilevante sul piano giuridico, non potendo attribuirsi rilievo alcuno all'adempimento spontaneo da parte dei privati), si è andato differenziando in relazione alle diverse fattispecie previste dall'art. 1418 c.c.

«Preso atto della norma di chiusura contenuta nel terzo comma, "il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge", le due figure di nullità delineate ai primi due commi appaiono sorrette da logiche differenti.

Quella del primo comma "il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente", innanzitutto ammette che dalla contrarietà a norme imperative può non discendere la nullità del contratto, in secondo luogo riconosce implicitamente l'esistenza del negozio come situazione di fatto, in grado di produrre un qualche effetto giuridico, ma l'ordinamento statuale utilizza la sanzione della nullità per negare la propria garanzia a programmazioni di interessi difformi dai suoi valori fondamentali: la nullità si configura come criterio di qualificazione negativa nel controllo degli interessi perseguiti dalle parti, rispetto ai valori che un ordinamento storicamente definito intende tutelare; dunque la produzione di effetti giuridici di tali atti nulli resta nella disponibilità del diritto oggettivo che può ritenere tempo per tempo efficaci quelle negoziazioni non più in contrasto insanabile con i valori formali e sostanziali del sistema.

---

diritto che il possesso, almeno tendenzialmente, esprime. Il che permette di rilevare in materia possessoria una dissociazione tra avvenimento e situazione che è stata sottolineata dalla dottrina e che, in tema di usi civici, potrebbe giustificare, eliminando il rilievo circa il modo di acquisto del possesso stesso, delle aperture e delle prospettive incoraggianti nel senso di fornire una qualche forma di autonoma tutela a situazioni di possesso di buona fede iniziate illegittimamente ma perduranti per lunghi periodi di tempo».

[115] M.C. CERVALE, *Usi civici e domini collettivi. La proprietà plurale e il diritto civile …*, pp. 107-108.

Nel caso del secondo comma, "producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati nell'art. 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi del caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346", la nullità si configura come inesistenza giuridica, in quanto il negozio è inidoneo ad integrare anche la situazione di fatto, per assoluta carenza di requisiti legali di esistenza o perché, pur esistendo questi ultimi, la illiceità della causa o dei motivi determinanti reagisce come fattore destrutturante della fattispecie all'interno dello stesso ordinamento privato»[116].

Da qui, l'esigenza di stabilire a quale delle due tipologie delineate appartenga la nullità degli atti dispositivi del demanio civico. La citata Cassazione del 2004[117], «sembra non avere le idee molto chiare, posto che, esclusa solo la illiceità dell'oggetto, la ritiene esistente alternativamente o per impossibilità dell'oggetto o per contrasto con norma imperativa. Vale a dire: il contratto dispositivo è comunque nullo, scegliete voi se si tratta di una nullità del primo tipo, per contrasto con valori perseguiti dall'ordinamento, pur essendo il negozio esistente in tutti i suoi elementi costitutivi, o del secondo tipo, per carenza di uno di quegli elementi costitutivi, che lo rendono esistente come atto giuridico produttivo di effetti. Variante nominalistica di quest'ultima ipotesi si legge nella Cassazione, sez. II, 2.3.2005 n. 4427, secondo la quale la nullità dell'atto di vendita deriva dalla inidoneità giuridica dell'oggetto.

Innanzitutto una considerazione storica: la legge del 1927 è stata emanata nel vigore del codice civile del 1865, nel quale non si fa già più menzione degli usi civici, forse presumendo che la integrale attuazione della legislazione liquidatoria, già prevista dalla normativa preunitaria, ne facesse scomparire ogni traccia; comunque sia, appare un po' debole il tentativo di far discendere la nullità delle norme proibitive, di cui agli articoli 12 e 21 della legge del 1927, per contrarietà a valori fondamentali del sistema giuridico, quando l'istituto da tutelare non esiste nel *corpus* normativo principale, ma solamente in una legge speciale, che mira alla generale liquidazione di quel diritto e dei presunti sottesi valori, osservate determinate condizioni!

Poi a maggior ragione appare problematica la costruzione della nullità in via interpretativa in assenza, nel codice del 1865, di una norma corrispondente all'art. 1418 del codice del 1942, contenente una elencazione delle cause di nullità del contratto, tra le quali la contrarietà a norme imperative.

La mancanza sia di siffatta previsione codicistica di nullità, che della comminatoria espressa della sanzione, degrada irreversibilmente le norme della legge del 1927 allo stato di *minus quam perfectae*, senza che ad esse sia possibile correlare in via interpretativa la nullità di cui al primo tipo dell'art. 1418 c.c.

[116] G. DE MATTEIS, *Alienazione dei beni civici. Invalidità e responsabilità notarile* …, par. 4.
[117] Cass. civ., Sez. III, 3 febbraio 2004, n. 1940.

ISSN 2036-7821

Resta la nullità di cui al secondo tipo verso cui converge la maggior parte delle sentenze di merito e di legittimità, nella fattispecie specifica di nullità per impossibilità dell'oggetto. Impossibilità giuridica e non fisica, poiché il bene esiste, ma è incommerciabile o inalienabile, venendosi così ad equiparare il bene demaniale civico al bene demaniale vero e proprio e a sottoporlo al medesimo regime giuridico previsto per quest'ultimo dall'art. 823 del codice civile.

Eppure, si tratta di inalienabilità che nel caso del bene demaniale pubblico può dirsi assoluta, poiché può essere rimossa solo dalla legge, mentre nel caso che ci interessa il vincolo di indisponibilità può essere superato da un'autorizzazione amministrativa regionale o da un procedimento amministrativo, concluso dall'atto giuridico dell'affrancazione»[118].

Da qui, un ulteriore approfondimento della fattispecie: sottoponendo a critica la stessa affermazione della nullità dell'atto traslativo di bene demaniale civico per impossibilità giuridica dell'oggetto[119]; e che conduce alla conclusione per cui quello sarebbe «semplicemente inefficace per impossibilità relativa dell'oggetto, e quindi, come tale, non ricadente nel divieto di stipulazione di cui all'art. 28 della legge notarile secondo la più recente impostazione della giurisprudenza di legittimità, … ma neppure nell'obbligo di prestare il proprio ministero, di cui all'art. 27, qualora la parte alienante, o anche quella acquirente, chiedesse al notaio di non documentare in atto l'inopponibilità dello stesso all'Ente concedente, in mancanza di autorizzazione o di affrancazione, o qualora il Notaio, di fronte ad una giurisprudenza pressoché unanime e ad una dottrina maggioritaria per la tesi della nullità, ritenesse comunque

[118] G. DE MATTEIS, *Alienazione dei beni civici. Invalidità e responsabilità notarile* …, par. 4.

[119] G. DE MATTEIS, *Alienazione dei beni civici. Invalidità e responsabilità notarile* …, par. 4: «in effetti, se da un lato è vero che costituisce esempio classico di impossibilità giuridica quella del contratto avente ad oggetto i beni demaniali di cui all'art. 823 c.c., dall'altro lato … non pare che ai beni demaniali civici possa applicarsi l'identico regime giuridico; è la stessa Cassazione [8 maggio 1973, n. 1234; 4 agosto 1979, n. 4536; 7 maggio 1968, n. 1404] a suggerirlo, nell'ammettere la validità del preliminare o del contratto obbligatorio qualificato come vendita di cosa altrui, e la conseguente possibilità di farli valere in giudizio.

D'altronde, si è mai visto un preliminare di vendita di porzione di spiaggia? E quale mai tutela giurisdizionale otterrebbe? Qui la nullità è piena, poiché assoluta è l'impossibilità sia dell'oggetto inteso come bene, che della prestazione, intesa come obbligazione a trasferire la proprietà di quel bene, acquisibile solo per legge.

Nel preliminare di vendita di uso civico, invece, la prestazione è possibile e l'oggetto di essa è solo transitoriamente o temporaneamente impossibile, poiché con l'autorizzazione o con l'affrancazione diviene possibile, quindi validamente il promittente può giuridicamente obbligarsi.

Ne deriva logicamente che il medesimo contratto di vendita, con l'identico contenuto, variato solo quanto agli effetti, reali e non più solo obbligatori, non può essere nullo per impossibilità dell'oggetto, che attiene al piano del contenuto, altrimenti sarebbero nulli entrambi, ma è palesemente inefficace, in quanto ne è inibita la produzione degli effetti da un oggetto relativamente impossibile.

L'oggetto della vendita con effetti reali di bene civico non è, dunque, affetto da impossibilità assoluta, che a giudizio unanime della dottrina è la sola a causare la nullità del contratto, bensì da impossibilità relativa, che si definisce tale proprio perché può venire meno, essendo rimovibile la situazione giuridica che la genera, con la conseguenza che gli effetti del contratto, definitivamente negati nel primo caso, nel secondo immediatamente si producono, una volta cessato lo stato di impossibilità del contenuto contrattuale».

ISSN 2036-7821

di non stipulare, prima del compimento dei provvedimenti amministrativi di rimozione del vincolo di indisponibilità»[120].

A tal punto, ammesso e non concesso che quella in esame possa assurgere (come anticipato in par. 4.1.) a disciplina 'imperativa': dimostrato che non vi sono i presupposti per associare la nullità alla violazione delle norme proibitive, di cui agli articoli 12 e 21 della legge del 1927, per contrarietà a valori fondamentali del sistema giuridico; valga di mutuare ulteriore letteratura la quale parimenti opina che la violazione di una norma imperativa non necessariamente determina nullità dell'atto. Segnatamente, in chiave costruttiva, nel superare l'assunto di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento (nonché, a monte, questa stessa distinzione) si osserva che «in presenza di una norma imperativa, l'art. 1418, comma 1, c.c. contempla la nullità virtuale, ma non esclude un diverso rimedio da valutare alla luce di una interpretazione funzionale, sistematica ed assiologica, e, dunque, mai insensibile alla valutazione comparativa degli interessi da tutelare»[121]. Occorre, dunque, rimettersi ad una valutazione *ad hoc*.

Su questa scia, «la circostanza che le norme che pongono l'inalienabilità delle 'terre' pubbliche gravate da usi civici siano imperative non può (*rectius*: dovrebbe) indurre l'interprete ad affermare acriticamente la nullità del contratto, ma a verificarne la proporzionalità e ragionevolezza. Negando che la violazione di quella norma imperativa importi nullità virtuale del contratto, qualora nella valutazione comparativa degli interessi contrapposti la nullità risulti inadeguata alla realizzazione degli interessi protetti. In questa prospettiva potrebbe, dunque, revocarsi in dubbio l'indiscussa nullità dei contratti di alienazione in parola»[122].

Sempre in quest'ottica, il vincolo di destinazione (in quanto ritenuto prevalente anche su altre istanze pubblicistiche, per via dell'esigenza di garantire il mantenimento e la cura degli interessi della comunità, quali valori perseguiti dall'ordinamento) assurgerebbe alla dignità di quei 'concetti-valvola' (del tipo della 'sopravvenienza', della 'necessità', della 'buona fede in senso oggettivo'), ormai pacificamente acquisiti, al patrimonio giuridico:

---

[120] G. DE MATTEIS, *Alienazione dei beni civici. Invalidità e responsabilità notarile* …, par. 4: «naturalmente la trascrizione dell'atto andrà eseguita indicando come diritto trasferito quello dell'enfiteuta con effetto traslativo immediato, o quello di proprietà, ma sotto la condizione dell'autorizzazione o dell'affrancazione, delle quali dovrà farsi annotazione alla trascrizione, al loro verificarsi».

[121] Così G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 84.

[122] V. BARBA, *Validità ed efficacia degli atti dispositivi di beni gravati da usi civici* …, segn. p. 127, nt. 22 ove l'a. si richiama a G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo* …, p. 92 laddove afferma che «in costanza di una norma imperativa, l'interprete deve sempre compiere un controllo di ragionevolezza e di proporzionalità tra interesse e rimedio prescelto».

come 'clausole generali' che, persino nell'ordine essenzialistico della tradizione, autorizzano una relativa apertura del sistema a principi e valori direttamente mutuati dall'idea di giustizia o attinti alla coscienza sociale[123];

ovvero, stante la questione prospettata in esordio, come 'criteri di prevalenza relativa', ai quali di volta in volta il sistema assegna il compito di decidere quando deve valere un principio (nullità degli atti, ammesso che ne ricorrano i presupposti) e quando esso deve cedere ad altro (garanzia di certezza delle posizioni giuridiche).

5. Profili di responsabilità (la posizione delle parti e del notaio).

La 'notoria e peculiare *difficoltà*' di cognizione dell'esistenza degli usi civici presenta implicazioni di rischio, non solo per la circolazione giuridica dei beni che ne siano potenzialmente gravati, ma anche in punto di *responsabilità* a carico degli interessati, come degli Enti e degli operatori giuridici coinvolti in sede di rogito.

Si è anticipato in *Premessa* che il fatto che su di un bene insistano usi civici dovrebbe potersi accertare, da parte sia del notaio rogante che dell'acquirente, tenuto conto che spetta ai Comuni (in collaborazione con le Regioni ed i Commissari liquidatori) la tenuta di appositi registri. Ne deriva che, qualora i Comuni non si dimostrino in grado di assolvere a tale funzione (sì da precludere, ai terzi interessati, di accertare l'esistenza di usi civici), può configurarsi una loro responsabilità. Valga solo di aggiungere che:

se, per un verso, da tempo (in seno ad iniziative di studio promosse dal Consiglio nazionale del notariato) ci si è espressi nel senso che il Comune, sia nella qualità di originario dante causa del terreno gravato da uso civico, sia in relazione alle susseguenti vicende di circolazione giuridica fra privati, legittimamente provvede al rilascio del certificato di destinazione urbanistica (ex art. 18, comma 2, L. n. 47/1985), pur senza attendere che il competente ufficio regionale abbia emesso un'attestazione concernente l'eventuale esistenza di usi civici sul terreno al quale si riferisce la richiesta certificatoria[124]; il che dovrebbe far presumere che alla Regione spetti l'ultima parola quanto all'esistenza di diritti di uso civico (come tali, incidenti

[123] M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso* …, p. 353: «che il diritto moderno si caratterizzi come sistema contestualmente "aperto" e "chiuso" non significa affatto che esso è generalmente chiuso e che tuttavia questa chiusura è in taluni luoghi compensata da valvole che lo aprono all'influenza della "coscienza sociale", dei "valori condivisi", ecc. Ma significa, invece, che, del tutto differentemente, codesta caratteristica è di tutto il sistema e dipende dalla *qualità cognitiva* di dispositivi presenti, magari in forma diversa, in ciascuna delle norme che lo compongono».

[124] Come noto, la ratio della menzionata disposizione (con l'imporre l'obbligo, ai soggetti ivi indicati, di allegare il certificato in questione all'atto di disposizione del terreno) risiede nell'esigenza di far sì che la circolazione giuridica dei suoli avvenga a condizione che il regime di edificabilità (o meno), nonché la natura urbanistica (in genere) dell'area oggetto dell'atto, siano espressamente identificati.

Sul punto specifico può rinviarsi a N. RAITI, *Certificato di destinazione urbanistica previsto dall'art. 18, 2° comma, L. 47/85 e usi civici*, in *Studi e materiali* (a cura del Consiglio nazionale del notariato, 1986-1988), 2, Milano, 1990, p. 185 s., segn. p. 189 *in fine*.

ISSN 2036-7821

sull'utilizzazione e lo sfruttamento del territorio eppertanto, i cui vincoli in genere debbono costituire parte del contenuto di quel certificato);

per altro verso, trascorrendo da vicende di (mero) trasferimento della titolarità sul bene, ad altre inerenti alla trasformazione del suolo in termini edilizi (procedimento di rilascio del relativo titolo di assenso), il discorso sembra farsi più stringente, sia per l'Ente locale che per i privati interessati, quanto ai profili di responsabilità; ciò, dal momento che 'a monte', nella predisposizione di norme e strumenti urbanistici, spetta proprio al Comune di operare i dovuti accertamenti (se del caso, anche presso i competenti uffici regionali) circa l'esistenza di vincoli (anche del tipo di quelli derivanti dall'insistenza di diritti di uso civico) sulle aree coinvolte da quella pianificazione; correlativamente, spetta ai privati di verificare e tener conto di tali vincoli ogniqualvolta intendano intraprendere ed articolare le loro attività di trasformazione del territorio[125].

Diversamente, tale responsabilità si 'scarica' sui terzi stessi, come parimenti anticipato (par. 2.1.).

Così, restano salve le implicazioni, di regime ordinario (oltre a quelle delle discipline speciali previste in ordine ai contratti traslativi del diritto reale), per il caso in cui il compratore acquisti il bene senza conoscere l'esistenza dell'uso civico: l'annullamento del contratto per dolo, se il venditore gli abbia maliziosamente taciuto l'esistenza dell'uso civico; ancora, le discipline di cui agli artt. 1482 c.c. (in tema di cosa gravata da garanzie reali o da altri vincoli) e 1480 c.c. (in tema di vendita di cosa parzialmente altrui, per l'ipotesi in cui l'acquirente non fosse a conoscenza che una parte della terra era stata acquisita, ad esito del procedimento di liquidazione, da parte del Comune)[126]. Ma si pensi, altresì, agli obblighi di diligenza sul piano della circolazione: per cui, ad es., nel caso di compravendita di beni privati, ai sensi dell'art. 1489 c.c., la successiva scoperta del vincolo legittimerà l'azione di riduzione del prezzo o di risoluzione del contratto; oltre al risarcimento del danno secondo la disciplina ordinaria.

Analogamente, alla stregua degli istituti generali, andrebbero risolti i problemi di responsabilità nei confronti della collettività dei soggetti titolari dell'uso civico.

Venendo alle implicazioni di rischio, della difficoltà di accertamento dell'esistenza degli usi civici, in punto di *responsabilità* a carico degli operatori giuridici coinvolti in sede di rogito; una soddisfacente soluzione non può andare disgiunta (anche stavolta) rispetto al problema della circolazione giuridica dei beni che ne siano

[125] Sempre N. RAITI, *Certificato di destinazione urbanistica previsto dall'art. 18, 2° comma, L. 47/85 e usi civici …*, p. 188.

[126] V. BARBA, *Validità ed efficacia degli atti dispositivi di beni gravati da usi civici …*, segn. pp. 123-124. L'a., invece, esprime dubbi (accompagnati da riflessioni cui si rinvia) circa l'applicabilità della disciplina sull'evizione, totale o parziale, della cosa, qualora, di seguito alla compravendita (e sempre che ne ricorrano i presupposti), venga avviato un procedimento per la liquidazione, totale o parziale, del bene.

potenzialmente gravati. Prova ne sia che non ha trovato seguito la tesi secondo cui l'atto di disposizione di terreni gravati da uso civico sarebbe (non nullo, bensì) inefficace nei confronti della collettività dei *cives*[127]. L'intento sottesovi è evidentemente quello di salvaguardare gli atti notarili posti in essere malgrado l'esistenza di usi civici; così escludendo, per il notaio, l'applicazione dell'art. 28 della Legge notarile: almeno sul presupposto (condiviso da una letteratura 'vicina' a tale ambiente di professionisti) che il solo atto nullo renda applicabile quella disciplina. Laddove, così si trascura di valutare l'interesse dei soggetti che hanno stipulato l'atto: i cui effetti negoziali resterebbero in balia della condizione di precarietà che accompagnerebbe l'atto dispositivo stesso; il notaio non essendo in grado di assicurare certezza alcuna alle parti, a fronte della collettività dei soggetti titolari dell'uso civico.

Con riguardo agli operatori giuridici che abbiano dato veste di rogito ad atti di disposizione aventi ad oggetto beni gravati da uso civico, si è già riferito (par. 2.1.) che, «in relazione alla inosservanza dell'obbligo di espletare la visura dei registri immobiliari in occasione di una compravendita immobiliare, il notaio non può invocare la limitazione di responsabilità prevista per il professionista dall'art. 2236 c.c. con riferimento al caso di prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, in quanto tale inosservanza non è riconducibile ad un'ipotesi di imperizia, cui si applica quella limitazione, ma a negligenza o imprudenza, cioè alla violazione del dovere della normale diligenza professionale media esigibile ai sensi del secondo comma dell'art. 1176 c.c., rispetto alla quale rileva anche la colpa lieve» (Nella specie, la Corte di Cassazione ha confermato la sentenza di merito, che aveva dichiarato la nullità del contratto di compravendita di un immobile che era risultato gravato da uso civico e del quale il venditore era solo colono perpetuo, condannando il notaio, in solido con il venditore, alla restituzione del prezzo, oltre accessori)[128].

Ciò premesso, valga di assumere a riferimento l'ipotesi di maggiore complessità e pericolosità per la certezza del diritto e la tutela dei terzi: quella degli atti dispositivi di beni, antecedenti all'adozione del provvedimento di accertamento dell'esistenza di usi civici *in re propria*.

Evidentemente il problema verrebbe risolto alla radice qualora si accedesse alla tesi della natura costitutiva del provvedimento amministrativo di accertamento: gli atti di disposizione compiuti prima di tale provvedimento sarebbero infatti validi e pertanto da considerarsi non 'proibiti dalla legge' (ai sensi dell'art. 28 cit.), né potrebbero esporre l'acquirente all'obbligo di retrocessione del bene o, di conseguenza, il notaio al rischio di risarcimento del danno connesso ad una sua negligenza negli accertamenti preliminari alla stipula. Tantopiù che l'art. 28 cit. deve essere 'letto' nel suo contesto normativo e, segnatamente, 'in combinato disposto' con

[127] In tal senso, M.C. ANDRINI, *Usi civici ed attività notarile*, in *Vita notar.*, 1991, p. 802 s.
[128] Cass. civ., Sez. II, 2 marzo 2005, n. 4427.

ISSN 2036-7821

l'art. 27 della Legge notarile che impone al professionista di prestare il suo ministero ogni volta che ne è richiesto.

Tuttavia:

dal momento che tale scenario risolutivo, allo stato, è ben distante dal dirsi pacificamente accettato in seno al dato di esperienza giuridica; tenuto conto altresì che pari sorte risulta riservata, allo stato, alla tesi secondo cui l'asserita imperatività delle norme che sanciscono l'inalienabilità delle 'terre' pubbliche gravate da usi non dovrebbe indurre a concludere acriticamente nel senso della nullità del contratto, ma a verificarne la proporzionalità e ragionevolezza;

anche stavolta, una costruttiva disamina del problema può passare dal versante pubblicistico.

In quest'ottica, certa letteratura si è fatta carico di verificare se i principi generali del procedimento amministrativo siano in grado di offrire una prospettiva inedita (e ragionevolmente praticabile)[129]. Segnatamente, ci si è interrogati sull'ammissibilità teorica e la legittimità costituzional(-comunitaria) di un procedimento amministrativo di accertamento che, potendo avviarsi d'ufficio ed ipoteticamente senza termini temporali di conclusione, esponga le parti dell'atto dispositivo, nonché il notaio che le assista, al rischio della declaratoria di nullità del negozio stesso: per via dell'accertamento *sine die* dell'esistenza di un diritto d'uso civico, sì da determinare la sottrazione del bene al commercio giuridico; laddove quell'esistenza non risultava ancora accertata alla data della stipula.

Si è così osservato: «in una simile ipotesi, invero, pare difficile negare che ricorra il caso della soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà di cui all'art. 2236 c.c., sicché, a ben vedere, basterebbero i principi codicistici ad esimere il notaio da responsabilità civile …[130] Interessa maggiormente … il tema dell'eventuale responsabilità disciplinare ai sensi dell'art. 28 della legge notarile, che, nella sua formulazione testuale, parrebbe a prima vista lasciare poco o nessuno spazio per una valutazione dell'elemento soggettivo del professionista»[131]. Nella circostanza,

[129] M. TOGNA, *La cognizione dell'esistenza degli usi civici: trasparenza della Pubblica Amministrazione, diligenza della parte e ruolo del notaio*, in *Usi civici ed attività negoziale nella legalità costituzionale*, Torino, 2018, p. 107 s., segn. p. 112: «nell'inquadrare il tema della possibile responsabilità disciplinare del notaio, a tal proposito, si è stabilito di assumere in ipotesi che un rischio di responsabilità vi sia, e si è determinato di chiedersi innanzitutto se … sia ammissibile … l'ipotesi di un procedimento amministrativo destinato, in tesi, a restare latente anche per decenni, per poi improvvisamente approdare ad un accertamento che, avendo ancora … efficacia dichiarativa, rimetterebbe in discussione l'affidamento delle parti e il contributo del notaio; di chiedersi poi se, di fronte a un simile rischio, i principi generali del diritto e del procedimento amministrativo possano offrire utili suggerimenti al professionista che voglia dispiegare la massima possibile diligenza».

[130] Così M. TOGNA, *La cognizione dell'esistenza degli usi civici: trasparenza della Pubblica Amministrazione, diligenza della parte e ruolo del notaio …*, segn. p. 109 ove si richiama pertinente giurisprudenza (Trib. Napoli, Sez. VIII civ., 6 marzo 2014; Trib. civ. Avezzano - giud. Lupia -, 30 aprile 2015).

[131] M. TOGNA, *La cognizione dell'esistenza degli usi civici: trasparenza della Pubblica Amministrazione, diligenza della parte e ruolo del notaio …*, segn. p. 110 s.

ISSN 2036-7821

attingendo alla casistica giurisprudenziale, per via analogica, si è ritenuto di rinvenire elementi che depongono a favore di una considerazione sia dello scrupolo messo in campo dal notaio, sia dell'ipotetica negligenza dell'Amministrazione nel rilasciare le informazioni rilevanti. Sono principalmente due gli argomenti cui ci si affida:

la dimostrazione che "nemmeno con l'uso della diligenza professionale da lui esigibile [il notaio] avrebbe potuto accertare l'esistenza" del diritto d'uso civico[132];

la circostanza che l'art. 28 della Legge notarile "configura la responsabilità disciplinare del notaio con riferimento ad una *condotta sua propria* che, una volta realizzata, segna il momento consumativo dell'illecito e sulla quale non possono pertanto spiegare rilevanza retroattiva comportamenti altrui, futuri ed eventuali"[133]; «con il che dovrebbe restare confermato che, *a contrario*, potrebbe esimersi da responsabilità il notaio cui non venga ascritta una condotta sua propria (per quanto omissiva, quale sarebbe ad esempio l'omissione di ogni indagine circa la soggezione del fondo a usi civici), bensì il mancato rilievo di indici della sussistenza di usi civici, che sia però dipeso dal suo ragionevole affidamento nelle informazioni, incomplete o inesatte, rilasciate dall'Amministrazione»[134].

In quest'ottica, si è cominciato coll'osservare che «i principi generali dell'azione amministrativa in contrasto con l'ipotesi … di un procedimento senza termini né quanto all'avvio, né quanto alla conclusione … sono, al fondo, quello della trasparenza dell'azione amministrativa (che è intimamente connesso al principio democratico e che si articola, da un lato, nel dovere dell'Amministrazione di rendere visibile la propria azione; dall'altro, nel connesso affidamento del Cittadino sull'attendibilità delle attestazioni della Pubblica amministrazione) e quello della naturale soggezione di ogni procedimento amministrativo ad un termine certo (che è connesso al principio fondamentale, di rilievo costituzionale, dell'affidamento del cittadino nella stabilità delle situazioni giuridiche e nella prevedibilità delle loro modificazioni)»[135]. Tali considerazioni sono propedeutiche all'obiettivo ultimo, di "segnalare prospettive interpretative tipiche del diritto amministrativo (e in particolare del diritto amministrativo dell'ambiente) suscettibili di guidare la stessa evoluzione della disciplina degli usi civici". All'uopo, però, si è tentato di operare una verifica degli "strumenti coi quali il diritto amministrativo (nonché, e soprattutto, la concreta ed usuale prassi dei rapporti con le pubbliche amministrazioni) potrebbe aiutare a condurre un dialogo così arduo come quello con un'Amministrazione … ignara di sé stessa".

[132] Cass. civ., Sez. III, 19 maggio 2009, n. 11569.

[133] Cass. civ., Sez. III, 12 gennaio 2001, n. 383.

[134] M. TOGNA, *La cognizione dell'esistenza degli usi civici: trasparenza della Pubblica Amministrazione, diligenza della parte e ruolo del notaio …*, segn. p. 110.

[135] M. TOGNA, *La cognizione dell'esistenza degli usi civici: trasparenza della Pubblica Amministrazione, diligenza della parte e ruolo del notaio …*, segn. p. 112 s.

ISSN 2036-7821

Lungo questa falsariga, «muovendo dalla prassi corrente, sappiamo che il professionista coscienzioso si trova a compulsare una messe di disperse ed incerte fonti di cognizione.

Si esamineranno ovviamente le leggi regionali, innanzitutto per individuare i diversi livelli amministrativi competenti all'accertamento; si cercherà negli specifici archivi o *data-base* degli usi civici, dove siano istituiti; si compulseranno le fonti archivistiche generali, etc.

Assunta l'ipotesi che queste verifiche siano state fatte, e che abbiano dato esito negativo, al … professionista non resta che chiedere, in sostanza, all'Amministrazione competente un certificato di mancato accertamento di usi civici.

… Con l'inoltro della richiesta di tale attestazione, si instaura il rapporto tra professionista e amministrazione.

Occorre al proposito rilevare, innanzitutto, la singolarità della richiesta di quella che è, in sostanza, la certificazione di un accertamento negativo; un atto, pertanto, che ha, in sé, un valore certificativo limitato ('ad oggi', si limita in sostanza ad attestare l'Amministrazione, 'non risulta accertata la destinazione a usi civici').

V'è da chiedersi, allora, se, per 'rafforzare' la mera richiesta di certificazione di una situazione negativa (o per lo meno per sondarne tutte le possibili virtualità) non possa essere sensata qualificarla come una comune istanza di accesso agli atti ai sensi degli art. 22 ss. della legge n. 241 del 1990 (o, se destinatario dell'istanza sia il Comune, ai sensi del T.U.E.L., d.lgs. n. 267 del 2000), con ogni dovuta conseguenza»[136].

«… In ogni caso, anche ad ammettere che l'onere di comunicazione di avvio del procedimento sia da escludere in via generale in capo all'Amministrazione ogni volta che proceda all'accertamento della sussistenza di usi civici su beni già oggetto di disposizione, c'è da chiedersi se possa dirsi lo stesso quando vi sia stata (in ipotesi, da parte dell'acquirente, e per esso del notaio) una formale istanza di accesso agli atti, volta a conoscere se risultassero avviati procedimenti finalizzati all'accertamento circa la sussistenza di un vincolo di uso civico del fondo interessato.

---

[136] M. TOGNA, *La cognizione dell'esistenza degli usi civici: trasparenza della Pubblica Amministrazione, diligenza della parte e ruolo del notaio …*, segn. pp. 113-114: «appare utile al proposito richiamare l'attenzione su alcuni caratteri essenziali che dottrina, prassi e giurisprudenza hanno individuate nell'istanza di accesso.

L'istanza di accesso, innanzitutto, non riguarda necessariamente documenti già formati, ma può ben essere rivolta anche a conoscere se un qualsiasi procedimento sia stato avviato e a che punto di attuazione esso sia: dunque, anche a conoscere se siano state poste in essere attività istruttorie o meramente preparatorie che non abbiano ancora dato origine ad un documento consultabile od ostensibile.

Ancora, l'istanza di accesso non riguarda solo atti dell'Amministrazione destinataria dell'istanza, ma anche atti formati da alter Amministrazioni o da private e detenuti dall'Amministrazione destinataria.

Può chiedersi, allora, se non possa valere a superare, almeno in parte, gli effetti perversi della singolare difficoltà di cognizione di cui parliamo il qualificare l'acquirente del fondo suscettibile di rivelarsi soggetto ad uso civico (nonché ogni successivo avente causa) come obbligatorio desinatario della comunicazione di avvio del relative procedimento di accertamento, ai sensi e per gli effetti dell'art. 7 della legge n. 241/1990».

ISSN 2036-7821

Orbene, pare proprio che, in una simile ipotesi, l'Amministrazione sarebbe tenuta a verificare e comunicare lo stato del procedimento, sicché, in difetto di tale riscontro (ovvero in presenza di un riscontro negativo o infedele), il professionista potrebbe quanto meno opporre, in sede di responsabilità disciplinare *ex art.* 28 della legge notarile, l'assenza dell'elemento soggettivo della fattispecie, … E, probabilmente (ma qui si esce dalla logica dei principi del procedimento amministrativo …), in sede civile tanto iI privato quanto il notaio potrebbero far valere un particolare affidamento nella commerciabilità del fondo»[137].

A questa stregua:

se, alla luce del convincimento dal quale muove la Consulta nel corso degli ultimi anni, la sopravvivenza di quelle vere e proprie vestigie giuridiche che sono i vincoli di uso civico, con le notevoli limitazioni delle posizioni soggettive dei cittadini che ne seguono, sia oggi giustificabile non solo e non più in funzione della tutela dell'economia di sussistenza agro-pastorale cui erano all'origine funzionali, ma piuttosto in funzione della difesa dell'ambiente (che si assume e si predica connaturata alla struttura stessa dei vincoli di uso civico);

«inquadrare le indagini circa l'eventuale esistenza di vincoli di uso civico *anche* quale esercizio del diritto di accesso alle informazioni ambientali, … potrebbe conferire a tali indagini una particolare forza di penetrazione (e, di riflesso, potrebbe aiutare il privato e il professionista ad offrire, nelle sedi necessarie, la prova della propria diligenza).

Di più: le particolari esigenze di trasparenza cui la Pubblica amministrazione è soggetta quando sia chiamata ad intervenire a tutela dell'ambiente dovrebbero fungere, a questo punto, da chiave interpretativa nel bilanciamento tra l'interesse pubblico preminente alla tutela dell'ambiente (nella sua forma di paesaggio, per quanto riguarda gli usi civici) e l'interesse, parimenti pubblico, alla libertà e sicurezza della circolazione dei beni.

… Anche la valutazione della legittimità costituzionale ed eurounitaria della disciplina positiva degli usi civici, andrebbe condotta, di volta in volta e nel caso concreto, in modo da far ritenere giustificato il sacrificio delle posizioni soggettive degli acquirenti di beni gravati da usi civici *solo e soltanto* nella misura in cui ciò sia *effettivamente* funzionale alla difesa dell'ambiente, e non più quando il sacrificio si riveli eccessivo rispetto allo scopo»[138].

Il che consente di superare certa espressione aprioristica del 'diritto vivente', in nome di una riqualificazione del dato 'positivo' alla luce di quel 'razionalismo critico' che, mediante la logica 'operazionale' (di costi/benefici), attualmente rappresenta il più

[137] M. TOGNA, *La cognizione dell'esistenza degli usi civici: trasparenza della Pubblica Amministrazione, diligenza della parte e ruolo del notaio …*, segn. p. 115.

[138] M. TOGNA, *La cognizione dell'esistenza degli usi civici: trasparenza della Pubblica Amministrazione, diligenza della parte e ruolo del notaio …*, segn. pp. 116-117.

ISSN 2036-7821

avanzato paradigma generale dell'operazione ermeneutica[139]. Nello specifico, ovviando ad una anacronistica concezione: tanto dell''uso civico', per risolverlo in un vincolo di destinazione, con un'interpretazione poietica dell'antica disciplina, che imprigiona il fine del medesimo al mezzo dell'inalienabilità; quanto della 'nullità', quale assoluta inqualificazione della fattispecie (di fatto irrilevante sul piano giuridico), per configurarla come criterio di qualificazione negativa, nel controllo di garanzia degli interessi perseguiti dalle parti rispetto ai valori fondamentali che un ordinamento storicamente definito intende tutelare, per cui la produzione di effetti giuridici degli atti nulli resta nella disponibilità del diritto oggettivo che può ritenere (tempo per tempo) efficaci quelle negoziazioni non più in contrasto insanabile con i valori formali e sostanziali del sistema. Così da scongiurare, alla luce della logica del 'tipo normativo' di problema, effetti sproporzionati (*quod nullum est nullum effectum producit*) nell'ottica di una valutazione comparativa degli interessi da tutelare: si pensi alle ipotesi di rogiti notarili di trasferimento di terreni gravati da usi civici, perfezionati nell'incolpevole ignoranza del vincolo, seguiti da provvedimenti di 'sclassificazione' o di trasferimento dell'uso su altri fondi appartenenti al Comune; anche per le implicazioni in via derivata. Alpiù, configurandosi, in seno ad una nullità 'virtuale', un'inefficacia per impossibilità relativa dell'oggetto (dunque, un diverso rimedio da valutare alla luce di una interpretazione funzionale, sistematica ed assiologica).

[139] Tale paradigma: rivelati i limiti del metodo induttivo, predica la consapevolezza delle conseguenze alle quali conduce (stante la connessione complessiva di ogni divenire) l'impiego di mezzi pur soggettivamente "adeguati" (logica "operazionale" dei costi/benefici); per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell'esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle "teorie rivali", onde condurre all'emersione degli errori ("falsificazione", come anticipato in esordio) ed alla loro eliminazione.

Cfr.: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, p. 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, p. 59 s.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Sorte del contratto pubblico stipulato a valle in caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione e del bando di gara: è davvero possibile la "correzione" del contratto ad opera delle parti?

di Gerardo Soricelli

(Professore a contratto presso l'Università Telematica Unicusano)

Sommario

1- L'approdo della Cassazione civile sez. I – 18 novembre 2024, n. 29573: Il punto centrale della sentenza concerne la sorte del contratto di appalto stipulato a valle dopo che gli atti di gara sono stati annullati; 2-Sorte del contratto pubblico e giustizia contrattuale: quale futuro?-3-Una conclusione.

Abstract

This essay addresses the issue of judicial annulment of a tender notice for the purpose of automatically terminating the subsequent contract. More specifically, the issue arises at the crossroads of the relationship between public administration and administrative judges regarding the declaration of invalidity of a contract, which does not automatically follow the annulment of the award. In a context characterized by the public/private partnership, the issue of the relationship between the annulment of the tender notice and the outcome of the resulting public contract arises from the perspective of verifying the concrete powers of the contracting authority in shaping the contract's content, in relation to the weight and relevance of the concrete public interest to be achieved.

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

1. L'approdo della Cassazione civile sez. I – 18 novembre 2024, n. 29573: Il punto centrale della sentenza concerne la sorte del contratto di appalto stipulato a valle dopo che gli atti di gara sono stati annullati.

Uno dei possibili punti di partenza della riflessione su un tema intrigante, quanto complicato e denso di sfaccettature, può essere la nota pronuncia della Cassazione civile sez. I – 18/11/2024, n. 29573, la quale, in tema di appalti pubblici, ha stabilito che "l'annullamento in sede giurisdizionale del bando di gara non comporta la caducazione automatica del contratto conseguentemente stipulato, dovendo il giudice valutare, ai fini della relativa decisione, la tipologia e la gravità della violazione che ha dato luogo all'invalidità."[1] L'intervento recente della Cassazione, accolta con favore da parte della dottrina, [2] è — come si diceva — un punto di partenza, per certi versi imprescindibile, al fine di aggiornare il quadro attuale in tema di sorte dei contratti pubblici a seguito dell'annullamento degli atti di gara e di giustizia contrattuale, posto che essa si è incanalata in una direzione opposta rispetto ad una serie di decisioni intervenute negli ultimi lustri, di cui si darà conto nel prosieguo. In altre parole, occorre premettere, per meglio comprendere il panorama creatosi attorno al problema sopracitato, un breve excursus diacronico delle principali tesi dottrinali e giurisprudenziali (annullabilità, nullità, caducazione automatica e inefficacia sopravvenuta) come tappe di un percorso evolutivo disomogeneo.[3] L'orientamento che afferma l'annullabilità del contratto si presenta complesso e variamente articolato. Secondo alcune pronunce il contratto sarebbe annullabile per vizio del consenso nella formazione della volontà ex art. 1427 c.c.; secondo altre l'annullabilità deriverebbe dal difetto di capacità a contrarre ; secondo altre ancora, l'annullabilità deriverebbe da difetto di legittimazione negoziale. [4] Il primo orientamento ammetteva solo una possibilità di annullamento del contratto ex art. 1441 c.c. , subordinata all'iniziativa della sola amministrazione e, perciò, nei fatti del tutto improbabile.

Gli argomenti a sostegno dell'annullabilità del contratto seguivano sostanzialmente criteri civilistici fondati sulle patologie genetiche del contratto. In primis, si evocava il fatto che "in tema di vizi concernenti l'attività negoziale degli enti pubblici, sia che si riferiscano al processo di formazione della volontà dell'ente, sia che si riferiscano alla

[1] Cass.civ. Sez.1, 18 novembre 2024, n.29573 in *Giustizia Civile Massimario 2025*

[2] M.GENOVESE, *Cosa succede al contratto di appalto stipulato a valle se gli atti di gara vengono annullati?* Nota a: Cassazione civile , 18 novembre 2024, n.29573, sez. I in *Diritto & Giustizia,* 216, 2024, 2 e ss

[3] S.VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria* in *Dir. proc. amm.*,1/2015, 255 e ss

[4] S.S.SCOCA, *Aggiudicazione e contratto: la posizione dell'Adunanza plenaria,* in Nota a: Consiglio di Stato ad. plen. , 30 luglio 2008, n.9 in *Foro amm. CDS*, 12, 2008, 3286; ID., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali,* Milano, 2008; M. RAMAJOLI, *Il processo in materia di appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale, in Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa,* a cura di G. Greco, Milano, 2010, 121 ss. e, della stessa Autrice, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?*, in *Giustamm.it*, 2011.

fase preparatoria ad essa precedente, il negozio comunque stipulato è annullabile ad iniziativa esclusiva dell'ente pubblico, salvo che non sia ravvisabile un vizio di straripamento di potere, nel qual caso il contratto è nullo."[5] In altre pronunce emergeva l'incapacità legale a contrarre della pubblica amministrazione ex art. 1425 c.c.[6], mentre l'orientamento dottrinale di inizio secolo convergeva unanimemente sull'annullabilità del contratto come difetto di legittimazione negoziale. In particolare, "l'organo della pubblica amministrazione abilitato a manifestarne la volontà, che abbia concluso una controversia negoziale senza che sia stato, in tutto o in parte, esaurito il procedimento amministrativo diretto alla formazione della volontà dell'amministrazione, manca di legittimazione a contrarre e, quindi, del potere di assumere obbligazioni verso i terzi; il difetto di tale presupposto determina l'annullabilità del contratto, che può essere fatta valere dalla p.a., nel cui esclusivo interesse sono prescritte le formalità omesse."[7] Nonostante tali soluzioni dogmatiche, tuttavia, rimanevano problemi applicativi e teorici di non poco conto sull'ammissibilità delle teorie civilistiche sui vizi genetici del contratto, posto che tali interpretazioni miravano ad assolutizzare la tutela dell'interesse pubblico nelle procedure ad evidenza pubblica, nonché a riservare la legittimazione a richiedere l'annullamento del contratto alla stessa pubblica amministrazione. Ciò frustrava "ogni possibilità, per il concorrente illegittimamente pretermesso, di ottenere una pronuncia sul contratto anche qualora abbia già ottenuto giudizialmente l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, con la conseguenza che l'amministrazione diventa « arbitro della sorte del contratto »[8] Inoltre, l'Unione europea introduceva negli Stati membri i primi embrioni sulla procedura ad evidenza pubblica, funzionalizzata alla protezione di valori pro-concorrenziali e di buon andamento e di imparzialità."[9] Di conseguenza, la giurisprudenza amministrativa elaborò interpretazioni alternative del rapporto tra annullamento

[5] Cass.sez. II, 08 maggio 1996, n.4269 in *Giust. civ. Mass.* 1996, 689. In dottrina, è stata proposta un tesi innovativa sulla specialità della nullità in materia di contratti pubblici. Infatti, secondo F.G.SCOCA, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo* in *https://www.nuoveautonomie.it/wp-content/uploads/2021/07/1-2021-8.-Scoca.pdf* , 154, "A me sembra, ma si tratta di una semplice intuizione, che la disciplina della nullità, di cui alla legge sul procedimento e al c.p.a., riguardi, come d'altronde è espressamente previsto, soltanto la invalidità del provvedimento, o, con più precisione, l'attività amministrativa di diritto pubblico; e non riguardi la invalidità dei contratti stipulati dall'amministrazione, e (forse) nemmeno l'invalidità degli accordi, ai quali «si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili»"

[6] Cass., sez. I, 28 marzo 1996 n. 2842, in *Foro it.*, I, 1996, 2054 ss

[7] Cass., sez. II, 21 febbraio 1995 n. 1885, in *Mass. Foro it.*, 1995

[8] S.VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria,* cit., 256

[9] F. CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2003, par. 2: « La disciplina sull'evidenza pubblica non è preordinata a tutelare solo l'interesse dell'amministrazione appaltante, ma è presidio di interessi collettivi e di un equilibrato assetto del mercato comunitario e nazionale ». S.VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria,* cit., 257 e ss

dell'aggiudicazione e sorte del contratto. Una delle prime tesi proposte è stata quella della nullità assoluta ex art. 1418 c.c.: la nullità del contratto conseguiva all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione. Tale forma di invalidità assumeva la qualifica di nullità strutturale e di nullità virtuale. Nella prima prevaleva la mancanza originaria del consenso dell'amministrazione al vincolo negoziale che è uno dei requisiti essenziali del contratto ex art. 1418 c.c.[10] Nella seconda prevaleva la "violazione di norme attinenti alla fase di scelta del contraente che nei procedimenti di formazione dei contratti ad evidenza pubblica è regolata da norme di diritto pubblico di tipo imperativo" [11]. Qui non è dunque richiesto che la sanzione di nullità sia testuale ma può essere anche soltanto virtualmente contenuta nel sistema, in questo caso nel sistema dei contratti pubblici. Il negozio nullo è come se non fosse mai esistito ed è un puro *quid facti* e le conseguenze giuridiche che ne possono derivare (es responsabilità) sono legate ad un puro fatto al quale l'ordinamento giuridico non riconosce le conseguenze normali della fattispecie negoziale. [12]Anche la tesi della nullità, contenendo conseguenze rilevanti come l'imprescrittibilità dell'azione, l'insanabilità d'ufficio, la natura dichiarativa giudiziale della nullità, fu ritenuta oltremodo favorevole per i privati lesi dall'esercizio illegittimo del potere, e, nel contempo, sfavorevole per l'amministrazione e per l'operatore economico aggiudicatario.[13] Si doveva trovare un meccanismo "dogmatico"di comunicazione tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto più snello e meno ancorato alle prescritte rigidità di sistema. [14]In funzione di superamento delle citate obiezioni e difficoltà, emerse successivamente, per merito della giurisprudenza amministrativa, la c.d. tesi della « caducazione automatica »(20), che affrancandosi dalla teorie tradizionali delle patologie dell'atto giuridico di origine civilistica, ricollegò all'annullamento dell'aggiudicazione l'inefficacia del contratto con effetti *ex nunc*, senza che fosse necessaria una decisione costituiva in tal senso, ma solo una pronuncia dichiarativa. In realtà, al pari della mancanza dell'intera fase dell'evidenza pubblica, l'annullamento in via retroattiva segnava la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto che, di conseguenza, restava privo dei suoi effetti giuridici.[15] Così, la questione della sorte

[10] Cass., sez. III, 09 gennaio 2002, n.193 in *Dir. e prat. soc.* 2003, 4, 89

[11] Cons.st. sez. V, 05 marzo 2003, n.1218 in *Riv. amm. appalti* 2003, 78 (s.m)

[12] A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile. Cinquantesima prima edizione a cura di Stefano Delle Monache, Giuseppe Trabucchi, Stefano Troiano, Mauro Tescaro*, Milano, 2024, 258

[13] ID., *Op. cit.*, 257 e ss dove si afferma che "si consideri anche che la relativa azione dichiarativa, essendo imprescrittibile ex art. 1422 c.c., rischierebbe di frustrare fortemente il principio della certezza dei rapporti giuridici, ben potendo essere pronunciata anche a distanza di molto tempo con conseguente esposizione del contratto al pericolo di essere travolto con effetto retroattivo."

[14] Su tutti, per la dottrina, si veda, E. MORLINO, *I contratti pubblici* in Luisa Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito, seconda edizione*, Bologna, 2012, 254 e ss

[15] E. MORLINO, *I contratti pubblici* in Luisa Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*,cit., 254 e ss; Cons.st.sez. VI, 05 maggio 2003, n.2332 in *Dir. proc. amm.* 2004, 177 (nota di: GOISIS)

del contratto derivante dall'annullamento dell'aggiudicazione fu inquadrata non più nell'area dell'invalidità, bensì solamente in quella dell'inefficacia. Su questa linea venne inaugurata la tesi dell'inefficacia sopravvenuta relativa con salvezza dei diritti dei terzi in buona fede," la quale si basa sull'assunto che il venir meno di uno degli atti di gara produca quale effetto il privare la stazione appaltante, con effetto retroattivo, della legittimazione a negoziare. In sostanza, l'organo amministrativo che ha stipulato il contratto, una volta che viene a cadere uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'amministrazione, come la deliberazione a contrattare, il bando o l'aggiudicazione, si trova nella condizione di aver stipulato injure, privo della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi".[16] Prima dell'adozione della direttiva 07/66/CE, quindi, le differenti interpretazioni e l'assenza di una posizione univoca da parte degli organi giurisdizionali portavano a un panorama giuridico difficile da comprendere .Con l'arrivo di questa normativa europea, si cercò di introdurre maggiore ragionevolezza e chiarezza, attribuendo *ex novo* alla giurisdizione del giudice amministrativo la competenza sui contratti di appalto. Questo intervento legislativo contribuì a definire meglio i limiti e le responsabilità del potere giudiziario nell'ambito degli appalti pubblici. Il nuovo potere che il giudice amministrativo ha acquisito, in virtù delle novità normative introdotte e del codice del processo amministrativo, è quello di poter dichiarare l'inefficacia del contratto in una serie di ipotesi previste agli artt. 121 e 122 del citato codice. La questione dell'«inefficacia» del contratto nel contesto del diritto amministrativo, in particolare quello italiano, è complessa e richiede un'attenta analisi delle norme vigenti e delle loro implicazioni pratiche. La «direttiva ricorsi» 07/66/CE, sottolinea il concetto di «privazione di effetti». Questa espressione delinea un linguaggio più descrittivo e processuale. Per tale direttiva " un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerata in linea di principio, priva di effetto, tuttavia la carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo". L'adozione di terminologie generiche come «privazione di effetti» indica che tali norme non intendono esprimere un giudizio definitivo sulla natura e la sostanza dell'inefficacia, ma piuttosto si concentrano sulle conseguenze relative al processo. Questo approccio lascia spazio a diverse interpretazioni, potenzialmente incasellabili in categorie civilistiche o considerate come situazioni «sui generis», ma mantenendo un focus su come le decisioni giuridiche influenzano gli effetti del contratto."[17]

[16] Cfr. S.VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria,* cit., 258 e ss; Cons.st. sez. IV, 27 ottobre 2003, n.6666 in *Dir. proc. amm.* 2004, 178 (nota di: GOISIS)

[17] Cfr. ID. , *Op. ult cit*., 259 e ss; Cons.st. sez. IV, 27 ottobre 2003, n.6666, cit.

La difficoltà di inquadramento dell'intero rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione illegittima e sorte del contratto prende le mosse da alcune sentenze della Cassazione che riconducevano il tutto all'esecuzione del contratto e, quindi, ad una disciplina civilistica vera e propria, attribuita alla competenza del giudice ordinario. Infatti, la Cassazione ha affermato che " Spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta a conseguire tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia, ovvero l'annullamento, del contratto di appalto pubblico di servizi a seguito dell'annullamento della delibera di scelta del contraente privato, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, giacché in ciascuno dei casi anzidetti la controversia non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta del contraente, ma il successivo rapporto di esecuzione del contratto derivante dalla sua stipulazione e rispetto al quale gli interessati invocano l'accertamento di un aspetto patologico al fine di impedirne l'adempimento. Ne consegue, per un verso, che i predetti interessati esibiscono, al riguardo, situazioni giuridiche soggettive aventi consistenza di diritti soggettivi e che, per altro verso, si postula una verifica, da parte del giudice, di conformità alla normativa positiva delle regole in base alle quali l'atto negoziale è sorto ovvero è destinato a produrre i suoi effetti tipici."[18]

In sintesi, il passaggio della competenza dal giudice ordinario al giudice amministrativo fu l'effetto della possibile inclusione dell'intera fattispecie nella procedura ad evidenza pubblica. Ciò significa che l'effetto del potere conferito al giudice amministrativo attraverso il Codice del processo amministrativo si traduce in una gestione più flessibile e pragmatica delle controversie relative ai contratti pubblici, permettendo una revisione delle assegnazioni, senza dover necessariamente ricorrere a classificazioni rigide. La sfida, pertanto, è quella di interpretare e applicare queste norme in modo da garantire il rispetto della legalità e dell'efficienza, evitando, nel contempo, ambiguità interpretative che potrebbero pregiudicare la certezza del diritto. Pertanto, l'incasellamento della proposizione annullamento aggiudicazione- inefficacia del contratto sfuggiva sicuramente ad un inquadramento genetico all'interno delle categorie impostate sulle patologie civilistiche del contratto, per orientarsi ad un inserimento sostanzial-processuale, di origine dinamico rispondente alla pienezza ed effettività degli istituti del codice del processo amministrativo. La dottrina, infatti, ben consapevole di tali difficoltà ermeneutiche, ha affermato che" Una riflessione dogmatica su questa categoria d'inefficacia contrattuale contenuta nelle nuove disposizioni sul rito appalti non è una mera speculazione teorica sterile. Visto lo stretto intreccio esistente tra le questioni processuali dei poteri del giudice in *subiecta materia* e il problema della natura giuridica sostanziale di detta inefficacia, è consigliato indagare ogni possibile percorso ricostruttivo per comprendere se, dietro all'apparente timidezza della scelta

[18] Cass. civ. Sez. Un., 18 luglio 2008, n.19805 in *Foro amm. CDS* 2008, 10, 2657

del legislatore si nasconda una particolare ipotesi ricostruttiva anche in senso civilistico, oppure se quest'inefficacia ex artt. 121 e 122 c.p.a. sia un'ipotesi totalmente a sé stante, sui generis e volutamente elastica e generica."[19] Sta di fatto che tali articoli stabiliscono il potere del giudice amministrativo di annullare l'aggiudicazione o gli affidamenti senza bando di cui al comma 2 dell'articolo 120 e dichiarare l'inefficacia del contratto nei casi tassativamente indicati nell'art. 121 c.p.a. e negli casi nei quali il giudice decida discrezionalmente sulla dichiarazione di inefficacia del contratto "tenendo conto in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto….". In base a tali osservazioni si puo' ritenere che la sorte del contratto costituisca una vicenda separata dalla procedura ad evidenza pubblica, e che nell'esame della vicenda entrino molteplici situazioni di fatto alla vicenda dell'annullamento, e sono determinati "dal modo e dal tempo in cui l'annullamento viene pronunciato." La vicenda di diritto sostanziale si incentra sulla eventuale mancata produzione di effetti giuridici del contratto e non sulla genesi del contratto e sulle sue patologie, la cui vigenza e la determinazione del suo contenuto è comunque rimessa alla volontà delle parti, amministrazione aggiudicatrice e operatore economico aggiudicatario. Si è scelta la generica sanzione dell' "inefficacia" del contratto stipulato in esito ad una aggiudicazione invalida, da dichiararsi ad opera del giudice amministrativo "pur sempre lasciando ampi spazi all'efficacia e non retroattività di quegli effetti" .[20]Gli artt. 121 e 122 c.p.a. lasciano libertà negoziale alle parti, definendo implicitamente il modo in cui si affrontano le questioni legate ai contratti, tenendo sempre presente gli interessi reali delle parti coinvolte. In pratica, quando si deve decidere sul destino di un contratto, bisogna considerare quali sono gli interessi effettivi di ciascuno in quel momento specifico. Anche se, in teoria, si può pensare che gli interessi siano sempre gli stessi, in realtà, nella pratica, possono cambiare e presentarsi in modo diverso a seconda delle circostanze. È un approccio che consente quell'equilibrio contrattuale tra interessi delle parti che deve sempre esistere nelle situazioni concrete. Si tratta di una vicenda che va risolta tenendo conto degli interessi effettivi delle parti coinvolte, quali essi si presentano al momento in cui diventa attuale la decisione sulla sorte del contratto; interessi che, se possono ipotizzarsi costanti in

[19] ID, *Op. ult. cit.*, 268

[20] Cass., S.U., 28 ottobre 2021, n. 30580 in *Guida al dir*. 2022, 3; al riguardo, più in generale, Cons. st., sez. IV, ord. 21 maggio 2004, n. 3355, in *Foro it*., 2005, III, 549, nella quale si stabilisce che"

il problema "rivela profili di estrema complessità per l'evidente commistione di aspetti pubblicistici e privatistici ravvisabili nella sequenza che connette la fase procedimentale di scelta del contraente a quella, propriamente negoziale, della conclusione dell'accordo"; il problema "ha impegnato per anni dottrina e giurisprudenza che hanno immaginato e sostenuto soluzioni estremamente diverse tra loro e tentato itinerari ricostruttivi dagli esiti molto distanti".

astratto, nel senso che a ciascuno dei protagonisti si può attribuire sempre l'interesse ad una determinata soluzione, in concreto possono presentarsi in modo diverso.[21]

Come giustamente affermato in dottrina " In teoria, l'amministrazione potrebbe voler che il contratto venga portato a termine, così da soddisfare l'interesse pubblico che sta alla base di quel contratto. Tuttavia, in alcune situazioni concrete, potrebbe anche essere nel suo interesse annullare il contratto esistente e stiparne uno nuovo con un altro aggiudicatario. Quindi, anche se in astratto potrebbe sembrare che l'amministrazione preferisca proseguire con il contratto originale, nella realtà le sue decisioni possono variare a seconda delle circostanze specifiche."[22] La sorte del contratto deve rispondere alle norme specifiche che lo riguardano e in assenza di esse, a quella generale fissata dal codice civile. Tenuto conto che l'annullamento dell'aggiudicazione è mutevole in concreto e assai complessa, la dichiarazione di inefficacia del contratto va comunque inquadrata ed interpretata alla luce dei diversi interessi che in concreto esprimono le parti del contratto pubblico. L'annullamento dell'aggiudicazione dovrebbe essere visto come un evento esterno al contratto, qualcosa che succede dopo e che non fa parte direttamente dell'accordo stesso. Questo evento, una volta avvenuto, dà alle parti contrattuali la possibilità di riconsiderare e, se necessario, modificare i propri interessi e le proprie posizioni. In altre parole, l'annullamento non è solo una decisione interna alla procedura ad evidenza pubblica ma un fatto esterno al contratto e sopravvenuto ad esso che permette di rivedere e ridefinire gli interessi delle parti coinvolte, creando così la possibilità di un nuovo equilibrio.[23] Ciò è testimoniato dalla giurisprudenza, secondo la quale "l'annullamento in sede giurisdizionale del bando di gara non comporta la caducazione automatica del contratto conseguentemente stipulato, dovendo il giudice valutare, ai fini della relativa decisione, la tipologia e la gravità della violazione che ha dato luogo all'invalidità."[24] Ne deriva che per la giurisprudenza

[21] F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto* in *www. giustamm.it.*, 1/2007, 9

[22] ID., *Op. ult. cit.*,10

[23] ID., *Op. ult. cit*, 11

[24] Cass.civ. Sez.1, 18 novembre 2024, n.29573, cit.,. Sullo stesso tenore, Cass. civ. sez. un., 28 ottobre 2021, n.30580 cit., , secondo la quale, in massima, sia pure sotto un profilo strettamente processualistico "E' competente il giudice ordinario relativamente al pagamento delle prestazioni rese in esecuzione di un contratto di appalto annullato d'ufficio". Di rilevante interesse è Tar Firenze, (Toscana) sez. II, 22 marzo 2004, n.796 in *Foro amm. TAR 2004, 672* secondo la quale, "spetta al giudice amministrativo la cognizione non solo delle controversie relative alla fase di scelta dell'aggiudicatario dell'appalto, ma anche in ordine alle conseguenze che strettamente discendano dalle decisioni giurisdizionali assunte in merito alle controversie involgenti la fase - connotata dall'esercizio di potestà autoritativa da parte dell'amministrazione procedente - della selezione pubblica, in prima battuta sulla validità del contratto nel frattempo stipulato dall'amministrazione medesima sulla scorta degli atti della procedura di gara poi annullati in sede giudiziale. Tale scrutinio del giudice amministrativo non coinvolge atti relativi alla fase di esecuzione dell'appalto, scrutinio che resta affidato al giudice ordinario ma la esclusiva validità di un atto (il contratto) che, seppure riferibile a posizioni delle parti estranee al binomio potere-interesse legittimo, per essere al contrario collegate a posizioni di diritto soggettivo tra contraenti vede detta validità (intesa in senso ampio e non con riferimento alle singole clausole) direttamente dipendere dal legittimo svolgimento della prodromica fase di scelta, che connota indefettibilmente il momento di formazione dell'accordo negoziale."

amministrativa la decisione sulla sorte del contratto spetta, ai sensi degli articoli 121 e 122 c.p.a., al giudice che abbia annullato l'aggiudicazione; in mancanza della statuizione del giudice sulla sorte del contratto, malgrado l'annullamento giudiziale degli atti di gara e dell'aggiudicazione, il contratto rimane efficace, salve le determinazioni assunte dall'amministrazione successivamente ed in conseguenza di tale annullamento. [25]Anche nei casi di "gravi violazioni" la dichiarazione di inefficacia del contratto non consegue automaticamente all'annullamento dell'aggiudicazione, in quanto quest'ultima determina solo la costituzione del potere del giudice di valutare se il contratto, in base ai criteri posti dal legislatore, debba o meno continuare a produrre effetti.[26].,. Infatti, la Direttiva 2007/66/CEE si riferisce, in modo generico, agli Stati membri, affinché prevedano che l'organo di ricorso indipendente dall'ente aggiudicatore abbia la facoltà di non considerare un contratto privo di effetti, sebbene lo stesso sia stata giudicato illegittimamente.

Ciò significa che gli Stati membri devono applicare il principio stabilito dalla Direttiva n. 66 del 2007, a prescindere dall'organo giurisdizionale nazionale che funge da "organo di ricorso indipendente".

È del tutto indifferente, allora, ai fini della applicazione della direttiva quale sia il plesso giurisdizionale che provvede all'annullamento della gara; ciò che conta è che gli effetti della gara - e segnatamente i contratti stipulati a valle - non siano caducati automaticamente.[27]

Sotto questo profilo, l'inefficacia del contratto pronunciata dal giudice, secondo me, non impedisce alle parti di trovare soluzioni negoziali tese alla rimodulazione delle prestazioni contrattuali, posto che non si deve finire "per assegnare alla giustizia il primato assoluto sull'amministrazione, se si riassorbe l'azione amministrativa in quella giurisdizionale, permettendo al giudice amministrativo di svolgere un ruolo organico che non gli compete e di sviluppare, con forme giuridiche più o meno artificiose, un modello adulterato di giustizia amministrativa, in grado di servire soluzioni amministrative incontestabili"[28]. La legislazione attuale sulla disciplina dei contratti pubblici (D.lgs n. 36/2023) si è sviluppata proprio sul medesimo percorso, eliminando ogni automatismo tra annullamento dell'aggiudicazione e contratto successivo, e concedendo al giudice amministrativo il potere di modulare le sorti del contratto a valle. Questo non impedisce alle parti, stante la valenza "costituzionale"

[25] Cons. st., sez. V, 15 settembre 2022, n. 8011 in *Redazione Giuffrè 2023;* Cons. st., Sez. IV, ord. 21 maggio 2004, n. 3355, cit.

[26] . Cass.civ. Sez.1, 18 novembre 2024, n.29573, cit

[27] Cass.civ. Sez.1, 18 novembre 2024, n.29573, cit.,.

[28] Sull'argomento della sorte del contratto successivamente all'annullamento dell'aggiudicazione illegittima, e, più in generale, dell'annullamento di ogni altro atto delle procedura ad evidenza pubblica, la letteratura scientifica è sterminata. Ci si riferisce ai saggi più importanti come G.ROMEO, *Aggiudicazione e contratto: un tentativo fallito di pubblicizzare il contratto* in *Dir.proc. amm.*, 4/2008, 1033; M. SILVESTRI, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir.proc.amm.*, 2017, 927 ss

dell'autonomia negoziale, di "perfezionare" il contratto stesso per renderlo più aderente alla sua causa concreta. Come è stato giustamente affermato, infatti, il fenomeno del contratto pubblico è complesso e ricco di sfumature in quanto combina elementi sia pubblicistici che privatistici, rendendo difficile una definizione univoca. Inoltre, il contratto non è l'atto conclusivo di tutta la procedura di evidenza pubblica, che comprende vari passaggi e controlli prima di arrivare alla firma. Tuttavia, la situazione è chiaramente diversa quando si parla dell'articolo 11 della legge n. 241/1990, che disciplina aspetti specifici relativi alla conclusione di determinati procedimenti amministrativi con strumenti negoziali alternativi al potere autoritativo dell'amministrazione. Quindi, in generale, il contratto pubblico non conclude automaticamente il procedimento di evidenza pubblica, ma si inserisce in un contesto più ampio e articolato e assume un suo valore autonomo, dove l'interesse pubblico e quello privato individuale non possono non essere presenti in una sorta di sintesi funzionale a conclusione della procedura pubblicistica di che trattasi.[29]

2. Sorte del contratto pubblico e giustizia contrattuale: quale futuro?

Ritornando alla sentenza nella cui massima si evince la violazione delle norme ad evidenza pubblica del bando di gara non insanabili e non incidenti sul contratto finale, è da rilevare come la diffusione dello strumento contrattuale imponga una rilettura del diritto dei contratti pubblici. Del resto, non si è in presenza di una nullità

[29] ID., *Op. ult. cit*., 1039**;** A**.** DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1995, p. 5 ss. Si legga la critica di G.D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. e dir. priv*., 2019, p. 1 ss. Cons. st., Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666,,cit.. Sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento di un atto della procedura ad evidenza pubblica, si veda, , F. CINTIOLI, Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico, consultabile in www.giustizia-amministrativa.it; S. VARONE, L'invalidità contrattuale nella dialettica fra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, in Foro amm., C.d.S., 2003, 1648 ss; S. VALAGUZZA, Illegittimità della procedura pubblicistica e sue interferenze sulla validità del contratto, in Dir. proc. amm., 2004, 309; V. LOPILATO, Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali, in Foro amm.-TAR, 2006, 1519 ss., spec. 1536 ss; F. GOISIS, In tema di conseguenze sul contratto dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione conclusivo di procedimento ad evidenza pubblica e di giudice competente a conoscerne, in Dir. proc. amm., 2004, 261; V.CERULLI IRELLI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm*.,2002, 1197; F. SATTA, L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto, in Dir. amm., 2003, 645 ss; M. MONTEDURO, Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto di appalto ex art. 1418, comma 1, c.c.: una radicale della giurisprudenza tra luci ed ombre, in Foro amm., TAR, 2002, 2601; G. CORAGGIO, Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima, in Dir. proc. amm., 2003, 777 ss; P.CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto,* in *Giorn. dir. amm*., 2004, 22; G.GRECO, *Poteri amministrativi ed esecuzione del contratto (tra diritto nazionale e diritto dell'unione europea)* in *Riv. Ital. di dir. pubbl. comun. Comunitario,* n.1/2022, 1; S.S. SCOCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento* in *Dir.proc.amm*., 4/2012, 1397; E. STICCHI DAMIANI, *Brevi note in tema di annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto: i poteri del giudice alla luce del codice del processo amministrativo*, in *www.ius-publicum.com*, 2012, 18; ID., *La « caducazione » del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del Codice degli appalti,* in *Foro amm.-Tar,* 2006, 3725; A. SCACCHI, *Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul susseguente contratto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 2009, 1514; S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008; M. RAMAJOLI, *Il processo in materia di appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale, in Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa,* cit., 121 ss

ISSN 2036-7821

del contratto a valle, in quanto, anche per la dottrina, oltre che per la lettera della norma, trattasi di modulazione della "efficacia" del contratto successivo alla aggiudicazione annullata che spetta, in ultima analisi, alle parti, proprio ai fini manutentivi del contratto e per la salvaguardia della volontà delle parti stesse. il principio cardine della libertà negoziale, infatti, non può essere disconosciuto e gli interventi del giudice sull'atto si devono intendere eccezionali (« in conclusione, il giudizio di "immeritevolezza" di cui è menzione nell'art. 1322 c.c. non può mai trasformarsi in una magica porta di Ishtar attraverso la quale veicolare un inammissibile intervento del giudice sulla convenienza dell'affare ») [30]

Sembra che le sezioni unite[31] abbiano voluto riaffermare il valore dell'autonomia negoziale, contrastando approcci precedenti che ponevano un forte accento sul controllo di meritevolezza dei contratti. Questo cambio di direzione potrebbe rappresentare un significativo passo avanti per garantire maggiore libertà alle parti nella stipulazione dei loro accordi, promuovendo così una cultura contrattuale più flessibile e adattabile alle esigenze delle parti stesse.

Tuttavia, è fondamentale considerare se questo spostamento possa comportare il rischio di una minore tutela per le parti più deboli, soprattutto in quei contesti in cui l'equilibrio contrattuale è già di per sé compromesso. Pertanto, ci si potrebbe interrogare su come bilanciare l'autonomia negoziale con la necessità di garantire equità e protezione nel contratto.[32] In sintesi, l'annullamento della procedura ad evidenza pubblica, pur costituendo il necessario presupposto per le sorti del contratto, deve necessariamente coordinarsi con il rilievo costituzionale, diretto o anche solo indiretto, dell'autonomia contrattuale che si potrebbe ravvisare invece nell'art. 41 Cost., laddove se ne faccia una interpretazione ampia volta a racchiudere nella "libertà d'iniziativa economica" qualsiasi operazione di natura economica

[30] F. ESPOSITO, *Il sindacato giudiziario sull'equilibrio contrattuale: è davvero possibile la correzione del contratto?* in *Riv. trim. dir. e proc . civ.*, 4/2024, 1313, dove si afferma che "È bene ricordare che la libertà negoziale è principio cardine del nostro ordinamento e del diritto dei contratti. L'ordinamento garantisce in egual misura tanto la protezione contro gli abusi di posizioni dominanti, quanto il diritto di iniziativa economica... Non è dunque lo iato tra prestazione e controprestazione che può rendere un contratto "immeritevole" di tutela ex art. 1322 c.c., se quella differenza sia stata in piena libertà ed autonomia compresa ed accettata. La seconda ragione è che lo squilibrio delle prestazioni non può farsi coincidere la convenienza del contratto. Chi ha fatto un cattivo affare non può pretendere di sciogliersi dal contratto invocando « lo squilibrio delle prestazioni ». L'intervento del giudice sul contratto non può che essere limitato a casi eccezionali, pena la violazione del fondamentale principio di libertà negoziale... L'esistenza di tali rimedi esclude dunque la necessità stessa di ricorrere a fantasiose invenzioni circa la "immeritevolezza" d'un contratto che preveda "prestazioni squilibrate"(...) ».

[31] Cass. civ. Sez.un. 22 febbraio 2023, n. 5657 in *IUS Contratti 12 MAGGIO 2023* (nota di: Mastrangelo Domenico); Cass. civ., Sez. I, 30 luglio 2002, n. 11247, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1402; Cass. civ., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 690.

[32] S.PATTI, *Sui problemi relativi alla tutela dei contraenti più deboli ed obblighi di rinegoziazione dei contratti, si veda Il contraente "fragile"* in *Riv. trim. dir.e proc. civ.* , 2/2025, . 229; M.RAMAJOLI, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?*, in www.giustamm.it, 2011, 20; G.SERRA, *Il difficile bilanciamento tra tutela della concorrenza e semplificazione delle procedure ad evidenza pubblica, nel dialogo tra legislatore e giurisprudenza* in *Il diritto dell'economia*» n.1/2021), 201-232

ISSN 2036-7821

(tenuto conto della natura patrimoniale del contratto).[33] Non solo, ma, per stare alla fattispecie di cui alla giurisprudenza della cassazione "nomofilattica"[34] e cioè dell'annullamento del bando di gara illegittimo che non inficia minimamente il contratto finale tale interpretazione giurisprudenziale sottende al fatto che, per superare le inadeguatezze funzionali attinenti al rapporto procedimento ad evidenza pubblica e sorte del contratto conseguenziale, occorrono alcuni e sostanziali interventi correttivi del contratto, diretti alla tutela degli specifici interessi riconducibili ad una determinata qualità dei contraenti che tenga conto delle peculiarità del caso, coordinando gli artt. 121 e 122 c.p.a. con la disciplina generale del contratto e con i principi costituzionali. Ciò posto, risulta chiaro che la sola disciplina del contratti di diritto comune non possa essere meccanicamente applicata ai contratti nei quali una delle parti è la pubblica amministrazione. Le parti stesse, più del giudice, sono spesso in grado di valutare meglio le proprie esigenze e di trovare soluzioni che soddisfino i loro obiettivi specifici, nell'ottica di raggiungere un equilibrio ottimale tra gli interessi in gioco. Dall'altro lato, esistono questioni di legittimità (ad es. si pensi al bando di gara illegittimo) legate alle possibili interferenze del diritto nella libertà contrattuale. Limitare le scelte contrattuali delle persone può apparire come una violazione di principi fondamentali di autonomia e libertà personale. È fondamentale trovare un punto di equilibrio tra la protezione dell'individuo e il riconoscimento della sua libertà di intraprendere transazioni contrattuali, anche quando queste potrebbero comportare dei rischi. Non si può, a riguardo, non essere d'accordo con attenta dottrina che rivaluta l'aspetto centrale del contratto, come momento di salvaguardia, protezione e sviluppo della persona umana e dei suoi diritti fondamentali. Infatti "In uno scenario composito del genere descritto, sono entrate, per così dire, a gamba tesa le sezioni unite nel 2023, riportando, attraverso un ridimensionamento dell'esterno vaglio di meritevolezza, la materia della contrattazione in una logica più prettamente marcata dall'autonomia negoziale. Il valore aggiunto della pronuncia sta infatti nell'aver riesumato il ruolo della volontà delle parti, della loro libertà contrattuale, la quale non può essere ostacolata da indebite ingerenze, all'insegna di pur sempre meritevoli istanze di giustizia, dell'autorità giudiziaria, le quali finiscono per compromettere irragionevolmente prerogative di rilievo apicale. Come ricordato nella decisione, la

[33] **F**.ESPOSITO, *Il sindacato giudiziario sull'equilibrio contrattuale: è davvero possibile la correzione del contratto?* in *Riv. trim. dir. e proc . civ.*, 4/2024, 1313. Sulla rinegoziazione come attuazione del principio di conservazione dei valori giuridici, si veda l'ottimo lavoro di G.BRIGANTI-C.TESTA, *La rinegoziazione del contratto e le sopravvenienze nel nuovo Codice dei contratti pubblici: tra diritto amministrativo e diritto civile* in *Rivista di diritto amministrativo – www.amministrativamente.com* n.2/2025, 705 ss; Gli atti della serie pubblicistica sono indipendenti da quelli privatistici quanto alla validità ma condizionanti quest'ultimi sotto il profilo dell'efficacia. Cfr. Cass. civ., Sez. III, 5 aprile 1976, n. 1197, in *Foro it.*, 1976, voce *Contratti della p.a.*, n. 11; Cass. civ., Sez. III, 9 gennaio 2002, n. 193, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 35; Cons. st., Sez. V, ord. 28 marzo 2008, n. 1328, in *Giurisdiz. amm.*, 2008, I, 362; TAR Napoli, Sez. I, 31 gennaio 2008, n. 448, in *Foro amm.-Tar*, 2008, 191

[34] Cass.civ. Sez.1, 18 novembre 2024, n.29573, cit.

ISSN 2036-7821

libertà contrattuale vanta un rango costituzionale, trovando fondamento (indiretto) in diverse disposizioni della Carta (artt. 2 e 41); pertanto una sua compressione deve procedere in ossequio al criterio del ragionevole bilanciamento tra interessi confliggenti."[35]
È fondamentale che il giudice si astenga da interventi che possano stravolgere l'equilibrio originario voluto dalle parti, a meno che non vi siano circostanze eccezionali che giustifichino un simile intervento.

Pertanto, il rispetto del contratto e dei suoi contenuti stipulato da entrambe le parti diventa un principio cardine, evidenziando la necessità di una giustizia che non solo interpreti ma anche salvaguardi le volontà contrattuali. In tal modo, si cerca di promuovere una maggiore stabilità e certezza nel panorama delle relazioni commerciali e civili. Comunque, sta di fatto, che il sindacato giudiziario sull'equilibrio contrattuale non può impedire la correzione del contratto ad opera delle parti, posto che l'accertamento delle norme violate dal bando di gara e non inficianti il contratto finale impongono, comunque, un potere correttivo delle parti sul contratto stesso, anche con l'eventuale utilizzo dei canoni generali di buona fede e di equità.

La buona fede c.d. contrattuale (in senso oggettivo o correttezza) ha conosciuto una vis espansiva grazie alla rilettura del principio costituzionale di solidarietà (15) ed è un metro di comportamento per le parti contrattuali, il cui contenuto l'egoismo fisiologico legato al compimento dell'operazione economica non può tramutarsi nella spregiudicata obliterazione degli interessi della controparte.[36] L'annullamento del bando per violazione delle norme poste a tutela dell'evidenza pubblica impone un'opera di concretizzazione valutativa del contratto in merito agli interessi in gioco e alle caratteristiche del caso specifico, alla stregua dei costumi dei valori obiettivi riconosciuti nel sistema costituzionale. Il principio di correttezza e di buona fede in senso oggettivo deve essere inteso quale specificazione degli inderogabili doversi di

[35] F.ESPOSITO, *Il sindacato giudiziario sull'equilibrio contrattuale: è davvero possibile la correzione del contratto?*, cit., 1311. Sulla opportuna delimitazione del sindacato del giudice sui contenuti dell'accordo contrattuale, si veda il saggio E. SCODITTI, *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i princìpi costituzionali,* in *Giust. civ.*, 2018, p. 211; A.A. CARRABBA, G. SALITO, *Adeguamento del contratto tra principi del pacta sunt servanda e clausola rebus sic stantibus,* in *Contratto impresa Europa*, 2021, cit.. 375 ss; E. NAVARRETTA, Riflessioni giuridiche sugli effetti della pandemia Covid-19, Pisa, 2021, p. 145 ss; S. VINTI, Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva, in Federalismi.it, 24/ 2023, 240 ss; F. ASTONE, *Interesse pubblico, contratti delle pubbliche amministrazioni e tutela giurisdizionale: la prospettiva comunitaria (e quella interna, dopo il recepimento della direttiva ricorsi ed il Codice del processo amministrativo),* in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, III, 1765 ss.G. GRECO, *Il contenzioso degli appalti pubblici tra deflazione e complicazione,* in *Riv. it., diri.pubbl.coun.*, 2016, 971 ss, P.CERBO, *Le "sanzioni alternative" nell'attuazione della direttiva ricorsi e nel codice del processo amministrativo,* in *Urb. e appalti*, 2010, 881 e ss

[36] F. ESPOSITO, *Il sindacato giudiziario sull'equilibrio contrattuale: è davvero possibile la correzione del contratto?*, cit., 1313

ISSN 2036-7821

solidarietà sociale, imposti dall'art. 2 Cost. e volti alla salvaguardia dell'utilità altrui, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio. Ciò significa, nel caso dell'annullamento del bando illegittimo per violazione delle norme di evidenza pubblica, che la pubblica amministrazione ha il dovere di preservare gli interessi dell'aggiudicatario e tutelarlo con l' adempimento anche degli obblighi di protezione, di cooperazione e di informazione, anche a costo di modificare, correggere il contratto finale e preservare gli interessi in gioco. Infatti, " La portata dirompente di una siffatta impostazione, criticata da parte della dottrina, consiste nel permettere al dovere costituzionale di entrare direttamente ("a gamba tesa") nelle dinamiche contrattuali, legittimando la conseguenza invalidante ogniqualvolta le parti non fossero caute nel divisare il rapporto di corrispettività tra le prestazioni ovvero nell'attribuire alla singola prestazione una valore prossimo a quello che ne darebbe il "mercato" (secondo un approccio prettamente oggettivo)."[37] La cassazione civile sez. I – 18 novembre 2024, n. 29573 ha comunque potenziato il principio di conservazione del contratto, e, quindi, un'interpretazione dello stesso che prescinde dalla legittimità o meno del bando, incentrando sulla volontà delle parti il considerare le clausole del bando come non invalidanti perché non ritenute parti essenziali dell'economia del contratto.[38] Non da meno nella fattispecie di cui alla citata sentenza può farsi riferimento anche alla integrazione secondo equità, la quale va condotta conformemente agli scopi obiettivi del regolamento di interessi che le parti hanno voluto, quale sia possibile individuare tenendo conto delle circostanze concrete su cui il regolamento medesimo è destinato ad incidere. [39]Le parti contrattuali hanno perciò superato le incongruenze, le confusioni, le irregolarità e le illegittimità contenute nel bando, modificando i contenuti dell'accordo che si palesavano come iniqui alla stregua delle illegittimità del bando di gara. Di qui il completamento o correzione della volontà contrattuale alla stregua dei valori dell'evidenza pubblica, tra cui prevale il principio del risultato, di cui al recente D.lgs n. 36 del 2023 e succ. mod. e integr.

3. Una conclusione.

[37] ID., *Op. ult.loc.cit*

[38] Cons.st., sez. III, 04 settembre 2020, n.5358 in *Redazione Giuffrè amm. 2020* la cui massima *espressamente afferma* "l principio di conservazione degli atti giuridici, previsto quale criterio di interpretazione dei contratti dall'art. 1367 c.c. è pacificamente applicabile anche agli atti e provvedimenti amministrativi, inclusi gli atti delle gare pubbliche: ed invero, il principio di conservazione, sancito anche a livello di normazione amministrativa dall'art. 21-nonies, comma 2, della l. n. 241/1990, costituisce espressione del principio di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa di cui all'art. 1, comma 1, della stessa l. n. 241. Detto canone ermeneutico impone, nell'ambito di una gara pubblica, di interpretare le singole clausole della lex specialis nel senso in cui esse possano avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno "

[39] Sui rapporti tra equità e contratto di veda, F.GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Key editore Milano, 2019

All'esito di questa breve analisi, alla luce di un quadro mutevole e incerto, sui rapporti tra gli artt. 121 e 122 del Codice del processo amministrativo e l'autonomia contrattuale, si ha l'impressione che il percorso intrapreso non sia stato sempre lineare, ma decisamente inadeguato, fonte di gravi incertezze ermeneutiche e nemmeno concluso del tutto. Per quel che riguarda la disciplina legislativa del codice del processo amministrativo, è da dire che lo stesso giudice amministrativo, nel dichiarare l'inefficacia del contratto come conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, lascia trapelare forme "blande" di controllo giudiziale del contratto in un'ottìca correttiva. Una complessità questa, che si coglie nella stessa esperienza applicativa dell'annullamento del bando di gara che, però, diversamente dall'annullamento dell'aggiudicazione, non si riversa sui contenuti del contratto ma, come si è visto, nello stesso tempo, sembra imporre alle parti un potere "correttivo" idoneo a rafforzare il raggiungimento dei plurimi bisogni ed interessi di cui sono portatrici, tra pubblico potere e libertà individuali Il sistema giuridico riafferma, infatti, il principio costituzionale di autonomia negoziale dei contraenti nel gioco del contemperamento dei diversi interessi contrattuali. La mia convinzione è che le disposizioni civilistiche citate sulla buona fede e sull'equità possano già da sole risolvere integralmente il problema della sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione e del bando. Il contratto resterà vigente ed efficace se il contraente privato venga riconosciuto essere in (o, meglio, non ne venga disconosciuta la) buona fede; sarà, anzi potrà essere posto nel nulla nel caso contrario.[40] Dalla complessiva lettura del sistema normativo, allora, risulta confermato che il potere "correttivo" delle parti è soltanto uno dei possibili strumenti, affidati alle modulazioni del potere di autonomia privata ed alla sua capacità di incentivare soluzioni virtuose. Ciò per realizzare il recupero dell'originaria economia di un rapporto contrattuale, specialmente quando si tratta di contemperare interessi pubblici e privati, tesi alla protezione e alla realizzazione dei valori essenziali di convivenza e di solidarietà di una comunità sociale.[41]

[40] F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto,* cit., 11

[41] Cfr. S.P. PIERRINO, *La rinegoziazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Luiss Law Review*, 2024 E.GABRIELLI, *Sopravvenienza e rinegoziazione* in Riv. trim.dir e proc. civ., 1/2024, 11 e ss; N. ZORZI GALGANO, Impatto del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?, in Contratto e impresa Europa, 2021, p. 53 ss.;.; G.SPARANO, Effetti della pandemia sui contratti. Tesi dell'unitarietà, in Giustiziacivile.com, 3, 2020; A. SEMPRINI, Inadempimenti "emergenziali": colpa del debitore, inesigibilità della prestazione, e nuovo art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6/2020, in Studi urbinati, 2020, 769 ss; ; A. M. BENEDETTI, Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia", in Contratti, 2020, p. 213 ss; R.FRANCO, Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità, ivi, in Giustiziacivile.com, 2, 2020; F. MACARIO, Covid-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?, in Nuova giurisprudenza civile e commerciale, 3, 2020, 81.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il processo in assenza delle parti: riflessioni sul contraddittorio dimidiato nel giudizio amministrativo e nel rapporto con l'art. 105 cpa.

di **Augusto Di Cagno**

(Abilitato alle funzioni di professore universitario di Seconda Fascia in Diritto Amministrativo - già Ricercatore universitario di diritto amministrativo)

Sommario

1. Cenni introduttivi sul contraddittorio nel processo amministrativo e prospettive di analisi; 2. La mancanza del contraddittorio come vizio a geometria variabile: la rilevanza della nozione di parte necessaria e la sua incidenza rispetto alle ipotesi di rimessione ex art. 105 cpa; 3. Inquadramento dell'art. 49 co. 2 cpa come ipotesi ex lege di contraddittorio dimidiato; 4. Gli orientamenti giurisprudenziali sul vizio del contraddittorio nel rapporto con l'art. 105 cpa: rilievi critici; 4.1. Il vizio del contraddittorio come vizio totalmente ininfluente; 4.2. La mancanza del contraddittorio come vizio della sentenza parzialmente influente; 4.3. La mancanza del contraddittorio

Abstract

This study focuses on the analysis of certain aspects of the regulation of the adversarial principle in administrative litigation, highlighting the main critical issues arising from the provisions of the Code of Administrative Procedure that reflect a procedural model of weakened adversarial protection. The analysis concentrates in particular on the notion of a necessary party to the proceedings and on the provision set out in Article 49(2) of the Code of Administrative Procedure, as paradigms of a "curtailed" adversarial process, and examines their principal practical implications for the reconstruction of the defect consisting in the lack of adversarial proceedings, with specific reference to Article 105 of the Code. After examining the regulatory context and case law, the study highlights the variability and uncertainties underlying the reconstruction of the defect of the lack of adversarial process in relation to appeal proceedings. It invites some concluding critical reflections, including on the interpretative uncertainties posed by the positive finding in the search for a possible balance between the opposing principles of the matter.

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

1. Cenni introduttivi sul contraddittorio nel processo amministrativo e prospettive di analisi.

Il principio del contraddittorio è garanzia essenziale e irrinunciabile del "giusto processo", consacrata sul piano sovranazionale (art. 6 Cedu) e costituzionale (art. 111 Cost.) e a livello di normativa primaria anche nel processo amministrativo (art. 2 c.p.a.), e, è noto, si sviluppa in due direzioni; per un verso, il contraddittorio è integro quando tutte le "parti" del giudizio siano presenti o quantomeno chiamate a partecipare al giudizio e, per altro verso, il rispetto del contraddittorio implica che le stesse parti abbiano "ad armi pari" e, nell'ambito di un confronto dialettico reciprocamente paritario, siano poste nella condizione di difendersi su ogni questione da cui dipenda la decisione giudiziale (audiatur et altera pars)[1]. A tali finalità rispondono ben note regole processuali quali quelle sulla notifica del ricorso in primo grado (art. 41, c.p.a. e, in appello, art. 95, c.p.a.), sui poteri del giudice di integrazione del contraddittorio (art. 27 e 49, c.p.a. e, in appello, art. 95, c.p.a.), sull'intervento volontario e *iussu iudicis* (artt. 28, 50 e 51 e, in appello, art. 97, c.p.a.), sul divieto per il giudice di pronunciarsi su questioni rilevate d'ufficio in assenza del contraddittorio tra le parti (art. 73, co. 3, c.p.a.) e sull'opposizione di terzo (art. 108, c.p.a.).

Le richiamate disposizioni dovrebbero confermare come, almeno astrattamente, una peculiarità essenziale del processo, per vero di ogni processo non solo quello amministrativo, è che il giudizio "*esiste per le parti*" e non potrebbe svolgersi anche "*in assenza delle parti*" [2], e che dunque il contraddittorio è "*necessario*" nel processo e, diversamente da quanto accade nel procedimento, non è solo "*eventuale*"[3].

Sempre su un piano generale, il contraddittorio può ritenersi integralmente costituito quando il ricorso è notificato all'amministrazione resistente e, ove esistenti, ai controinteressati e se il giudizio è promosso solo contro alcuno dei controinteressati il

---

[1] Cfr. F. MERUSI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 7; A. ROMANO TASSONE, *Il contraddittorio*, in R. Villata, B. Sassani (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 384; M. OCCHIENA, *Art. 27*, in (a cura di) F. Caringella, M. Protto, *Codice del nuovo processo amministrativo: commento articolo per articolo al D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e a tutte le altre leggi della giustizia amministrativa*, Roma, 2010, 344. Più di recente si veda la monografia di F. DINELLI, *Il principio del contraddittorio nel processo amministrativo*, Milano, 2025.

[2] E in ciò si sostanzia una delle differenze principali rispetto al procedimento amministrativo che potrebbe anche svolgersi senza la partecipazione della parte, senza che ciò, come dispone l'art. 21-octies comma 2, possa determinare in ogni caso l'annullamento del provvedimento. Sul diverso ruolo svolto dalla partecipazione delle parti tra processo e procedimento, nell'ambito di una vastissima letteratura, si richiamano le riflessioni di I.M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e «potere» dell'amministrazione*, in *Foro amm. Tar*, 2003, 1, 348. *Ex multis*, la caratterizzazione data dal contraddittorio ai due modelli procedurale e procedimentale, si rinvia a M. BELLAVISTA, *Procedimento e procedura come processo sostanziale (contraddittorio, cognizione piena e cognizione differenziata*), in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 93 e ss.

[3] Con riferimento a un contraddittorio solo "eventuale" nel procedimento amministrativo, anche alla luce di ipotesi non solo "patologica" ma anche "fisiologica" di assenza della partecipazione, si veda A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, segn. 218 e ss.

ISSN 2036-7821

giudice ordina l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 49 cpa. La mancata integrazione del contraddittorio in primo grado costituisce, invece, violazione degli artt. 27, comma 1, e 49, comma 1, c.p.a., è causa di invalidità della sentenza e comporta la remissione della causa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a.[4]

È indubitabile quindi che anche il processo amministrativo debba svolgersi a contraddittorio "integro" e, quindi, con la partecipazione di tutte quelle "parti" che appaiano titolari della situazione giuridica sostanziale fatta valere in giudizio.

Se ciò vale in generale, tuttavia, la disciplina processuale e la sua applicazione giurisprudenziale offrono elementi significativi per dubitare che il processo amministrativo si fondi realmente su un principio di pienezza e integrità del contraddittorio. Un diverso quadro, che consente di parlare di contraddittorio "dimidiato" nel processo amministrativo, emerge se si considerano in modo particolare, da una parte, la ricostruzione della categoria di parti necessarie nel giudizio di primo grado e dei soggetti nei cui confronti è prevista l'estensione del contraddittorio e, dall'altra parte, previsioni, come l'art. 49 co. 2 cpa, che legittimano l'omessa integrazione del contraddittorio.

Ciò premesso, appare necessario, ed è questo l'oggetto del presente studio, chiedersi se non si possa parlare anche rispetto al giudizio amministrativo di un modello processuale a contraddittorio solo "eventuale", onde, anche alla luce del dato positivo e attraverso la lente dell'elaborazione giurisprudenziale, trarre talune considerazioni conclusive e verificare, in definitiva, come si inquadra il principio del contraddittorio nel processo amministrativo e se possa ad esso riconoscersi una rilevanza primaria ovvero subalterna rispetto ad altri interessi e valori oggetto del processo.

Un terreno d'elezione per l'analisi in oggetto è proprio l'art. 105 cpa, che tra le ipotesi di rimessione al primo giudice prevede la "mancanza del contraddittorio". Il difetto del contraddittorio ha, infatti, nel giudizio amministrativo una immediata rilevanza applicativa rispetto alla "mancanza del contraddittorio" come ipotesi di annullamento della sentenza con rimessione al primo giudice, con immediate conseguenze sui rapporti tra doppio grado di giudizio, assicurato dall'art. 105 cpa, e ragionevole durata del giudizio, garantita dalla possibilità di rimettere l'intero giudizio alla decisione in appello.

La "mancanza del contraddittorio", cui si riferisce l'art. 105 c.p.a., viene intesa nella sua accezione genetica[5] -laddove una o più parti siano state private della possibilità

[4] Nel senso che con la rimessione al primo giudice attiene all'appello come mezzo per fronteggiare non l'ingiustizia ma l'invalidità della sentenza di primo grado.

[5] Secondo le coordinate ermeneutiche rese dall'Adunanza Plenaria del 2018, la mancanza del contraddittorio è da intendersi nella sua accezione "genetica" (diversamente dalla lesione del diritto di difesa che è "vizio funzionale" ma riconducibile solo ad ipotesi "tipiche"), allorché non sia stato integrato il contraddittorio o sia

di partecipare al giudizio- ed è una delle ipotesi, per vero da considerarsi eccezionali e tassative[6], rispetto alle quali si prevede che il giudice di appello annulla la pronuncia di primo grado viziata, per mancata integrazione del contraddittorio ovvero per errata estromissione di una parte, e rimette la causa al primo giudice senza decidere nel merito. Stando alla norma, la garanzia del contraddittorio, oltre alle ulteriori ipotesi ivi contemplate (lesione del diritto di difesa, nullità della sentenza, riforma della pronuncia che ha declinato la giurisdizione o pronunciato sulla competenza o dichiarato l'estinzione o la perenzione del giudizio), riceve, dunque, una protezione più specifica, rispetto ad altre garanzie processuali, tanto da assicurare una regressione del giudizio al primo grado conseguente all'annullamento della pronuncia viziata a seguito della sua violazione.

L'art. 105 cpa assicura, quindi, il doppio grado di giudizio e, almeno di regola, salve le applicazioni giurisprudenziali che saranno richiamate, non dovrebbe ammettere un contraddittorio integro solo in secondo grado. L'annullamento con rinvio, tuttavia, è anche considerato come una deroga all'effetto devolutivo dell'appello[7];

---

stata erroneamente estromessa una parte, di modo che una o più parti vengano in radice e sin dall'inizio private della possibilità di partecipare al giudizio. Cfr. punto 36 Cons. Stato, Ad. Plen. 30 luglio 2018, n. 10 e n. 11.

[6] Nel senso dell'eccezionalità dell'annullamento con rinvio, in dottrina già D. CORLETTO, *Art. 105*, in A.Quaranta - V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 815. Cfr. altresì F.P. LUISO, *Le impugnazioni*, in B. Sassani- R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1216. In termini, si vedano le decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, del 30 luglio 2018, nn. 10 e 11, del 6 settembre 2018, n. 14 e del 28 settembre 2018, n. 15. Cfr. altresì M. TRIMARCHI, *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello (sull'alternativa tra ritenzione della causa e annullamento con rinvio)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1, 340 e ss., e segn. 365 e ss.; secondo Cons. Stato, sez. IV, 31 luglio 2017, n. 3809, invece, l'art. 105, c.p.a., "*si avvicina alla tipizzazione propria del rito civile, ma con un grado di elasticità assente in quest'ultimo, caratterizzato al contrario dalla tassatività dell'elenco, così consentendo una maggiore estensione delle ipotesi di rinvio al primo giudice*".

[7] In tal senso rileva come anche secondo l'interpretazione fornita dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato; secondo Cons. Stato, Ad. Plen. 30 luglio 2018, n. 10, infatti, il "principale corollario applicativo" dell'effetto devolutivo dell'appello "si traduce nella limitazione dei casi di annullamento con rinvio (in cui l'appello svolge eccezionalmente una funzione rescindente e non più sostitutiva) ad un numero limitato ed eccezionali di ipotesi". In senso critico, A. TRAVI, nota a Cons. St., Ad. Plen., decisioni nn. 10 e 11, in Foro it., 2018, III, 584 ss. (pag. 546). Cfr. altresì M.A. SANDULLI, Il Consiglio di Stato è giudice in unico grado sulle domande declinate o pretermesse dal T.A.R. La Plenaria definisce i confini del rinvio al primo giudice e stigmatizza la motivazione apparente della sentenza, in Federalismi.it, 2018, pag. 4. Sempre sul commento all'Ad. Plen. del 2018, si vedano A. CASSATELLA, *La Plenaria limita i casi di rinvio al giudice di primo grado*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 207 ss.; A. SQUAZZONI, *Ancora in tema dirinvio o giudizio diretto del Consiglio di Stato. Brevi note a margine dell'Adunanza plenaria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, 616 ss. Si rammenta che secondo Cons. Stato, Ad. Plen., 20 novembre 2024 n. 16, "*la mediazione tra il modello del 'doppio grado di merito pieno' - in cui tutti i motivi e tutte le questioni sono esaminati in due gradi - e l'evenienza pratica di un primo grado di mero rito, seguito da un unico grado di merito pieno in fase di appello, è lasciata al legislatore ordinario, chiamato a operare un ragionevole bilanciamento tra le esigenze del giusto processo e della sua ragionevole durata, e ad individuare, per il caso di erronee pronunce in rito, un modello intermedio tra un appello sempre cassatorio e un appello con effetto devolutivo pieno. A tale bilanciamento il legislatore ordinario ha provveduto in modo differenziato nei diversi processi, con diversa ampiezza dei casi di regressione del giudizio in presenza di erronee pronunce in rito. L'art. 105 c.p.a. prevede un novero di ipotesi di regressione del processo ben più ampio di quello contemplato dall'art. 354 c.p.c.*".

Osserva come la rimessione della causa al primo giudice trovi la sua giustificazione nell'esigenza di garantire il doppio grado di giudizio nel merito, S. TARULLO, *L'annullamento in appello con rinvio al T.A.R. per erronea*

ISSN 2036-7821

effetto devolutivo che risponde maggiormente alle esigenze di ragionevole durata del giudizio anche perché, coerentemente con lo specifico modello processuale di impugnazione offerto dal dato positivo, consente di recuperare e correggere i vizi della pronuncia di grado inferiore con una rinnovazione del giudizio (c.d. *novum iudicium*) direttamente dinanzi all'organo giurisdizionale di grado superiore, senza dover rinviare l'intero giudizio al primo giudice e con effetti sostitutivi della pronuncia di appello, e non solo rescindenti, della pronuncia di primo grado[8]. Di modo che l'annullamento con rinvio, inteso come eccezione alla regola dell'effetto devolutivo e come possibile fattore di impedimento alla realizzazione delle esigenze di ragionevole durata del giudizio, dovrebbe riguardare soltanto quei vizi della sentenza che non è possibile recuperare nel giudizio di appello tramite l'effetto devolutivo, in quanto ad esempio è mancato il processo o è mancata una garanzia processuale considerata essenziale, come per l'appunto quella dell'integrità del contraddittorio, o in quanto non vi è stata una decisione del giudice di primo grado[9].

2. La mancanza del contraddittorio come vizio a geometria variabile: la rilevanza della nozione di parte necessaria e la sua incidenza rispetto alle ipotesi di rimessione ex art. 105 cpa

Ciò posto in linea generale, oltre alla protezione assicurata dall'art. 105 cpa, la garanzia del contraddittorio è anzitutto modellata dalle norme del Codice del processo amministrativo che definiscono le parti necessarie del processo amministrativo, posto che, su un piano soggettivo, più estesa è la nozione di parte necessaria maggiore è anche la protezione assicurata al contraddittorio e viceversa. In tal senso il tema è connesso a quello del processo con pluralità di parti (litisconsortile)[10] nel quale tutte le parti necessarie devono avere la possibilità di

declinatoria di giurisdizione tra conservazione e spinte riformatrici, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 419 ss., a commento di Cons. Stato, Ad. Plen., 8 novembre 1996, n. 23.

[8] Sul confronto tra il modello dell'appello sostitutivo e il modello dell'appello c.d. rescindente, cfr. S. PERONGINI, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, 2011, p.277. In questo senso, si afferma che la rimessione al primo giudice attiene all'appello come mezzo per fronteggiare non l'ingiustizia ma l'invalidità della sentenza di primo grado, sulla premessa che anche nel processo amministrativo opera il principio, enunciato dall'art. 161 co. 1 cpc, secondo cui la nullità della sentenza va fatta valere con i mezzi di impugnazione; cfr. F. P. LUISO, *Le impugnazioni nel progetto di codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 3, 843 e ss.

[9] Secondo S. PERONGINI, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, 2011, p. 288, la rimessione al primo giudice più che un'eccezione alla regola generale dell'effetto devolutivo è la conseguenza logica e razionale del fatto che se è mancato il processo o non vi è stata decisione del giudice non è possibile devolvere alcunché al secondo giudice. Invero, secondo le indicazioni offerte dall'Adunanza Plenaria, sentenza n. 16 del 2024, l'effetto devolutivo nel processo amministrativo sarebbe più ristretto rispetto al processo civile, e di conseguenza nel processo amministrativo, sempre confrontato con il processo civile, sarebbero più estese le ipotesi di regressione del giudizio al primo grado; ne offrirebbe una più recente conferma il d.lgs. n. 149 del 2022 che ha abrogato l'art. 353 cpc che prevedeva l'ipotesi di rimessione al primo giudice in caso di erronea dichiarazione di difetto di giurisdizione.

[10] Tra gli studi sul litisconsorzio nel processo amministrativo si richiama A. DI GIOVANNI, *Riflessioni sul litisconsorzio nel processo amministrativo: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 2, 386 e ss. Si vedano altresì

intervenire in giudizio nella formazione della decisione giurisdizionale in condizioni di parità e se manca una parte necessaria il giudice non può pronunciarsi ma deve ordinare l'integrazione del contraddittorio.

La limitazione soggettiva del contraddittorio alle sole parti necessarie implica una restrizione del potere-dovere del giudice di integrazione del contraddittorio ai sensi degli 27, co. 2 e 49 cpa. e ciò determina immediate ricadute applicative anche rispetto alla più o meno estesa applicazione della regola dell'annullamento della sentenza con rinvio al primo grado per mancanza del contraddittorio, di cui si trova conferma nella giurisprudenza[11].

Invero, ai fini dell'individuazione delle parti necessarie del giudizio amministrativo è considerata decisiva la previsione contenuta nell'art. 41 co. 2 cpa che impone la notificazione del ricorso - oltre che all'amministrazione che ha emanato l'atto- ad almeno uno dei controinteressati che sia "individuato" nell'atto stesso[12]; ovvero che, anche se non menzionato nell'atto, sia quantomeno facilmente individuabile come controinteressato[13]. Si tratta di un criterio formale di individuazione delle parti necessarie del processo che rileva nell'instaurazione del contraddittorio originario e che, per quanto attenuato dalla giurisprudenza secondo cui è sufficiente che il controinteressato, anche se non individuato espressamente, sia quantomeno

---

le considerazioni sviluppate da F. VOLPE, *Il processo amministrativo dalla prospettiva del cointeressato*, Torino, 2025, segn. pp. 22 e ss.

[11] Tutto ciò senza considerare altri profili come quelli inerenti alla individuazione delle parti necessarie nel giudizio di appello, sulle quali si rinvia alle riflessioni di F. VOLPE, *op. ult. cit*., p. 29, per cui si potrebbe arrivare a estendere la nozione di parte in causa, alla quale occorre integrare il contraddittorio, ai soggetti cui si riferisce la fattispecie sostanziale e non solo le parti formali del giudizio di prime cure. Contra, L. BERTONAZZI, *Appunti sparsi sul processo amministrativo di legittimità e i terzi*, in *Dir. proc. amm*., 2023, 1, p. 186 e ss.

[12] A tal riguardo può ritenersi che la formulazione dell'art. 41 co. 2 cpa sia anche più restrittiva rispetto alla previsione contenuta nell'art. 21 co. 1 l. Tar e dell'art. 36 co. 2 t.u. Cons. St. che, estendendo la notifica ai controinteressati "ai quali l'atto direttamente si riferisce", poteva consentire di ampliare la platea dei controinteressati ai titolari di interessi incisi in modo specifico dall'atto impugnato. In tal senso, secondo A. ROMANO TASSONE, *Il contraddittorio,* in R. Villata, B. Sassani (a cura di), *Il codice del processo amministrativo,* Torino, 2012, 385, l'art. 41, c.p.a. avrebbe ristretto ulteriormente la cerchia dei controinteressati formali rispetto alla previgente normativa. Su considerazioni analoghe, sempre con riferimento alla normativa previgente, prima del c.p.a., e quindi con riguardo all'art. 21 della legge n. 1034/1071, secondo cui il ricorso doveva essere notificato "*ai controinteressati ai quali l'atto direttamente si riferisce, o almeno ad alcuno fra essi*", M. TIBERII, *La tutela del terzo al bivio tra il rimedio dell'appello e/o dell'opposizione: una questione (non solo) di competenza,* in *Dir. proc. amm*., 1999, 2, 495 e ss. secondo cui "*Il piano della conoscibilità del controinteressato è stato così avvicinato, fatto combaciare, e sovrapposto a quello della sua esistenza, al punto che quest'ultimo (piano) è rimasto schiacciato dal primo ed ha finito col tempo con il perdere la sua autonomia*". Ed in effetti è così se si pensa che la normativa previgente estendeva l'onere della notifica del ricorso giurisdizionale ai controinteressati ("ai quali l'atto direttamente si riferisce") che fossero anche soltanto "individuabili" (e quindi non necessariamente "individuati"); cfr. L. COSSU, *Litisconsorzio (dir. proc. amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani* XIX, Roma, 1990, 2.

[13] È noto invece il dibattito che ha portato a escludere che si possano considerare parti necessarie nel processo amministrativo i cointeressati, in ragione di plurimi argomenti, tra cui il dato positivo che qualifica come contraddittori necessari i soli "controinteressati", la necessità di evitare che, consentendo la partecipazione dei cointeressati nel giudizio con salvezza delle facoltà processuali, venga eluso il termine di decadenza, e l'argomento secondo cui dalla mancata partecipazione al giudizio al cointeressato non potrebbe derivare un pregiudizio maggiore di quello che comunque gli deriva dal provvedimento da questi non impugnato.

facilmente individuabile[14], nel restringere la platea delle parti necessarie del processo, impronta la disciplina del Codice del processo secondo un modello processuale di tipo ancora impugnatorio[15]; onde le parti necessarie del giudizio di primo grado - e specialmente i controinteressati - sono individuate avendo riguardo all'atto impugnato, e dunque sulla base di un criterio (formale) di riferimento all'atto più restrittivo rispetto al criterio (sostanziale) che orienta la selezione delle parti avendo riguardo alla titolarità degli interessi sottesi al rapporto oggetto di causa[16]; sicché per assumere la qualità di controinteressato-parte necessaria, rispetto al quale il giudice ha l'onere di disporre l'integrazione del contraddittorio, non basta il criterio sostanziale della titolarità di un interesse giuridicamente rilevante alla conservazione dell'atto e contrario rispetto a quello del ricorrente[17] ovvero quello relativo agli "effetti" che produce la sentenza[18].

È evidente che dalla ricostruzione in senso formale delle parti del giudizio amministrativo deriva anche un ridimensionamento della stessa nozione di contraddittorio e della sua "mancanza" che potrebbe giustificare la rimessione al primo giudice ai sensi dell'art. 105 cpa.

Ciò specialmente ove si consideri che, anche in giurisprudenza, si afferma la corrispondenza tra i soggetti nei cui confronti va instaurato il c.d. contraddittorio originario, ossia coloro a cui va notificato il ricorso, e coloro nei cui confronti va integrato il c.d. contraddittorio successivo, ossia i soggetti nei cui confronti il giudice ha il dovere-potere di disporre la chiamata in giudizio ai sensi dell'art. 49 cpa[19]. Di

[14] In tal senso *ex multis* in giurisprudenza Cons. Stato, Sez. II, 14 ottobre 2025, n. 8042 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[15] Sul punto si veda *ex multis* G. MANNUCCI, *Art. 27*, in G. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti, *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano, 2021, p. 243. Una concezione più ristretta del contraddittorio, che non comprende tra le parti tutti i soggetti interessati dal rapporto sottostante, riflette, dunque, un impostazione che è dichiaratamente improntata a un'idea, invero oggi superata, secondo cui il processo verte sulla "validità" dell'atto e non sulla restaurazione del rapporto; cfr. in tal senso, F. BENVENUTI, *Contraddittorio (dir. amm.),* in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 738 e ss., e segn. pag. 741.

[16] Cfr. P. L. PORTALURI, C. NAPOLITANO, *Le parti*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, 2023, 243. E in effetti in giurisprudenza si afferma che "*Nel processo amministrativo la nozione di controinteressato al ricorso si fonda sulla simultanea sussistenza di due elementi: a) quello formale, rappresentato dalla contemplazione nominativa del soggetto nel provvedimento impugnato, tale da consentirne alla parte ricorrente l'agevole individuazione; b) quello sostanziale, derivante dall'esistenza in capo a tale soggetto di un interesse legittimo uguale e contrario a quello fatto valere attraverso l'azione impugnatoria, vale a dire di un interesse al mantenimento della situazione esistente.*". In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. IV, 18 gennaio 2023 n. 622; Id., sez. V, 15 giugno 2022, n. 4891.

[17] La partecipazione del controinteressato sostanziale è dunque rimessa all'intervento volontario della parte, la quale, se pretermessa, potrà anche esperire il rimedio dell'opposizione di terzo. Sulla riconduzione tra le parti necessarie anche del controinteressato sostanziale si veda M. OCCHIENA, *Osservazioni sulla categoria dei controinteressati*, in *Giur. it.*, 1991, III, 31 e ss.; Id., *Controinteressato, intervento "ad opponendum" e opposizione di terzo: il processo amministrativo tra declamazione e applicazione*, in *Giur. it.*, 1993, III, 857. Cfr. altresì già F. MERUSI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 12 e ss.

[18] In tal senso, A. ROMANO TASSONE, *Il contraddittorio*, cit., 387.

[19] In giurisprudenza, si veda Cons. Stato, Sez. II, 8 ottobre 2025, n. 7895, che richiama l'integrazione del contraddittorio solo alle parti necessarie e non anche al controinteressato (soltanto) sostanziale, rilevando come "*Il controinteressato sostanziale, infatti, non rientra tra le parti necessarie del giudizio amministrativo di annullamento, che*

ISSN 2036-7821

modo che la tutela della posizione dei controinteressati sostanziali, in assenza di una loro chiamata in giudizio, rimane affidata soltanto ai rimedi dell'opposizione di terzo, dell'intervento volontario e per ordine del giudice[20] e finanche dell'appello[21]. Ne deriva che, seguendo quanto viene affermato in giurisprudenza, la mancata partecipazione al giudizio del controinteressato sostanziale non può integrare un vizio del contraddittorio rilevante ai sensi dell'art. 105 cpa[22]; con la conseguenza che il giudice di appello può anche decidere in unico grado la controversia.

Le incertezze applicative, tuttavia, non mancano e sono alimentate dagli orientamenti della dottrina e giurisprudenziali che hanno esteso l'integrazione del contraddittorio anche al controinteressato sostanziale sopravvenuto, che, pur non essendo individuabile dall'atto impugnato, e dunque pur non rispondendo al criterio formale sotteso alla ricostruzione delle parti necessarie del giudizio nella prospettiva considerata dall'art. 41 co. 2 cpa, abbia comunque acquistato la qualità di controinteressato (sostanziale) in un momento successivo alla notifica del ricorso e detta qualità sia emersa nel corso del giudizio di primo grado. Si è affermata la necessità di disporre l'integrazione del contraddittorio anche al controinteressato sopravvenuto, la cui individuazione (requisito formale) sia successiva al momento della notifica del ricorso introduttivo, pena l'annullamento con rinvio al giudice di

sono identificate alla stregua dell'atto impugnato, secondo un criterio formale (cfr. art. 41, comma 2, primo periodo c.p.a.). Solo per tale tipologia di controinteressati il Codice di rito prescrive l'integrazione del contraddittorio, come condizione di validità della sentenza"; nello stesso senso Cons. Stato, Sez. II, 6 dicembre 2023, n. 10589. Si è infatti affermato che "*gli elementi sono due, il primo di carattere formale e l'altro sostanziale: il primo collegato all'identificazione diretta nel provvedimento, che sta a base della situazione giuridica dedotta in causa, di un soggetto recante una posizione simmetricamente opposta a quella di colui che agisce davanti al giudice amministrativo; l'altro connesso alla titolarità di una posizione qualificata alla conservazione o, rispettivamente, all'eliminazione di un atto dal quale derivi sempre rispettivamente una lesione oppure un vantaggio ad un soggetto che intenda proporre ricorso*" (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 6449/2020). In senso critico si esprimeva già A. ROMANO TASSONE, *Il contraddittorio*, cit., 386, secondo cui la disciplina della instaurazione del contraddittorio contenuta nel Codice del processo amministrativo avrebbe introdotto una distinzione tra coloro nei cui confronti il ricorrente deve effettuare la notifica il ricorso e i soggetti nei cui confronti va disposta l'integrazione del contraddittorio, rilevando come, se nel primo caso "*il punto di riferimento per determinare la portata degli oneri gravanti sul ricorrente può plausibilmente indicarsi nell'atto impugnato (come prima, ed anzi: ancor più rigorosamente di prima), non si vede perché, nella seconda ipotesi, in cui appare preponderante l'esigenza di tutelare il diritto di difesa dei soggetti interessati a contrastare l'accoglimento del ricorso, il punto di riferimento per valutare l'integrità del contraddittorio non debba essere, invece, ricercato negli effetti della sentenza, allargando il novero delle parti necessarie quanto meno ai controinteressati, "successivi" ed "occulti", la cui esistenza e la identità emergano senza incertezze dagli atti di causa*".

[20] Rispetto alle incertezze poste dall'intervento per ordine del giudice, in dottrina si afferma che detto rimedio sarebbe disposizione proprio di quelle parti eventuali, che non sono litisconsorti pretermessi in quanto non rientrano tra le parti necessarie, ma si contraddistinguono per essere titolari di una posizione destinata a subire un pregiudizio dalla sentenza (controinteressati sostanziali, occulti, indiretti, quiescenti e sopravvenuti) che coincidono comunque con i soggetti legittimati all'opposizione di terzo; in termini M. RAMAJOLI, *L'intervento per ordine del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 1, 223 e ss.

[21] La legittimazione a proporre appello è stata riconosciuta anche al controinteressato sopravvenuto e al controinteressato c.d. occulto; cfr. per richiami giurisprudenziali, F. SAITTA, *Art. 102*, in G. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti, *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano, 2021, p. 801

[22] Così in giurisprudenza la già citata sentenza del Cons. Stato, Sez. II, 8 ottobre 2025, n. 7895; Id., Sez. II, 8 luglio 2025, n. 5911.

ISSN 2036-7821

primo grado ai sensi dell'art. 105 cpa[23].

3. Inquadramento dell'art. 49 co. 2 cpa come ipotesi ex lege di contraddittorio dimidiato

In secondo luogo, la "mancanza del contraddittorio" rilevante ai sensi dell'art. 105 cpa potrebbe divenire vizio irrilevante in quanto l'omessa integrazione del contraddittorio è ammessa da disposizioni come l'art. 49, co. 2 cpa e, in appello, l'art. 95 co. 5 cpa, che consentono al giudice di non integrare il contraddittorio allorché reputi il ricorso manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato il ricorso; così escludendo l'applicazione dell'art. 105 cpa, allorché il giudice di appello ritenga che sia stato correttamente applicato in primo grado l'art. 49 co. 2, cpa. La più o meno ampia estensione dell'art. 105 cpa dipende, dunque, anche dalla più o meno estesa applicazione dell'art. 49 co. 2 cpa.

L'art. 49, co. 2, cpa rappresenta una delle fattispecie legali di assorbimento delle questioni oggetto del giudizio[24]; assorbimento da qualificarsi come "improprio"[25] e che, secondo la ricostruzione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, viene considerato come espressione della c.d. "ragione più liquida" della decisione in ossequio al principio di economia dei mezzi processuali[26]. La questione inerente alla

[23] Si veda il precedente di Cons. Stato, Sez. IV, 7 ottobre 2025 n. 7834, nell'ambito di una vicenda giudiziale in cui dall'atto impugnato non era dato individuare un controinteressato formale ma si era comunque stabilito che vi fosse comunuque un controinteressato sostanziale sopravvenuto, indicato in un controinteressato al quale il ricorso è stato notificato tardivamente, nei confronti del quale, secondo il Consiglio di Stato, il giudice avrebbe dovuto disporre l'integrazione del contraddittorio quale controinteressato sostanziale sopravvenuto. Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 5 novembre 2024, n. 8832, che ha affermato la necessità di integrare il contraddittorio a un controinteressato sopravvenuto la cui qualifica sia emersa alla luce di documentazione depositata nel corso del giudizio dell'amministrazione resistente, applicando alla mancanza del contraddittorio l'art. 105 cpa. Nel senso di estendere tra le ipotesi di rimessione della causa al primo giudice per "mancanza del contraddittorio" anche alle ipotesi di omessa integrazione del contraddittorio ex art. 27 cpa, si veda già Cons. Stato, Sez. VI, 23 agosto 2021, n. 5998. In dottrina, si veda invece F. VOLPE, *Il processo amministrativo dalla prospettiva del cointeressato*, Torino, 2025, p. 45-46, che ritiene si debba considerare parte necessaria qualsiasi controinteressato, la cui mancanza ricade sulla validità della sentenza di primo grado in quanto pronunciata a contraddittorio non integro.

[24] In tal senso Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5, punto n, 9.3.4.1, che vi fa rientrare anche le altre due ipotesi di assorbimento previste dal c.p.a., dall'art. 74, relativa alla ipotesi di decisione con sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, e dall'art. 34, co. 2, sui poteri non ancora esercitati; cfr. anche S. GARDINI, *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali nel processo amministrativo,* Napoli, 2025, p. 117.

[25] Secondo Cassazione civ., Sez. Lav., 22 giugno 2020, n. 12193 l'assorbimento di una domanda in senso proprio ricorre quando la decisione sulla domanda assorbita diviene superflua, per sopravvenuto difetto di interesse della parte che, con la pronuncia sulla domanda assorbente, ha conseguito la tutela richiesta nel modo più pieno, mentre quello in senso improprio è ravvisabile quando la decisione assorbente esclude la necessità o la possibilità di provvedere sulle altre questioni, ovvero comporta un implicito rigetto di altre domande.

[26] Punto 5.3 di Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5, ove si richiama altresì Ad. Plen. n. 9 del 2014, e nello stesso senso punto 36 Cons. Stato, Ad. Plen. 30 luglio 2018 n. 10. Sul tema dell'applicazione della regola della c.d. ragione più liquida, si veda G. GALLONE, *Criterio della "ragione più liquida" e processo amministrativo tra applicazioni giurisprudenziali ed auspici di sistema*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 3, 619 e ss.; sul tema dell'assorbimento dei motivi nel giudizio amministrativo *ex multis* cfr. L.R. PERFETTI, G. TROPEA, *Heart of darkness: l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei*

integrità del contraddittorio, pur assumendo carattere prioritario sul piano logico-giuridico quantomeno rispetto alle questioni di merito ed a quelle relative alla sussistenza delle condizioni dell'azione[27], è assorbita dalla questione inerente alla manifesta ricevibilità, ammissibilità, procedibilità e fondatezza del ricorso; questione, questa, che è per legge considerata assorbente anche solo in quanto consente di addivenire a una decisione, di rigetto del ricorso, più pronta e rapida perché fondata su una ragione più "liquida", risolvibile alla luce di quanto risulti manifestamente dagli atti di causa senza necessità di riscontri istruttori[28].

Da questo angolo visuale la scelta legislativa sottesa all'art. 49, co. 2 cpa appare chiara e risponde alla logica di far prevalere le ragioni di economia processuale "ad ogni costo", anche a discapito di altri valori fondamentali e del processo amministrativo, come per l'appunto il contraddittorio di cui vengono di fatti privati i controinteressati pretermessi.

Nel rapporto con l'art. 105 cpa, si rimarca, però, la differenza rispetto a quanto si verifica nel processo civile, nel quale, ai sensi dell'art. 354 comma 1, c.p.c., la violazione delle norme sul litisconsorzio necessario, non rilevata né dal giudice di primo grado, che non ha disposto l'integrazione del contraddittorio, né da quello di appello, che non ha provveduto a rimettere la causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354, comma 1, c.p.c., vizia l'intero processo con l'annullamento di tutte le pronunce emesse e il conseguente rinvio al primo giudice[29].

Nel processo amministrativo, invece, con la previsione contenuta nell'art. 49 co. 2 cpa si ammette espressamente la pretermissione del litisconsorte necessario in caso di ricorso manifestamente inammissibile o infondato; pretermissione che sembrerebbe

---

motivi, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1, 218 e ss.; G. TROPEA, *L'ordine di esame delle questioni di merito nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 3, 569; R. VILLATA, *L'ordine di esame dei motivi di ricorso nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2024, 779 e ss.

[27] Come rilevato da Cons. Stato, Ad. Plen. 25 febbraio 2014, n. 9 il combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., "*impone di risolvere le questioni processuali e di merito secondo l'ordine logico loro proprio, assumendo come prioritaria la definizione di quelle di rito rispetto a quelle di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali (nell'ordine, giurisdizione, competenza, capacità delle parti, ius postulandi, ricevibilità, contraddittorio, estinzione), rispetto alle condizioni dell'azione*".

[28] Ed è anche indifferente che la questione assorbente riguardi profili di rito ovvero di merito, quali quelli relativi alla ricevibilità, all'ammissibilità, ovvero relativi alla procedibilità o ancora alla fondatezza del ricorso.

[29] Eppure, persino nell'ambito del ricorso per cassazione, le ragioni di economia processuale e più precisamente legate all'esigenza di garantire una ragionevole durata hanno indotto, in caso di ricorso per cassazione *prima facie* infondato o inammissibile, a ritenere superflua la fissazione di un termine per la rinnovazione della notifica del ricorso ad una parte o per l'integrazione del contraddittorio nei riguardi di un litisconsorte pretermesso; e ciò nonostante l'assenza di una previsione espressa in tal senso. Cfr. Cass. civ., Sez. I, 30 settembre 2025, n. 26396, nonché Cass. n. 11825/2025, e sulla scia di già quanto statuito da Cass. Sez. Un., 22 marzo 2010, n. 8626 e da Cass. Sez. Un., 3 novembre 2008, n. 26373. L'orientamento giurisprudenziale fonda sull'assunto che, ove diversamente fosse concesso un termine per l'integrazione del contraddittorio pure nell'ipotesi di ricorso manifestamente infondato o inammissibile, si avrebbe un inutile aggravio di spese e un allungamento dei tempi di definizione del giudizio di cassazione senza alcun beneficio per la garanzia dell'effettività dei diritti processuali delle parti. Per riferimenti al giudizio civile si veda M. PAGNOTTA, *Brevi note in tema di litisconsorzio necessario e decisione del giudice di non integrare il contraddittorio*, in *Scritti in onore di Bruno Sassani*, Pisa, 2022, 179 e ss.

essere imposta dalla norma che stabilisce chiaramente che l'integrazione del contraddittorio "non è ordinata" e non che "può non essere ordinata", senza lasciare spazio a una diversa valutazione da parte del giudice. Sicché la mancanza del contraddittorio non invalida la sentenza del giudice che abbia correttamente applicato la norma e non può dunque determinare la regressione del processo in primo grado.
Invero, per il tramite dell'art. 49, co. 2 fa il suo ingresso anche nel processo amministrativo "*quello spirito di prevalenza della sostanza sulla forma, e l'attenzione per l'economia e la speditezza a cui l'articolo 21-octies della legge n. 241 del 1990 ci ha abituato quanto al procedimento*"[30].
È pur vero, tuttavia, che l'art. 49 co. 2 opera in modo differente rispetto all'art. 21-octies co. 2 l. n. 241 del 1990, posto che, diversamente dalla norma procedimentale che impone di verificare che il contenuto dispositivo della decisione non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, non impone di svolgere il medesimo giudizio controfattuale volto a verificare se l'esito decisionale della pronuncia giurisdizionale sarebbe stato o meno lo stesso anche ove fosse stato integrato il contraddittorio. L'integrità del contraddittorio è, infatti, a priori considerata irrilevante per il sol fatto che il ricorso è "manifestamente" irricevibile, improcedibile, inammissibile o infondato. Ciò in quanto la partecipazione di un controinteressato è reputata inutile a fronte di un provvedimento giudiziale di rigetto, che non potrebbe produrre effetti sfavorevoli per il singolo.

4. Gli orientamenti giurisprudenziali sul vizio del contraddittorio nel rapporto con l'art. 105 cpa: rilievi critici

Proprio con riferimento al combinato disposto degli artt. 49 co. 2, 95 co. 5 e 105 cpa, tuttavia, si registrano orientamenti giurisprudenziali, sovente ondivaghi e contrapposti, che confermano le incertezze sollevate dal quadro delle regole processuali, e che potrebbero dimostrare come il principio del contraddittorio nel processo amministrativo abbia subito un processo di progressivo svilimento, unitamente alla restrizione della nozione di parte processuale; tanto da indurre a riconsiderare il principio del contraddittorio nel processo amministrativo come principio "dimidiato" nella sua portata dalle numerose sue deroghe.
Gli orientamenti giurisprudenziali in tema possono, inoltre, essere analizzati proprio alla luce del ridimensionamento della "mancanza del contraddittorio" quale ipotesi di annullamento della sentenza con rinvio al primo giudice, con conseguente sottrazione del doppio grado di giudizio per quelle parti - ovvero i controinteressati pretermessi- che non siano state evocate in primo grado; e consentono di concludere nel senso della necessità di una maggiore tipizzazione delle condizioni di operatività dell'art. 49, co. 2 cpa, specialmente in relazione alla previsione dell'annullamento in

[30] Così D. CORLETTO, *Art. 105*, in A.Quaranta - V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 818

appello della sentenza con rinvio al primo giudice ai sensi dell'art. 105 cpa, anche al fine di evitare che la soluzione di questioni di ordine processuale venga affidata a un eccessivo margine interpretativo giurisprudenziale, sovente basato sul richiamo di clausole generali e principi ovvero di più generali valori sottesi al processo, come l'esigenza di speditezza ed economicità del giudizio, che vengono assunti come regole interpretative per la soluzione di casi concreti[31].

In presenza di norme che, come l'art. 105 cpa, pur seguendo una tecnica normativa di enumerazione tassativa, impiegano comunque formule generiche[32], come quella della "mancanza del contraddittorio", si fronteggiano indirizzi giurisprudenziali che giungono a conclusioni differenti circa la portata del vizio della mancanza del contraddittorio, arrivando ad ammettere, talvolta, la necessità di rimettere la causa al giudice di primo grado, talvolta anche la possibilità di una sanatoria in appello della mancanza del contraddittorio senza necessità di rimettere la causa al giudice di primo grado. Le soluzioni decisionali diverse implicano, però, un'applicazione della previsione dell'annullamento della sentenza con rimessione al primo giudice *secundum eventum litis* e che sovente attiene, come si dirà, a situazioni processuali analoghe se non identiche nei presupposti.

È significativo, inoltre, che i differenti orientamenti giurisprudenziali variamente invocano la prevalenza di interessi opposti tra loro come quello della ragionevole durata del giudizio, per restringere l'operatività del principio doppio grado di giudizio nell'ipotesi in cui sia mancato il contraddittorio[33]. Di modo che il valore processuale che si intende soddisfare, che potrebbe al più reggere la selezione di una disposizione normativa come opzione di una determinata scelta legislativa, finisce per ricevere nell'applicazione giurisprudenziale un ruolo improprio di parametro di riferimento nell'interpretazione delle norme processuali[34].

I differenti orientamenti giurisprudenziali riguardano, infine, persino le modalità di

---

[31] Cfr. F. SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, 294 e ss., che evidenzia come l'art. 105 cpa abbia attribuito al giudice amministrativo un margine di apprezzamento decisamente ampio (ben più ampio rispetto alla formulazione contenuta nella precedente legge processuale n. 1034 del 1971); il che è dovuto all'inserimento nella previsione codicistica di formule aperte e indeterminate che finiscono per pregiudicare certezza e prevedibilità nell'applicazione della regola processuale. Nello stesso senso, con particolare riferimento alla vaghezza di espressioni come "nullità della sentenza" e "lesione del diritto di difesa" che offrono spazio per l'estensione a livello interpretativo delle ipotesi di rimessione al primo giudice, cfr. M. MAGRI - E. ZAMPETTI, ***Motivazione "apparente" della sentenza e controllo giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa (nota a Consiglio di Stato, Sezione III, 16 novembre 2023, n. 9824), in Giustizia Insieme, 2/2024, 163 ss.***

[32] Come rilevato da S. PERONGINI, *Le impugnazioni*, cit., p. 281.

[33] Sul tema cfr. E. ZAMPETTI, *Lesione del diritto di difesa e principio del doppio grado nel processo amministrativo. Studio sugli esiti del giudizio di appello*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 153 e ss.).

[34] Secondo quanto osservato da S. PERONGINI, *Le impugnazioni*, cit., p. 282, "va aggiunto che si addebita alla rimessione al primo giudice l'intollerabile effetto di allungare inesorabilmente i tempi della definizione della lite […] l'interpretazione di un istituto giuridico non può essere condizionata da eventuali inconvenienti pratici ai quali darebbe luogo l'accoglimento di una tesi, al posto di un'altra. Questa finalità può determinare le scelte legislative, ma non può costituire parametro di riferimento nell'interpretazione".

ISSN 2036-7821

applicazione da parte del giudice di primo grado dell'art. 49 co. 2 cpa, su cui v'è incertezza, e che, secondo una tesi, si afferma debba avvenire in modo esplicito, pena la mancata integrità del contraddittorio e la conseguente applicazione "piena" dell'art. 105 cpa[35]; mentre, secondo altra tesi, pur in assenza di richiami espliciti alla norma, la decisione di omettere l'integrazione del contraddittorio potrebbe essere anche implicita nella decisione di rigetto del ricorso, proprio in quanto non si può escludere che il giudice, per assolvere a ragioni di economia processuale, pur senza invocare apertamente l'operatività dell'art. 49 co. 2 cpa, abbia deciso di rigettare il ricorso senza integrare il contraddittorio[36]. Il che significherebbe ammettere, tuttavia, che il giudice non sia nemmeno tenuto ad esplicitare le ragioni per le quali ha ritenuto di applicare l'art. 49 co. 2 cpa per escludere l'integrazione del contraddittorio, riconoscendo che il contraddittorio possa essere legittimamente non integrato in ogni ipotesi di rigetto del ricorso.

4.1 Il vizio del contraddittorio come vizio totalmente ininfluente

Orbene, secondo un primo orientamento giurisprudenziale il vizio della mancanza del contraddittorio potrebbe essere un vizio "totalmente ininfluente" sia in primo che in secondo grado. Ciò laddove il giudice di primo grado, applicando l'art. 49 co. 2 cpa, non abbia integrato il contraddittorio ritenendo il ricorso manifestamente infondato, o irricevibile, inammissibile o improcedibile, ed anche il giudice di appello conferma la decisione di rigetto del giudice di primo grado[37]. In tal senso, rileverebbe la disposizione dell'art. 95 co. 5 cpa che, derogando alla regola generale secondo cui il giudice di appello, quando ritenga il contraddittorio incompleto in tutti i casi previsti dal comma 1[38], ordina l'integrazione del contraddittorio, ammette che il Consiglio di Stato "*possa*" non ordinare l'integrazione del contraddittorio[39], "*se riconosce che l'impugnazione è manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondata, quando l'impugnazione di altre parti è preclusa o esclusa*". La norma, dunque,

[35] In tal senso in giurisprudenza si veda Cons. Stato, Sez. V, 1 ottobre 2025, n. 7662; nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. VI, 17 giugno 2025, n. 5269 sembra imporre che l'applicazione art. 49 co. 2 debba risultare in sentenza o con un riferimento alla citata disposizione normativa o con impiego di avverbi quali "manifestamente" o "palesemente" nella decisione di rigetto del ricorso.

[36] Così sembra ammettere un'applicazione anche solo implicita dell'art. 49 co. 2 cpa, Cons. Stato, **Sez. IV, 15 novembre 2021, n. 7570**, in *Il Foro amm.*, 11, 2021, 1722. Nello stesso senso anche Cons. Stato, Sez. II, 15 luglio 2020, n. 4578.

[37] Soluzione giurisprudenziale che si rinviene già in Cons. Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2012, n. 688.

[38] Secondo il comma 1 dell'art. 95 cpa l'impugnazione della sentenza pronunciata in causa inscindibile o in cause tra loro dipendenti è notificata a tutte le parti in causa e, negli altri casi, alle parti che hanno interesse a contraddire; mentre il comma 2 dell'art. 95 cpa dispone che l'impugnazione deve essere notificata ad almeno una delle parti interessate a contraddire a pena di inammissibilità.

[39] La norma, dunque, non prevede che il giudice "debba" non ordinare l'integrazione del contraddittorio, senza imporre un divieto di integrazione del contraddittorio che, invece, sembrerebbe essere suggerito dalla lettera dell'art. 49 co. 2 cpa secondo cui "non è ordinata" (mai e senza possibilità di decisione alternativa facoltativa) l'integrazione del contraddittorio.

ISSN 2036-7821

ammette l'omessa integrazione del contraddittorio anche in appello, allorché l'impugnazione sia manifestamente inammissibile, irricevibile, improcedibile o infondata. Nello stesso militerebbero oltretutto argomenti che fanno leva sull'esigenza di economia processuale e l'applicazione dell'art. 49 co. 2 cpa esteso anche al giudizio di appello in forza del rinvio interno di cui all'art. 38 cpa[40]. Ma soprattutto l'omessa integrazione del contraddittorio in appello, senza disporre l'annullamento con rinvio, fonderebbe sulla seguente presunta identità di *ratio* tra l'art. 49 co. 2 cpa, riguardante il primo grado, e l'art. 95, riguardante l'appello: sia in ipotesi di rigetto del ricorso in primo grado che di rigetto dell'appello, l'integrazione del contraddittorio potrebbe escludersi nei confronti del controinteressato, in quanto, si ritiene -ma con tutte le perplessità che si esporranno nel prosieguo-, quest'ultimo non subisce alcun pregiudizio dalla mancata partecipazione a un giudizio che si conclude, sia in appello che in primo grado, con una pronuncia di rigetto del ricorso; in quanto alcun pregiudizio gli deriverebbe da una pronuncia che non annulla il provvedimento amministrativo che il controinteressato ha interesse a conservare.
L'orientamento giurisprudenziale richiamato delimita, dunque, l'ambito operativo della "mancanza del contraddittorio" come vizio non sempre invalidante ai sensi dell'art. 105 cpa ed anzi totalmente ininfluente nell'ipotesi di doppio rigetto in primo e in secondo grado; ammettendo che che l'omessa integrazione del contraddittorio si possa giustificata, non solo nel giudizio di primo grado, rispetto al quale c'è una norma (per l'appunto l'art. 49 co. 2 cpa) che chiaramente esclude l'integrazione del contraddittorio; ma anche nel giudizio di appello, rispetto al quale, però, l'art. 95, co. 5 cpa prevede soltanto che il Consiglio di Stato "possa" -e dunque non sia tenuto a- non ordinare l'integrazione del contraddittorio, allorché l'impugnazione della sentenza, al pari del ricorso in primo grado, sia manifestamente infondata (o irricevibile, inammissibile o improcedibile); la norma, però, non è neppure di così chiara applicazione, posto che l'integrazione del contraddittorio è quella disposta dal comma 3 dell'art. 95 co. 3 cpa, che riferisce delle "parti in causa" (di cui al comma 1) come destinatarie dell'ordine di integrazione, tra le quali occorrerebbe far rientrare anche il controinteressato pretermesso in primo grado[41].

4.2 La mancanza del contraddittorio come vizio della sentenza parzialmente influente

La mancanza del contraddittorio dovrebbe essere invece vizio influente agli effetti

[40] Trattasi della evidente trasposizione della medesima regola declinata dall'art. 49 per il primo grado di giudizio, con la chiara finalità di evitare formalità superflue e un inutile dispendio di attività processuale. Il meccanismo, peraltro, troverebbe comunque applicazione nel giudizio di impugnazione giusta il rinvio cd. "interno" contenuto nell'art. 38 del codice, che consente in ogni caso di attingere alle regole generali del giudizio di primo grado di cui al Libro II dello stesso anche nelle impugnazioni e nei riti speciali. In tal senso cfr. Cons. Stato, Sez. III, 17 settembre 2021, n. 6321.

[41] Cfr. anche D. CORLETTO, *Art. 105*, cit., p. 817.

dell'art. 105 cpa allorché il ricorso di primo grado sia stato rigettato con omessa integrazione del contraddittorio, ai sensi dell'art. 49 co. 2 cpa, e il giudice di appello ritenga, invece, che il ricorso non fosse infondato (o inammissibile, irricevibile o improcedibile), e che dunque l'appello andasse accolto; e di conseguenza il giudice di appello non potrebbe decidere in riforma della sentenza di primo grado ma dovrebbe annullare la sentenza impugnata con rinvio al primo giudice ai sensi dell'art. 105 cpa[42].

Eppure, in senso opposto, si è consolidato un orientamento giurisprudenziale secondo cui – sempre laddove il contraddittorio sia incompleto fin dal giudizio di primo grado e il giudizio si sia concluso con una pronuncia di rigetto del ricorso per effetto dell'applicazione dell'art. 49 co. 2 cpa - il giudice di appello, anche ove ritenga che il ricorso in primo grado fosse fondato e che dunque il giudice di primo grado avrebbe dovuto integrare il contraddittorio[43], potrebbe (*rectius* dovrebbe) non annullare la pronuncia impugnata con rinvio al primo giudice nonostante la rilevata mancanza del contraddittorio. Il giudice di appello potrebbe, cioè, decidere il merito del giudizio in riforma della sentenza viziata da mancanza del contraddittorio, integrando il contraddittorio anche solo direttamente in appello[44]. Senza l'annullamento con rinvio, tuttavia, il controinteressato, già pretermesso in primo grado, al quale è esteso il contraddittorio in secondo grado, partecipa al giudizio soltanto in grado di appello, e, dunque, senza la possibilità di beneficiare del doppio grado di giudizio, subisce una decisione di accoglimento del ricorso; decisione, questa, che pure lo pregiudica in quanto, nell'ambito del giudizio impugnatorio, annulla un provvedimento amministrativo a lui favorevole.

L'orientamento giurisprudenziale testé richiamato fa principalmente leva sulle esigenze di economicità del giudizio, che giustificherebbero un'interpretazione estensiva degli artt. 95 co. 3 cpa e 49 co. 2 cpa., che risultano applicabili in appello con la possibilità del Consiglio di Stato di decidere in riforma della sentenza impugnata senza rimettere la causa al primo giudice (come imporrebbe, invece, l'art. 105 cpa per "mancanza del contraddittorio"), nonostante il contraddittorio sia mancato sin dal

[42] Ed è questo l'orientamento della dottrina all'indomani dell'introduzione della disposizione codicistica. Sul punto, a fronte del pericolo che l'art. 49, co. 2, c.p.a. potesse sottrarre alle parti un grado di giudizio, già A. ROMANO TASSONE, *Il contraddittorio,* cit., 390, riteneva che "*questa temuta evenienza possa agevolmente scongiurarsi, e che il giudice d'appello non possa pronunciarsi sul merito del ricorso, ma sia comunque tenuto, nel caso non condivida la sentenza appellata, a rimettere gli atti al giudice di prime cure*".

[43] Ritenendo dunque che il giudice di primo grado ha erroneamente dichiarato il ricorso inammissibile, o irricevibile o improcedibile, senza integrare il contraddittorio

[44] Si veda in tal senso già Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2021, n. 7172. Nello stesso senso ordinanza Cons. Stato, Sez. II, 5 aprile 2024, n. 3126. Non mancano tuttavia pronunce contrarie, come ad esempio, Cons. Stato, Sez. III, 17 settembre 2021, n. 6321, che ritiene debba applicarsi l'art. 105 cpa se non emerge la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso in appello.

ISSN 2036-7821

primo grado[45]. Seguendo detta soluzione giurisprudenziale, un principio, pur di rilevanza costituzionale, come quello della ragionevole durata del processo, funge da parametro ermeneutico delle norme processuali con plurimi effetti interpretativo-applicativi (ossia l'applicazione in appello dell'art. 49 co. 2, l'interpretazione estensiva dell'art. 95 co. 2 e l'interpretazione restrittiva dell'art. 105 cpa), e finisce con il prevalere su un altro principio, sebbene anch'esso di rilevanza costituzionale nella giustizia amministrativa, quale quello del doppio grado di giudizio. La violazione dell'art. 49 co. 2 cpa, da vizio sempre ininfluente nel caso di rigetto del ricorso sia in primo che in secondo grado, diventa, nel caso di rigetto del ricorso in primo grado e di accoglimento dell'appello, vizio parzialmente rilevante: irrilevante agli effetti dell'art. 105 cpa, non imponendo l'annullamento della sentenza con rinvio al primo giudice, ma rilevante nel giudizio di appello nel quale si impone l'integrazione del contraddittorio, con effetti di sanatoria dell'originaria (in primo grado) mancanza del contraddittorio.

In questa ultima fattispecie processuale, tuttavia, diversamente dall'ipotesi di duplice rigetto del ricorso sia in primo che in secondo grado, non si può invocare l'identità di ratio a sostegno dell'applicazione dell'art. 49 co. 2 cpa anche in appello, poiché, mentre si potrebbe affermare che il controinteressato non subisca pregiudizio da un rigetto del ricorso confermato anche in appello, altrettanto non si può sostenere allorché al controinteressato sia negata la partecipazione al giudizio di primo grado se poi l'esito decisionale del giudizio di primo grado (di rigetto del ricorso) venga riformato in appello; non foss'altro perché al controinteressato è negata la partecipazione a un primo grado i cui effetti decisionali, non pregiudizievoli e dunque alla base dell'applicazione dell'art. 49 co. 2 cpa, vengono sostituiti da una decisione in appello opposta, che accoglie il ricorso senza garantire il doppio grado di giudizio al controinteressato.

Sotto altro profilo si può rilevare come l'applicazione dell'art. 49, co. 2, c.p.a. anche in appello, con la contestuale disapplicazione dell'art. 105, c.p.c., nonostante la "mancanza del contraddittorio" in primo grado, comporta anche il venir meno della funzione di *revisio prioris instantiae* propria dell'appello, e l'accentuarsi del modello di impugnazione come *novum iudicium* sulla medesima controversia[46].

Ne deriva una differenza di regime ancor più evidente rispetto al processo civile, ove ai sensi dell'art. 354 co. 1 cpc la violazione delle norme sul litisconsorzio necessario, allorché non sia stata rilevata dal giudice di primo grado, ovvero neppure dal giudice

[45] In questo senso Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2021, n. 7172 chiaramente secondo cui "*E' proprio la richiamata esigenza di economicità del giudizio* […] *che induce, nel caso in esame, a ritenere possibile integrare il contraddittorio nella fase di appello, senza rimandare, annullando la sentenza, di nuovo la questione al Tar*". In senso critico si richiama E. ZAMPETTI, *Lesione del diritto di difesa e principio del doppio grado nel processo amministrativo*, cit., 153 e ss.

[46] Sulla configurazione dell'appello come maggiormente aderente al modello della *revisio prioris instantiae* più che allo schema del *novum iudicium* si veda E. ZAMPETTI, *Lesione del diritto di difesa e principio del doppio grado nel processo amministrativo*, Napoli, 2020, p. 142.

ISSN 2036-7821

di appello, vizia l'intero processo con conseguente annullamento di tutte le pronunce emesse e rinvio al primo giudice[47]; mentre nel processo amministrativo la pretermissione del controinteressato, che è pure litisconsorte necessario, non determina sempre la regressione del processo in primo grado, potendo ammettersi una "sanatoria" dell'invalidità del giudizio di primo grado, ossia la mancanza del contraddittorio, con una integrazione del contraddittorio anche solo direttamente in appello[48]. E, in termini coerenti con la soluzione giurisprudenziale, appena delineata, che considera il vizio dell'incompletezza del contraddittorio come solo parzialmente influente, si è pure sostenuto che anche in ipotesi di opposizione di terzo da parte del controinteressato non si debba disporre l'annullamento con rinvio al primo giudice, considerando ormai integrato il contraddittorio anche solo in appello[49].
È pur vero che, in ipotesi di annullamento con rinvio al primo giudice per erronea applicazione dell'art. 49 co. 2 cpa, la decisione del giudice di appello presuppone comunque una valutazione nel merito del ricorso, nel senso della sua fondatezza, opposta rispetto a quella assunta dal giudice di primo grado e che potrebbe condizionare, se non addirittura vincolare, la decisione del primo giudice ove a questi fosse rimessa la decisione in seguito ad annullamento con rinvio[50]. Tuttavia, come si è detto, evitando l'annullamento con rinvio e ammettendo la decisione in appello, si toglie al controinteressato il doppio grado di giudizio.
L'orientamento che ammette la possibilità di integrare il contraddittorio direttamente in appello, inoltre, non considera anche l'eccezionalità dell'art. 49 co. 2 cpa che si sostanzia sia nella deroga a un principio generale quale quello della completezza del contraddittorio sia nel fatto di prevedere una ipotesi tipica di assorbimento di una questione di rito, quale quella di integrazione del contraddittorio, da parte di una questione di merito[51]. Il che conferma che l'applicazione della norma andrebbe circoscritta soltanto al primo grado di giudizio, senza possibilità di una sanatoria in appello della mancanza del contraddittorio in quanto non contemplata espressamente dal dato positivo.

4.3 La mancanza del contraddittorio come vizio della sentenza totalmente influente

In giurisprudenza, si ritiene che sia invece ancora diverso il caso in cui il ricorso di primo grado sia stato accolto e ciononostante non sia stato integrato il contraddittorio, poiché in tale ipotesi la mancanza del contraddittorio sarebbe un

[47] In tal senso Cass. civ., sez. III, 22 febbraio 2021, n. 4665.
[48] Eppure, si potrebbe almeno in astratto affermare che l'art. 105 c.p.a. prevede un novero di ipotesi di regressione del processo ben più ampio di quello contemplato dall'art. 354 c.p.c.; così l'Adunanza Plenaria, sentenza del 20 novembre 2025 n. 16.
[49] Cons. Stato, Sez. IV, 15 novembre 2021, n. 7570.
[50] Si tratta del rischio paventato da D. CORLETTO, *Art. 105*, cit., p. 817.
[51] Sulla eccezionalità della norma rispetto all'integrità del contraddittorio già G. GALLONE, *Criterio della "ragione più liquida" e processo amministrativo tra applicazioni giurisprudenziali ed auspici di sistema*, cit.

ISSN 2036-7821

vizio "totalmente influente"; nel senso che il giudice di appello, anche a prescindere dall'esito del giudizio di appello se di accoglimento o di rigetto, è tenuto sempre ad annullare la pronuncia con rinvio al primo giudice[52].

Senonché, seguendo gli orientamenti giurisprudenziali delineati, la mancanza del contraddittorio finisce per assurgere a vizio a geometria variabile, a seconda dei casi influente, parzialmente ininfluente o del tutto ininfluente, senza che però vi sia una ragione fondante di diritto positivo che giustifichi le divergenti soluzioni giurisprudenziali citate, le quali appaiono piuttosto orientate dai richiami alle esigenze di politica processuale di economicità e ragionevole durata dei giudizi. Il risultato è però l'applicazione di regimi processuali differenti a fattispecie tendenzialmente analoghe[53]; come nel caso del ricorso che sia stato reputato fondato in primo grado senza integrazione del contraddittorio rispetto al quale non si vede il perché debba applicarsi l'art. 105 cpa, diversamente da quanto avviene nell'ipotesi del ricorso erroneamente rigettato in primo grado ma che avrebbe dovuto essere accolto, rispetto alla quale, secondo la giurisprudenza richiamata, si nega l'annullamento della pronuncia con rimessione della causa al primo giudice.

La fattispecie di ricorso accolto in primo grado senza integrazione del contraddittorio dovrebbe piuttosto valutarsi diversamente a seconda che il giudice di appello ritenga anch'esso che il ricorso fosse fondato; nel qual caso, tuttavia, non vi sarebbero dubbi che il giudice non possa rigettare l'appello senza disporre l'annullamento con rinvio al primo giudice per "mancanza del contraddittorio" ai sensi dell'art. 105 cpa per assicurare la partecipazione del controinteressato rispetto a una pronuncia che lo pregiudica. Più discussa è, invece, l'ipotesi in cui il ricorso sia stato accolto in primo grado, senza integrazione del contraddittorio, ma il giudice di appello ritiene che il ricorso in primo grado andava rigettato, poiché si rientra in una fattispecie agli effetti analoga a quella, che si è descritta, di vizio della mancanza del contraddittorio totalmente ininfluente, in cui sia il primo giudice che il giudice di appello ritengono il ricorso infondato. Senonché, mentre rispetto a questa ultima ipotesi la giurisprudenza ha ritenuto di non disporre l'annullamento con rinvio, nel diverso caso di ricorso considerato dal primo giudice fondato e dal secondo giudice infondato, si dovrebbe sempre disporre l'annullamento con rinvio ex art. 105 cpa; con il risultato, in questo caso, già paventato, che il giudice di primo grado, dinanzi al quale il giudizio regredisce, si troverebbe a subire il condizionamento della pronuncia di appello, e possa, in sede di rinvio, a sua volta rigettare il ricorso[54].

---

[52] Cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 22 maggio 2025 n. 4428 in *www.giustizia-amministrativa.it*

[53] L'elaborazione giurisprudenziale conferma che, con l'applicazione dell'art. 49 co. 2 cpa, il contraddittorio nel processo amministrativo si presenta ad "ad assetto variabile", con la conseguente applicazione della rimessione al primo giudice viene "secundum eventum litis"; in tal senso, D. CORLETTO, *Art. 105*, cit., 817.

[54] Ma in questo caso avremmo un'ipotesi di rigetto del ricorso con estensione del contraddittorio al controinteressato e quindi con un contraddittorio completo, con una chiara disparità di regime processuale

5. Riflessioni conclusive

Le deroghe alla completezza del contraddittorio, enucleate, per un verso, nella limitazione delle parti necessarie sulla base del criterio formale (ex art. 41 co, 2 cpa) e, per altro verso, nella possibilità di non integrare il contraddittorio prevista dall'art. 49 co. 2 cpa, potrebbero portare a concludere che nel processo amministrativo il contraddittorio riceve una protezione dimidiata e inferiore se confrontata con le garanzie che alla completezza del contraddittorio vengono apprestate dal codice di procedura civile.

Anzitutto, la delimitazione delle parti necessarie alle sole parti-controinteressati individuati sulla base del criterio formale di cui all'art. 41, co. 2 cpa, determina uno "scollamento" tra la cerchia dei soggetti titolari di interessi sostanziali implicati nel processo e la garanzia del contraddittorio processuale[55]. Ciò tanto più se si considera che, come si è anticipato, è diffusa, anche in giurisprudenza, l'affermazione secondo cui i soggetti nei confronti dei quali va integrato il contraddittorio (successivo) ex art. 49 cpa sono i medesimi nei cui confronti occorre instaurare il contraddittorio (originario) con la notifica del ricorso. Si è però anticipato che una parte della giurisprudenza ha considerato necessario integrare il contraddittorio anche al controinteressato successivo, così dando spazio a una maggiore estensione applicativa dell'art. 105 cpa nella parte in cui prevede come ipotesi di rimessione al primo giudice la "mancanza del contraddittorio"; mancanza del contraddittorio che, peraltro, è anch'essa espressione tanto vaga e generica da farvi rientrare, secondo un più esteso orientamento giurisprudenziale, non solo i profili "genetici" del vizio nell'accezione promossa dall'Adunanza Plenaria del 2018, ma anche ogni altra, benché non espressamente nominata, "*compromissione significativa del diritto di difesa della parte interessata*"[56]; formula, questa, amplissima perché in grado di comprendere anche ipotesi ulteriori rispetto a quelle "tipiche" che si fanno rientrare nella nozione di "lesione del diritto di difesa" ex art. 105 cpa[57], e che, dunque, se portata alla sua massima estensione interpretativa, potrebbe condurre lo stesso art. 105 cpa ben al di fuori dal tracciato tassativizzante che il dato positivo intende segnare circoscrivendo la rimessione al primo giudice "soltanto" alle fattispecie ivi richiamate.

Ed, invero, al di là delle incertezze interpretative di cui le oscillazioni giurisprudenziali offrono traccia, il citato orientamento che estende il contraddittorio

---

rispetto alla diversa ipotesi in cui il ricorso fosse stato fin dal primo grado rigettato; nel qual caso il contraddittorio potrebbe non essere integrato.

[55] L. BERTONAZZI, *Appunti sparsi sul processo amministrativo di legittimità e i terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 1, 181.

[56] Così espressamente Cons. Stato, Sez. IV, 14 aprile 2023, n. 3789; nella stessa direzione si pone anche Cons. Stato, Sez. IV, 13 settembre 2024, n. 7551.

[57] Secondo l'Adunanza Plenaria n. 10 del 2018 quelle rientranti nella "lesione del diritto di difesa" sono ipotesi "tipiche", riferite alla "menomazione dei diritti di difesa di una parte, che ha, tuttavia, preso parte al giudizio, perché nei suoi confronti il contraddittorio iniziale è stato regolarmente instaurato, ma, successivamente, nel corso delle svolgimento del giudizio, è stata privata di alcune necessarie garanzie difensive".

ISSN 2036-7821

anche al controinteressato sostanziale successivo dovrebbe salutarsi con favore. L'integrazione del contraddittorio ai controinteressati è, infatti, sovente davvero possibile soltanto allorché ci si trovi in una fase avanzata del giudizio, ossia nella fase decisoria quando è ormai espletata l'istruttoria, sono state sviluppate le difese delle parti e sono stati depositati dall'amministrazione e dagli altri controinteressati quei documenti utili ai fini del giudizio che il più delle volte e nella fase iniziale del giudizio non sono noti allo stesso ricorrente; mentre l'integrazione del contraddittorio in modo altrettanto completo può risultare difficile, specie se la si vuole limitare ai soli controinteressati che siano individuabili soltanto dall'atto impugnato ai sensi dell'art. 41 co. 2 cpa, e dunque a fase solo iniziale del giudizio.
In ogni caso, occorre rilevare come le deroghe all'integrazione del contraddittorio, e tra queste anche quella prevista dall'art. 49 co. 2, cpa, con i loro riflessi in punto di disciplina sull'annullamento della sentenza con rinvio al primo giudice, confermino che il processo amministrativo ben può svolgersi anche "in assenza delle parti". In assenza, anzitutto, di quelle parti che, pur essendo titolari di interessi attinti dalla vicenda sostanziale oggetto del processo, non sono considerate parti necessarie a cui va esteso il contraddittorio (originario e successivo) soltanto perché non sono "formalmente" individuabili sulla base dell'atto. Sicché, l'esistenza di una parte necessaria finisce per dipendere più da come si è svolto il procedimento amministrativo, all'esito del quale un controinteressato potrebbe non essere "individuabile" a causa di una carenza del materiale istruttorio ovvero potrebbe risultare "individuabile" un controinteressato alla luce dell'istruttoria svolta e della partecipazione in concreto assicurata, senza però comunque tener conto della concreta vicenda sostanziale[58]; di modo che la platea dei controinteressati formali-sostanziali si amplia se, ad esempio, è stata fatta una comunicazione di avvio del procedimento a uno di essi, ovvero se l'amministrazione ha eseguito accertamenti istruttori, rispetto a fatti e interessi sostanziali, di cui v'è traccia *formale* nella motivazione del provvedimento, che consentano di individuare un controinteressato dal contenuto dell'atto impugnato. Se così è, tuttavia, è evidente che anche il criterio formale, enucleato nella disciplina rinveniente dal combinato disposto degli artt. 27, 41 e 49 cpa, rischia di affidare l'identificazione delle parti necessarie sulla base di fattori, esterni al processo e variabili in concreto, dipendenti dallo svolgimento del procedimento e non dai concreti interessi sottesi alla vicenda oggetto del giudizio.
Il processo, tuttavia, secondo la previsione contenuta nell'art. 49 co. 2 cpa, non esiste più solo per le parti ma ben può svolgersi in assenza persino delle parti considerate "necessarie", nei confronti delle quali, almeno stando alla regola generale sulla completezza del contraddittorio, andrebbe altrimenti instaurato il contraddittorio

[58] In termini anche G. MANNUCCI, *Art. 27*, cit., p. 243.

ISSN 2036-7821

originario e integrato quello c.d. successivo[59].

Ciò avvicina il processo amministrativo al procedimento amministrativo, il quale può concludersi senza la partecipazione di una parte e senza che ciò determini annullamento del provvedimento amministrativo[60]. Alla stessa stregua di quanto è previsto dall'art. 21-octies co. 2, l. n. 241/1990 rispetto alle violazioni di norme procedimentali ovvero rispetto all'omessa comunicazione di avvio del procedimento, ben può aversi anche una decisione giurisdizionale che, come il provvedimento amministrativo, non è annullabile allorché non sia stata assicurata la partecipazione delle parti[61].

La logica sottesa all'art. 49 co. 2 cpa è però diversa rispetto a quella propria dei vizi non invalidanti di cui all'art. 21-octies co. 2 l. n. 241/1990, posto che, come si è anticipato, diversamente dalla norma procedimentale, la previsione processuale sulla mancata integrazione del contraddittorio opera in ogni caso in cui si accerti che il ricorso fosse manifestamente inammissibile, improcedibile, irricevibile o infondato, senza dover appurare la rilevanza sostanziale che avrebbe avuto un contraddittorio completo su un diverso esito decisionale. La mancanza del contraddittorio è considerata dall'art. 49 co. 1 cpa *a priori* e in astratto irrilevante, poiché si ritiene che il controinteressato pretermesso non possa subire alcun pregiudizio da una decisione di rigetto del ricorso e dunque non possa avere interesse ad agire (*rectius* a resistere) in giudizio; non rileva neppure un giudizio controfattuale teso a verificare in concreto se la partecipazione del controinteressato pretermesso, al quale non viene esteso il contraddittorio, avrebbe potuto portare a una decisione giurisdizionale diversa.

Ciò tanto più se si ritiene che l'art. 49 co. 2 cpa rimetta al giudice la facoltà di decidere se integrare o meno il contraddittorio, anche ove ritenga che il ricorso sia manifestamente inammissibile, irricevibile, improcedibile o infondato. La norma stabilisce che l'integrazione del contraddittorio "non è ordinata", diversamente

[59] Si rammenta in tal senso quanto affermato da I.M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e «potere» dell'amministrazione*, in *Foro amm. Tar*, 2003, 1, 348, sulle differenze tra processo e procedimento amministrativo, secondo cui "*mentre il processo esiste per le parti, il procedimento prevede la partecipazione, ma non esiste per la partecipazione; con tutto quello che ne consegue*"

[60] Per una diversa ricostruzione dell'art. 21-octies, comma secondo, l. n. 241/1990, nel senso che ai vizi inerenti al contraddittorio viene assicurata una autonoma (rispetto agli altri vizi formali-procedurali) forma di invalidazione, improntata alla ricostruzione di una "*struttura normativa della funzione amministrativa, quale modello processuale di accertamento basato su un contraddittorio collaborativo-garantistico*", secondo cui ai fini dell'invalidazione è sufficiente che la violazione sia anche solo "potenzialmente" idonea a influire sul contenuto della decisione, in disparte l'effettiva idoneità degli apporti partecipativi a mutare la decisione intervenuta sulla prodizione/non produzione dell'effetto corrispondente al potere; cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, II-2, Torino, 2023, p. 114 e ss., e 119, secondo cui "*il modello di contraddittorio collaborativo-garantistico, pur differente da quello prettamente garantistico, non permette comunque un'obliterazione della partecipazione nell'ambito dell'ordine procedurale amministrativo*"; Id., *Considerazioni generali sui poteri amministrativi di secondo grado*, in *federalismi.it*, 19/2025, pp. 25-27

[61] Sull'accostamento tra art. 21-octies l. n. 241 del 1990 e art. 49 co. 2 cpa si è richiamato già D. CORLETTO, *Art. 105*, cit., 818.

ISSN 2036-7821

dall'art. 95 co. cpa che, in appello, prevede che il giudice "possa", e quindi non debba, non integrare il contraddittorio qualora l'appello sia manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile e infondata. Nondimeno l'art. 49 co. 2 solleverebbe numerose criticità ove facesse dipendere da una decisione del giudice l'estensione del contraddittorio al controinteressato, poiché arriverebbe ad attribuire al giudice, e non alla legge, il potere di determinare se in concreto un singolo debba assumere il ruolo di parte del giudizio[62].

In ogni caso, seguendo l'impostazione delineata, l'art. 49 co. 2 cpa, nel qualificare la partecipazione del controinteressato come *a priori* ininfluente in caso di rigetto del ricorso, esclude che sia necessaria e rilevante una contraria valutazione in concreto degli interessi e dei diritti di difesa del controinteressato ovvero di un possibile apporto collaborativo che sulla decisione del giudice la partecipazione di tutte le parti nel processo avrebbe potuto fornire nel singolo giudizio; prevale piuttosto l'interesse a concludere il giudizio con una pronuncia che sia soltanto in astratto quella più giusta in quanto appaia, cioè sia "manifestamente", quella corretta, di rigetto. Non rileva, invece, neppure che l'estensione del contraddittorio ai controinteressati possa comunque estendere l'oggetto del giudizio, ampliandolo anche soltanto sotto il profilo dei motivi di rigetto o attraverso la proposizione del ricorso incidentale che la partecipazione del controinteressato potrebbe pure garantire[63].

Dall'angolo prospettico dell'art. 49, co. 2, cpa, l'integrità del contraddittorio, dunque, può solo garantire che le parti non vengano pregiudicate dalla mancata partecipazione al giudizio, mentre non è più funzionale a garantire il migliore accertamento della verità processuale e quindi non rileva nel senso di contribuire ad assicurare la giustizia e la correttezza in concreto della decisione del giudice[64].

Piuttosto, l'art. 49 co. 2 cpa potrebbe assumere valenza paradigmatica nel confermare un modello di processo amministrativo a contraddittorio "dimidiato", facendo

---

[62] In tal senso già A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, MILANO, 1962, 179 e 258, secondo cui "*in nessun caso si potrebbe ammettere in un processo di parti – e tale è sicuramente il processo amministrativo – un terzo soggetto, e il giudice è un terzo, a determinare presuntivamente e comunque autoritativamente la posizione di una parte nei confronti del giudizio, e cioè della decisione*"

[63] Cfr. E. ZAMPETTI, Lesione del diritto di difesa e principio del doppio grado nel processo amministrativo. Studio sugli esiti del giudizio di appello, Napoli, 2020, p. 152. E in tal senso già Cons. Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 1994 n. 13 in *Dir. proc. amm.*, 1996, 2, aveva rilevato come l'apporto dei controinteressati può sempre contribuire a "*consolidare i motivi posti alla base della decisione di rigetto*", anche attraverso la proposizione di un eventuale ricorso incidentale ampliativo del thema decidendum, perciò evidenziando che il principio del contraddittorio non può subire limitazioni anche qualora il ricorso fosse rigettato. In senso critico, evidenzia come l'art. 49 co. 2 cpa sia anche contrario ai canoni del giusto processo, in quanto sottrae al controinteressato di pronunciarsi su una questione, rilevata d'ufficio, finanche inerente alla irricevibilità/inammissibiltà del ricorso, che va sempre sottoposta al contraddittorio tra le parti; cfr. M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, 2013, 1, 100 e ss.

[64] Secondo l'idea già di D. CORLETTO, *La tutela dei terzi nel processo amministrativo*, Padova, 1992, 18; nello stesso senso già F. D'ALESSIO, *Le parti nel giudizio amministrativo*, Roma, 1915, 90, che evidenziava come il contraddittorio servisse ad "*assicurare la giustezza del risultato, ovverosia del provvedimento del giudice*".

prevalere un interesse più generale, quale quello alla celerità ed economicità del giudizio, rispetto agli interessi dei singoli, la cui partecipazione è da una norma astratta, e non da una valutazione concreta del giudice, qualificata *a priori* come irrilevante soltanto perché il ricorso è manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato. Si è detto che la logica sottesa all'art. 49 co. 2 è di considerare inutile la partecipazione del terzo controinteressato rispetto a una pronuncia che, rigettando il ricorso e, quindi, non annullando il provvedimento amministrativo, non pregiudica l'interesse del controinteressato alla conservazione del provvedimento annullato.

La partecipazione del controinteressato, però, oltre a garantire l'estensione soggettiva del giudicato al controinteressato in quanto parte evocata in giudizio, potrebbe consentire l'estensione del giudicato sul piano oggettivo, favorendo, come si è detto, un ampliamento del *thema decidendum* attraverso l'ingresso di eventuali difese a sostegno ulteriori motivi di rigetto del ricorso, ovvero con la proposizione di un'eventuale ricorso incidentale; così dando luogo a un accertamento del rapporto in senso favorevole al controinteressato più completo poiché, in ipotesi di introduzione di motivi di rigetto del ricorso aggiuntivi da parte del controinteressato, riferito a profili ulteriori di validità dell'atto amministrativo[65]. Un giudicato di rigetto esteso anche al controinteressato, e ampliato nell'accertamento giudiziale a motivi ulteriori, è, dunque, in grado di determinare effetti preclusivi maggiori per l'amministrazione nell'eventuale esercizio del potere di annullamento d'ufficio del medesimo atto, rispetto all'ipotesi di un giudicato di rigetto che riguardi soltanto l'amministrazione e

[65] Ciò pur sempre ammettendo che il giudicato amministrativo ponga dei limiti all'esercizio dei poteri di autotutela; in tal senso si veda l'opinione di S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 174-175 secondo cui "*l'amministrazione, come effetto della decisione di rigetto, non dovrebbe poter procedere in autotutela, ricorrendo all'annullamento d'ufficio, eliminando il provvedimento impugnato sul presupposto della sua illegittimità alla luce dei medesimi vizi che il giudice ha ritenuto non sussistenti, diversamente l'accertamento (sulla non annullabilità dell'atto in ragione dei motivi di ricorso esaminati) compiuto dal giudice verrebbe posto nel nulla*". Nello stesso senso già, E. CASETTA, *Sulla potestà di annullamento d'ufficio, direvoca e di rinuncia della pubblica amministrazione di fronte al giudicato amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1951, I, segn. pp. 188 e ss., secondo cui non può essere "*consentito alla parte, sia pure essa la Pubblica Amministrazione, di sfuggire a tale obbligatorietà dell'accertamento giurisdizionale, senza distruggere, alle basi, il concetto stesso di giudicato. Ove l'Amministrazione potesse sottrarsi al rispetto della decisione irrevocabile, attraverso l'esercizio della potestà di autoimpugnativa, od in qualsiasi altro modo, inutile ed erroneo sarebbe parlare di un giudicato amministrativo*". *Contra* F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo) (voce), in Enc. dir., XVIII, Milano, 1969, 905* secondo cui "*il giudicato favorevole all'amministrazione finisce col porsi non come impedimento di un riesame dell'atto da parte dell'amministrazione, ma come un punto o un momento di cui l'amministrazione deve tener conto ove sopravvenga un interesse all'esercizio della autotutela.* […] *Non occorre quindi "rinunziare" all'effetto favorevole del giudicato al fine di esercitare l'autotutela: questa non esige come premessa o presupposto logico che l'amministrazione rinunzi al giudicato, giacché quest'ultimo, per necessità del sistema, non si pone in funzione preclusiva nei confronti dell'autotutela.* […] *Ma proprio perché il giudice è legato a determinati motivi di ricorso esso non può impedire il riesame della validità dell'atto che, in quanto effettuato alla stregua dell'autotutela, avviene necessariamente sulla base di motivi differenti, perché legati all'interesse dell'amministrazione anziché all'interesse del privato*".

che dunque potrebbe avere effetti solo *intra partes*[66]. Basti considerare che nell'annullare d'ufficio un provvedimento accertato come valido da una pronuncia del giudice amministrativo, quantomeno rispetto alle questioni inerenti alla legittimità dell'atto che siano state esaminate in giudizio[67], l'amministrazione violerebbe una pronuncia giurisdizionale che produce effetti favorevoli, di rigetto del ricorso e di accertamento della validità dell'atto impugnato, in favore non solo della stessa amministrazione, ma anche del controinteressato parte del giudizio.

Si ritiene, però, possibile per l'amministrazione rinunciare agli effetti di una sentenza di rigetto che la vede vittoriosa in quanto abbia accertato la validità del provvedimento, ove la stessa amministrazione intendesse annullare d'ufficio il provvedimento ritenuto legittimo dal giudice. Siffatta soluzione, tuttavia, potrebbe ammettersi soltanto nell'ambito di un processo amministrativo bilaterale, che abbia coinvoto solo il ricorrente e l'amministrazione. Tuttavia, laddove il processo amministrativo abbia assunto carattere trilaterale o multilaterale, includendo tra le parti anche uno o più controinteressati, gli effetti favorevoli di una sentenza di rigetto, proprio perché non coinvolgono solo l'amministrazione, ma anche il controinteressato che abbia acquisito la qualità di parte del giudizio, non potrebbero più essere liberamente rinunciabili dalla stessa amministrazione per addivenire a una decisione di annullamento d'ufficio, pena la violazione degli effetti di un giudicato che si producono in favore anche di un soggetto terzo e distinto dalla stessa amministrazione; violazione del giudicato che, peraltro, potrebbe essere fatta valere con giudizio di ottemperanza dal controinteressato soltanto in quanto sia stato anche "parte" (ex art. 112, cpa che riferisce delle "parti") del giudizio della cui ottemperanza si tratta.

Tutto ciò conferma che il controinteressato ha interesse a partecipare al giudizio, finanche quando questa si concluda con una sentenza di rigetto e una sua pretermissione potrebbe pregiudicarlo nei rapporti con l'amministrazione che ha

---

[66] Sul tema dell'efficacia prodotta dal giudicato di rigetto rispetto all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, si richiama S. VACCARI, *Attività amministrativa vincolata e giudicato*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, 10, 1, segn. pp. 137 e ss., il quale arriva a prospettare la possibilità per i controinteressati di far valere la nullità di un provvedimento di riesame che violasse il giudicato di rigetto che abbia accertato come valido il provvedimento (p. 139).

[67] Si potrebbe, tuttavia, affermare che il giudicato di rigetto copre non soltanto il dedotto ma anche il deducibile e di conseguenza si estenderebbe anche a "*tutte le questioni inerenti l'esistenza e la validità del rapporto dedotto in giudizio che siano state scrutinate anche implicitamente dal giudice per legittimare il fondamento giuridico della sua decisione definitiva*" (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1058). In tal senso, in dottrina, si afferma che il giudicato di rigetto del ricorso conterrebbe un accertamento compiuto del rapporto, in senso favorevole all'amministrazione sulla validità dell'atto. Sul punto, cfr. G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. soc.*, 2016, II, 225 e ss., secondo cui la pronuncia di rigetto della domanda di annullamento dell'atto vincolato per vizi formali e sostanziali "*prefigura una sentenza di rejezione idonea ad accertare compiutamente il rapporto, in senso favorevole all'amministrazione. Una sentenza, in altre parole, idonea a coprire il deducibile in ordine ai vizi sostanziali, dato che la relativa assenza costituisce un presupposto logico indefettibile dell'accertamento che il contenuto dispositivo dell'atto non avrebbe potuto essere diverso*".

ISSN 2036-7821

emanato l'atto, specialmente nella sede di un eventuale esercizio di poteri di riesame. Il che potrebbe portare a concludere che, oltre alle ragioni di economia processuale, in caso di rigetto del ricorso con applicazione dell'art. 49 co. 2 cpa, a beneficiare della pretermissione del controinteressato è davvero soltanto l'amministrazione che potrebbe ritenersi non vincolata a un giudicato di rigetto che non estende i suoi effetti anche in favore del controinteressato.

Il quadro delineato, dunque, è coerente con una disciplina sulla completezza del contraddittorio nel processo amministrativo tesa a garantire la posizione processuale dell'amministrazione in modo più favorevole rispetto a quanto non avvenga per il controinteressato. E, in effetti, è suffiente considerare che i singoli, rispetto ai quali la mancata completezza del contraddittorio può essere sempre sanata e finanche essere legittimata, quantomeno da norme come l'art. 49 co. 2 cpa, sono solo i terzi controinteressati e giammai l'amministrazione resistente, alla quale il ricorso deve essere sempre notificato ai sensi dell'art. 41 cpa pena la sua irricevibilità, senza possibilità di porvi rimedio con i poteri previsti dall'art. 49 cpa; mentre è sufficiente che il ricorso venga notificato anche solo a un controinteressato, che peraltro potrebbe non sussistere (come parte necessaria) se non è identificabile formalmente in base all'atto impugnato. Sicché, in definitiva, un fenomeno di dimidiazione del contraddittorio nel processo amministrativo può registrarsi solo rispetto alla posizione dei terzi controinteressati e non dell'amministrazione la quale deve essere sempre evocata in giudizio[68]. E di ciò si ha ulteriore conferma nel regime degli effetti della sentenza che nel processo amministrativo, diversamente dal processo civile, ben possono prodursi *erga omnes* quando riguardino atti amministrativi dal contenuto inscindibile, e quindi anche nei confronti di soggetti, i controinteressati, che non sono stati evocati e non hanno acquistato la qualità di parte del giudizio[69].

---

[68] In tal senso, F. VOLPE, *Il processo amministrativo dalla prospettiva del cointeressato*, Torino, 2025, p. 35, che rileva la negazione dell'appartenenza del resistente e dei controinteressati a un'unica *societas litis*, ricostruendo anche le ragioni per le quali, diversamente dal giudizio civile, una sentenza pronunciata a contraddittorio incompleto è pienamente inefficace e non è dunque possibile assimilare il litisconsorzio necessario nel processo amministrativo a quello che avviene nel giudizio civile (pp. 37 e ss.).

[69] Nel processo amministrativo, infatti, la definizione degli effetti della pronuncia non viene ricollegata all'individuazione delle parti, nel senso che l'individuazione degli effetti della pronuncia che annulla l'atto impugnato dipende dagli effetti che produce l'atto stesso, purché l'atto plurisoggettivo sia inscindibile (come già rilevava A. ROMANO, *In tema di intervento nel processo amministrativo*, in *Foro amm*, 1961, I, 1248, infatti, "*la teoria dei limiti soggettivi di efficacia del giudicato nel processo amministrativo è delineata, oggi, in modo indipendente dalla teoria delle parti* […] *essa è ancorata obbiettivamente agli effetti dell'annullamento dell'atto impugnato: se questo incide nella sfera giuridica di più soggetti, anche il suo annullamento ha il medesimo ambito di efficacia, prescindendo completamente da chi è stato e chi non è stato parte del giudizio*". Di conseguenza, nel giudizio amministrativo il contraddittorio non è esteso alle parti nei cui confronti produce effetti la sentenza (salvi i casi di giurisdizione esclusiva, ove si ritiene, anche in giurisprudenza, che non vi possa essere una pronuncia produttiva di effetti se non con riferimento a tutti i soggetti litisconsorti; cfr. A. DI GIOVANNI, *Riflessioni sul litisconsorzio nel processo amministrativo: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, fasc. 2, 386 e ss.; sul tema si veda A. LOLLI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, Milano, 2002. L'efficacia del giudicato amministrativo relativo a un atto dal contenuto inscindibile si produce *ultra partes*, o, se si vuole, alle parti di cui all'art. 2909 c.c. intese però in senso sostanziale (cfr. C.

La medesima valenza sul piano sistematico, nel determinare la "dimidiazione" del contraddittorio rispetto ad alcune parti soltanto del giudizio, ossia i controinteressati, hanno certamente anche tutte quelle previsioni che delimitano la nozione di parte necessaria del giudizio amministrativo di primo grado rispetto ai soli controinteressati (oltre che sostanziali) che siano anche individuati nell'atto impugnato (formali); dette norme rispondono, per un verso, a una logica di semplificazione ed economicità alleggerendo i compiti gravanti su ricorrente e giudice nella ricerca di una platea di controinteressati potenzialmente vastissima considerata la multipolarità degli effetti prodotti dall'esercizio del potere e limitando, dunque, l'estensione del contraddittorio soltanto a quei soggetti che siano agevolmente individuabili; ciò pur a costo di pretermettere dal giudizio soggetti titolari di interessi incisi dagli effetti della pronuncia giurisdizionale, i quali incidono sul "rapporto" amministrativo oltre che "sull'atto"[70]; e, per altro verso, le medesime norme riflettono l'esigenza di offrire un certo grado di stabilità al giudicato amministrativo, che, altrimenti, a fronte di un contraddittorio troppo incerto nella sua estensione a parti non formalmente identificabili, verrebbe facilmente esposto a invalidazione, peraltro *sine die*, con conseguente rimessione al primo giudizio secondo quanto previsto dall'art. 105 cpa[71]. Tra le previsioni che restringono la nozione di contraddittorio processuale rientrano l'art. 102 cpa che ai fini dell'impugnazione distingue tra i soggetti legittimati a proporre appello, che sono parti necessarie ai sensi del comma 1, e l'interventore titolare di posizione giuridica autonoma, ossia il controinteressato sostanziale e quello c.d. successivo, ai sensi del comma 2; nonché l'art. 41 co. 2 cpa nella parte in cui, per le sole azioni di condanna, richiama come parti necessarie i controinteressati "beneficiari dell'atto illegittimo",

---

CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, IX ed., 2023, 660). In giurisprudenza TAR Campania, Napoli, Sez. III, 21 luglio 2021, n. 5056 secondo cui "*L'annullamento giurisdizionale di uno strumento urbanistico disposto per vizi del procedimento di formazione del piano stesso o per vizi sostanziali che lo rendono illegittimo nel suo insieme ha efficacia erga omnes e si estende a tutti i soggetti interessati dalla pianificazione, e cioè, dalla realizzazione degli interventi edilizi e dei connessi procedimenti espropriativi; invero, la sentenza di annullamento del G.A., che per i limiti soggettivi del giudicato in via ordinaria esplica i propri effetti solo tra le parti in causa, acquista efficacia erga omnes qualora gli atti impugnati siano a contenuto generale e inscindibile, giacché gli effetti dell'annullamento in questo caso non possono essere circoscritti ai soli ricorrenti, essendosi in presenza di un atto unitario sostanzialmente e strutturalmente, il quale non può esistere per taluni e non esistere per altri*".

[70] La ragione è dunque anzitutto di evitare che il ricorrente debba svolgere indagini troppo gravose nella ricerca dei controinteressati cui notificare l'atto introduttivo del giudizio, rischiando, peraltro, l'inammissibilità del ricorso in caso di mancata individuazione del controinteressato; cfr. già W. TROISE MANGONI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel processo amministrativo*, Milano, 2004, 222. Da altra prospettiva più ampia, è però interesse dello stesso ricorrente, e quindi non soltanto del terzo, che venga correttamente instaurato il contraddittorio perché si ottenga una pronuncia giurisdizionale utile, in quanto efficace ed immutabile; cfr. sul punto M. RAMAJOLI, *Riflessioni in tema di interveniente e controinteressato nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 164.

[71] In termini analoghi, rispetto alla più generale possibilità che l'omessa integrazione del contraddittorio possa minare la stabilità della sentenza, già C. CACCIAVILLANI, *Profili soggettivi* cit., 30. Si vedano richiami ai principi di economia processuale nella giurisprudenza più recente; Cons. Stato, Sez. IV, 18 gennaio 2023, n. 622.

con un evidente rinvio a un criterio sostanziale inerente al rapporto controverso, distinto e più esteso rispetto al criterio formale, dell'individuazione nell'atto, in forza del quale lo stesso art. 41, co. 2 cpa, restringe la categoria del controinteressato-parte necessaria dinanzi all'azione di annullamento dell'atto[72].

Ciò premesso, si è, inoltre, anticipato che in giurisprudenza la limitazione delle parti necessarie e l'applicazione dell'art. 49 co. 2 cpa hanno immediati riflessi anche rispetto alla restrizione dell'ambito operativo dell'art. 105 cpa e della rimessione della causa al giudice di primo grado. Sicché, secondo la giurisprudenza innanzi richiamata, la mancanza del contraddittorio può essere addirittura sanata in appello, con l'integrazione del contraddittorio al controinteressato pretermesso in primo grado, ovvero addirittura in seguito alla sua opposizione di terzo, senza annullare la sentenza con rinvio al primo giudice. La conseguenza è, però, che, seguendo l'indirizzo giurisprudenziale segnalato, prevalgono le ragioni di economia processuale rispetto a quella della completezza del contraddittorio e, facendolo partecipare solo in appello, si nega al terzo controinteressato il doppio grado di giudizio; senza però tener conto che nel processo amministrativo il doppio grado di giudizio "di merito" riceve una protezione di rango costituzionale che impone anche di ricostruire diversamente e di adattare l'effetto devolutivo dell'appello rispetto alle caratteristiche proprie del giudizio di riferimento[73].

È pur vero che la logica dell'estensione del contraddittorio in unico grado di appello potrebbe essere quella di evitare che l'applicazione dell'art. 49 co. 2 cpa porti a risultati opposti rispetto a quelli che ne sorreggono la *ratio* di consentire un risparmio dell'attività processuale ove il contraddittorio sia "inutile". Il rischio, infatti, è che, ove il giudice di primo grado applichi erroneamente l'art. 49 co. 2 cpa in primo grado, il giudice di appello è tenuto ad annullare la pronuncia di primo grado viziata con rinvio, con la conseguenza che si disperde ogni beneficio di risparmio di tempo guadagnato in primo grado con l'omessa integrazione del contraddittorio[74]. Se da tanto può, dunque, derivare una giustificazione valida per limitare i casi di rimessione della causa al primo giudice ex art. 105 cpa, tuttavia, deve infine prendersi atto che il dato positivo, letto attraverso la lente dell'elaborazione giurisprudenziale, conferma un modello di processo amministrativo decisamente orientato a un paradigma di contradditorio "dimidiato", ove il giudizio, non diversamente dal procedimento amministrativo (ex art. 21-octies co. 2 l. n. 241/1990) ben può svolgersi in assenza di alcune delle parti, ossia dei controinteressati, le quali,

[72] Cfr. argomenti in L. BERTONAZZI, *Appunti sparsi sul processo amministrativo di legittimità e i terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 1, 181 e ss.

[73] Così Cons. Stato, Ad. Plen. 20 novembre 2024 n. 16, punto n. 11.4.

[74] Perplessità segnalata anche da R. VILLATA, *Dodici anni dopo: il Codice del processo amministrativo*, in B. Sassani-R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 61; nello stesso senso M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, 2013, 1, 100 e ss.

di conseguenza, stando a quanto si è anticipato, appaiono un po' meno "parti necessarie" rispetto ad altre parti del giudizio, queste sì davvero "necessarie", tra cui anzitutto la stessa amministrazione resistente.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'effettività dei Modelli Organizzativi al vaglio del caso Cosenza Calcio

di **Alfonso Laudonia**

(Avvocato, Dottore di ricerca)

Sommario

Introduzione: il caso Cosenza Calcio; 1. Il contenuto dei modelli di prevenzione nel Calcio; 2. La *ratio decidendi* del Collegio di Garanzia: un'analisi dell'efficacia dei MOGC; 3. Conclusioni.

Abstract

The decision of the CONI Guarantee Board (Collegio di Garanzia), No. 20 dated March 19, 2025, concerning the Cosenza Calcio case, stands as a pivotal moment in sports jurisprudence regarding club liability and the assessment of Organization, Management, and Control Models (Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo - MOGC) pursuant to Article 7 of the Italian Sporting Justice Code (Codice di Giustizia Sportiva - CGS). Through the analysis of this emblematic case study (casus), this work highlights the necessity of a non-formalistic approach in ascertaining the effectiveness of MOGC and the affirmation of substantive effectiveness as a conditio sine qua non for the exemption or mitigation of the liability of sports associations.

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

Introduzione: il caso Cosenza Calcio.

Nel dinamico e complesso *framework* del diritto sportivo, l'adozione e l'effettiva implementazione di modelli di organizzazione, gestione e controllo (MOGC) si configurano come *vexata quaestio* ai fini della configurabilità delle sanzioni disciplinari a carico della società sportiva. Tale complessità deriva da molteplici fattori, tra cui la non sempre chiara interpretazione dei contenuti richiesti, la difficoltà nella valutazione della loro concreta efficacia preventiva il rigoroso onere probatorio che grava sulle società per dimostrarne l'adeguatezza, il potenziale scollamento tra *compliance* formale e sostanziale, nonché il continuo evolversi del quadro normativo che impone un costante aggiornamento dei sistemi di prevenzione.

In questo contesto giuridico si inserisce il caso in esame, un paradigma emblematico che evidenzia le problematiche relative all'adeguatezza e all'efficacia dei modelli organizzativi nel prevenire condotte illecite e nel modulare la responsabilità degli enti sportivi.

Il ricorso del Cosenza Calcio S.r.l. al Collegio di Garanzia dello Sport avverso la decisione della Corte Federale d'Appello della FIGC n. 39/2024-2025 pone al centro del dibattito l'applicazione e l'efficacia dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo, *ex* art. 7 CGS, nel peculiare contesto del calcio professionistico, nonché la responsabilità degli enti sportivi per le condotte illecite dei propri organi.

La controversia trae origine dalla sanzione di due punti di penalizzazione e 5.000 euro di ammenda inflitta al *club* per il mancato versamento delle ritenute IRPEF relative agli incentivi all'esodo di tre tesserati entro il 1° luglio 2024 e per la presentazione di documentazione non veritiera alla Co.Vi.So.C.[1] Nella fattispecie del Cosenza Calcio, è emerso come il modello di gestione, organizzazione e controllo adottato dal *club* non abbia impedito *de facto* la commissione degli illeciti contestati.

Elemento centrale di tale inefficacia risiede nella concentrazione di *plures functiones* nella persona del legale rapp.te, il quale, pur rivestendo la responsabilità di eseguire i pagamenti e gestire i conti correnti, ha agito in modo da eludere i controlli interni, attestando *contra veritatem* l'avvenuto versamento. Il Cosenza Calcio, scoperto il comportamento doloso del proprio legale rappresentante, lo aveva revocato dall'incarico e denunciato, nonché provveduto al pagamento di quanto dovuto.

La Corte Federale d'Appello, confermando la decisione del Tribunale Federale Nazionale, ha respinto il reclamo del *club*. In particolare, il giudice di secondo grado ha ritenuto non sussistente la causa di forza maggiore invocata dal *club* (un

[1] In materia di versamenti e pagamenti contributivi la giustizia sportiva ha più volte precisato che "l'ordinamento sportivo richiede l'assoluta regolarità dei versamenti al fine di dimostrare l'affidabilità delle società iscritte ai campionati tanto da presidiarne la corretta ottemperanza con l'indicazione di precisi termini di scadenza (art. 85 NOIF) e obblighi di comunicazione all'autorità federale di controllo (Co.Vi.So.C.), sanzionandone, altresì, con severità la violazione". Cfr. Corte Federale d'Appello, n. 108/2022-2023.

ISSN 2036-7821

pignoramento sul conto), argomentando che il legale rappresentante, pur consapevole del pignoramento, avrebbe potuto gestire diversamente la liquidità disponibile, evitando l'inadempimento.
Con il reclamo al Collegio di Garanzia, il club calabro contesta, tra l'altro: l'interruzione del rapporto di immedesimazione organica con il legale rappresentante a causa della sua condotta dolosa, l'efficacia del proprio modello organizzativo e l'erronea applicazione dell'art. 7 CGS nella sua valutazione.
Il Collegio di Garanzia, tuttavia, ha respinto il ricorso, ritenendo che il modello organizzativo del club, pur esistente, non fosse idoneo a prevenire l'illecito contestato, confermando integralmente la sanzione.
Nella fattispecie del Cosenza Calcio, quindi, è emerso come il modello di gestione, organizzazione e controllo adottato non abbia impedito *de facto* la commissione degli illeciti contestati, confermando una tendenza giurisprudenziale secondo cui la mera esistenza formale di un MOGC non determina *ipso facto* l'esonero da responsabilità allorquando si verifichino illeciti ascrivibili a carenze strutturali o a una sua inefficace applicazione in concreto.
In questo scenario, la giurisprudenza ha chiarito che "l'adozione di un Modello Organizzativo, Gestionale e di Controllo (MOGC) non costituisce un mero adempimento formale, ma deve rispondere a criteri di adeguatezza ed efficacia rispetto alla prevenzione dei rischi specifici dell'attività svolta dalla società sportiva, con particolare riferimento ai principi di lealtà, correttezza e probità"[2].
La decisione in commento impone una riflessione approfondita sul contenuto dei modelli di prevenzione adottati dalle società e associazioni calcistiche al fine di verificarne l'efficacia. In primo luogo, È quindi necessario analizzare gli elementi costitutivi di un modello di organizzazione, gestione e controllo *ex* d.lgs. n. 231/01, per comprenderne la sua intrinseca finalità preventiva e la sua potenziale integrazione con le nuove esigenze di prevenzione delineate dal legislatore endofederale, in particolare dall'art. 7 dello Statuto Federale CONI e ora dall'art. 16 del d.lgs. n. 39/2021[3].

1. Il contenuto dei modelli di prevenzione nel Calcio

Come anticipato, il panorama normativo impone una riflessione approfondita sul contenuto dei modelli di prevenzione adottati dalle società de associazioni calcistiche.
La responsabilità delle società sportive nell'ordinamento sportivo è tradizionalmente ancorata al principio della responsabilità oggettiva, come sancito dall'art. 6, comma 2, CGS, il quale prevede in modo precettivo che "la società risponde ai fini disciplinari

[2] T.F.N., decisione n. 15/2023-2024.
[3] Decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 39. Attuazione dell'articolo 8 della legge 8 agosto 2019, n. 86, recante semplificazione di adempimenti relativi agli organismi sportivi. Pubblicato nella Gazz. Uff. 19 marzo 2021, n. 68.

ISSN 2036-7821

dell'operato dei dirigenti, dei tesserati e dei soggetti di cui all'art. 2, comma 2", senza lasciare margini di interpretazione e valendo per ogni violazione commessa dai soggetti legati alla società[4]. Questa forma di responsabilità, che ha come unico presupposto il rapporto di tesseramento e mira a tutelare i terzi e incentivare la prevenzione, rappresenta un architrave dell'ordinamento sportivo.

Tuttavia, il panorama normativo, sia a livello statale (d.lgs. n. 231/2001) che federale (art. 7, comma 5, Statuto FIGC e art. 7 CGS), impone ai *clubs* l'adozione di modelli di prevenzione non quale mero adempimento formale, bensì quale *praesidium* sostanziale volto a prevenire la commissione di illeciti ed a tutelare il fondamentale principio di lealtà sportiva, elevato da mero valore etico a vincolo giuridicamente rilevante[5]. In linea con questa evoluzione normativa, la giurisprudenza sportiva ha chiarito come "l'articolo 7 del CGS, nel riconoscere la funzione di esimente o attenuante della responsabilità in capo alle società che dimostrino l'adozione e l'effettiva attuazione di modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire la commissione di illeciti, introduce un superamento del tradizionale principio di responsabilità oggettiva, ancorando la valutazione della responsabilità dell'ente alla sua capacità di dotarsi di strumenti di prevenzione efficaci"[6]. Tale

[4] CFA, decisione n. 3/CFA/2020-2021/A, in *figc.it*.

[5] Sul principio di lealtà v. GIACOMARDO, *Il "Caso Juventus" tra questioni processuale e lealtà sportiva*, in *Riv. dir. sport.*, 1/2023, pp. 220-249; TRAISCI, *La Lealtà sportiva: un valore etico che diventa obbligo giuridico*, in *GiustAmm.it*, 2018, p. 10; TURCHINI, *Sanzioni disciplinari, risarcimento del danno e lealtà sportiva: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Riv. dir. sport.*, 2016, pp. 427-444, IZAR, *Obbligo di lealtà sportiva e inadempimento contrattuale: rapporti tra giustizia sportiva e giustizia dello Stato*, in *Contratti*, 2005, pp. 876-883.

[6] CFA, decisione n. 39/2024-2025/G, in *figc.it*, secondo cui un modello di prevenzione focalizzato su specifici rischi (es. reati fiscali) non è idoneo a escludere o attenuare la responsabilità per illeciti di diversa natura. Vedi anche CFA, sez. un. n. 58/2021-2022; CFA, n. 77/21-22; CFA, n. 40/24-25/G, CFA, n. 110/22-23/G; CFA, sez. III, n. 82/21-22, tutte su *figc.it*. In particolare, la decisione n. 82 statuisce che "la responsabilità oggettiva rappresenta il presupposto di tutto il sistema di giustizia sportiva e può essere ridimensionata solo nei casi di cui all'art. 7 CGS (scriminante o attenuante della responsabilità della società), in base al quale al fine di escludere o attenuare la responsabilità della società di cui all'art. 6, così come anche prevista e richiamata nel Codice, il giudice valuta la adozione, l'idoneità, l'efficacia e l'effettivo funzionamento. Secondo la pronuncia delle sez. un. di questa Corte n. 58/2022, l'art. 6 del CGS - che assurge a referente di carattere generale per quanto concerne la responsabilità disciplinare dei sodalizi sportivi scaturente dalla inosservanza dei comportamenti imposti dalla normativa di settore per assicurare la salvaguardia e la conservazione dei valori fondamentali che informano lo sport e la sua pratica - distingue tre differenti ipotesi: -il primo comma, configura la responsabilità c.d. "diretta" della società, la quale risponde direttamente dell'operato di chi la rappresenta ai sensi delle norme federali. Essa trova fondamento nel rapporto di immedesimazione organica che lega il sodalizio sportivo a (colui o) coloro che, al suo interno, sono investiti del potere di agire in nome di questo. Affinché la responsabilità possa trasmettersi e risalire dal rappresentante al rappresentato non è necessaria alcuna indagine circa l'effettiva utilità per l'ente della condotta antisportiva (che si presume *iuris et de iure*). Tale ipotesi di responsabilità è stata sempre inquadrata dalla giurisprudenza sportiva come ipotesi di responsabilità oggettiva; - le tre ipotesi distribuite nei commi 2, 3 e 4, sono state tradizionalmente attratte al modello della "responsabilità oggettiva" in quanto esponevano il sodalizio a conseguenze sanzionatorie per atti o fatti riferibili a soggetti "interni" o "esterni" alla propria struttura/organizzazione senza però riconoscere rilievo alcuno all'elemento soggettivo". Dal confronto tra l'art. 4, commi 2 e 3 del soppresso CGS e l'art. 6, commi 2 e 3 del CGS in vigore emerge la soppressione del termine "oggettivamente"; il nuovo art. 7 del CGS, che si applica a tutte le ipotesi di cui all'art. 6, rubricato "Scriminante o attenuante della responsabilità della società", prevede che il Giudice Sportivo, al fine di escludere o attenuare la

approccio segna un superamento del tradizionale principio di responsabilità oggettiva, ancorando la valutazione alla capacità dell'ente di dotarsi di efficaci strumenti di prevenzione.

Tale evoluzione normativa, come sottolineato dalla giurisprudenza sportiva, evidenzia una transizione verso forme di responsabilità meno rigidamente oggettive, statuendo come "il nuovo codice evidenzia una transizione del legislatore sportivo dalle ipotesi di responsabilità senza colpa a forme di responsabilità per colpa presunta (o aggravata), tendente ad eliminare o, quantomeno, attenuare il carattere direttamente 'oggettivo' per l'attribuzione della responsabilità delle società. Ampliando il raggio d'azione del previgente art. 13, comma 1, lett. a), C.G.S., si attribuisce al giudice sportivo la potestà di «escludere o attenuare» l'addebito disciplinare riferito alle società incolpate che, comunque, si siano dotate di un assetto organizzativo interno adeguato a prevenire il rischio di illeciti, a meno che non sia provato il contrario"[7].

In buona sostanza, la formulazione normativa introduce un meccanismo in cui la società, per esonerarsi da responsabilità, deve attivamente dimostrare l'assenza di colpa attraverso l'adozione e l'efficace attuazione di un modello di prevenzione

Le modifiche statutarie della FIGC del 2007[8] e le susseguenti linee guida del 2019

---

responsabilità della società, valuti l'adozione, l'idoneità, l'efficacia e l'effettivo funzionamento del modello di organizzazione, gestione e controllo di cui all'art. 7, comma 5 dello Statuto FIGC. In attuazione di tale ultima disposizione, il Consiglio Federale ha approvato le linee guida (C.U. n. 131/L del 4 ottobre 2019), dettando una serie principi ai quali le società dovranno attenersi nell'adozione di c.d. "Modelli di prevenzione". Il rispetto delle linee guida consente di accertare un'assenza di colpa in capo alle società. Queste ultime dovranno, dunque, provare di aver attivato ed effettivamente, correttamente ed appropriatamente utilizzato un modello organizzativo ed un organismo di vigilanza, controllo e prevenzione tali, da consentire da un esame concreto della fattispecie un esimente o attenuazione di responsabilità. Si tratta di un modello di responsabilità (che ha riscontri anche nell'ordinamento civile *ex* artt. 2047 e 2048 CC al pari della responsabilità della PA per atto illegittimo) in cui si presume la sussistenza dell'elemento soggettivo fino a prova contraria fornita dalla società. Si verifica, quindi, un'inversione dell'onere della prova, atteso che non è l'organo inquirente a dover provare la colpa della società, ma è quest'ultima, che per andare esente da responsabilità, deve provare l'assenza di colpa. L'art. 6, commi da 2 a 4 del CGS in vigore configura quindi un sistema basato su una forma di attribuzione della responsabilità meno rigida, ancorata alla c.d. "colpa organizzativa". E' quindi compito del giudice sportivo verificare se vi sia stata un'incapacità della società nel prevenire l'illecito che si è verificato, per cui l'accertamento circa un eventuale deficit organizzativo rispetto ad un "modello di diligenza esigibile" configurerà quella rimproverabilità posta a fondamento della fattispecie sanzionatoria. È la mancata adozione del modello organizzativo da parte della società che qualifica la sua responsabilità quale oggettiva in senso stretto, mentre là dove viene adottato se ne verifica un suo affievolimento, demandandosi agli organi di giustizia sportiva la verifica in concreto se il modello adottato e le relative cautele prese possano costituire un esimente o un'attenuazione della responsabilità *ex* art. 7 CGS. Ove tale accertamento risulti negativo, riespande anche in tal caso la responsabilità di tipo oggettivo". Nel caso di specie, riguardante la responsabilità della società per tesseramento estero dei due calciatori, la prova contraria fornita dalla società si era limitata all'affermazione della impossibilità del controllo della veridicità delle dichiarazioni dei calciatori e all'assenza di un legame tra questi ultimi e la società".

[7] Corte sportiva d'appello, sez. III, n. 144/2020-2021.

[8] In particolare, l'Assemblea Straordinaria della FIGC, il 22 gennaio 2007, ha deliberato modifiche allo Statuto Federale, rendendo obbligatoria per le società partecipanti ai campionati nazionali l'adozione di modelli di organizzazione, gestione e controllo. Il Consiglio Federale, dopo consultazione con le Leghe interessate, è

ISSN 2036-7821

(C.U. n. 96/A) hanno statuito l'obbligatorietà[9] per le compagini sportive di adottare MOGC idonei a scongiurare la perpetrazione di atti contrari ai principi di lealtà, correttezza e probità, prescrivendo misure specifiche, codici etici, procedure decisionali, sistemi disciplinari interni e organismi di vigilanza *ad hoc*.

L'articolo 7 del CGS riconosce *expressis verbis* una funzione di esimente o attenuante della responsabilità in capo alle società che dimostrino per *facta concludentia* l'adozione e l'effettiva attuazione di siffatti modelli[10]. Inoltre, come chiarito dalla giurisprudenza, l'adozione di un modello di organizzazione, gestione e controllo non è solo rilevante ai fini dell'esclusione o dell'attenuazione della responsabilità, ma costituisce anche una condizione necessaria affinché gli organi di giustizia sportiva possano esercitare il proprio potere di graduazione della pena, che "presuppone, quale condizione necessaria, l'adozione da parte della società di un modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi dell'art. 7 CGS"[11].

Tale approccio segna il superamento del tradizionale principio di responsabilità oggettiva, ancorando la valutazione alla capacità dell'ente di dotarsi di efficaci strumenti di prevenzione. Difatti, la norma riconoscendo la funzione esimente o attenuante per le società che dimostrano l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire illeciti, si supera il tradizionale principio di responsabilità oggettiva. La valutazione della responsabilità dell'ente si basa ora sulla sua capacità di dotarsi di strumenti di prevenzione efficaci, riconoscendo un'esimente o un'attenuante in presenza di modelli adeguati e

---

responsabile dell'emanazione delle norme e delle linee guida relative a questi modelli, e vigila sulla loro implementazione per prevenire azioni contrarie ai principi di lealtà, correttezza e probità. A questo proposito, si segnala il Comunicato Ufficiale n. 96/A del 1 ottobre 2019, che contiene l'approvazione da parte del Consiglio Federale delle "linee guida" relative all'articolo 7, comma 5, dello Statuto Federale, consultabili sul sito figc.it. L'articolo 7 del Codice di Giustizia Sportiva (CGS) trova applicazione in tutti i casi descritti nell'articolo 6, intitolato "Scriminante o attenuante della responsabilità della società". Questa norma ha anche lo scopo di ridefinire il principio di responsabilità oggettiva, tradizionalmente considerato un pilastro fondamentale della giustizia sportiva e dello sport in generale, introducendo la possibilità di una "scriminante o attenuante" per le società che abbiano implementato un modello organizzativo, gestionale e di controllo volto a prevenire comportamenti in contrasto con i principi di lealtà, correttezza e probità.

[9] Obbligatorietà progressivamente introdotta dalle Leghe di Serie A (2013/2014), Serie B, Lega Pro (2017/2018) e, più recentemente, dalla Lega Nazionale Dilettanti FIGC (2023/2024).

[10] Sull'applicazione del d.lgs. 231/01 alle società ed enti sportivi v. P. GRILLO - R. GRILLO, *Diritto penale dello sport*, Milano, 2024, pp. 430-450; v. anche CAMPOCCIA - FAVELLA, *Il decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231 e la riforma del codice di giustizia sportiva della Federazione Italiana Giuoco Calcio*, in *Riv. dir. ec. sport*, 2, 2019, pp. 51-82, che evidenziano come i modelli sportivi hanno traslato la disciplina dettata dal legislatore ordinario in materia di responsabilità degli enti, introducendo nell'ambito calcistico presidii e condizioni che, "nell'ottica della responsabilizzazione delle società e di criteri meritocratici per quante tra di esse siano virtuose rispetto agli obblighi di "*compliance*", esonerano da, o quanto meno attenuano i profili di responsabilità dei club calcistici che abbiano adottato ed effettivamente implementato Modelli di organizzazione, controllo e gestione".

[11] CFA, sez. un., n. 91/2022-2023, in *figc.it*, vedi anche CFA, n. 5/2023-2024/E, in *figc.it*, secondo cui "è importante sottolineare che l'adozione di un MOGC non è rilevante solo per l'esclusione o l'attenuazione della responsabilità, ma costituisce anche un presupposto imprescindibile affinché gli organi di giustizia sportiva possano esercitare il proprio potere di graduazione della pena, come chiarito dalla recente giurisprudenza".

ISSN 2036-7821

realmente attuati[12].

Tale cambio di paradigma nel calcio è evincibile anche nelle recenti modifiche all'art. 17 RSTP[13], che costituiscono la transizione da una responsabilità quasi-oggettiva, funzionalizzata alla protezione dell'integrità contrattuale, ad una responsabilità regolata su criteri di imputazione causale[14], incentrata sull'effettiva partecipazione all'evento lesivo e sul rispetto del principio di colpevolezza[15]. Analogamente a quanto statuito nel diritto civile, ad esempio in materia di risarcimento del danno *ex*

[12] CFA, decisione n. 39/2024-2025/G, in *figc.it*.

[13] La FIFA ha modificato le regole sui trasferimenti dei calciatori in risposta alla sentenza Diarra emessa il 4 ottobre 2024 dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella causa C-650/2022. In argomento v. F.R. FIMMANÒ, *L'ordinamento giuridico del calcio*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Il diritto del calcio*, Napoli, 2025, pp. 59 - 60; BASTIANON, *Il caso "Diarra" e i trasferimenti dei giocatori "sotto contratto": ancora un intervento "forte" della Corte di giustizia in ambito sportivo*, in *Il Foro italiano*, 11/2024, 4, pp. 525-536; BASTIANON - COLUCCI, *The evolution of FIFA transfer football regulations: challenges, opportunities, and innovative approaches in the wake of the Diarra judgment*, in *Riv. dir. ec. sport*, 2024, pp. 19-67. Questa decisione ha evidenziato le problematiche della normativa FIFA sui trasferimenti, in particolare riguardo al risarcimento ed alle sanzioni in caso di risoluzione contrattuale senza una valida motivazione. La Corte di Giustizia UE ha ritenuto che alcune disposizioni del regolamento FIFA fossero in contrasto con i principi di libera circolazione e libera concorrenza all'interno dell'UE. Di conseguenza, la FIFA ha apportato delle modifiche provvisorie al suo regolamento sui trasferimenti a partire dal 1° gennaio 2025, con l'obiettivo di allineare le regole suoi trasferimenti dei giocatori con quanto stabilito dalla Corte UE. In precedenza, la FIFA aveva già sospeso le sanzioni per violazioni delle norme sui trasferimenti ritenute problematiche dalla Corte. Le nuove regole introducono una definizione generale di "giusta causa" per la risoluzione contrattuale. Inoltre, cambiano significativamente le norme sul risarcimento in caso di risoluzione senza giusta causa, stabilendo criteri specifici per calcolarlo basati sul danno subito e sulla legge nazionale applicabile. Un'altra novità importante è l'inversione dell'onere della prova: ora spetta al vecchio club dimostrare che il nuovo club ha spinto il giocatore a rompere il contratto senza motivo valido. Le regole relative al "*transfer*" internazionale (ITC), il documento necessario per i trasferimenti tra federazioni, sono state anch'esse modificate. La FIFA ha stabilito che l'ITC deve sempre essere rilasciato entro 72 ore. Se questo termine non viene rispettato, la federazione che deve tesserare il giocatore può procedere anche senza il documento. Le sanzioni disciplinari per giocatori e club che risolvono contratti senza giusta causa e per i club che inducono a tale risoluzione rimangono invariate, anche se l'applicazione di alcune sanzioni era stata temporaneamente sospesa. Infine, viene introdotto un esplicito dovere di collaborazione per le parti coinvolte in dispute contrattuali davanti agli organi di giustizia sportiva della FIFA, e la mancata collaborazione potrà essere presa in considerazione dai giudici.

[14] Le modifiche al regolamento sui trasferimenti della FIFA apportano cambiamenti significativi in tre aree chiave. Innanzitutto, l'onere della prova viene invertito: precedentemente, si presumeva la responsabilità del nuovo club in caso di risoluzione contrattuale ingiustificata da parte del giocatore, avvicinandosi a una responsabilità oggettiva. Ora, è il vecchio club a dover dimostrare che il nuovo ha effettivamente spinto il giocatore a rompere il contratto, rendendo la prova molto più complessa e allontanando la responsabilità da una semplice presunzione. In secondo luogo, vengono introdotti criteri specifici per il calcolo del risarcimento: basati sul danno effettivo subito e sul principio dell'interesse positivo, questi criteri portano a una valutazione più individualizzata rispetto a un possibile approccio più standardizzato e oggettivo. Infine, viene definita formalmente la "giusta causa" per la risoluzione contrattuale, introducendo una valutazione sostanziale delle ragioni della rottura del contratto e allontanandosi da un'analisi puramente formale o oggettiva.

[15] WILMS, *FIFA Implements New (Temporary) Transfer Rules Following Diarra Judgment*, in https://kvdl.com/en/articles/fifa-voert-nieuwe-tijdelijke-transferregels-in-naar-aanleiding-van-diarra-uitspraak, dove si evidenzia come la FIFA, con le modifiche *ad interim*, abbia eliminato la presunzione automatica di responsabilità solidale del nuovo club in caso di risoluzione contrattuale senza giusta causa da parte del giocatore, allontanandosi da una logica di responsabilità oggettiva. V. anche su Football Benchmark, *FIFA's Interim Regulations on the Status and Transfer of Players and their practical implications*, in *https://footballbenchmark.com/w/fifa-s-interim-regulations-on-the-status-and-transfer-of-players-and-their-practical-implications.*

art. 1223 c.c., ove si richiede la sussistenza di un rapporto di causalità diretta tra inadempimento e danno, o in tema di responsabilità solidale *ex* art. 2055 c.c., che modula l'obbligazione risarcitoria in ragione del contributo causale di ciascun corresponsabile, anche nel diritto sportivo[16] si registra una crescente attenzione alla

[16] Nel diritto sportivo internazionale si registra un approccio più sfumato alla responsabilità oggettiva anche nel doping, attraverso le revisioni del Codice Mondiale Antidoping e all'interpretazione giurisprudenziale del TAS. Questo processo ha portato ad un sistema più complesso, che cerca di bilanciare l'esigenza di combattere efficacemente il doping con la necessità di garantire giustizia e proporzionalità nelle decisioni disciplinari. Si ricordi, infatti, come il Codice Mondiale Antidoping (WADC) è entrato in vigore nel 2004, stabilendo fin dalla sua prima versione il principio della responsabilità oggettiva. Tuttavia, le successive revisioni del Codice, come quelle del 2009, 2015 e 2021, hanno progressivamente introdotto una maggiore flessibilità nel sistema sanzionatorio. In particolare, queste revisioni hanno previsto diverse categorie di violazioni delle norme antidoping (ADRV) e hanno articolato in modo più preciso le possibilità di ridurre o eliminare le sanzioni in base a criteri quali l'assenza di colpa o negligenza ("*no fault or negligence*"), l'assenza di colpa o negligenza significativa ("*no significant fault or negligence*"), e le modalità con cui l'atleta ha cercato di determinare come la sostanza proibita è entrata nel suo organismo. Tra le tante v. CAS 2019/A/6482 *Gabriel da Silva Santos v. Fédération Internationale de Natation (FINA), award of 14 February 2020*, in https://jurisprudence.tas-cas.org. In particolare, in tale decisione si evidenzia come nel contesto delle normative antidoping, il principio di responsabilità oggettiva stabilisce che un atleta è responsabile di qualsiasi sostanza proibita trovata nel suo corpo, indipendentemente da come vi sia finita o dall'intenzione di farne uso. Questo principio è chiaramente espresso in tale decisione dove si afferma: "*It is each Athlete's personal duty to ensure that no Prohibited Substance enters his or her body. Athletes are responsible for any Prohibited Substance or its Metabolites or Markers found to be present in their Samples*". Tuttavia, il TAS esamina anche il principio del "*No Fault or Negligence*", argomentando che la sostanza proibita (Clostebol) è entrata nell'organismo dell'atleta a causa di *cross-contamination*, ovvero attraverso la condivisione di oggetti personali con il fratello. In sostanza l'atleta, ha sostenuto di aver adottato tutte le precauzioni ragionevoli e di non essere in colpa. Il Tribunale Arbitrale dello Sport (TAS) ha riconosciuto il principio di responsabilità oggettiva, ma ha anche considerato il grado di colpa o negligenza dell'atleta per determinare la sanzione appropriata. Il TAS ha valutato *"what this athlete knew or suspected and what s/he could reasonably have known or suspected, even with the exercise of utmost caution*", nonché "*the degree of risk that should have been perceived by an athlete and the level of care and investigation exercised by an athlete in relation to what should have been the perceived level of risk as required by the definition of Fault*.". In buona sostanza, l'atleta deve dimostrare di non sapere o sospettare, e di non poter ragionevolmente sapere o sospettare, "*even with the exercise of utmost caution*," di aver utilizzato o assunto la sostanza proibita. Nel caso in esame, il TAS ha concluso che Mr. Santos ha commesso una violazione delle norme antidoping, ma "*bears no fault or negligence*", riconoscendo le circostanze particolari della contaminazione crociata. *Arbitrations* CAS 2017/A/5301 Sara Errani v. *International Tennis Federation* (ITF) *& CAS 2017/A/5302 National Anti-Doping Organisation (Nado) Italia v. Sara Errani and ITF, award of 8 June 2018*, in https://jurisprudence.tas-cas.org. Più recentemente si ricordi il caso Sinner, dove il Tribunale indipendente londinese "Sport Resolutions", con decisione del 19 agosto 2024, in *chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.itia.tennis/media/yzgd3xoz/240819-itia-v-sinner.pdf*, ha stabilito come nel caso dell'atleta rispetto all'assunzione di clostebol non ci fosse stata alcuna colpa o negligenza, il che non ha comportato alcun periodo di ineleggibilità. La World Anti-Doping Agency (WADA) ha contestato fermamente tale decisione, ritenendo che l'assoluzione di Sinner basata sul principio di "nessuna colpa o negligenza" non sia conforme alle attuali normative antidoping. Di conseguenza, l'agenzia ha presentato appello, chiedendo che a Sinner venga inflitta una squalifica che varia da uno a due anni, poiché considera inaccettabile il verdetto iniziale. Per completezza si ricordi come a seguito di tale appello vi è stato un accordo tra l'atleta e la WADA che ha portato alla sospensione di Sinner per tre mesi. La WADA ha riconosciuto come "I fatti di questo caso erano davvero unici, lo scenario ricostruito dall'atleta era scientificamente plausibile e ben documentato dai fatti. Una sospensione di 12 mesi sarebbe stata eccessivamente severa: la sanzione è proporzionata alla violazione commessa". Proprio per tale unicità è stato applicato l'art. 10.8.2 Codice Mondiale Antidoping. Al riguardo WADA nella nota ufficiale rispetto all'accordo con Sinner ricorda come "La disposizione sull'accordo di risoluzione dei casi nel Codice Mondiale Antidoping (Articolo 10.8.2) è stata introdotta nel 2021. Una delle sue

condotta degli enti e al loro effettivo coinvolgimento nella genesi dell'illecito[17].

Appare quindi necessario, in *primis*, verificare i contenuti di un modello di prevenzione, con particolare riferimento a quelli previsti dal MOGC *ex* d.lgs. n. 231/01, nella convinzione che sia necessario un approccio integrato[18] delle disposizioni relative ai modelli di prevenzione per rispondere adeguatamente all'esigenza di autoregolamentazione e valutazione dei rischi (penali o sportivi) oggi in capo alle società di calcio.

La *ratio* sottesa all'adozione di un MOGC ai sensi del d.lgs. n. 231/01 risiede nel superamento del tradizionale principio *"societas delinquere non potest"*[19], attraverso

---

funzioni principali è garantire che casi unici, che non rientrano pienamente nel quadro delle sanzioni, possano essere giudicati in modo appropriato ed equo, a condizione che tutte le parti e la Wada siano d'accordo. Oltre alle disposizioni sulle sanzioni previste dal Codice (dagli articoli 10.1 a 10.7), l'art. 10.8.2 del Codice consente esplicitamente un'ulteriore riduzione del periodo di ineleggibilità, basandosi sul livello di gravità della specifica violazione, nonché sul riconoscimento dell'infrazione da parte dell'atleta e sulla sua accettazione delle conseguenze appropriate. Sebbene gli accordi di risoluzione dei casi ai sensi dell'art. 10.8.2 siano stipulati in casi eccezionali, la disposizione è stata comunque utilizzata decine di volte tra le migliaia di casi giudicati da quando il Codice 2021 è entrato in vigore. Come detto, tali accordi richiedono che tutte le parti coinvolte, inclusa l'Autorità di Gestione dei Risultati (nel caso di Jannik Sinner si trattava della Federazione Internazionale di Tennis/Agenzia Internazionale per l'Integrità del Tennis), l'atleta e la WADA, concordino sulle conseguenze appropriate", cfr. *https://sport.sky.it/tennis/2025/02/18/sinner-wada-squalifica-accordo*.

[17] Sul versante del diritto penale sportivo si ricordi come con Cass. pen., sez. IV, 23 giugno 2022, n. 37178, in *CED Cassazione*, 2022, si abbandona l'idea che la semplice partecipazione ad un'attività sportiva comporti l'accettazione di ogni rischio connesso (teoria del rischio consentito). Invece, la Corte Suprema precisa che per accertare la colpevolezza in caso di eventi dannosi durante competizioni sportive, non basta verificare la violazione di una regola del gioco, mentre è necessario individuare una specifica norma di condotta cautelare rilevante penalmente, che definisca il comportamento prudente e diligente che ci si aspetta dall'atleta. Questa norma, tuttavia, non deve andare oltre le normali regole del gioco né contrastare il naturale svolgimento dell'attività sportiva, ma deve rispettare i principi di correttezza e lealtà propri della competizione. La valutazione di tutto ciò spetta al giudice di merito, che deve considerare le specificità di ogni singolo caso, e la sua decisione non può essere contestata in Cassazione a meno che non sia basata su motivazioni contraddittorie o manifestamente illogiche. In sintesi, la Cassazione sposta il focus dalla mera violazione del regolamento sportivo alla verifica concreta della colpa dell'atleta, richiedendo l'individuazione di una regola cautelare penalmente rilevante che sia stata violata, mantenendo però un equilibrio con la normale dinamica dell'attività sportiva e i suoi principi etici. Al riguardo v. LAUDONIA, *Aspetti penalistici del calcio*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Il diritto del calcio*, Napoli, 2025, p. 869; LAUDONIA, *L'accertamento della colpevolezza nei delitti colposi di evento nell'ambito delle competizioni sportive ed il superamento della teoria del rischio consentito*, in *Giustiziasportiva.it*, 2, 2023, pp. 31 ss.

[18] BARLETTA, *Questioni in tema di responsabilità da reato e illeciti sportivi. Le società sportive tra modelli organizzativi di gestione e "compliance" integrata*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, n. 10, 2024, pp. 1646-1661.

[19] CORSO, *"Societas delinquere non potest", un dogma che ha resistito al (primo) ventennio di 231*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 3, 2021, pp. 199-201; SICIGNANO, *Il costo del "societas saepe delinquit"*, in *Riv. pen.*, 3, 2021, pp. 226-232; VIGNOLI, *Il superamento del principio societas delinquere non potest nella disciplina introdotta dal D.lgs. n. 231 del 2001*, in *Rass. avv. stato*, 1, 2006, 376-386; DE RISIO, *Societas delinquere potest?*, in *Giur. merito*, 5, 2005, 1, pp. 1153-1161; DE MAGLIE, *Corporate Criminal Liability in Italian Law: an overview*, in *Studi senesi*, 2, 2003, pp. 396-401; AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4, 2003, pp. 941-994; PIERGALLINI, *Obiettivo 2 - Novità e contraddizioni nel diritto penale societario - Societas delinquere et puniri non potest. Riflessioni sul recente (contrastato) superamento di un dogma*, in *Quest. giust.*, 5, 2002, pp. 1087-1104; PIZZOTTI, *La natura della responsabilità delle società, nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Resp. civ. prev.*, 3, 2002, pp. 898-917; PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3, 2002, pp. 571-602; PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ..*, 1-2, 2002, pp. 183-198; PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr.*

l'introduzione della nozione di "colpa di organizzazione", che fa riferimento alla "responsabilità collettiva dell'ente"[20]. Quest'ultimo è concepito come un'entità complessa, dotata di una volontà collettiva autonoma e di una "meta competenza di gruppo" capace di affrontare dinamiche intricate, insuperabili dalla singola persona o da una pluralità disorganizzata[21]. Le decisioni a livello organizzativo, pertanto, non si configurano come atti isolati, ma come processi articolati che includono diverse fasi, dall'identificazione del problema alla verifica dei risultati.

Sebbene gli articoli 5, 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001 non forniscano indicazioni tassative sul contenuto specifico di un modello idoneo a prevenire il rischio di reati, essi delineano i criteri di attribuzione della responsabilità all'ente, distinguendo a seconda che l'illecito sia commesso da soggetti in posizione apicale o da sottoposti. In quest'ultimo caso, la responsabilità dell'ente sussiste qualora la commissione del reato sia stata agevolata dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. Diversamente, in caso di reato commesso da figure apicali, l'ente può esonerarsi da responsabilità dimostrando l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e gestione adeguati, l'affidamento della vigilanza a un Organismo

merito, 7, 2001, pp. 855-855; FONTANELLA, *Corruzione e superamento del principio societas delinquere non potest nel quadro internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 4, 2000, pp. 941-966; FOGLIA MANZILLO, *Verso la configurazione della responsabilità penale per la persona giuridica*, in *Dir. pen. proc.*, 1, 2000, pp. 106-112.

[20] GARGANI, *Profili della responsabilità collettiva da reato colposo, in Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2022, pp. 48-66; PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lg. n. 231/2001) (Parte II)*, in *Cass. pen.*, 2, 2013, pp. 842-867.

[21] Sul tema si permetta di rinviare ad LAUDONIA, *Profili penalistici del diritto del calcio*, cit., pp. 882 ss.; MITE - LAUDONIA, *Il dialogo (necessario) tra i modelli di prevenzione nel calcio*, in *Riv. dir. ec. Sport*, Vol. XX, 2024, pp. 247-283, dove gli Autori evidenziano come "è chiaro che l'ordinamento sportivo mira all'autoregolamentazione delle società, richiedendo oggi un maggiore sforzo organizzativo, affinché i modelli di prevenzione non siano meri elenchi di lemmi definitori, eventualmente stilati con censurabile copia e incolla o vuoti simulacri di refrain a sé stanti, ma siano quanto più personali ed efficaci. Le società sportive, data proprio la centralità dello sport nella sua insostituibile funzione sociale oltre che economica, sono chiamate a offrire un contributo indefettibile per una convivenza ed una cittadinanza adeguata alla sfida dei tempi e della tutela di vecchi e nuovi diritti In questa logica, che solo per comodità espositiva possiamo chiamare organizzativa, ma che in realtà è rigorosamente normativa nel suo significato più proprio di ratio sottesa alla disciplina e di conseguente regolamentazione, si muovono non solo i Modelli *ex* d.lgs. n. 231/01, ma anche i nuovi modelli di controllo dello sport, che devono necessariamente dialogare con i primi, così come statuito anche dal legislatore nazionale, secondo cui laddove le Associazioni e Società sportive dilettantistiche e società sportive professionistiche dispongano già di un Modello 231, dovranno integrarne il contenuto rispetto alla nuova normativa *Safeguarding*. Questa circostanza consacra l'approccio "integrato" nella gestione dei rischi di non conformità aziendali, attraverso la razionalizzazione delle misure di prevenzione e dei controlli in ambito 231 e *Safeguarding*". Sempre di MITE - LAUDONIA v. anche *La tenuta dei rapporti tra l'ordinamento sportivo e quello giuridico generale alla luce della Riforma dello sport*, in *Riv. dir. ec. sport*, Vol. XIX, 2023, pp. 92-136, dove vengono analizzati i modelli di prevenzione oggi previsti per i club dall'art. 16 d.lgs. n. 39//20201; modelli capaci "di conformare l'attività sportiva ai principi del fair play e di allineare l'ordinamento sportivo a quei canoni di prevenzione che sottendono lo schema di "*compliance 231*" (decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231), il *risk assessment* connotante il settore della privacy e – non da ultimo – la novella sugli adeguati assetti di cui all'art. 2086, comma 2, del codice civile (su cui la Relazione 15 settembre 2022, n. 87 della Suprema Corte di Cassazione".

interno dotato di autonomi poteri[22], l'elusione fraudolenta dei modelli da parte dell'autore del reato e l'assenza di omissione o insufficiente vigilanza da parte dell'OdV.

Nonostante la complessità teorica sottesa alla normativa, la carenza di indicazioni precise sui contenuti del MOGC e la genericità dei riferimenti ai codici di condotta ed alle linee guida di categoria rischiano di inficiare la funzione predittiva e preventiva delle norme penali in materia, potenzialmente confliggendo con i principi di tassatività e determinatezza della fattispecie penale *ex* art. 2 c.p. e di inderogabilità della legge penale *ex* art. 5 c.p., come interpretato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 364/1988[23].

Pertanto, per delineare il contenuto effettivo del MOGC, che deve essere "*taylor made*"[24] per l'ente, è imprescindibile partire dalla sua funzione teleologica di strumento volto a ridurre ragionevolmente il rischio di commissione di reati. Il modello si configura come funzionale: il vertice aziendale garantisce l'operatività delle condizioni che assicurano il rispetto dei modelli predisposti, con una chiara definizione dei ruoli e delle relative posizioni di garanzia all'interno della struttura gerarchica.

L'accertamento della colpa di organizzazione, quale presupposto fondante la responsabilità dell'ente implica una valutazione controfattuale *ex ante* sull'idoneità preventiva del modello adottato. Il giudice è chiamato a proiettarsi idealmente al *tempus commissi delicti* per scrutinare la prevedibilità ed evitabilità dell'evento criminoso, ipotizzando l'adozione di un modello organizzativo "virtuoso"[25].

A ciò si affianca la necessità di individuare le regole di condotta la cui osservanza i garanti devono assicurare, attraverso la predisposizione di risorse adeguate per l'elaborazione dei modelli di prevenzione del rischio di reato[26].

La bipartizione del dovere di auto-organizzazione e co-regolazione dell'ente si

---

[22] Cass. pen., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, in *Giur. It.*, 2022, 12, p. 2757, secondo cui "in tema di responsabilità da reato degli enti, il modello organizzativo che preveda un organismo di vigilanza di tipo monocratico privo di effettiva autonomia, in quanto posto alle dirette dipendenze di uno dei soggetti apicali della società, dovrà ritenersi inidoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi".

[23] Che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 5 del Codice Penale nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile.

[24] Cass. pen., sez. III, 17 maggio 2023, n. 27148, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Economia*, 2023, 3-4, p. 619, con nota di MASPERO - D'AVIRRO, secondo cui "in tema di responsabilità degli enti per reati ambientali, il modello di organizzazione e di gestione, per avere efficacia esimente, dev'essere adottato in riferimento alla specifica struttura ed al tipo di attività dell'impresa, prevedendo in modo chiaro e preciso i compiti, le responsabilità individuali e gli strumenti in concreto volti a prevenire la commissione di reati contro l'ambiente, e dev'essere efficacemente attuato, salvi i casi di cui all'art. 6, commi 4 e 4-bis, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, mediante l'istituzione dell'organismo di vigilanza dotato di concreti poteri di controllo, e la previsione di sistemi di revisione periodica, che garantiscano la tenuta nel tempo di quel modello".

[25] Cass. pen., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, cit., con nota DE SIMONE, *Responsabilità da reato degli enti - Si chiude finalmente, e nel migliore dei modi, l'annosa vicenda Impregilo*.

[26] I cc.dd. *compliance programs* statunitensi. Al riguardo v. WEBER - WASIELESKI, *Corporate ethics and compliance programs: A report, analysis and critique*, in *Journal of business ethics*, 2013.

ISSN 2036-7821

concretizza nel MOGC, articolato in una Parte Generale che definisce la struttura del Modello ed in una Parte Speciale che analizza le attività a rischio e formalizza le precauzioni preventive attraverso specifici protocolli operativi.
Nello specifico, la Parte Generale contiene la descrizione della configurazione giuridica societaria e degli organi di amministrazione e controllo, il codice etico, le linee guida per l'informazione e formazione, le modalità di rilevamento delle violazioni, il sistema disciplinare e la disciplina dell'Organismo di Vigilanza (OdV). La Parte Speciale include la descrizione dei reati presupposto[27], la mappatura delle attività a rischio (*risk assessment*), i principi generali di comportamento, i contenuti essenziali delle precauzioni nei protocolli operativi e l'elenco dei protocolli stessi.
Come evidenziato il principio guida che connette i diversi modelli di *compliance* risiede nella necessità per le società sportive di autoregolamentarsi attraverso la creazione di strutture interne che definiscano chiaramente ruoli, responsabilità e procedure operative, nonché organi di vigilanza adeguati. Tale strutturazione mira a prevenire lacune organizzative che potrebbero generare diverse forme di responsabilità, sia di natura sportiva (*ex* artt. 6, 25, 26, 28 C.G.S.), amministrativa degli enti (*ex* d.lgs. n. 231/01) e, ora, anche in relazione ai nuovi obblighi di prevenzione (*ex* art. 16 d.lgs. n. 39/2021).
Questa spinta verso l'organizzazione richiede una rinnovata cultura della *compliance*, che trasformi i modelli da meri adempimenti formali a strumenti effettivamente strutturati ed efficaci.
Da ciò scaturisce la necessità di un dialogo costante e di una sinergia tra i vari modelli di *compliance* inclusa la loro integrazione con gli adeguati assetti organizzativi previsti dall'art. 2086 c.c.[28], al fine di prevenire la crisi aziendale[29]. In

[27] L'elenco di questi è stato negli anni implementato dal legislatore e richiede una costante attività di aggiornamento da parte dell'ente.

[28] Gestione dell'impresa. L'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori. L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

[29] In questo scritto, non sarà possibile sviluppare adeguatamente il rapporto tra Modelli 231 ed assetti organizzativi *ex* art. 2086 c.c., rimandando a MONTALENTI, *Il modello "231" e l'organismo di vigilanza nel sistema dei controlli societari: un quadro di insieme*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 7, 2024, pp. 1044-1079, in cui l'Autore analizza il "modello 231" nel quadro dell'evoluzione del sistema dei controlli societari, sottolineando la distinzione tra controllo di merito, controllo di legalità, controllo di correttezza gestionale e di adeguatezza amministrativa, controllo diretto, controllo indiretto e vigilanza; FORMAGNANA, *L'infedeltà gestoria nel d.lgs. n. 231/2001: l'ennesimo segnale di un sistema ridondante e superabile?*, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, 3, 2024, pp. 365-393, dove l'Autrice riflette in ordine alle criticità del Modello 231 ed all'opportunità di ripensare se non, addirittura, superare, tale Sistema, alla luce delle novità che hanno riguardato l'articolo 2086 c.c., nonché delle normative di settore esistenti; VESSIA, *Sistema e applicazione degli assetti adeguati nel codice della crisi e raffronto con il sistema 231*, in *Dir. fall.*, 5, 2023, 1, pp. 795-817, in cui l'Autrice indaga i principali problemi esegetici scaturenti dagli artt. 2086 c.c. e 3, 375 e 377 c.c.i.i. in relazione al paradigma di adeguatezza degli assetti nella prospettiva di prevenzione della crisi. Le innovazioni apportate sono esaminate sia in relazione al diritto societario, sia al diritto delle imprese

linea con ciò, ad esempio, il comma 4 dell'art. 16 d.lgs. n. 39/2021 prevede l'integrazione delle nuove esigenze di prevenzione nelle procedure esistenti dei modelli 231, evitando la creazione di sistemi di prevenzione isolati[30].
Le coordinate ermeneutiche espresse sono fondamentali per analizzare il tema proposto, superando una mera descrizione formale della disciplina.

2. La ratio decidendi del Collegio di Garanzia nel caso Cosenza Calcio: un'analisi dell'efficacia dei MOGC

La sentenza del Collegio di Garanzia del CONI nel caso Cosenza Calcio illustra in modo significativo il rigoroso approccio adottato dalla giustizia sportiva nella valutazione dell'efficacia dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo ex art. 7 CGS. Pur riconoscendo l'adozione di un modello da parte del *club*, il Collegio ne ha sancito l'inidoneità a prevenire l'illecito contestato, focalizzandosi su specifiche carenze strutturali e operative che disvelano una mancata coerenza tra la *ratio* sottesa ai MOGC, come delineata nel paragrafo precedente, e la loro concreta implementazione.
Un punto centrale della motivazione risiede nella critica all'eccessiva concentrazione di poteri in capo al legale rappresentante, aspetto che si pone in antitesi con i principi

(individuali), sia al diritto della crisi, nel raffronto con il sistema 231 con particolare riguardo alle misure di rilevazione tempestiva della crisi che hanno sostituito le misure di allerta. In generale sul tema di adeguati assetti, tra i lavori più recenti v. FREGONARA, *La centralità degli assetti adeguati nella fisiologia e nella crisi dell'impresa*, in *Giur. it.*, 8-9, 2024, pp. 1900-1903; PETRONE, *La "governance" d'impresa e gli adeguati assetti*, in *Contr. impr.*, 3, 2024, pp. 775-815; ARCIDIACONO, *Denuncia di gravi irregolarità e assetti (in)adeguati ancora al vaglio della giurisprudenza. Il principio di proporzionalità preso sul serio*, in *Giur. comm.*, 3, 2024, 2, pp. 693-698; MONTALENTI, *I problemi della "governance"*, in *Giur. comm.*, 2, 2024, 1, pp. 368-392; DI SALVO, *L'art. 2409 c.c. e gli assetti organizzativi dell'impresa*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 11, 2023, pp. 1655-1681; SCIACCA, *Il controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. in ipotesi di mancata adozione degli adeguati assetti ex art. 2086, comma 2, c.c. e il sindacato sul merito imprenditoriale dell'autorità giudiziaria*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 11, 2023, pp. 1682-1698; FORTUNATO, *Assesti organizzativi dell'impresa nella fisiologia e nella crisi*, in *Giur. comm.*, 6, 2023, 1, pp. 901-912; GAROFALO, *Sugli "assetti adeguati" di cui al secondo comma dell'art. 2086 Cod. Civ.*, in *Arg. dir. lav.*, 5, 2023, 1, pp. 944-968; BENEDETTI, *Gli "assetti organizzativi adeguati" tra principi e clausole generali. Appunti sul nuovo art. 2086 c.c.*, in *Riv. soc.*, 5-6, 2023, pp. 964-982; POLICARO, *Assetti contabili, sostenibilità finanziaria (ed ambientale) e rilevazione della crisi nelle società di persone*, in *Contr. impr.*, 4, 2023, pp. 1168-1195. Si consideri, inoltre, come il tema della *compliance* tocca anche i sistemi ESG; sul punto v. GASBARRO, *Sostenibilità e continuità aziendale, ("in")sostenibilità e ("dis")continuità aziendale: brevi considerazioni sulle relazioni tra dimensione ESG e adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, 4/2023, pp. 530-552; dello stesso Autore v. anche *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili ex art. 2086 c.c.: un esempio di "convergenze parallele" tra diritto della crisi d'impresa ed economia aziendale*, in *Diritto ed Economia dell'Impresa* 1/2023, pp. 115-142.

[30] Come evidenziato da R. GRILLO, *Abusi sessuali e bullismo nello sport*, in *Riv. dir. ec. sport*, 1, 2020, pp. 31-120, vi è l'esigenza di tipizzare gli illeciti disciplinari relativi a tali condotte e di un maggiore coinvolgimento del CONI per rafforzare il potere sanzionatorio. L'Autore sottolineava la necessità di ripensare la *compliance* 231 dei club in relazione al rischio di reati sessuali, evidenziando come, pur non essendo tali reati inclusi tra i presupposti del d.lgs. n. 231/01 all'epoca, l'art. 1 del Codice di Comportamento CONI imponga alle società di adottare codici organizzativi idonei alla prevenzione degli illeciti, inclusi meccanismi di controllo, codici etici e sistemi sanzionatori interni. L'autore citava come esempio il nuovo codice di giustizia sportiva della FIGC (2019) che prevede la possibilità per le società di adottare modelli organizzativi specifici, auspicandone un'applicazione più ampia anche al fenomeno degli abusi sessuali.

cardine dei modelli di prevenzione efficienti. In particolare, è emerso che "[...] l'avv. Anania ha avuto ampi poteri senza un controllo sufficiente, il che ha portato a decisioni errate e a comportamenti dolosi".

Tale assunto motivazionale si allinea intrinsecamente con i principi generali dei MOGC, sottolineando, come discusso nel paragrafo precedente, la necessità di una chiara segregazione delle funzioni e di un sistema di deleghe e controlli interdipendenti per mitigare il rischio di comportamenti opportunistici e di elusione delle procedure interne. L'assenza di tali presidi nel modello del Cosenza Calcio ha rappresentato, per il Collegio, una vulnerabilità strutturale intrinseca che ha reso possibile la commissione dell'illecito, minando la finalità preventiva che i modelli stessi dovrebbero perseguire.

In linea con questo approccio rigoroso nella valutazione dell'efficacia dei singoli elementi del MOGC, la giurisprudenza ha chiarito che: "l'efficacia e l'effettivo funzionamento di un codice etico, quale parte integrante del modello di organizzazione, gestione e controllo, non possono ritenersi sussistenti qualora non vi sia prova della sua conoscenza da parte dei tesserati e la sua attuazione e controllo siano affidati a soggetti non specificamente individuati, né risultino antecedenti alla commissione dell'illecito"[31].

Ulteriore elemento di criticità, strettamente connesso al contenuto specifico dei protocolli operativi che costituiscono la Parte Speciale dei MOGC[32], è stata la specificità dei controlli previsti dal modello adottato dal *club* calabrese. La decisione in commento rimarca come "[...] il modello si concentrava sulla prevenzione dei reati fiscali, ma non disciplinava i controlli sui pagamenti federali", evidenziando un aspetto cruciale nell'applicazione dell'art. 7 CGS: l'idoneità del modello deve essere valutata in relazione alla "tipologia di illecito" verificatosi. Un modello, pur astrattamente efficace nella prevenzione di determinati rischi, può rivelarsi ontologicamente inadeguato se non specificamente orientato a prevenire il tipo di violazione concretamente realizzata.

Nel caso di specie, la carenza di procedure di controllo *ad hoc* per gli adempimenti federali, come il versamento delle ritenute IRPEF, ha rappresentato una lacuna operativa determinante per il giudizio di inefficacia espresso dal Collegio di Garanzia.

Tale omissione stride con la necessità, evidenziata nel paragrafo precedente, di una mappatura dettagliata delle attività a rischio e della formalizzazione di precauzioni preventive attraverso specifici protocolli operativi calibrati sulle peculiarità dell'attività svolta dalla società sportiva.

Il Collegio di Garanzia ha respinto le difese del Cosenza Calcio sull'asserita efficacia

[31] CFA, decisione n. 8/2024-2025/G. in *figc.it*, evidenza come la mera adozione formale di un codice etico, senza una sua concreta implementazione e diffusione, non possa contribuire all'efficacia complessiva del modello.

[32] cfr. paragrafo 1.

del modello e sul ruolo del Sindaco Unico[33], implicitamente sottolineando come la mera esistenza di organi di controllo, pur prevista nella Parte Generale dei MOGC[34], non sia *ex se* sufficiente se il modello organizzativo nel suo complesso non prevede meccanismi specifici e stringenti per prevenire il rischio concreto manifestatosi.
È fondamentale sottolineare che la presunzione di colpa[35] può essere superata solo ricorrendo le condizioni di cui all'art. 7 CGS, ovvero dimostrando l'adozione, l'idoneità, l'efficacia e l'effettivo funzionamento di un MOGC. La Corte di Cassazione ha recentemente ribadito un principio fondamentale: un'organizzazione è responsabile per le proprie mancanze. Per evitare di essere ritenuta automaticamente colpevole per gli illeciti commessi al suo interno, essa deve dimostrare di aver adottato adeguate misure preventive per impedire la commissione di reati simili a quello verificatosi[36]. In sostanza, la Cassazione, con tale pronuncia, valorizza

[33] Interessante è lo spunto di riflessione in merito alla portata dei controlli interni e alla loro efficacia ai fini dell'esclusione o attenuazione della responsabilità delle società sportive. Sebbene la difesa del club ricorrente abbia tentato di valorizzare la verifica compiuta dal Sindaco Unico sulla disponibilità finanziaria come elemento esimente, la decisione del Collegio di Garanzia (in linea con quanto statuito dalla Corte Federale d'Appello) ha subordinato la rilevanza di tali controlli all'esistenza di un modello organizzativo complessivamente idoneo e efficace. Nel caso di specie, l'accentramento di plurime funzioni in capo al legale rappresentante, unitamente alla genericità delle procedure di controllo interne, ha vanificato la potenziale efficacia della pur avvenuta verifica del Sindaco Unico, il quale si era basato su informazioni successivamente rivelatesi non veritiere. Tale circostanza evidenzia come la mera presenza di un organo di controllo non sia di per sé sufficiente a garantire l'affidabilità della gestione e ad escludere la responsabilità della società, qualora manchi una strutturale segregazione delle funzioni e procedure di verifica robuste e indipendenti. La decisione sottolinea, dunque, la natura ancillare e dipendente dei controlli interni rispetto all'architettura complessiva del modello organizzativo, la cui inadeguatezza non può essere surrogata da verifiche isolate, specie se viziate da informazioni di parte.

[34] cfr. paragrafo 1.

[35] CFA, sez. I, decisione n. 80/2022-2023, in *figc.it*. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto sussistente la responsabilità oggettiva della società che non aveva adottato alcun modello di organizzazione, gestione e controllo (cd. modello di prevenzione); in mancanza di adozione non si poteva ritenere superata la presunzione di colpa.

[36] Cass. pen., sez. IV, 25 giugno 2024, n. 31665, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Economia*, 2024, 3-4, p. 621, secondo cui "In tema di responsabilità amministrativa degli enti derivante da reati colposi di evento (art. 25-septies D.Lgs. n. 231 del 2001), la mancata inclusione di specifici rischi esogeni legati alla security nel documento di valutazione dei rischi (DVR) non determina automaticamente la responsabilità della società. È necessario verificare se l'ente abbia comunque adottato un modello organizzativo idoneo a prevenire tali rischi e se le prescrizioni organizzative siano state generalmente rispettate. La responsabilità dell'ente non può essere affermata sulla base di una singola violazione estemporanea da parte di un dirigente, soprattutto quando tale condotta risulti inattesa e contraria alle prassi consolidate e alle disposizioni conosciute e generalmente osservate in azienda". Tale massima riassume solo in parte i molteplici aspetti rilevanti di una nota vicenda giudiziaria riguardante la responsabilità di una società per la morte di due lavoratori in Libia nel 2015. I dipendenti furono sequestrati e successivamente uccisi durante un conflitto a fuoco. La società fu chiamata a rispondere ai sensi dell'art. 25-septies del d.lgs. n. 231/2001 per omicidio colposo contestato a un dirigente locale e ai membri del consiglio di amministrazione. Il dirigente era accusato di aver causato la morte dei lavoratori ordinando un trasferimento via terra senza scorta, anziché via mare come previsto. Gli amministratori erano imputati per non aver valutato e gestito il rischio per l'incolumità dei lavoratori durante il trasferimento, nonostante le segnalazioni di pericolosità del paese da parte della Farnesina e della società proprietaria del cantiere. Il giudice di primo grado condannò sia le persone fisiche che la società, ritenendo che il rischio di "security" in un paese instabile dovesse essere considerato intrinseco all'attività lavorativa e valutato nel DVR e nel modello organizzativo. La Corte d'Appello riformò parzialmente la sentenza, assolvendo gli amministratori ritenendo esistente un'organizzazione idonea a gestire il rischio e considerando la

l'importanza dell'articolo 2086 c.c. che obbliga l'imprenditore a strutturare un'organizzazione aziendale, amministrativa e contabile appropriata alle caratteristiche e alle dimensioni della sua impresa. Questo include la capacità di individuare tempestivamente eventuali segnali di crisi o di perdita di continuità aziendale.

Sebbene questo obbligo sia stato formalmente introdotto con la legge n. 14/2019, il concetto di "organizzazione" è intrinsecamente legato all'essenza stessa dell'impresa. Di fatto, il ruolo primario dell'imprenditore è sempre stato quello di organizzare risorse e attività.

In mancanza di adozione e di allegazione di tale modello in giudizio da parte della società, la Corte non può effettuare alcuna valutazione e la presunzione di colpa rimane pienamente operante[37]. Nel caso del Cosenza Calcio, l'inadeguatezza e l'inefficacia del modello allegato hanno precluso qualsiasi mitigazione della presunzione di colpa.

Il Collegio di Garanzia, nel valutare il caso del Cosenza Calcio, si è quindi mosso in linea con il proprio ruolo: verificare in concreto se il modello adottato e le relative cautele prese potessero costituire un'esimente o un'attenuazione della responsabilità *ex* art. 7 CGS. Qualora tale accertamento sull'efficacia del modello risulti negativo, si riespande la responsabilità della società[38].

Infine, la decisione del Collegio richiama il principio di responsabilità oggettiva *ex* art. 2049 c.c. in relazione all'operato del legale rappresentante. Sottolinea come, anche

---

decisione del dirigente un'iniziativa personale. Tuttavia, confermò la condanna per la società, rilevando l'inadeguatezza del modello organizzativo a prevenire iniziative estemporanee dei dirigenti e la mancanza di sistemi di tracciamento e formazione per quel tipo di rischio. Infine, la Corte di Cassazione ha assolto anche la società, annullando senza rinvio la condanna. La Suprema Corte ha convalidato l'assoluzione degli amministratori e ha fondato l'assoluzione della società sull'esistenza di un modello organizzativo *ex* art. 30 d.lgs. n. 81/2008 che, valutato ex ante e considerando il pregresso rispetto delle direttive del consiglio di amministrazione, si era dimostrato idoneo a prevenire il rischio. La Cassazione ha ritenuto che, al di là della mancata previsione specifica nel DVR, esistessero prassi aziendali formalizzate e note al personale (come la preferenza per il trasporto via mare) che erano atte a prevenire il tipo di rischio concretizzatosi nell'iniziativa del dirigente. Inoltre, ha escluso un deficit di vigilanza irrealistico da parte del consiglio di amministrazione e ha considerato non oggettivamente apprezzabile il vantaggio derivante dal reato del dirigente. La Corte ha richiamato la più recente giurisprudenza in materia di d.lgs. n. 231/2001, sottolineando come la valutazione della responsabilità dell'ente e della colpa di organizzazione segua un percorso sostanziale, indipendente dalla formale presenza di un modello organizzativo efficace. Con riferimento all'art. 5 del d.lgs. n. 231/2001, ha ribadito che i criteri dell'interesse e del vantaggio devono essere valutati nel contesto generale dei fatti, considerando la sporadicità della violazione e l'esiguità del vantaggio. Tale sentenza, pur richiamando un orientamento "antiformalistico", sembra identificare il modello organizzativo con le prassi aziendali esistenti, sollevando interrogativi sulla distinzione tra colpa di organizzazione e doveri cautelari individuali e sulla reale efficacia delle prassi come sostitutive di una specifica valutazione del rischio di security nel modello organizzativo.

[37] CFA, n. 4/CFA/2023-2024/B, che richiama CFA, n. 80/2022-2023.

[38] Emblematico, in tal senso, è il caso di una recente pronuncia (CFA, n. 64/CFA/2024-2025/F) relativa a messaggi anomali inviati da un calciatore prima di una partita. In quella fattispecie, la Corte federale ha ritenuto la società responsabile per la mancanza di adozione di modelli di prevenzione efficaci, sottolineando l'importanza di misure preventive anche generali.

in presenza di un modello organizzativo (ritenuto inefficace nel caso specifico), la società possa comunque essere ritenuta responsabile per le azioni dei propri organi apicali. Ciò evidenzia un potenziale bilanciamento tra l'aspirazione a modelli di prevenzione sofisticati e l'esigenza di garantire la responsabilità per le condotte illecite commesse nell'interesse (o con un *animus societatis*) dell'ente. Tale richiamo evidenzia come l'adozione di un MOGC inefficace non possa di per sé superare i principi generali di imputazione della responsabilità degli enti per l'operato dei propri rappresentanti.

Questa impostazione solleva un interrogativo pregnante sulla portata dell'onere probatorio gravante sulle società sportive per dimostrare l'efficacia del proprio modello: non è sufficiente dimostrarne l'esistenza formale, ma è necessario provare la sua concreta idoneità preventiva rispetto alla specifica area di rischio in cui si è verificato l'illecito, con una dimostrazione *per facta concludentia* della sua reale operatività e adeguatezza a scongiurare eventi dannosi.

L'analisi giuridica della decisione del Collegio di Garanzia sul caso Cosenza Calcio evidenzia, dunque, un approccio che richiede una corrispondenza stringente e funzionale tra il contenuto e l'attuazione del Modello Organizzativo ed i rischi specifici a cui è esposta la società sportiva.

La pronuncia sembra suggerire che un'efficace prevenzione non possa prescindere da un'analisi dettagliata dei rischi, dall'adozione di procedure di controllo mirate e da una chiara definizione delle responsabilità e della segregazione delle funzioni, superando una mera adozione formale e astratta del modello, che "non costituisce di per sé una ipotesi di salvacondotto o di passepartout nel senso che basta averne adottato uno (di modello) che qualsiasi cosa accada sia da considerarsi scriminata e/o comunque attenuativa di responsabilità"[39].

La Corte ha in modo perentorio statuito come un MOGC efficiente debba prevenire situazioni in cui la società subisce le conseguenze di "focolai di illegalità" alimentati dai propri apicali, sottolineando la necessità di una chiara separazione delle funzioni e di robusti sistemi di controllo atti a garantire la veridicità della documentazione e la corretta esecuzione degli adempimenti finanziari, in linea con la *ratio* di fondo del d.lgs. n. 231/01[40].

La *ratio defensionis* del Cosenza Calcio, imperniata sull'eccezionalità del pignoramento subito e sulla presunta interruzione del rapporto di immedesimazione organica con il legale rappresentante, non ha persuaso l'organo giudicante. È fondamentale ricordare che, come più volte ribadito dalla Corte Federale d'Appello, la responsabilità delle società sportive si fonda proprio sul rapporto di

[39] Cfr. decisione in commento.

[40] Così come richiamato nel paragrafo 1.

immedesimazione organica[41], in virtù del quale l'operato di chi agisce in nome e per conto del sodalizio è direttamente imputato a quest'ultimo[42]. Come chiarito dalla giurisprudenza sportiva, in linea con i principi affermati anche dalla Cassazione penale[43], affinché la responsabilità possa trasmettersi dalla persona fisica all'ente non è necessario indagare sull'utilità della condotta per quest'ultimo, presumendosi l'esistenza di un vincolo organizzativo e teleologico. L'interruzione di tale immedesimazione organica può verificarsi solo in presenza di una dimostrata assenza di colpa organizzativa dell'ente[44].

Sotto questo profilo, la mancata adozione o l'inefficace attuazione di modelli di organizzazione e gestione è considerata una circostanza che dimostra la sussistenza della colpa di organizzazione[45].

Tali principi, recepiti nell'art. 7 CGS, evidenziano come la *ratio* di tale norma sia proprio quella di valutare l'adozione e l'efficacia dei MOGC al fine di escludere o

---

[41] Si ricordi come la teoria organica costituisce il fondamento per l'imputazione della responsabilità agli enti per le azioni dei propri organi. Sul tema v. CAVALLARO, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2019, pp. 39-52. Questa teoria postula che gli organi che agiscono all'interno di un'organizzazione (sia essa pubblica o privata) non operano come soggetti esterni di rappresentanza, bensì costituiscono parte integrante dell'ente stesso, agendo come suoi veri e propri "strumenti" volitivi e operativi. Di conseguenza, le azioni compiute dall'organo nell'esercizio delle sue funzioni vengono imputate direttamente all'ente di appartenenza, con tutte le relative conseguenze giuridiche, inclusa la responsabilità per eventuali illeciti. Tale prospettiva, originariamente sviluppata in riferimento agli enti pubblici, è stata estesa anche agli enti privati. Sul punto v. GALLI, *Immedesimazione organica e rappresentanza negli enti*, in *Rassegna di diritto civile*, 2/2004, pp. 382-412, dove l'Autore evidenzia come la teoria organica si intersechi con la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti di cui al d.lgs. n. 231/01, fornendo un ulteriore elemento di comprensione della logica sottostante la responsabilità delle organizzazioni per le condotte dei propri apicali e la crescente importanza di modelli organizzativi idonei a prevenire tali condotte, un tema centrale anche nel diritto sportivo con riferimento ai MOGC. Il principio di immedesimazione organica, centrale nel diritto amministrativo, anche in relazione all'articolo 28 Cost., trova un significativo parallelismo nel diritto sportivo, dove all'articolo 6 CGS stabilisce la responsabilità delle società per l'operato dei propri dirigenti, tesserati e altri soggetti ad esse legati, presupponendo un legame organico che giustifica l'imputazione della responsabilità. Tuttavia, l'evoluzione normativa e giurisprudenziale nel diritto sportivo, culminata nell'articolo 7 CGS, introduce una modulazione di questo principio attraverso la valutazione dell'adozione e dell'efficace attuazione di Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo (MOGC). Un'organizzazione interna carente, con concentrazione di poteri e assenza di controlli adeguati (come riscontrato nel caso del Cosenza Calcio), evidenzia una "colpa di organizzazione", che preclude o attenua la possibilità di esimente o attenuante di responsabilità prevista dall'articolo 7 CGS.

[42] Cfr. CFA, sez. un., n. 58/2021-2022; CFA, n. 40/CFA/2024-2025/G, in *figc.it*.

[43] Cass. pen., sez. IV, 4 ottobre 2022, n. 570, in *CED Cassazione*, 2023, secondo cui "in tema di responsabilità amministrativa degli Enti, è necessario accertare la concreta configurabilità di una colpa organizzativa rimproverabile all'ente stesso e, successivamente, la sussistenza del nesso causale tra la violazione della regola cautelare e la realizzazione del reato presupposto al fine di poter ascrivere all'Ente una responsabilità che sia autonoma da quella dell'autore materiale della condotta colpevole".

[44] CFA, n. 61/2024-2025/H, in *figc.it*. Nel caso di specie la Corte federale ha escluso la sussistenza di tale forma di responsabilità in capo alla società sportiva per un fatto commesso da un tesserato presente in veste di sostenitore ad un incontro fra altre e diverse squadre; ciò in quanto non è possibile imporre ad un club di adottare modelli di organizzazione e gestione che consentano di contenere la condotta dei propri tesserati quando assistano, in forma privata, a competizioni sportive ovunque esse si svolgano e rispetto a qualunque squadra in campo.

[45] V. Cass. pen., sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, in *CED Cassazione*, 2021.

attenuare la responsabilità della società[46].
La tesi difensiva del Cosenza Calcio mirava a superare questo principio, sostenendo un'interruzione del legame organico a causa del presunto comportamento doloso del legale rappresentante. Tuttavia, la giurisprudenza sportiva è chiara nel ritenere che l'interruzione dell'immedesimazione organica può conseguire solo ove risulti che non vi è alcuna colpa organizzativa dell'ente[47]. In altre parole, non è sufficiente invocare la condotta illecita del proprio rappresentante per escludere la responsabilità, ma è necessario dimostrare che l'ente ha adottato tutte le misure organizzative idonee a prevenire tale condotta e che l'illecito si è verificato nonostante tali misure.
Nel caso di specie, l'organo giudicante ha rilevato *vitia structurae* nel modello organizzativo del Cosenza Calcio, in relazione ai controlli specifici sui pagamenti federali, elemento che avrebbe dovuto trovare puntuale disciplina nella Parte Speciale del MOGC.
La *delegatio* di responsabilità, senza essere accompagnata da un efficace sistema di monitoraggio e verifica, non può *ex se* esonerare la società dalla propria responsabilità oggettiva.
La vicenda del Cosenza Calcio, pertanto, non si configura quale mero caso di inadempimento finanziario e di allegata falsificazione documentale. Essa rappresenta invece un esempio della reale capacità dei modelli organizzativi di prevenire illeciti e di modulare la responsabilità degli enti sportivi, dimostrando che l'adozione di un MOGC non è una soluzione universale, ma richiede un'attenta calibrazione sui rischi specifici e una rigorosa attuazione pratica.
Infine, è importante ricordare come, analogamente a quanto stabilito nel caso Cosenza Calcio in relazione all'inefficacia di un MOGC formalmente adottato ma sostanzialmente carente, la recente decisione n. 92/2025 della Corte Federale d'Appello FIGC abbia sottolineato come, in materia di tutela dei minori, la mera adesione alla *Safeguarding policy* non sia sufficiente, evidenziando la necessità di un'implementazione concreta e di azioni di prevenzione e intervento efficaci per escludere la responsabilità oggettiva delle società[48].

3. Conclusioni.

Le riflessioni sull'efficacia dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo nel mondo del calcio acquistano una rilevanza ancora maggiore alla luce della recente

[46] CFA, sez. un., n. 39/2024-2025, in *figc.it*.
[47] CFA, n. 40/CFA/2024-2025/G, in *figc.it*.
[48] Corte Federale D'Appello FIGC, sez. un., 6 marzo 2025, n. 92, in *figc.it*, con nota di LAUDONIA, *Al di là della forma: l'importanza dell'implementazione concreta delle Safeguarding policies nello sport giovanile*, in *Riv. dir. ec. sport*, 2025, p. 75 ss.

elevazione del valore dello sport a rango costituzionale (art. 33, comma 7, Cost.)[49]. Tale riconoscimento sottolinea l'importanza di un sistema di giustizia sportiva che tuteli i principi di lealtà e probità, valori intrinsecamente connessi all'esigenza di presidi organizzativi realmente efficaci nella prevenzione degli illeciti.

In questo contesto evolutivo, la decisione del Collegio di Garanzia sul caso Cosenza Calcio impone un vaglio penetrante sulla intrinseca idoneità preventiva del presidio organizzativo rispetto alla specifica *species* di illecito contestato. Tale approccio, lungi dall'essere una sterile *innovatio*, rappresenta un *praeceptum* cogente per le società sportive, chiamate ad una revisione critica dei propri assetti gestionali in chiave di prevenzione mirata, al fine di scongiurare efficacemente gli illeciti specifici del mondo del calcio.

In buona sostanza, la *ratio decidendi* del Collegio introduce una novità di indubbio rilievo, elevando il canone dell'effettività sostanziale dei MOGC a condizione

[49] Ad opera della l. cost. 26 settembre 2023, n. 1. La novella sancisce espressamente la rilevanza dello sport sia a livello individuale che collettivo, collocandolo tra i diritti e doveri dei cittadini. Sebbene l'inserimento in Costituzione non modifichi l'assetto dei rapporti tra ordinamento statale e sportivo, esso imprime un profondo significato ideale, evocando una concezione antropocentrica del diritto allo sport, inteso come diritto autonomo. L'attività sportiva assurge così a interesse fondamentale del nostro ordinamento, con una potenziale capacità innovativa per la futura produzione legislativa, implicando una nuova visione dell'accesso all'attività sportiva come pretesa del cittadino verso lo Stato. Il valore costituzionalmente riconosciuto allo sport è poliedrico: educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico, configurandosi il fenomeno sportivo quale elemento di integrazione sociale, spirituale e culturale. Tale novella costituzionale riflette disposizioni sovranazionali che valorizzano la funzione sociale dello sport quale diritto umano, configurandolo come «alleato nell'educazione, nell'inclusione sociale e nel miglioramento del benessere complessivo di tutti i cittadini» (così sentenza del 6 marzo 2025 n. 92 delle Sezioni Unite della Corte Federale d'Appello). Da questa prospettiva assiologica discende che l'attività sportiva possiede un valore intrinseco e, al contempo, costituisce un veicolo per altri valori, quali l'inclusione sociale e la promozione del pieno sviluppo della persona, con particolare riguardo al benessere psico-fisico, incentivandone l'accesso.

Sul tema vedi PROTTO, *Dalla Costituzione alla Superlega: l'irresistibile ascesa giuridica dello sport*, in *Giur. it.*, 2024, pp. 1460-1461; DI ROSA, *Sport, diritto e inclusione sociale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, pp. 725-729; VUOLO, *Lo sport e la modifica dell'art. 33 della Costituzione*, in *Dir. pub. eur.*, 2024, pp. 74-80; BASILICO, *Il riconoscimento costituzionale del valore dello sport*, in *Gior. dir. amm.*, 2024, pp. 54-64; VETTOR, *Sport and Constitution in the framework of recent legal reforms in Italy*, in *Italian Labour Law e-Journal*, 2024, pp. 279-289; MARAZZITA, *Il riconoscimento del valore costituzione dell'attività sportiva*, in *federalismi.it*, 2024, pp. 110-132; CASTIGLIONE, *Verso il servizio sport. Considerazioni a seguito della riforma dell'art. 33 della Costituzione*, in *Amministrativ@mente*, 2024, pp. 738-752; BATTELLI, *Il riconoscimento del valore educativo e sociale dell'attività sportiva in Costituzione*, in *Oss. cost.*, 2024, pp. 26-66; SCARCHILLO, *Attività sportiva, diritto e comparazione*, in *Rass. dir. ec. sport*, 2024, pp. 109-119; SANTORO, *L'inserimento dello sport in Costituzione: i prodromi e la portata della novella costituzionale*, in *Riv. dir. sport.*, 2024, pp. 47-62; DI MASI, *Dall'etica alla costituzionalizzazione dello sport. Brevi note sulla riforma dell'articolo 33 della Costituzione*, in *federalismi.it*, 2023, pp. 124-134; D'AGNESE, *La costituzionalizzazione della pratica sportiva: riflessioni "de iure condito" e prospettive "de iure condendo" sullo sport all'interno degli istituti penitenziari*, in *Nuovo dir. soc.*, 2023, pp. 1455-1466; MEOLA, *Il riconoscimento costituzionale del valore dell'"attività sportiva in tutte le sue forme". A proposito della revisione dell'art. 33 Cost.*, in *Nuovo dir. soc.*, 2023, pp. 1333-1347; SAGONE, *La costituzionalizzazione dell'attività sportiva: alla ricerca di nuovi traguardi (di tutela)*, in *Dir. reg.*, 2023, pp. 380-439; LIOTTA, *Lo sport in Costituzione: assenza formale e presenza sostanziale*, in *Dir. sport*, 2023, pp. 1-8; SANTORO, *L'inserimento dello sport in Costituzione: prime osservazioni*, in *Diritto dello Sport*, 2/2023, pp. 9-23; BATTELLI, *Una lettura assiologicamente orientata del fenomeno sportivo alla luce del riconoscimento costituzionale dello sport*, in *Riv. dir. sport.*, 2023, pp. 299-319; FERRARA, *Lo sport in Costituzione*, in *Riv. dir. sport.*, 2023, pp. 431-438.

imprescindibile per l'esenzione o l'attenuazione della responsabilità, imponendo un vaglio penetrante sulla intrinseca idoneità preventiva del presidio organizzativo rispetto alla specifica tipologia di illecito contestato.

L'analisi in concreto delle carenze strutturali ed operative del modello del Cosenza Calcio, segnatamente l'eccessiva concentrazione di poteri e la incuria nei controlli specifici, ribadisce la natura non meramente burocratica, bensì viva e dinamica, che i MOGC devono assumere per intercettare e neutralizzare i *pericula* specifici del mondo del calcio.

In prospettiva futura, la pronuncia del Collegio di Garanzia sul caso Cosenza Calcio auspica un cambiamento culturale nel mondo del calcio. L'adozione di MOGC non dovrebbe essere percepita come un mero adempimento burocratico imposto dall'obbligo di dotarsi di modelli, ma come un'intrinseca opportunità strategica per la salvaguardia della propria reputazione, la prevenzione di costosi illeciti e, in ultima analisi, per la promozione di una gestione eticamente orientata e realmente efficace.

La decisione in commento funge, pertanto, da catalizzatore per un ripensamento profondo delle strutture organizzative, sollecitando le società sportive ad interiorizzare una cultura della conformità dinamica e sostanziale, che pervada ogni livello decisionale e operativo.

In conclusione, la decisione del Collegio di Garanzia impone, chiaramente, una riflessione matura e consapevole sulle reali capacità preventive dei propri assetti organizzativi, orientandoli verso una concreta idoneità a scongiurare gli illeciti specifici del settore.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Diritto, diritti e libertà in un mondo tecnocratico

di Fabrizio Giulimondi

(Preside del Collegio di Scienze Giuridiche della Nicolaus Copernicus Superior School di Varsavia)

Sommario

1. Diritto *ante* e *post* era digitale: „diritto algoritmico"; 2. Diritto algoritmico", aule di giustizia ed effetti criminogeni e destrutturanti del mondo virtuale; 3. Dal „diritto algoritmico" alla normazione ordinaria e costituzionale.

Abstract

The irruption of technology in all its forms, including AI and the Metaverse, into the legal world forces all practitioners in the field to question whether the law, as we have practiced it until now, will undergo changes in its nature, structure, and function. Law intervenes in a reality, the virtual one, devoid of its inherent finite elements of time and space. The fragmentation of the individual into data with its own legal and economic autonomy is changing the paradigms of law. The criminogenic effects of the web are analyzed. The use of AI in drafting legislative acts, including constitutions, gives algorithms a *pivotal* role: the de-somatization of reality leads to a completely different law: algorithmic law.

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

La verità non ha un futuro, non ha nemmeno un passato.
Ma non vogliamo, non possiamo e non dobbiamo rinunciare a cercarla
(Werner Harzog, Il futuro della verità)

1. Diritto ante e post era digitale: „diritto algoritmico".

"L'uomo si lascia distanziare dalle sue stesse opere: così io esprimerei la peculiarità della crisi moderna. L'uomo non è più capace di signoreggiare il mondo che egli stesso ha fatto sorgere: questo mondo diviene più forte di lui, si libera di lui, gli sta innanzi nella sua elementare indipendenza, e l'uomo non conosce più la parola che abbia il potere di assoggettare il Golem che egli ha creato, e di renderlo inoffensivo[1]".

Partiamo da questa riflessione di Buber per interrogarci se a seguito dell'avvento dell'era digitale il diritto, così come forgiato in Europa in secoli di storia, non stia mutando il suo DNA, trasformandosi in qualche cosa di diverso grazie ad una sorta di metamorfosi kafkiana. Ancora più specificamente è necessario comprendere se il diritto nel suo sviluppo tecnico-legislativo continui ad avere lo scettro del potere o lo stia passando nelle mani delle molteplici innovazioni tecnologiche. In tal caso le filiazioni del diritto costituite da diritti e libertà subiscono necessariamente cambiamenti sostanziali.

Due sono i presupposti da cui occorre partire per addivenire alla conclusione della esistenza di un diritto *ante* e *post* era digitale che prende le sembianze del diritto algoritmico. Il primo si sostanzia nel radicale cambiamento del settore delle comunicazioni che sta conducendo l'umanità a dialogare senza alcuna barriera fisica, immateriale o economica. Gli esseri umani possono essere interconnessi fra di loro privi di qualsiasi ostacolo. Il collegamento telematico consente ad ogni individuo di comunicare in ogni modo con qualsiasi altro suo simile senza restrizioni temporali o spaziali.

L'interconnessione permanente comporta anche una altrettanto costante possibilità di ricercare informazioni ad amplissimo spettro[2], con scarsi limiti di accesso e di censura, almeno entro i confini dei Paesi democratici. L'informatizzazione, la telematizzazione e la digitalizzazione di ogni aspetto dell'agire umano ha certamente agevolato la realizzazione di molte intuizioni, ideazioni e progetti umani, anche grazie al collegamento cooperativo fra persone, fra macchine, fra persone e macchine.

---

* Il presente lavoro è conseguente al mio intervento nel panel „Freedom in a technocratic world", 4 settembre 2025, 34ma edizione Economic Forum della Polonia, Karpacz, 2–4 settembre 2025;

[1] M.Buber, *Il problema dell'uomo*, Bologna, Marietti1820, 2004, p. 59.

[2] L'infodemia – neologismo con cui si indica, secondo la definizione del dizionario Treccani, https://www.treccani.it/vocabolario/infodemia_(Neologismi), la "circolazione di una quantità eccessiva di informazioni, talvolta non vagliate con accuratezza, che rendono difficile orientarsi su un determinato argomento per la difficoltà di individuare fonti affidabili" - è la deriva nefasta di questa ricerca, talora spasmodica, di informazioni su un determinato argomento, sorta in maniera massiva nel periodo pandemico, cfr., U.Gori (cur.), *Cyber Warfare 2017:Information, Cyber e Hybrid Warfare: contenuti, differenze, applicazioni*, Milano, FrancoAngeli, 2018.

ISSN 2036-7821

La vertiginosa estensione infrastrutturale nel campo delle telecomunicazioni e della mobilità anche commerciale sta unificando i singoli stati in un unico sistema adoperante un medesimo linguaggio tecnico e scientifico. Parimenti – e questo è il secondo presupposto imprescindibile da cui partire – questo nuovo mondo, dilatato ulteriormente dall'avanzamento della I.A.[3] e del metaverso[4], sta prendendo il sopravvento, ridefinendo qualunque dimensione esistenziale umana. Si stanno aprendo nuovi territori per lo più sconosciuti, in cui l'intelletto umano non è detto che svolgerà un ruolo di comprimario. La stessa semantica è in corso di novellazione dovendo essere capace di descrivere realtà sino ad ora sconosciute e non comprensibili se non con una diversa terminologia, come vedremo da qui a poco con il pensiero della Zuboff. Se assiomi sono la rivoluzione comunicativo-informatica-telematica-digitale e il suo sopravvento sul sistema umano che viene ridefinito in ogni suo componente, i corollari sono le ricadute nei campi del diritto e dell'economia fatalmente coinvolti e travolti da questo Leviatano. Se diritto ed economia non sono altro che le due facce della stessa medaglia, si osserva che questa medaglia è forgiata con nuove fattezze e nuovi materiali. Non possiamo certamente pensare che istituti giuridici, principi economici e pratiche commerciali rimangano indenni innanzi a questo fenomeno. La tecnologia non è solo un mezzo ulteriore per attuare il diritto, dare forma ad un contratto o ad un provvedimento amministrativo, oppure realizzare un reato, ma è essa stessa il "Big Bang" per un nuovo diritto rigenerato, palingenetico, che si sta coniando su basi nuove. Il diritto deve fare i conti con una realtà del tutto priva di quegli elementi e requisiti necessariamente compresenti nella realtà umana: i limiti, i confini, gli argini, gli ostacoli.

L'esistenza umana è caratterizzata dalla finitudine, inesistente nel „Nuovo Mondo", ancora di più con il sopraggiungere della I.A. e del metaverso. Al pianeta reale si sta andando a sostituire un complesso di „non cose"[5], simulacri del reale, simili al reale

[3] L'Unione europea per ora è l'unica nel pianeta ad essere intervenuta in chiave regolatoria e compiuta sulla I.A. con il Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'I.A. 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 (testo consolidato: G.U.U.E., serie L, del 12 luglio 2024**);** nel perimetro di questo Regolamento è stata approvata dal Parlamento italiano la legge delega n.132 del 23 settembre 2025 „Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale" (G.U.R.I., serie gen., n. 223 del 25 settembre 2025), https://www.senato.it/leggi-e-documenti/disegni-di-legge/scheda-ddl.

[4] „Volendo brevemente enucleare alcune caratteristiche fondamentali del *Metaverso*, potremmo affermare, in massima sintesi, quanto segue: esso propone (1) una *connettività immersiva* sul piano cognitivo e sensoriale, (2) *pervasiva* sul piano delle possibili attività che ivi si possono compiere (ludiche, comunicativo-relazionali, economico-finanziarie, giuridiche…), oltre che della frequenza con cui vi si potrà fare accesso per compiere tali attività, (3) altamente *virtualizzante* per la possibilità di proiettarsi su un mondo 'alternativo', digitale e accessibile attraverso *avatars*, e, nel contempo, orientato ad (4) *apparire altamente realistico*, verosimilmente, a chi accede e interagisce come utente." (F. Reggio, *Tecnologia per l'umano. Spunti di restorative ethics per una tecnologia digitale 'human-centred'*, [in:] F.Reggio (cur.), *Honeste vivere. Percorsi filosofici per l'etica pubblica*, Milano, FrancoAngeli, 2025, p.296).

[5] B.Chul Han, *Le non cose. Come abbiamo smesso di vivere il reale*, Roma, Einaudi, 2022.

ISSN 2036-7821

senza essere in nulla reali, materiale fittizio e, spesso, ingannevole. La tecnologia come „Big Bang" sottende la sua capacità creatrice, non solo innovatrice di ciò che già esiste e, pertanto, possiamo riflettere su un diritto antecedente all'ascesi della tecnologia e un diritto successivo allo *tsunami* informatico: un diritto *post* digitale e, quindi, *post* umano. Il digitale costituisce l'*actio finium regondorum* fra il diritto come lo abbiamo conosciuto in Europa, sorto negli areopaghi ateniesi e nei fori romani e, un nuovo diritto che ancora dobbiamo conoscere e riconoscere. Si può intendere questa mutazione in una forma minimale, di tipo formale, che vede la tecnologia solo come diversa modalità di esercizio civilistico, amministrativistico o penalistico: un contratto stipulato in forma telematica; un provvedimento firmato digitalmente; condotte criminose „comuni" che vedono potenziata la propria efficacia delittuosa se immerse nella „tecnosfera", divenendo *cybercrime* al pari del bullismo in Rete trasformato in cyberbullismo, della pedopornografia od altri generi di *sex crimes*. La tecnologia nella sua accezione più lata non è altro che il mezzo con il quale si concreta l'azione o l'omissione o si individua il *locus commissi delicti* o l'orbita spaziale ove viene adottato l'atto amministrativo o stipulato il negozio giuridico. Invero, in questa ipotesi la tecnologia costituisce null'altro che un diverso e ulteriore modo per sviluppare l'*actio* umana, ovverosia un'altra e ulteriore tipologia di scenario, seppur immateriale, nel quale essa si colloca. È chiaro a chiunque che in siffatta ipotesi non siamo innanzi a nessun radicale cambiamento giuridico ma solo ad una nuova forma di atto giuridico. Lo sradicamento del diritto, il suo essere divelto dalle proprie origini è nella ridefinizione che ne fa l'opera algoritmica, che segue logiche solo parzialmente umane e che potrebbe nel tempo abbandonarle del tutto, seguendo altre linee direttrici ed altre regole, null'altro che flussi neuronali svincolati dagli archetipi e dai paradigmi sino ad ora seguiti dagli operatori del diritto, vuoi che siano appartenenti al mondo magistratuale, vuoi a quello forense o accademico. Con quali strumenti gnoseologici giuridici e normativi, con quali riflessioni dottrinali e giurisprudenziali si vogliono affrontare procedimenti e decisioni basati solamente su architetture infrastrutturali algoritmiche? Siamo innanzi a pura tecnica sganciata dalla analisi umano-professionale o necessita ancora quest'ultima e, in caso favorevole, con quale quota percentuale? Nel sistema a-spaziale e a-temporale il diritto può avere ancora voce in capitolo, quel diritto che esiste in quanto necessita della finitudine, ossia di uno spazio geograficamente delimitato e di un tempo circoscritto? Il diritto - risposta concreta a un fatto o un atto esistente nel tempo e nello spazio, realizzazione di un anelito di Giustizia, questo sì concetto astratto ed espressione di istanze filosofiche – è compatibile con il traumatico e inarrestabile sopraggiungere del Frankenstein composto da elementi informatici, telematici, digitali, elementi sempre più governati dalla I.A. e proiettati verso un mondo virtuale e metaversico, dove gli *avatar* surrogano gli esseri umani? Il diritto e le sue propaggini normative rimarranno inalterate o è più probabile che cambieranno o,

ISSN 2036-7821

meglio, stanno già cambiando? È giusto pensare a dettami giuridici e comportamentali per coloro che vivono nel metaverso? È tempo di pensare ad un diritto che disciplini i rapporti fra il mondo "reale" e quello proiettato nel metaverso? E che tipo di diritto è? Un diritto originato in realtà virtuali, che disciplina condotte di soggetti non realmente esistenti ma manovrati da esseri umani. Un diritto funzionale a mondi non umani, non reali, non visibili se non tramite l'intervento di sofisticate tecnologie, ma parimenti proiezioni dell'azione intellettiva umana. La tecnologia vissuta come massima estensione dell'*agere* dell'uomo: l'uomo interviene in universi virtuali, da egli stesso creati con la propria *longa manus* tecno-digitale, compiendo operazioni simil-umane come acquistare o vendere usando criptovalute. Assistiamo alla interferenza del virtuale sul reale. Il diritto algoritmico deve porsi il problema se e come disciplinare quanto accade nel mondo metaversico, quanto quest'ultimo interferisca su quello reale e quanto questo incida a sua volta sul metaverso. Il diritto algoritmico, quindi, è un diritto „estatico" inteso nel senso etimologico, ossia fuori da se stesso (ἐξ στάσις), fuori dalla disciplina del reale per transitare nel governo dell'irreale, del virtuale, dell'imitazione del reale e dell'umano. Scendendo a latitudini più basse e gettando lo sguardo su città come San Francisco o Los Angeles ci si può porre il quesito giuridico cripto-algoritmico di chi sia la responsabilità e quale sia la quota di responsabilità in caso di incidente provocato da una auto senza conducente governata dalla I.A.: di chi ha creato l'architettura infrastrutturale algoritmica; di chi l'ha adattata alle esigenze reali; di chi l'ha realizzata concretamente; di chi ha portato eventuali aggiustamenti; di chi aveva il compito di controllare il veicolo nell'arco di tempo e di spazio di verificazione dell'incidente. Una vettura in sé e per sé non è responsabile. L'uomo è responsabile. Con la rimozione dell'elemento umano si è voluto eliminare l'elemento della eventuale stanchezza o imperizia del conducente ma non si è cancellata affatto la possibilità dell'errore e, quindi, del danno a cose o persone: la questione della responsabilità civile, penale, amministrativa, contabile o erariale non è stata per nulla risolta, cambiando solo il tipo di ricerca istruttoria che, presumibilmente, si è anche aggravata. L'irruzione dell'algoritmo nel *continuum* di atti umani e la necessità di ricondurre siffatto algoritmo nell'alveo del diritto determina la complessità e la difficoltà della fenomenologia giuridico-tecnologica.

L'algoritmo non è un elemento al pari di altri, ma una sequenza di operazioni e di istruzioni che ordina il mondo esterno così mutando l'ordinaria gestione della realtà da parte dell'uomo: l'algoritmo destinatario dell'azione di governo o parametro del governo stesso; l'algoritmo oggetto della norma o norma esso stesso; è il diritto a disciplinare l'algoritmo o, all'inverso, è l'algoritmo a dare vita alla norma e a dettare le regole del gioco.

2. „Diritto algoritmico", aule di giustizia ed effetti criminogeni e destrutturanti del

mondo virtuale.

Nelle aule giudiziarie del mondo occidentale ci si comincia ad imbattere in molteplici casistiche di vario genere: dalla valutazione del vizio di legittimità dell'eccesso di potere e delle figure sintomatiche che ne sono cartine-tornasole, laddove la parte motiva di un provvedimento amministrativo è costituita da complesse sequele alfanumeriche, alla c.d. „giustizia predittiva" (civile o penale) statunitense in cui un *software* elabora tutti i precedenti e individua la decisione fungendo così il giudice solo da „portavoce"[6]. Il diritto processuale, di tipo amministrativo e civile, come penale, contabile o tributario, non può non esserne snaturato, necessitando di una strumentazione più adeguata alle nuove istanze del processo telematico nella sua accezione più lata. Come studiosi siamo impensieriti dal dubbio che l'evoluzione ultima potrebbe essere la scomparsa della figura del magistrato, potendo *de futuro* la giurisdizione essere esercitata in sede istruttoria e deliberante soltanto dall'algoritmo che ordina, sistematizza e razionalizza decisioni passate e regole procedurali consolidatesi nel tempo, ossia non quelle astrattamente previste a livello codicistico ma quelle concretamente seguite nelle prassi forensi. L'algoritmo si impone sul diritto e ne dispone. Il diritto si fa algoritmo e l'algoritmo si fa diritto strutturato in norme di dettaglio tecniche: diritto algoritmico proiettato verso sistemi talmente tecnici da poter difficilmente essere analizzato secondo le vecchie chiavi di lettura. L'analisi di un giudice di una decisione della Pubblica Amministrazione consistente in un impulso elettronico trasmesso digitando un pulsante non può seguire le prescrizioni processuali canoniche. La magistratura si trova così innanzi un esercizio del potere autoritativo pubblico di gran lunga diverso dal passato, del tutto priva di mezzi giuridici di analisi, istruttori e decisionali idonei per deliberare una sentenza normativamente corretta sia nella parte dispositiva che motiva. Questo diritto è già fra noi seppur cerchi di nascondersi dietro linguaggi oramai tralaticii e modalità istruttorie, valutative e di accertamento assolutamente non più adeguate (anzi, invero, del tutto fuori contesto) alle dinamiche del mondo real-virtuale che si sta palesando ai nostri occhi. Il „Nuovo Mondo" computeristico, informatico, digitale e telematico nel suo sviluppo transgenico determinato dalla I.A. e dal Metaverso, oltre a cambiare il *core* del diritto, mutandone il codice genetico e la struttura cellulare, può esso stesso determinare effetti criminogeni. V'è in primo luogo da dover affermare che la medesima realtà non è più la stessa, nel senso che sta già perdendo

[6] La letteratura scientifica sull'impatto delle innovazioni tecnologiche e, segnatamente, della I.A., nella sfera del diritto, incluse le indagini conoscitive parlamentari partitamente in questo ambito, è monumentale: cfr., G.Terracciano, *I.I.A. (I.A. amministrativa) e sindacato giurisdizionale*, „Amministrativ@mente" 2022, nr 2; V.Tenore, *Una riflessione sistemica: l'intelligenza artificiale può sostituire un giudice o trasformarlo da homo sapiens in homo numericus?*, „Corte di Conti" 2024, nr 2; A.Pajno, F.Donati, A.Perrucci (cur.), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?* vol.I, *Diritti fondamentali, dati personali e regolazione*, vol. II, *Amministrazione, responsabilità, giurisdizione*, Bologna, Il Mulino, 2022; Senato della Repubblica italiana, Commissione permanente giustizia, *Indagine conoscitiva sull'impatto dell'intelligenza artificiale nel settore della giustizia*, 23 novembre 2023-25 giugno 2024, https://www.senato.it/3525?indagine=1867 [consultato: 15 novembre 2025].

la propria „realità". L'utilizzo quotidiano delle molteplici tipologie di supporti comunicativi, dai semplici *smartphone* agli occhiali e simulatori tridimensionali, hanno già modificato la percezione della realtà, immettendo in essa fattori „virtuali" che cominciano lentamente a sostituirla. Il bambino che dinanzi alla visione dell'acquario di Genova cerca con le mani di allargare il vetro per osservare meglio i pesci è oramai un esempio comune di sostituzione della realtà con il virtuale. La realtà ha già perso un po' di se stessa, è meno reale e un po' più irreale, un po' più virtuale, un po' più appartenente al mondo della tecnologia *lato sensu* e meno a quello della natura oggettivizzata e della dimensione dell'esistente. Corollario della realtà mista alla virtualità può risultare essere la natura criminogena di alcune sue conseguenze. Il numero di *like* sotto *post*, video, *reel* e foto non hanno solo un risvolto economico in quanto attraggono la pubblicità, ma anche, e forse ancor di più, sono espressione di autolegittimazione di se stessi dinanzi alla comunità digitale, di un riconoscimento sociale di un ruolo da parte di utenti, di *follower* e „amici", specie quando questo ruolo manca davvero nella società reale. Cartesianamente: ho molti *like*, quindi sono. Il promuovimento di azioni eclatanti riprese in video per raccoglierne il più possibile sta oramai divenendo una costante fra le giovani e giovanissime generazioni. Fra queste azioni una parte ha affioramento penale perché la potenza evocatrice del crimine - dalla ripresa di una aggressione fisica sino alla violenza sessuale in cui il branco esprime al meglio la propria brutalità - decuplica le quantità di approvazioni delle pubblicazioni sui *social*.

Occorre ponderare su quanti di questi reati siano stati posti in essere appositamente per essere immessi in rete, ossia pianificati solo per ottenerne la massima visibilità su *web* e ricevere il più alto numero possibile di *like*. Il mondo della realtà-virtuale, pertanto, può giungere a promuovere questo tipo di condotte: suicidarie o autolesioniste in ragione di comportamenti estremamente pericolosi da pubblicare sui *social*; oppure omicidiarie o gravemente dannose realizzate da autori di delitti – anche sotto l'età imputabile – che poi le inseriscono in Rete, come gli atti persecutori e di bullismo, le molestie sessuali, i pestaggi e le risse. La deriva negativa che la tecnologia può avere in forza dei suoi eventuali effetti criminogeni è rimpolpata dalla frammentazione dell'essere umano causata dall'azione carsica algoritmica. Kant in *Antropologia dal punto di vista pragmatico* sostiene che: „Il fatto che l'uomo possa rappresentarsi il proprio io lo eleva infinitamente al di sopra di tutti gli esseri viventi sulla terra. Per questo egli è una persona e, in virtù dell'unità di coscienza, persistente attraverso tutte le alterazioni che possono toccarlo, è una sola e medesima persona"[7]. E ancora: „Agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo"[8]. L'uomo è una unità psico - fisica e morale, un *unicum* irripetibile nella sua

[7] I.Kant, *Antropologia dal punto di vista pragmatico*, M.Foucault (cur.), Roma, Einaudi, 2010, §1.
[8] I.Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, [in:] *Scritti morali*, P.Chiodi (cur.), Novara, UTET, 1995, p.88.

ISSN 2036-7821

individualità, mai mezzo ma solo e sempre fine a se stesso. L'informatizzazione e la digitalizzazione dell'essere umano nella sua evoluzione in I.A. ha avviato un procedimento irrefrenabile di sua *datification*, ossia di destrutturazione e scomposizione dell'individuo in una moltitudine di dati. La procedura di raccolta dei dati inerenti ad un individuo, sparpagliati alla rinfusa sul *web*, nei molteplici *social* e intercettati anche *offline* grazie alle comodità robotiche di cui molti fruiscono, si conclude con una loro classificazione e valutazione a fini commerciali, imprenditoriali ed economici. Non interessa la persona in sé e per sé ma soltanto i dati di ogni genere e natura riguardanti quella persona. Quei dati posseggono un notevole interesse per i grandi operatori economici ed imprenditoriali che possono incrementare il profitto con la vendita di prodotti che si evincono interessare l'individuo-consumatore proprio grazie alla elaborazione dei dati raccolti.

Questa elaborazione dei dati individua una certa tipologia di persona-consumatore (più consumatore che persona) da cui si riesce a determinare, anche prima che egli stesso ne sia cosciente, la categoria di beni e servizi che possano interessargli. I dati, non l'individuo, assumono una valenza economica e giuridica. La persona nella sua interezza perde consistenza muovendosi il mercato alla ricerca della moltitudine di dati di cui è composta. Tale raccolta di notizie e informazioni avviene *online* e *offline*, previo consenso totale o parziale oppure senza consenso, laddove anche la concessione del proprio consenso può suscitare il legittimo dubbio sulla sua legittimità, ossia se rimanga autenticamente pieno e consapevole. Il consenso fornito dall'utilizzatore di un *social* è pieno e consapevole anche in relazione all'uso che la piattaforma farà dei suoi dati, incluse la loro profilazione e cessione all'estero? Oppure la scelta ne è geneticamente viziata in quanto prestata superficialmente senza alcuna specifica analisi dei *puzzle* del mosaico? Da Kant così passiamo a Leibniz: non più l'uomo come un essere unico nella sua individualità fisica, psichica e morale, ma una congerie magmatica di dati, simili a monadi, aventi una propria autonomia giuridica ed economica svincolata dall'*unicum* umano. Siamo passati dalla pittura classica che raffigurava la natura e l'uomo nella sua „realità" a quella cubista, astratta e simbolica che dipinge in modo radicalmente diverso la natura e l'uomo. Il cambio di prospettiva che passa dalla interezza dell'uomo alla sua decomposizione in notizie e informazioni non può non incidere nella polpa del diritto, sulla sua carne viva. La parcellizzazione dell'uomo in dati aventi autonoma valenza economica e giuridica e del tutto svincolati da lui stesso contrasta con la genesi greco-romana del diritto, nonché con il cuore stesso dei diritti della persona così come concepiti nelle Carte costituzionali, in primo luogo europee, e nelle Convenzioni internazionali.[9] Il

[9] Per una visione complessiva su questi temi, cfr. P.Costanzo, *La dimensione dei diritti della persona nel diritto dell'Unione Europea*, „giurcost.org" 2008, nr 4; A.Di Blase, G.Bartolini (cur.), *Diritto internazionale e valori umanitari*, Roma, RomaTrE-Press, 2019; G.Pugliese, F.Sitzia, L.Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2012; M.Marrone, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, Giappichelli, 2004; fra le Carte costituzionali dei Paesi Membri della Unione europea mi permetto di citare quella italiana e polacca come esempi emblematici della

soggetto, destinatario o agente di diritto, è la persona umana nella sua interezza psico-fisica. Lo smantellamento dell'unità della persona a seguito della sottrazione più o meno volontaria dei suoi comportamenti – trasformati poi in dati - dal *web* ad opera di organismi di natura monopolistica o oligopolista, di scarsa trasparenza e a vocazione transnazionale, unitamente alla inarrestabile delega alla tecnologia del più minuto momento della esistenza umana, riducono considerevolmente gli spazi di esercizio della libertà le cui reali fattezze divengono sempre più eteree ed ectoplasmatiche, ben lontane da quelle immaginate nelle costituzioni e negli atti sovranazionali ed internazionali. La letteratura può esserci di grande supporto in virtù della stretta correlazione che essa ha con il diritto[10]. L'opera di Shoshana Zuboff *The Age of Surveillance Capitalism. The fight for a human future and the new frontier of power*[11], è probabilmente di pari livello del *Capitale* di Karl Marx e de *La ricchezza delle Nazioni* di Adam Smith per importanza, complessità, densità, riflessioni e innovazioni culturali. Il lavoro destrutturante l'uomo operato dalle piattaforme e dai motori di ricerca possiede uno scopo commerciale ben preciso, come dimostra ampiamente la Zuboff.

„L'esperienza umana" è oramai materia prima grezza e gratuita che viene trasformata in „dati comportamentali" e poi venduta come „prodotti di previsione" in un nuovo mercato denominato „comportamentale a termine", dove esercitano imprese desiderose di conoscere il comportamento futuro di ogni utente (eterno potenziale consumatore). L'obiettivo è capire ogni intimo desiderio di quest'ultimo anticipandone le istanze di acquisto, in modo di proporgli un prodotto ancora prima che abbia preso pienamente coscienza di volerlo. I dati sono raccolti in ogni maniera e con ogni mezzo, *online* o *offline*, non sempre in modo che ne sia effettivamente consapevole il proprietario, anche in forza di piccoli *robot* per la pulizia della casa o *escamotage* per facilitare e rendere maggiorente confortevole la vita, come Alexa e tutte le altre invenzioni domotiche. Il nemico è in casa nostra con un consenso espresso in modo formalmente valido, seppur presumibilmente invalido non coprendo esso con alta probabilità una serie di informazioni quali, in via esemplificativa, l'assunzione di indicazioni sulla tipologia ed estensione

tutela della persona nella sua interezza, secondo la tradizione giusnaturalistica: art. 30, Costituzione della Repubblica della Polonia: „ L'innata e inalienabile dignità dell'uomo costituisce l'origine della libertà e dei diritti dell'uomo e del cittadino. Essa è inviolabile e il suo rispetto e difesa costituiscono obbligo del potere pubblico."; art. 2, Costituzione della Repubblica italiana: „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.".

[10] Sugli studi e le riflessioni riguardo alla sempre più incipiente connessione fra diritto e altre discipline umanistiche, cfr. G.Bellantuono, U.Izzo (cur.), *Il rapporto tra diritto, economia e altri saperi: la rivincita del diritto, Atti della Lectio Magistralis di Guido Calabresi in occasione della chiusura dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza, Trento, 24 ottobre 2019*, „Quaderni della facoltà di giurisprudenza" 2022, nr 55.

[11] S.Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism. The fight for a human future and the new frontier of power*, New York, Public Affairs, 2019.

ISSN 2036-7821

dell'abitazione, oltre su quanto vi possa accadere al suo interno. A corollario di quanto detto è opportuno ribadire che il fruitore presta solo formalmente il proprio consenso, essendo in realtà viziato per la frettolosità (per poter accedere il prima possibile al sito) con cui è stato espresso, nonostante i testi siano redatti in modo non intellegibile (la versione moderna del *latinorum* di manzoniana memoria): il fruitore medio sconosce una buona parte del „dietro le quinte" dell'operazione. In secondo luogo, necessita sottolineare che la „foga *social*" porta l'utilizzatore ad essere autore, spesso inconsapevole, della violazione della normativa nazionale ed europea[12] sulla riservatezza dei dati appartenenti a soggetti terzi, che potrebbero essere per giunta minori o versare in stato di vulnerabilità (un esempio fra tutti: la riproduzione di foto di bambini su FB o Instagram). In terzo luogo, può essere coinvolta anche la violazione delle normative nazionali, unionali ed internazionali sul diritto di proprietà intellettuali[13] (primi fra tutti brani musicali e pellicole cinematografiche). Vediamo che con il trascorrere del presente scritto si prende sempre più coscienza che il diritto, i diritti, le libertà stiano mutando con il progredire di queste nuove forme di tecnologia. Se agli albori della scienza e dell'ingegneria computeristica l'obiettivo era ampliare le forme di esercizio delle libertà, puntando alla eliminazione dei lavori ripetitivi che scarnificavano il potere immaginifico e intellettuale del lavoratore, oggi la libertà sta riducendo, e di molto, i propri spazi di comando vedendosi dominata da strutture transnazionali del tutto prive di elementi di democraticità e trasparenza. La libertà che non governa, non gestisce, non comanda ma è governata, gestita e comandata perde, come è evidente, la sua stessa ragione d'essere. Abbiamo a che fare con una libertà che si illude o si vuole convincere di esercitare ancora i propri poteri, le proprie potestà, i propri diritti e le proprie facoltà. La verità è che, se per esercitare poteri, potestà, diritti e facoltà si devono cedere ampi spazi di sovranità sui propri dati, ossia su se stessi e sulle porzioni più intime di se stessi, non si è più *cives* ma *servi*, al più *liberti*. Il concetto di libertà frutto di secoli di dibattito filosofico, teologico, giuridico, psicologico e sociologico sta fatalmente e inevitabilmente trasformandosi. La dipendenza che si è instaurata nella maggior parte della popolazione[14] dagli strumenti *de qua* e il bisogno di semplificare ogni aspetto della vita compulsano – similmente ad una sostanza stupefacente – i più ad

[12] Regolamento (UE) 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 (testo consolidato: G.U.U.E., serie L 119/1, del 4 maggio 2016).

[13] Per un quadro completo della tutela delle proprietà intellettuali nel perimetro della Unione europea, see https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/36/the-european-council; a livello internazionale, cfr. *Convention Establishing the World Intellectual Property Organization*, Stockholm, July 14, 1979, as amended on September 28, 1979 (United Nations, Treaty Series, 11846/1972; testo consolidato: https://www.wipo.int/wipolex/en/text/283854).

[14] La letteratura scientifica in questo campo è sterminata: di particolare interesse, cfr. J.C.De Martin, *Contro lo smartphone. Per una tecnologia più democratica*, Torino, Add editore, 2023; K.S.Young, C. Nabuco de Abreu, *Internet Addiction: A Handbook and Guide to Evaluation and Treatment*, New York, John Wiley & Sons, 2010.

ISSN 2036-7821

accedere con sempre maggiore ansiogena frequenza ai dispositivi che costellano il mondo digitale.

La sfera della libertà come sino ad ora conosciuta nella ermeneutica giurisprudenziale e dottrinale non è più la stessa. Una libertà gerita e non gerente non è più una autentica libertà. La pulsione a voler essere altro da sé, come un *avatar* nel Metaverso, incide pericolosamente sulle dinamiche comportamentali, psichiche e neurologiche, e v'è da chiedersi se il diritto, che tutela primariamente sul versante costituzionale la salute morale della persona, possa consentirlo. La libertà di decidere e di scegliere, la riservatezza, il diritto di essere persone uniche, inviolabili, l'una diversa dall'altra, con le loro peculiarità e con le specifiche qualità creative, sono minacciati inesorabilmente dalla prodigiosa capacità di omologare tutto e tutti proprio del sistema tecnologico-informatico-digitale.

Questa rivoluzione persino del c.d. foro interno sta avvenendo mantenendo in ogni donna e uomo una apparente e inalterata libertà, una intonsa potestà volitiva e un intoccato potere di esercitare tutti i diritti riconosciuti in ogni ordinamento statuale. Nell'epoca dell'Apparire sull'Essere l'*apparentia iuris* - principio di origine romanistica, passato per la pandettistica tedesca e giunto nella legislazione e nella codicistica di tutti gli stati europei, oltre nella ermeneutica dottrinaria e giurisprudenziale - assume una conformazione ancora più accentuata, sopravanzando e sostituendo il principio di realtà, al pari della simulazione che nasconde l'istituto dissimulato. La realtà potrebbe essere cancellata insieme al diritto che potrebbe perdere la sua funzione, anzi la sua stessa ragione sociale. Il diritto è strettamente vincolato alla realtà. Il diritto esiste per disciplinare la realtà. La realtà in quanto tale è finita, chiusa nello spazio e nel tempo. Il diritto con l'incedere irrefrenabile del virtuale non potrà che esserne depotenziato in quanto il virtuale è privo di circoscrizioni territoriali e termini temporali, che sono, invece, i presupposti necessari ed imprescindibili del diritto. Dove esiste e persiste il virtuale non può esistere e persistere il diritto, dotato di finitudine, a dispetto del virtuale che ne è assenza: *tertium non datur*. Il virtuale senza confini non è altro che lo sviluppo della intuizione di Carl Schmitt del „Grande spazio"[15] e le *Big Tech* si stanno sostituendo allo stato leviatanico di Hobbes, svincolate, all'opposto di quest'ultimo, da qualsivoglia regola pubblica: alla norma pubblica statale si sostituiscono le disposizioni ed il diritto privato. Le *Big Tech* hanno costretto gli stati a scendere a patti con loro in quanto uniche tenutarie di determinati servizi. Gli stati, ossia soggetti pubblici sovrani, utilizzano servizi di primaria importanza strategica - dal settore della sicurezza, delle telecomunicazioni e della difesa a quello sanitario e della istruzione - conferiti da piattaforme private sganciate da specifici territori: „I grandi agenti globali, speculatori finanziari e aziende tecnologiche hanno scatenato forze che lo Stato non può controllare e davanti alle quali la costituzione appare

[15] C.Schmitt, *Il nomos della terra*, Milano, Adelphi, 1991.

ISSN 2036-7821

impotente."[16]. La de-somatizzazione dell'*habitat* ove le norme intervengono, porta a dover ripensare come immaginare le nuove disposizioni di legge, a partire dalla stessa *Grundnorm*.

3. Dal „diritto algoritmico" alla normazione ordinaria e costituzionale.

Il diritto declinato in costruzione di norme cambia anima transitando da una normazione „analogica" ad una di tipo „digitale"[17], ossia da una legislazione antiquata ad una adeguata alla evoluzione tecnologica da cui attingere le nuove linee guida. I Legislatori stanno cominciando a ricercare diverse modalità di redazione delle normative, per fare in modo che queste siano approvate nel rispetto del criterio di celerità parimenti a quello della qualità redazionale, o, ancor meglio, in modo di produrre prescrizioni che siano il più possibile celeri con una alta qualità redazionale.

L'algoritmo si insinua neanche tanto lentamente e nascostamente fra le pieghe del sistema deliberante e ispettivo parlamentale e delle altre assemblee, a partire da quelle delle autonomie locali: in Brasile, Massachusetts, Messico e Costa Rica[18] vi sono state le prime sperimentazioni, si sono realizzati i primi "laboratori" nei quali la regolamentazione non ha più come unico protagonista l'*expertise* dei funzionari del *drafting*, ma anche *ChatGPT*. Uno studio di grande spessore su questo nuovo approccio di produzione normativa è stato portato avanti in Italia dal Comitato di vigilanza sull'attività di documentazione della Camera dei deputati, fra aprile 2023 e gennaio 2024, attraverso un ciclo di audizioni e raccolto in ultimo in un *report*[19]. L'indagine ha avuto l'obiettivo di approfondire le possibili applicazioni della I.A. a supporto del lavoro parlamentare in tre tappe: 1) la prima, di coinvolgimento della I.A. nella predisposizione dei *dossier* nella fase prodromica dell'*iter* di approvazione di un atto normativo; 2) la seconda, nel supporto della I.A. nella attività del parlamentare; 3) la terza, nell'uso della I.A. da parte dei cittadini per accedere al

---

[16] F.Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo*, Zarazoga, Fundación Manuel Giménez Abad, 2022, p. 65.

[17] Interessanti le locuzioni citate da A.Cantaro, *Costituzionalizzare l'algoritmo, digitalizzare la costituzione*, „fuori collana"2023, nr 9, nel commentare l'opera di Balaguer - di cui alla nota precedente - (locuzioni che il sottoscritto ha mutuato nel testo): „costituzioni analogiche" [(ossia „costituzioni reliquie", *id est* quelle attualmente in vigore e oramai da considerare vetuste, specie agli occhi delle giovani generazioni „nativi digitali": „ La costituzione regola un mondo che in parte non esiste più o è socialmente irrilevante"(F.Balaguer Callejón, *La constitución*…, p. 67), anche perché agli occhi dei più giovani „molti dei precetti costituzionali che interessano gli ambiti in cui oggi si sviluppa la vita sociale sono una reliquia"(F.Balaguer Callejón, *La constitución*…, p. 67)] e „costituzioni digitali".

[18] Per una panoramica *in subiecta materia*, cfr *L'I.A. può scrivere le leggi?*, „La Gazzetta degli enti locali", 19 febbraio 2024.

[19] Comitato di vigilanza sull'attività di documentazione della Camera dei deputati italiana, rapporto su *Utilizzare l'intelligenza artificiale a supporto del lavoro parlamentare*, Roma 2024, https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg19/attachments/uploadpdf_comitato_vigilanza/pdfs/000/000/001/Rapporto_IA_Camera_deputati.pdf [consultato: 15 novembre 2025].

meglio alle informazioni sulle attività dei singoli deputati (e senatori) e dell'Istituzione nel suo complesso. Lo sviluppo è in essere e le conseguenze, anche affascinanti, sono ancora sconosciute e imprevedibili: l'algoritmo condurrà il Legislatore come un cane il cieco verso lidi incerti, oppure il Legislatore continuerà ad essere saggio nocchiero dell'imbarcazione? Il diritto algoritmico nella declinazione normativa potrebbe facilitare il compito del Legislatore nella redazione di articolati il cui contenuto e finalità rimarranno da questi stabiliti, oppure contenuto, finalità e lo stesso *animus legislatoris* potrebbero divenire a prevalente appannaggio di un sistema computazionale virtuale, a cui darà il proprio *placet* un Legislatore indolente. Questa pulsione innovatrice digitale ed informatica può essere volta, pertanto, anche alla costruzione di nuove costituzioni: algoritmi usati come mattoni per la redazione della „costituzione migliore al mondo" attingendo, analizzando, comparando ed elaborando dati, notizie, informazioni provenienti dalle Carte dei Paesi di tutto il globo, verificandone, altresì, l'impatto negli anni e nei decenni in seno agli ordinamenti giuridici, istituzionali e sociali degli stati dove sono in vigore. Le costituzioni, fondamenta di ogni stato, partorite dalla „mente" di un algoritmo, possono essere una ipotesi non certo fantascientifica. Dal diritto costituzionale all'algoritmo costituzionale è il precipitato logico-giuridico della rottura costituzionale causata dall'era digitale („*Las rupturas de la era digital … rupturas constitucionales*"[20]), così come vaticinata da Balaguer nei suoi lavori. Al pari di quanto in precedenza detto, esiste un diritto antecedente ed uno susseguente all'era digitale. Forse ci troviamo ancora in una fase temporale di interregno nel quale il mondo è solo in parte governato da algoritmi progettati da aziende globali che minano gli elementi essenziali del costituzionalismo, svuotando di densità i diritti e le libertà costituzionali a favore di un loro uso ancillare agli interessi economici e finanziari di organismi globali, le cui regole private operano in ambienti de-somatizzati e si impongono a regole pubbliche certe di stati sovrani: „Si svuota la democrazia costituzionale come processo pubblico, plurale e partecipativo. Si rompe il rapporto tra realtà fisica e realtà virtuale, la prima è ancora regolata dallo Stato attraverso il diritto pubblico mentre la seconda ha una portata globale ed è prevalentemente ordinata dal diritto privato."[21]. *Las rupturas constitucionales de la era digital* potrebbero condurre ad una operazione di de-costituzionalizzazione (analogica) e ri-costituzionalizzazione (digitale) tentando di governare gli algoritmi costituzionalizzandoli, ossia inserendone il riconoscimento ed i limiti di azione nei testi delle Carte, procedendo ad una contestuale digitalizzazione delle costituzioni con una loro parziale modifica con l'uso dalla I.A.[22]. Ciò che oggi è parziale,

[20] F.Balaguer Callejón, *La constitución…*, pp. 21–24.

[21] A.Cantaro, *Costituzionalizzare l'algoritmo…*, p.4.

[22] „Il mondo digitale, che occupa una parte sempre più importante della nostra realtà quotidiana, è soggetto a regole nella cui produzione lo Stato, praticamente, non interviene e che non si conformano ai principi e ai valori costituzionali. La costituzione è al di fuori di questa realtà, ragion per cui dobbiamo fare un grande sforzo

ISSN 2036-7821

minimale, sperimentale, domani potrebbe diventare globalizzante, totalizzante e definitivo e, dalla digitalizzazione della costituzione a quella di tutte le altre fonti di diritto gerarchicamente subordinate, il passo è breve: un diritto de-antropizzato è il futuro in una matura era digitale?

attraverso la costituzione dell'algoritmo, almeno in due modi. La costituzione dell'algoritmo significa sottoporre questa nuova realtà del mondo digitale a principi e valori costituzionali (costituzionalizzare gli algoritmi), ma anche adeguare la costituzione stessa alle condizioni di un mondo nuovo che non può più essere pienamente governato nei termini della costituzione analogica (digitalizzare la costituzione)." (F.Balaguer Callejón, *La costituzione dell'algoritmo*, „fuori collana"2024, nr19).

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il credito tributario dei comuni tra indisponibilità e discrezionalità: una riflessione sulle nuove prassi amministrative

di Ludovico Castiglione

(Avvocato, Dottorando di ricerca in diritto amministrativo presso Università Telematica Pegaso)

Sommario

1. Premessa; 2. La compensazione dell'obbligazione tributaria e la "*datio in solutum*" tributaria: generalità; 3. Indisponibilità del credito tributario e alternative all'adempimento. Il ruolo della Corte dei conti nella gestione alternativa del credito tributario; 4. Vincoli di funzionalità e interesse pubblico nell'azione degli Enti; 5. Conclusioni.

Abstract

The topic of the relevance of offsetting and datio in solutum in the context of local revenue control and compliance audits, while not a recent one, has gradually given rise to a stimulating debate in the Court of Auditors, even before it has in academic circles.
Indeed, it is not uncommon for a taxpayer in debt to the municipality to simultaneously claim a different type of credit or intend to offset their debt with a service other than the payment of the sums due.
In such circumstances, local administrators, believing it advantageous to accept services other than tax payment, often urge tax offices to proceed accordingly.

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

1. Premessa.

La tematica della rilevanza della compensazione e della *datio in solutum* nell'ambito delle attività di controllo e verifica degli adempimenti in materia di entrate locali, pur non essendo di recentissima emersione, ha dato luogo, progressivamente, a uno stimolante dibattito negli interventi della Corte dei conti, ancora prima che in ambito accademico.

Ed infatti, non è infrequente che un contribuente, in una situazione debitoria nei confronti del Comune, vanti, allo stesso tempo, un credito di diversa natura o intenda compensare il proprio debito mediante una prestazione diversa rispetto al versamento delle somme dovute.

In tali circostanze, sovente, gli amministratori locali, ritenendo vantaggiosa l'accettazione di prestazioni diverse rispetto al pagamento del tributo, sollecitano gli uffici del tributo a procedere in tal senso.

L'annosa problematica che si ripropone sembra rinvenirsi quindi nella difficile delimitazione del confine tra vincolatezza[1] dell'obbligazione tributaria e gli spazi residui di discrezionalità amministrativa[2] che gli enti locali rivendicano nel tentativo di orientare l'azione di riscossione a criteri di convenienza, funzionalità e interesse pubblico concreto.

2. La compensazione dell'obbligazione tributaria e la "datio in solutum" tributaria: generalità.

Tra i principali modi "satisfattori" di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento spicca, come noto, la compensazione[3].

Essa opera allorquando, fra due soggetti, coesistano ragioni di debito e credito reciproche che hanno fonte di rapporti giuridici diversi.

In tal caso, come viene precisato nell'art. 1421 c.c., *"i due debiti si estinguono per le quantità corrispondenti"*.

In campo tributario l'istituto della compensazione è rimasto, per lungo tempo, senza specifiche previsioni e, solo con la legge n. 212 del 2002 (Statuto dei diritti del Contribuente), ha trovato collocazione con l'espressa previsione di cui all'art. 8, in

[1] La vincolatezza si pone, come noto, in termini antitetici rispetto alla discrezionalità, in quanto impone alla Pubblica amministrazione l'adozione del provvedimento amministrativo secondo un modello rigidamente predeterminato, precludendo ogni valutazione di interessi diversi da quello pubblico. Cfr. A. GUIDARA, *Discrezionalità e vincolatezza nell'azione dell'Amministrazione finanziaria*, in Atti del Convegno "*Accordi e azione amministrativa nel diritto tributario*", Catania, 25-26 ottobre 2019, pag. 7.

[2] Sul concetto di discrezionalità amministrativa si rimanda, in particolare, a F. GALLO, *Discrezionalità (diritto tributario)*, in Enciclopedia del diritto, 1999, pagg. 536 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, 1993, pagg. 45 ss.; L. PERRONE, *Discrezionalità e norma interna nell'imposizione diretta*, 1963, pagg. 73-74.

*Dottorando di ricerca di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli. Avvocato.

[3] Sulla compensazione tributaria si veda l'opera di G. GIRELLI, *La compensazione tributaria*, Milano, 2010.

ISSN 2036-7821

virtù del quale: "*l'obbligazione tributaria può essere estinta anche per compensazione*"[4]. Tuttavia, la locuzione "obbligazione tributaria" rimane piuttosto generica e, persistendo l'assenza dei decreti attuativi previsti dal medesimo art. 8, al comma 6[5], che, qualora venissero in futuro emanati potranno specificare meglio il dettato legislativo[6], occorre comprendere fin dove è possibile spingersi nell'interpretare la posizione debitoria del contribuente cui il Legislatore ha inteso riferirsi[7].

---

[4] Secondo S. ZAMMARCHI, *Gli interventi della Corte dei conti in materia di compensazione tributaria*, in *Bilancio e Tributi Locali*, 7-8, 2024, p. 25-26: "*Con l'emanazione della legge n. 212/2000 il legislatore ha disciplinato in maniera esplicita la fattispecie afferente alla compensazione in ambito tributario: come anticipato, questa è collocata all'art. 8, comma 1, della citata legge, quale modalità di estinzione dell'obbligazione tributaria. Tale previsione normativa è connotata dal carattere generale, ragion per cui il diritto tributario è stato arricchito da un principio innovativo diretto a garantire maggior tutela al contribuente. Lo specifico articolo, intitolato "tutela dell'integrità patrimoniale", reca tale oggetto di riferimento proprio perché è finalizzato ad evitare che il patrimonio del contribuente possa essere decurtato in maniera tale da ledere il principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost. in sostanza, nell'ipotesi in cui il contribuente fosse tenuto a versae somme a titolo d'imposta ma, nel contempo si trovasse a vantare un credito nei confronti dell'ente impositore, si verrebbe a realizzare (seppur temporaneamente) un onere impositivo superiore, pertanto costituzionalmente illegittimo, con riferimento al gravame posto dall'art. 53 Cost.*"

[5] Lo stesso articolo, infatti, rinvia alle relative disposizioni attuative da emanarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 988, n. 400, ad oggi non emanate. Sul tema resta attuale, A. CEPPARULO, *L'adempimento spontaneo e coattivo dell'obbligazione tributaria*, Napoli, 2012, laddove afferma che "*[…] si è posto il problema dell'immediata operatività di questo principio in quanto il medesimo art. 8 al comma 6 prevede un decreto ministeriale di natura regolamentare che detti disposizioni di attuazione di esso e, più specificamente, per ciò che riguarda la compensazione tributaria, al successivo comma 8 viene disposto che con regolamento governativo, ferme restando, in via transitoria, le disposizioni vigenti in materia di tributi, la disciplina della compensazione tributaria deve essere estesa anche ai tributi per i quali attualmente non è prevista. Ora se da un lato è innegabile che l'intento legislativo sotteso alla disposizione di cui al comma 1 del citato art. 8 è stato quello di introdurre nell'ordinamento tributario il principio generale dell'estinzione dell'obbligazione tributaria tramite l'istituto della compensazione, atteso il necessario collegamento di questa disposizione con l'art. 1 della stessa legge 212 del 2000, dall'altro lato bisogna considerare che lo stesso legislatore, con i citati commi 6 e 8, ha concesso due deleghe regolamentari al ministro e all'esecutivo per la piena attuazione di detto principio.*". La Sezione di controllo della Corte dei conti del Piemonte con Delibera n. 35/2020/SRCPIE/PAR ha rappresentato, al riguardo, che "*i regolamenti attuativi previsti dall'articolo 8, comma 1, della L. 212/2000 finora non sono stati emanati. Sebbene parte della giurisprudenza sostenga l'immediata e generale operatività della regola, anche in assenza dei citati regolamenti attuativi, l'orientamento prevalente più recente della Corte di cassazione (cui si è adeguata l'Amministrazione finanziaria, ad esempio con la risoluzione n. 140/E/2017) ritiene che la disposizione, in attesa dell'emanazione dei regolamenti attuativi, integri una previsione di natura meramente programmatica (Cass. 18788/2016, 12262/2007). (cfr. sul punto Sezione Regionale di controllo per il Molise deliberazione n. 15/2020).*"

[6] Sul punto, A. CEPPARULO, *op. cit.*: "*Pertanto sino alla emanazione delle norme secondarie riteniamo che si rende applicabile la sola disciplina della compensazione tributaria prevista dalle singole disposizioni legislative attualmente vigenti, sia pure in regime transitorio, a nulla rilevando l'inerzia governativa, peraltro fortemente censurabile. Tutto ciò non deve essere letto, però, come una restrizione del principio generale di estinzione dell'obbligazione tributaria mediante compensazione che ha mutato questa modalità da mezzo speciale, previsto solo in particolari ipotesi, a mezzo generale di assolvimento del debito tributario se ne limita temporaneamente la piena applicabilità, non incide sulla portata del principio che, in quanto tale, è sicuramente a valenza generale, indirizzando il legislatore tributario alla massima applicazione dell'istituto della compensazione.*"

[7] Per S. ZAMMARCHI, *op. cit.*, p. 25-26: "*[…] il citato articolo 8, comma 1, della legge n. 212/2000 apre le porte ad un principio generale, applicabile ad ogni fattispecie di natura tributaria, benchè detta disposizione non consenta, comunque, di considerare coincidente la compensazione tributaria con quella del modello civilistico. Ciò in quanto il dettato normativo dell'art. 1246, comma 3, del c.c. non ammette la compensazione con riferimento ai debiti impignorabili. In conformità alle considerazioni esposte, dunque, in dottrina si ritiene che il legislatore abbia inteso arricchire l'ordinamento tributario con una fattispecie di compensazione "rafforzata" rispetto a quella di matrice civilistica.*"

ISSN 2036-7821

A ben vedere, spesso si identificano fattispecie riconducibili, non alla compensazione, ma alla "*datio in solutum*" (dazione in pagamento o prestazione in luogo di adempimento *ex* art. 1197, comma, 1 c.c.[8]), ossia la sostituzione della prestazione originariamente dovuta con una di natura diversa.
Tale fattispecie si ravvisa quando sono assenti i presupposti di omogeneità dei crediti e una facile e pronta liquidazione dell'oggetto.
Deve osservarsi che, come posto in evidenza dalle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti[9], il Legislatore ha introdotto specifiche ipotesi di adempimento mediante l'istituto della prestazione in luogo di adempimento in merito alle obbligazioni tributarie, nello specifico con gli art. 28-*bis* del D.P.R. n. 602/1973[10] e l'art. 39 del D.Lgs. n. 346/1990[11] che hanno disciplinato, rispettivamente, la possibilità di adempimento mediante la cessione di beni culturali delle imposte dirette sul reddito e dell'imposta sulle successioni e donazioni.
Deve annoverarsi, fra gli istituti sui quali le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti si sono imbattute, con riguardo alla tematica in analisi, anche il baratto amministrativo, che fu introdotto dall'art. 24 del D.L. n. 133/2014, ora abrogato[12], e, successivamente, dall'art. 190 del D.Lgs. n. 50/2016, ed oggi confluito nell'art. 201 del

[8] In base al comma 1 dell'art. 1197 *"Il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore consenta. In questo caso l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita"*.

[9] Il riferimento è, in particolare, a: Sez. controllo Molise, del. n. 15/2020, Sez. controllo Emilia-Romagna, del. n. 60/2017, Sez. controllo Lazio del. n. 162/2015, Sez. controllo Piemonte del. n. 35/2020.

[10] L'art. 28-*bis* del D.P.R. N. 602/1973 dispone: *"I soggetti tenuti al pagamento dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche, dell'imposta locale sui redditi, dei tributi erariali soppressi di cui all'articolo 82 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 597, e relativi interessi, soprattasse e pene pecuniarie possono cedere allo Stato, in pagamento totale o parziale delle imposte stesse e degli accessori, i beni indicati negli articoli 1, 2 e 5 della L. 1° giugno 1939, n. 1089, e successive modificazioni e integrazioni, gli archivi o singoli documenti dichiarati di notevole interesse storico a norma dell'articolo 36 del decreto del Presidente della Repubblica 30 settembre 1963, n. 1409, nonché le opere di autori viventi o la cui esecuzione risalga anche ad epoca inferiore al cinquantennio, di cui lo Stato sia interessato all'acquisizione […]"*.

[11] L' art. Art. 39, c.1, D.Lgs. n. 346/1990 dispone che: "*Gli eredi e i legatari possono proporre la cessione allo Stato, in pagamento totale o parziale dell'imposta sulla successione, delle relative imposte ipotecaria e catastale, degli interessi ((e delle sanzioni amministrative)), di beni culturali vincolati o non vincolati, di cui all'art. 13, e di opere di autori viventi o eseguite da non più di cinquanta anni*".

[12] L'art. 24 del D.L. n. 133/2014, abrogato dall'art. 1, comma 796, della legge n. 160/2019, disciplinava il c.d. "baratto amministrativo", consentendo agli enti locali di deliberare forme di esenzione o riduzione dei tributi in favore di cittadini singoli o associati che, versando in condizioni di difficoltà economica, si impegnavano in attività di cura, gestione e valorizzazione del territorio, come la manutenzione di aree verdi, la pulizia di spazi pubblici o il recupero di beni inutilizzati. L'istituto, ispirato ai principi di sussidiarietà orizzontale e di cittadinanza attiva, aveva l'intento di promuovere forme di collaborazione tra cittadini ed enti pubblici nella gestione dei beni comuni, seppur al di fuori di logiche propriamente tributarie. Per un approfondimento sul tema, si rimanda agli approfondimenti di S. ZEBRI, *L'evoluzione del baratto amministrativo tra collaborazione civica e partenariato sociale*, in Riv. Corte conti, 2019, pp. 53 ss. e A. MANZIONE, *Dal baratto amministrativo al partenariato sociale e oltre nel solco della atipicità*, in P. CHIRULLI, C. IAIONE (a cura di), *La co-città*, Napoli, Jovene, 2018, pp. 109 ss.

D.Lgs. n. 36/2023 che disciplina l'istituto del "*partenariato sociale*"[13], in cui si prevede che l'Ente possa disporre del credito tributario in determinate ipotesi concedendo incentivi.

Ora, stante il principio di indisponibilità[14] del credito tributario regolato dall'art. 49 del Regio Decreto 23 maggio 1924 n. 827[15], permangono ancora delle perplessità in ordine all'applicazione dei richiamati istituti[16].

---

[13] Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il baratto amministrativo (o partenariato sociale)*", in www.giustizia-amministrativa.it, 2018; cfr. anche A. BERRETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore*, in Federalismi.it, n. 27 del 19 ottobre 2022.

[14] In ottica giuridica, l'indisponibilità rappresenta l'impossibilità di negoziare, rinunciare, transigere e più in generale di rendere oggetto di azioni giuridiche un determinato diritto soggettivo. Su tale concetto, si vedano, *ex multis*, A.D. GIANNINI, "*Circa l'inderogabilità delle norme regolatrici dell'obbligazione tributaria*", in Rivista di diritto finanziario, 1953, pag. 291; F. GALLO, *Ancora sul neoconcordato e sulla conciliazione giudiziale*, in Rass. trib., n. 10/1994, pag. 1483; M. REDI, *Appunti sul principio di indisponibilità del credito tributario*, in Dir. prat. trib., n. 2/1995, I, pag. 429; M. MICCINESI, *Accertamento con adesione e conciliazione giudiziale*, in AA.VV., Commento agli interventi di riforma tributaria (a cura di M. MICCINESI), 1999, pag. 7; A. CUVA, *Conciliazione giudiziale e indisponibilità dell'obbligazione tributaria*, 2007, pag. 3; F. CROVATO - R. LUPI, *Indisponibilità del credito tributario, contabilità pubblica e giustizia tributaria*, in Dialoghi Tributari, n. 6/2007, pagg. 853 ss.; A. FANTOZZI, *La teoria dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria*, in AA.VV., Adesione, conciliazione e autotutela: disponibilità o indisponibilità dell'obbligazione tributaria? (a cura di M. POGGIOLI), 2007, pag. 49; G. FALSITTA, *Natura e funzione dell'imposta, con speciale riguardo al fondamento della sua 'indisponibilità'*, in AA.VV., Profili autoritativi e consensuali del diritto tributario (a cura di S. LA ROSA), 2008, pag. 56; P. RUSSO, *Imponibilità del tributo e definizioni consensuali delle controversie*, in Rass. trib., n. 3/2008, pag. 614; A LA MALFA, *Rapporti tra la transazione fiscale e il concordato preventivo*, in Corr. Trib., n. 9/2009, pag. 706; A. GUIDARA, *Indisponibilità del tributo e accordi in fase di riscossione*, 2010, pag. 61; S. LA ROSA, *Principi di diritto tributario*, 2020, pagg. 239 e 240. Più in particolare, in merito al concetto di indisponibilità giuridica, quale atto produttivo di effetti costituitivi, modificativi ed estintivi di un rapporto giuridico, si vedano A. LA MALFA, F. MARENGO, *Transazione fiscale e previdenziale*, 2010, pagg. 23-26; M. ALLENA, *La transazione fiscale nell'ordinamento tributario*, 2017, pagg. 14 ss.

[15] L'art. 49 del citato Regolamento prevede che: "*Nei contratti non si può convenire esenzione da qualsiasi specie di imposte o tasse vigenti all'epoca della loro stipulazione*".

[16] Più in particolare, il predetto articolo 201 sancisce che: "*Gli enti concedenti stabiliscono, con atto generale e tenuto conto dei bandi-tipo e dei contratti-tipo predisposti dall'Autorità di regolazione del settore, i criteri e le condizioni, per la conclusione di contratti di partenariato sociale aventi ad oggetto una o più delle prestazioni seguenti:*

a) gestione e manutenzione di aree riservate al verde pubblico urbano e di immobili di origine rurale destinati ad attività sociali e culturali, ceduti al Comune in esecuzione di convenzioni e di strumenti urbanistici attuativi; sussiste, per la conclusione di tale contratto, il diritto di prelazione dei cittadini, aventi residenza o domicilio nei comprensori ove insistono i beni e le aree, costituenti un consorzio del comprensorio che raggiunga almeno i due terzi della proprietà della lottizzazione; i cittadini costituiti in consorzio possono beneficiare, altresì, di incentivi fiscali;

b) gestione, manutenzione e valorizzazione di piazze e strade o interventi di decoro urbano e di recupero di aree e beni immobili inutilizzati, per destinarli a fini di interesse generale, sulla base di progetti presentati da cittadini, singoli o associati che, all'uopo, beneficiano di incentivi fiscali direttamente attinenti alla attività svolta dal singolo o dalla associazione, o comunque utile alla comunità territoriale di riferimento;

c) compimento di opere di interesse locale, da acquisire al patrimonio indisponibile dell'ente concedente, sulla base di progetti presentati da cittadini, singoli o associati, e a spese di questi ultimi; l'esecuzione delle opere è esente da oneri fiscali e amministrativi, salva l'imposta sul valore aggiunto.

2. Le parti determinano il contenuto dei contratti di partenariato sociale nei limiti imposti dalle disposizioni seguenti, tenendo conto dei bandi-tipo e dei contratti-tipo redatti dall'ANAC.

3. Possono concludere i contratti di partenariato sociale microimprese, piccole e medie imprese, come definite dall'articolo 1, c. 1, lettera o) dell'allegato I.1.

4. Con l'atto generale indicato nel c. 1 sono determinati i modi di esercizio del diritto di prelazione dei cittadini costituiti in consorzi e la natura e la misura degli incentivi fiscali previsti per la conclusione dei contratti di partenariato sociale, nei

I timori derivano dalla circostanza che, nonostante l'obbligazione tributaria presenti fondamentalmente la stessa struttura delle obbligazioni civili, la funzione pubblica[17] che essa svolge, permettendo la realizzazione del prelievo fiscale, comporta caratteri propri del diritto pubblico e, dunque, con accentuati profili di indisponibilità che non consentirebbero alle parti del rapporto d'imposta di incidere sulle modalità di adempimento previste dalla legge.

3. Indisponibilità del credito tributario e alternative all'adempimento. Il ruolo della Corte dei conti nella gestione alternativa del credito tributario.

Nella sopra descritta circostanza in cui il contribuente esprime preferenza per saldare il proprio debito nei confronti dell'erario con una prestazione diversa rispetto al versamento delle somme dovute, molti Comuni si rivolgono ai giudici della Corte dei conti al fine di ottenere delucidazione sulla fattibilità, opportunità, e convenienza dell'azione amministrativa.

In linea generale, è forse possibile osservare che il percorso evolutivo concernente l'affermazione dell'attenuazione del principio di indisponibilità del credito tributario[18] debba rintracciarsi proprio seguendo le delibere della Corte dei conti[19]: se, infatti, da un lato, i Giudici contabili non perdono occasione di rammentare la vincolatività della materia tributaria tanto che è solo *"il Legislatore a disciplinare le fattispecie di tributo alle quali è possibile adempiere mediante prestazioni diverse dall'esatto adempimento"* (sez. controllo Piemonte, Delibera n. 35/2020/PAR)[20], dall'altro, allorchè

limiti di quanto previsto con rinvio a leggi speciali dal codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50." Quanto agli ostacoli nell'applicazione di tale istituto, si rimanda alla deliberazione n. 36 del 21 maggio 2024 della Corte dei conti dell'Emilia-Romagna laddove rileva *"in primo luogo, l'esigenza di ossequiare, come tutte le scelte discrezionali, a criteri di razionalità, congruità e prudente apprezzamento, ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa. La ventilata applicabilità dell'istituto de quo alla fattispecie potrebbe pertanto confliggere con il canone della legittimità dell'attività amministrativa– specialmente dopo la novella dell'art. 97 Cost., che ha declinato in termini economici il canone del buon andamento, facendolo precedere dalla inserzione del c. 1, del principio in base al quale "Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico". Non può più ormai prescindersi infatti da una valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e spese sostenute, con l'ulteriore effetto che la violazione dei criteri di economicità e di efficacia assume specifico rilievo nel giudizio di responsabilità: occorre, pertanto, la massima prudenza da parte dell'ente, nonché una dettagliata motivazione che dia conto del percorso logico seguito per giungere alla definizione (questa Sezione, del. n.199/2023)."*

[17] Sul carattere spiccatamente pubblicistico dell'obbligazione tributaria resta attuale M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, 6.

[18] Le prime discussioni dottrinali in merito al principio di indisponibilità in materia tributaria si sono concentrate, in particolare, sul c.d. concordato disciplinato dall'art. 34 del D.P.R. 29 gennaio 1958, n. 645 (T.U.I.D.). Secondo G. LA CROCE, *La transazione fiscale*, 2011, pagg. 42-47, tale istituto ha rappresentato la prima forma di rinuncia, da parte del legislatore, al principio di indisponibilità della pretesa tributaria in capo all'Amministrazione finanziaria, in funzione del conseguimento di obiettivi di certezza e tempestività nella riscossione del tributo.

[19]

[20] Anche la Corte di Cassazione ha evidenziato i vincoli normativi in applicazione della compensazione tributaria, come avvenuto in occasione dell'Ordinanza n. 6207/2023 in cui è stato precisato che *"In materia tributaria la compensazione è ammessa, in deroga alle comuni disposizioni civilistiche, soltanto nei casi espressamente previsti, non potendo derogarsi al principio secondo cui ogni operazione di versamento, di riscossione e di rimborso ed ogni*

la Corte dei conti è stata chiamata ad esprimersi sulla prevalenza o sulla poziorità di un confronto collaborativo con il contribuente, si registrano decisioni che affermano la meritevolezza di istituti come la compensazione e la *datio in solutum*, accordando maggior rilievo alle esigenze di valorizzazione del valore patrimoniale (attivo patrimoniale) dell'ente.

Quanto al primo aspetto, l'*iter* logico che ha, il più delle volte, condotto le Sezioni di controllo della Corte dei conti a restringere le ipotesi di strumenti alternativi all'esatto adempimento dell'obbligazione tributaria si apprezzano nella casistica giurisprudenziale: spesso, infatti, la giurisprudenza si è ancorata alla rilevanza "*della indisponibilità dell'obbligazione tributaria, naturale corollario dello schema tipico del rapporto giuridico di imposta, avente natura (secondo la condivisa teoria dichiarativa) di obbligazione legale, che sorge per il solo verificarsi in concreto della fattispecie astrattamente prevista dalla norma tributaria e la cui attuazione è rigidamente predeterminata dalla disciplina normativa, in applicazione del principio enunciato dall'articolo 23 della Costituzione (in base al quale nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non per legge)*"[21]; altre volte al principio della capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost., "[22]*da cui derivano i precetti dell'universalità, della progressività nonché dell'uguaglianza del carico tributario a cui si ricollega il principio di imparzialità disciplinato dall'art. 97 costituzione*".

In altri termini, i giudici contabili hanno rammentato che è necessario attenersi ai principi costituzionali di cui all'art. 23, e, dunque, al principio di legalità, al principio della capacità contributiva sancito dall'art. 53 Cost., e all'art. 97 Cost. che impone agli uffici della pubblica amministrazione di agire con trasparenza e imparzialità[23].

---

deduzione è regolata da specifiche, inderogabili norme di legge. Né tale principio può ritenersi superato per effetto dell'art. 8, comma 1, della legge 27 luglio 2000, n. 212 (c.d. statuto dei diritti del contribuente), il quale, nel prevedere in via generale l'estinzione dell'obbligazione tributaria per compensazione, ha lasciato ferme, in via transitoria, le disposizioni vigenti (demandando ad appositi regolamenti l'estensione di tale istituto ai tributi per i quali non era contemplato, a decorrere dall'anno d'imposta 2002), ovvero per effetto dell'art. 17 del D.lgs. 9 luglio 1997, n. 241, il quale, nell'ammettere la compensazione in sede di versamenti unitari delle imposte, ne ha limitato l'applicazione all'ipotesi di crediti dello stesso periodo, nei confronti dei medesimi soggetti e risultanti dalle dichiarazioni e dalle denunce periodiche presentate successivamente alla data della sua entrata in vigore (Cass., 22 giugno 2021, n. 17836; Cass., 7 maggio 2021, n. 12136), confermando un orientamento restrittivo anche nell'applicazione dell'istituto generale della compensazione".

[21] Sez. controllo Molise, Delibera n. 15/2020/PAR laddove è stata posta in evidenza anche la difficoltà di *"superare gli ostacoli all'applicazione, in via generale, dell'istituto civilistico previsto dall'articolo 1197 del codice civile in materia tributaria, se si condivide la tesi della sua natura di "contratto solutorio", che integra un modo di estinzione dell'obbligazione satisfattiva dell'interesse del creditore, sebbene - ovviamente - diverso e sostitutivo di quello alla prestazione originaria. Infatti, a tali fini occorrerebbe prospettare che il diverso interesse del creditore possa sovrapporsi e sostituirsi all'interesse pubblico primario - tipizzato dal legislatore ex art. 23 Cost. - all'ottenimento di una prestazione monetaria."*

[22] Sez. controllo Piemonte, Delibera n. 35/2020/PAR.

[23] Con riguardo ai citati vincoli costituzionali si rinvia, *ex multis*, a S.F. COCIANI, *Attualità e declino del principio di capacità contributiva*, in Riv. dir. trib., n. 7-8/2004, pag. 823; G. FALSITTA, *Il doppio concetto di capacità contributiva*, in Riv. dir. trib., n. 7-8/2004, pag. 889; G. GAFFURI, *Il senso della capacità contributiva*, in AA.VV., *Diritto tributario e Corte costituzionale* (a cura di L. PERRONE, C. BERLIRI), 2006, pag. 31; A. FEDELE, *La funzione fiscale e la capacità contributiva*, in AA.VV., *Diritto tributario e Corte costituzionale* (a cura di L. PERRONE, C. BERLIRI), 2006, pag. 11; F. MOSCHETTI, *Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità*, in AA.VV., *Diritto tributario e Corte costituzionale* (a cura di L. PERRONE, C. BERLIRI), 2006, pag. 46; P.

Rimane attuale quanto sancito dalla Corte dei conti, Sezione Regionale di controllo per il Piemonte (parere n. 15/2007), laddove affermò che "*il principio dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria trova fondamento nei principi costituzionali di capacità contributiva (art. 53, comma 1) ed imparzialità nell'azione della pubblica amministrazione (art. 97), espressione entrambi del più generale principio di eguaglianza nell'ambito dei rapporti tributari*"[24].

Ebbene, una parte della giurisprudenza contabile più recente, pur senza disattendere tali principi, ha cercato di introdurre elementi di maggiore elasticità nella gestione del credito tributario, specialmente in situazioni in cui sussistano evidenti elementi di inesigibilità o di non utilità economica della riscossione.

Peraltro, deve rammentarsi che, *prima facie*, già una parte della dottrina meno recente giunse persino a mettere in discussione l'esistenza stessa di un principio di indisponibilità nell'ordinamento, sostenendo che "*non esistono ontologiche ragioni di principio per escludere la disponibilità del credito tributario una volta che questo sia concretamente sorto, a seguito del verificarsi dell'astratta fattispecie d'imposta. E in particolare, non esistono ragioni di principio contro l'ammissibilità della transazione nei rapporti tra contribuente e fisco, dove ben può risultare conveniente per l'Amministrazione definire una lite già sorta o prevenire una lite che può sorgere, facendo qualche concessione alla parte privata in cambio della desistenza totale o parziale di questa dalle sue pretese, di guisa tale da presumersi sia contro l'eventualità che la lite, portata in sede contenziosa, si risolva a suo sfavore, sia contro i maggiori danni suscettibili di derivare dalla mancata composizione della controversia in via di accordo*"[25].

In tale ottica, l'adozione di strumenti alternativi all'esatto adempimento deve essere letta come una modalità di tutela del principio del buon andamento della pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 97 Cost., nella sua accezione più sostanziale.

Ciò comporta un cambio di prospettiva: non più solo l'osservanza formale della legalità tributaria, ma anche la valorizzazione del risultato amministrativo, inteso come effettivo perseguimento dell'interesse pubblico.

4. Vincoli di funzionalità e interesse pubblico nell'azione degli Enti.

Di un certo rilievo è apparsa la deliberazione n. 36 del 21 maggio 2024 della Corte dei conti dell'Emilia-Romagna chiamata ad esprimersi sul tema della compensazione dei

---

BORIA, *Il bilanciamento di interesse fiscale e capacità contributiva nell'apprezzamento della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Diritto tributario e Corte costituzionale* (a cura di L. PERRONE, C. BERLIRI), 2006, pag. 64; F. GALLO, *Le ragioni del fisco*, 2007, pag. 82; I. MANZONI, G. VANZ, *Il diritto tributario. Profili teorici e sistematici*, 2007, pag. 40.

[24] Nel medesimo parere si legge che *"Il principio dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria risulta dunque derogabile soltanto in forza di disposizioni di legge eccezionali (come tali da interpretarsi restrittivamente) che, nel rispetto del principio di legalità e operando un bilanciamento fra esigenze contrastanti, sacrificano gli interessi tutelati dagli artt. 53 e 97 della Costituzione, in favore di altri interessi, costituzionalmente garantiti, di rango pari o poziore"*.

[25] P. RUSSO, *Indisponibilità del tributo e definizioni consensuali delle controversie*, in AA.VV., Profili autoritativi e consensuali del diritto tributario (a cura di S. LA ROSA), 2008, pagg. 595 ss.

debiti tributari con altri adempimenti.

Ed infatti, con il citato parere la Sezione di controllo dell'Emilia Romagna, ha aperto alla possibilità di un bilanciamento tra diritti e interessi mettendo in evidenza che *"la scelta di un ente pubblico di addivenire ad una rinuncia inerente alle entrate di pertinenza dell'ente stesso deve essere riconducibile ai canoni di razionalità, convenienza, logica e correttezza gestionale, avendo sempre riguardo ad una imprescindibile valutazione della "cura concreta di interessi pubblici", che ne costituisce la causa in concreto. La predetta funzionalizzazione dell'attività dell'ente rispetto alle finalità istituzionali contemplate dalla Carta costituzionale è il vero centro di gravità sistematico e unitario che postula l'utilizzo legittimo degli strumenti, sia pubblicistici che negoziali, solo se e nella misura in cui venga dimostrato in modo analitico che essi sono necessari e convenienti per il corretto perseguimento delle proprie finalità istituzionali pubbliche".*

Al riguardo, merita segnalazione un'altra decisione estremamente interessante della Sezione regionale di controllo per l'Abruzzo della Corte dei conti (n. 266 del 2024) che, in particolare, ha affermato come l'inesigibilità del credito tributario, al ricorrere di determinati presupposti[26], possa attenuare il principio di indisponibilità dello stesso avuto riguardo non solo al principio di solidarietà[27], ma anche al potere coercitivo della pubblica amministrazione e alla fase esecutiva in quanto incidente sugli equilibri di bilancio e su tutti i suoi precipitati.

È stato chiarito, pertanto, che l'ipotesi della *datio in solutum* a fronte di un credito

[26] In particolare, specifica la Delibera della Corte dei conti Sezione regionale di controllo per l'Abruzzo, n. 266 del 2024, "*al ricorrere di ben definiti presupposti a supporto di una decisione che dimostri "in modo analitico che essi sono necessari e convenienti per il corretto perseguimento delle proprie finalità istituzionali pubbliche" e nel conseguente rispetto dei principi "di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica previsti per tutti i contratti pubblici esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del codice" (cfr., Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale dell'11 aprile 2018, parere n. 1241/2018), un ente nel valutare la proposta di un cittadino di liberarsi dal debito IMU con la cessione di un bene immobile, dovrà operare iure privatorum al fine di bilanciare il rischio di non poter riscuotere il credito e di ricorrere a procedure esecutive rispetto al valore generato dal bene offerto.*"

[27] Sul tema si veda P. ZUDDAS, *Principio costituzionale di solidarietà e dovere tributario*, Giappichelli, 2023, 9 ss. che rammenta come la solidarietà può essere anche "*intesa in senso diverso, e segnatamente come solidarietà che l'Amministrazione finanziaria deve mostrare nei confronti del contribuente. Il punto di approdo di questa nuova concezione è rappresentato dallo Statuto del contribuente, che muta ulteriormente la prospettiva, proponendo – soprattutto attraverso l'art. 10 (ma, come vedremo, anche attraverso altre disposizioni, non ultima l'art. 5) – una nuova forma di solidarietà che vede egualmente coinvolta l'Amministrazione finanziaria, ma in un ruolo diverso: essa diventa, in questo contesto, non solo strumento, ma anche – e compiutamente – soggetto di una relazione solidale che lo Statuto individua come elemento che connota il rapporto tra lo Stato – e segnatamente l'Amministrazione tributaria – ed il contribuente. Se dunque, nell'orizzonte della Carta costituzionale – con l'eccezione, come vedremo, delle promettenti "aperture" dell'art. 97 – la relazione solidale intercorre essenzialmente tra i consociati, e l'Amministrazione opera in sostanza come mezzo per realizzare in concreto gli obiettivi redistributivi che contraddistinguono la solidarietà economica e sociale tra i membri della comunità, nella rinnovata prospettiva, ribadita e consolidata dallo Statuto, la relazione solidale intercorre (anche) tra l'Amministrazione finanziaria e i cittadini (o, più correttamente, i contribuenti), e vede pertanto la prima non solo connotata in termini strumentali, ma impegnata a svolgere un ruolo da protagonista del rapporto solidale*". Per un inquadramento generale di tale principio si rimanda anche alla lettura di *Il dovere di solidarietà nel diritto tributario: l'ordinamento italiano*, in B. PEZZINI-C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Atti del Convegno svoltosi a Bergamo, 14-15 novembre 2003, Giuffrè, Milano, 2005, 171.

ISSN 2036-7821

tributario possa essere adottata, costituendo una efficace eccezione al principio di indisponibilità, allorquando sia accertata l'inesigibilità del credito comunale e "*sia data dimostrazione della ricorrenza di un preminente interesse pubblico funzionalizzando, così, l'attività dell'ente alle finalità istituzionali contemplate dalla Carta costituzionale*".

La delibera della Corte dei conti da ultimo citata persuade appieno. Si tratta di un delicato equilibrio, da cercare e trovare di volta in volta, che giustifica, entro certi limiti, la compressione del principio di indisponibilità del credito tributario in un'ottica collaborativa e satisfattiva che ben si concilia anche con la Legge 7 agosto 1990, n. 241 che prevede uno specifico potere del cittadino di partecipare all'attività svolta dalla Pubblica amministrazione[28] e con il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, della Costituzione[29].

In quest'ottica, il principio di funzionalizzazione dell'azione amministrativa non si esaurisce in un mero vincolo formale, ma si traduce in una dinamica valutativa che impone agli enti locali di contemperare, nel rispetto della legge, l'interesse primario alla riscossione con la sostenibilità economica e sociale delle misure adottate.

La funzionalizzazione, dunque, si configura come principio metagiuridico in grado di orientare le scelte amministrative verso un bilanciamento tra vincoli normativi e contesto operativo.

Ciò implica che l'ente, nel valutare l'opportunità di accogliere soluzioni alternative come la *datio in solutum*, debba adottare strumenti di analisi costi-benefici, documentando l'effettiva utilità della prestazione ricevuta rispetto all'alternativa esecutiva.

Questo approccio consente una *governance* più responsabile del credito pubblico, valorizzando la discrezionalità amministrativa nei limiti tracciati dall'ordinamento.

È significativo notare come tale impostazione sia in linea con l'evoluzione delle teorie di *public management*, che propongono una visione della pubblica amministrazione orientata alla logica del risultato e della responsabilità.

In tale cornice, l'efficienza amministrativa non si esprime solo nella capacità di esigere il tributo, ma anche nella flessibilità di adattare le strategie di riscossione ai

---

[28] Sul punto, la delibera in argomento ha affermato, altresì, che "*si tratta di istituti, quelli partecipativi, che realizzano esigenze di completezza e coerenza dell'istruttoria amministrativa, veicolando l'azione amministrativa entro un obbligato confronto con il contribuente, quale unica soluzione per giungere a risultati corretti. In tal modo, il potere esercitato dalla pubblica amministrazione si determina in concreto per effetto del confronto col soggetto privato, il cui intervento è finalizzato ad assicurare una sua partecipazione della gestione del potere amministrativo*."

[29] Sul principio di sussidiarietà orizzontale, senza alcuna pretesa di esaustività, si veda, fra i tanti: G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di G. Berti*, vol. I, Napoli, 2005; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Padova, 1994; G. BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in "Jus", 2004, p. 171 ss.; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in Foro it., 5/1995, c. 373 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in Enc. giur., Agg. XII, Roma, 2004; T. E. FROSINI, *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in Riv. giur. Mezzogiorno, 1/2000; G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in Dir. pubbl., 2002, p. 5 ss..

contesti concreti, con attenzione alla coesione sociale e alla sostenibilità economica.
Si tratta, in ultima analisi, di un approccio più collaborativo che bilancia la rigidità normativa con l'opportunità gestionale.
Le citate delibere della Corte dei conti rappresentano un punto di riferimento fondamentale per gli enti locali, non solo perché offrono criteri interpretativi utili, ma anche perché delineano le condizioni entro cui l'azione amministrativa può svilupparsi senza incorrere in responsabilità erariali.
In questo quadro, come evidenziato, l'applicazione di tali principi impone, tuttavia, una valutazione con riguardo alle situazioni specifiche, nella quale l'amministrazione territoriale deve tenere conto di molteplici fattori, fra cui l'effettiva utilità per l'ente della prestazione offerta dal debitore, l'impatto economico-finanziario della scelta sulla gestione del bilancio e l'eventuale rischio di creare disparità di trattamento tra i contribuenti.

5. Conclusioni.

Sembra doveroso interrogarsi sul significato di questa recente evoluzione della giurisprudenza contabile che si colloca in una prospettiva più ampia e sistematica, nella quale il principio tradizionale di indisponibilità del credito tributario non risulta superato, ma progressivamente rimodulato alla luce di esigenze di funzionalizzazione dell'azione amministrativa.
Ed infatti, si intravede, ormai con chiarezza, al riguardo, uno spazio che richiede una necessità di discussione e di approfondimento, in particolare da parte del Legislatore, nel quale ricercare un rinnovato punto di equilibrio tra l'esigenza di rispettare l'indisponibilità dei crediti tributari ed esigenze, viceversa, di riscossione di un credito divenuto, ad esempio, inesigibile.
Ed infatti, le pronunce esaminate mostrano come i giudici contabili, pur ribadendo la centralità dei principi di legalità dell'imposizione, capacità contributiva e imparzialità dell'azione amministrativa, abbiano avvertito la necessità di confrontarsi con situazioni nelle quali la rigida applicazione delle modalità ordinarie di riscossione si rivela inefficiente, antieconomica o addirittura pregiudizievole per l'interesse pubblico.
In tali ipotesi, ovviamente, si tratterebbe sempre di tenere a mente i principi di proporzionalità, ragionevolezza, equilibrio, solidarietà, non discriminazione, trasparenza.
La sensazione è che l'ordinamento non si sia ancora dimostrato sensibile quanto alla fissazione di regole che consentano di trasformare le sopradette situazioni in opportunità e, conseguentemente, in utilità.
In un sistema multilivello come quello attuale, nel quale i Comuni si trovano spesso in prima linea nella gestione di dinamiche economiche e sociali complesse, una disciplina più flessibile e coordinata della compensazione e della *datio in solutum*

ISSN 2036-7821

tributaria rappresenterebbe non solo un'opportunità di modernizzazione, ma anche uno strumento di equità sostanziale.
Resta evidente, infatti, come tale evoluzione interpretativa non possa sostituire un intervento normativo che, se ben calibrato, potrebbe incidere positivamente sulla qualità della spesa pubblica e sul rapporto fiduciario tra cittadini e amministrazione, valorizzando il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, Cost.
Sarebbe, pertanto, auspicabile che gli interventi normativi in materia, partendo dalle argomentazioni delle Sezioni regionali di controllo dei giudici contabili, determinassero le condizioni di principio per una corretta valorizzazione degli adempimenti, non aventi natura prettamente tributaria, offerti dai cittadini.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Giudice amministrativo e intelligenza artificiale tra legislazione, legittimazione e rapporto con il provvedimento algoritmico

di Edoardo Giovannelli

(Dottorando di ricerca in Diritto e impresa presso la LUISS "Guido Carli")

Sommario

1. Il diritto amministrativo e l'intelligenza artificiale. – 2. La riserva di umanità quale cuore pulsante dello statuto del provvedimento algoritmico. – 3. L'automazione dell'attività giurisdizionale nel contesto dei principi costituzionali. La decisione robotica e i suoi argini. – 4. La legislazione europea e nazionale in materia di intelligenza artificiale applicata alla giurisdizione. – 5. Il particolare ruolo del giudice amministrativo. – 6. Il divieto di decisioni automatizzate del giudice: un problema di fatto? – 6.1. (*Segue*): Il problema della motivazione. – 7. L'attuale punto di approdo e i nuovi possibili scenari del processo amministrativo.

Abstract

The paper examines the deployment of AI in the administrative process. The analysis first considers the adoption of AI by public administrations as it has been conceived by the most relevant jurisprudence in accordance with the national constitutional provisions and by EU law. Based on those premises, the article focuses narrowly on the similarities between the statute of algorithmic administrative decision-making and the constitutional principles applicable to predictive justice. Then, the EU and national legislation are examined, with specific regard to the *AI Act* and to law n. 132/2025. In particular, the essay explores the main issues deriving from the concrete application of current legislative principles to the administrative process.

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

1. Il diritto amministrativo e l'intelligenza artificiale.

L'avvento della digitalizzazione ha ampiamente condizionato la recente evoluzione del diritto amministrativo. L'utilizzo degli strumenti tecnologici da parte dei privati, delle pubbliche amministrazioni e dei giudici sta trasformando l'essenza, oltre che dei rapporti sociali ed economici, anche dei rapporti giuridici. Così, nel presente periodo le discussioni giuridiche si concentrano sempre più frequentemente sulle vicende che interessano le interazioni tra diritto e nuove tecnologie.

Sul versante giuspubblicistico, grande attenzione è prestata alle vicende del nuovo "Stato digitale", aventi ad oggetto le modalità con le quali lo Stato e la tecnologia si influenzano reciprocamente[1]. Come è noto, il legislatore europeo e (a seguire) il legislatore nazionale sono intervenuti negli ultimi tempi in maniera intensiva su diverse materie connesse alla digitalizzazione: la regolazione delle piattaforme, la protezione dei dati personali, l'utilizzo dell'intelligenza artificiale, solo per citarne alcuni.

Particolarmente centrale è il tema dell'impiego di sistemi algoritmici per la formazione delle decisioni da parte dell'amministrazione, foriero di potenzialità e di rischi connessi[2]. Su di esso si sono concentrate nell'arco dell'ultimo decennio molte autorevoli voci in dottrina e in giurisprudenza fino a profilare uno "statuto" del provvedimento amministrativo algoritmico. In questo modo sono stati regolati i rapporti tra l'impiego degli algoritmi e l'intervento umano, imponendo una delimitazione dei confini dell'automazione. Più precisamente, a tal fine si è cercato di valorizzare l'intervento nel procedimento del funzionario-persona fisica: è così che è stato sviluppato un principio cardine (senz'altro, tra gli altri, il più singolare) della digitalizzazione amministrativa quale la riserva di umanità.

In questa sede l'indagine è rivolta allo studio dell'argomento nella prospettiva dell'attività del giudice amministrativo. Anche riguardo a tale profilo la digitalizzazione offre evidenti potenzialità, da valutarsi anch'esse tenendo conto di numerosi fattori, *in primis* i principi tradizionali in tema di giurisdizione, la tutela dei diritti individuali e la parallela evoluzione del modo in cui si svolgono i rapporti sostanziali.

L'indagine sarà quindi articolata attorno a diversi punti concernenti l'attività giurisdizionale amministrativa. Interessano particolarmente il raffronto tra i principi classici e quelli di recente emersione legati all'incedere della digitalizzazione, le reciproche interazioni tra il processo amministrativo e lo statuto del provvedimento algoritmico, e le peculiarità dell'agire del giudice amministrativo nell'era digitale.

---

[1] Si veda L. Torchia, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, ed. II, Bologna, 2025, p. 19 s.

[2] Proprio su tali presupposti, ossia sull'idea "*che l'IA sia un fattore di efficienza e di economicità in ogni ambito di attività, ma presenti anche rischi per la sicurezza e per le libertà individuali, oltre che per gli stessi principi dello Stato di diritto*" è stato emanato l'*AI Act* (Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale), come osserva F. Trimarchi Banfi, *Rischio e responsabilità nel regolamento europeo sull'intelligenza artificiale*, in *Dir. amm.*, 2025, 3, p. 655 ss.

Tali considerazioni saranno confrontate con la normativa europea e italiana sull'uso dell'intelligenza artificiale da parte dei pubblici poteri.
Lo studio di siffatti argomenti è funzionale alla comprensione delle direzioni verso le quali potrà essere orientata la giustizia amministrativa nel futuro e dei limiti invalicabili oltre i quali l'automazione non può giungere.
Rispetto al provvedimento amministrativo algoritmico, che trova nel nostro ordinamento una discreta regolamentazione, frutto dell'opera sinergica del diritto europeo e della giurisprudenza italiana e unionale, le decisioni giurisdizionali sono state fino a poco tempo fa meno considerate dalla nostra legislazione[3]. Solo recentemente, a partire dall'adozione da parte del Parlamento e del Consiglio dell'Ue del cosiddetto *AI Act* è stata introdotta una regolamentazione dell'uso dell'IA da parte del giudice; pertanto, anche la prassi applicativa risulta molto ridotta. Nel presente articolo si prenderanno le mosse dalle questioni afferenti al procedimento e al provvedimento algoritmico sul piano sostanziale, per poi avvicinarsi all'indagine dell'automazione nel processo amministrativo passando attraverso l'analisi dell'applicazione dei principi costituzionali in materia di giurisdizione amministrativa. Sarà poi valutata la collocazione, in tale contesto, delle recenti normative di riferimento (*AI Act* e l. n. 132/2025) per tentare di comprendere come venga a definirsi lo statuto del provvedimento giurisdizionale amministrativo algoritmico e a quali problematiche questa ricostruzione dia adito.

2. La riserva di umanità quale cuore pulsante dello statuto del provvedimento algoritmico.

L'esperienza italiana ci ha consegnato una disciplina dell'attività amministrativa esercitata per mezzo di algoritmi e strumenti di IA piuttosto precisa, ancorché in continua ed ineluttabile evoluzione[4]. Ciò si deve in parte all'intervento regolatore del diritto dell'Unione europea e in parte al bagaglio culturale conferito dalla giurisprudenza amministrativa.

---

[3] Fanno eccezione alcuni documenti giuridicamente non vincolanti, come le *Norme di diritto civile sulla robotica*, adottate con Risoluzione del parlamento europeo del 16 febbraio 2017.

[4] In particolare, è nel lustro che va dall'approvazione del *General Data Protection Regulation* (Regolamento (UE) 2016/679, in seguito "GDPR"), nel 2016, al 2021 che la giurisprudenza amministrativa ha eretto il sistema di principi che oggi consideriamo *ius receptum*. Per citare alcuni degli arresti più significativi, si vedano TAR Lazio, sez. II-*bis*, 22 marzo 2017, n. 3769; TAR Lazio, sez. III-*bis*, 10 settembre 2018, n. 9224; Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881; Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891.

Trattasi quindi di un periodo di tempo relativamente circoscritto e antecedente alla diffusione su larga scala di *chatbot* di varia provenienza basati sui cc.dd. *Large Language Models* (LLM) che consentono un'interazione con gli utenti in linguaggio naturale (estendendo perciò massicciamente la platea di possibili utilizzatori), avvenuta solamente a partire dal 2023. La rilevanza di tale fenomeno è dimostrata dal fatto che anche i lavori delle istituzioni dell'Unione europea di preparazione dell'*AI Act* ne hanno risentito, al punto da stimare opportuna una riformulazione dell'oggetto dell'atto normativo che permettesse di tenere in considerazione i rischi e le esigenze di controllo emergenti (v. L. Torchia, *Lo Stato digitale*, cit., 99ss.).

La discreta casistica riportata attorno al provvedimento algoritmico, che ha consentito l'elaborazione di numerose massime giurisprudenziali sulla digitalizzazione dei processi decisionali amministrativi, deriva poi dalla riconosciuta possibilità di legittimare l'utilizzo degli strumenti algoritmici non soltanto tramite norme di rango primario, ma anche attraverso atti di natura regolamentare e, secondo molti, attraverso atti amministrativi generali o di natura organizzativa[5]. Il fatto di poter definire la volontà di ricorrere all'intelligenza artificiale[6] come una

[5] Si veda N. Paolantonio, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. Sconcerto e stilemi. (Sul controllo giudiziario delle "decisioni algoritmiche")*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, p. 815. Naturalmente, ciò può avvenire sul presupposto che l'essenza del potere sia coperta da una norma di legge, onde rispettare il principio di legalità. Si aggiunga che la potestà auto-organizzativa delle amministrazioni può permettere di includere l'intelligenza artificiale nell'articolazione interna dei loro uffici (fino a creare, ipoteticamente, un ufficio virtuale) colmando l'assenza di una norma legittimante (N. Paolantonio, *op. cit.*, p. 827). *Contra* S. Civitarese Matteucci, *Umano troppo umano. Decisioni automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 1, p. 5 ss., secondo il quale il potere di emanare una decisione automatizzata deve essere conferito con una legge dotata di specifici caratteri: non essere una norma generale di conferimento, ma una norma specificamente diretta ad attribuire un determinato potere (a tal proposito, egli parla di "*legalità di secondo grado*"). Lo stesso autore (S. Civitarese Matteucci., *op. cit.*, p. 11) ricorda come il giudice amministrativo abbia accolto in un primo tempo l'idea che la scelta di affidare ad un algoritmo le decisioni relative a determinate pratiche sia una scelta dalla valenza organizzativa. Si vedano, a tal proposito, le pionieristiche decisioni del TAR Lazio, sez. III-*bis*, 21 marzo 2017, n. 3742, e 22 marzo 2017, n. 3769. L'autore sostiene però che si debba discernere tra il generico ricorso all'*e-government* come fatto organizzativo e l'impiego dell'intelligenza artificiale. L'argomento è sintetizzato da L. Torchia, *Lo Stato digitale*, cit., p. 135 ss., che chiarisce come la domanda sul "*se l'amministrazione debba essere espressamente abilitata da una norma all'adozione di decisioni amministrative algoritmiche e se questa norma debba avere carattere generale o specifico* […] *non può prescindere dalla soluzione di una questione preliminare: la decisione amministrativa algoritmica comporta solo una modifica negli strumenti disponibili per l'amministrazione ai fini della decisione o deve essere qualificata, invece, come il risultato dell'esercizio di un nuovo potere amministrativo?*". Dacché, nella prima ipotesi "*il ricorso a un algoritmo o ad altri strumenti simili è solo strumentale e la scelta degli strumenti da attivare ai fini della decisione è insita nell'attribuzione del potere, con la conseguenza che non vi sarebbe necessità di una norma abilitante o comunque sarebbe sufficiente una norma di carattere generale*", mentre nella seconda ipotesi "*occorrerebbe una abilitazione normativa caso per caso, nominalmente riferita a specifici procedimenti e provvedimenti*". L'Autrice riferisce come sia la prima delle due tesi a riscontrare maggiore adesione negli Stati membri (L. Torchia, *op. cit.*, p. 137 s.), e l'inquadramento del ricorso all'algoritmo come scelta organizzativa, in quanto tale suscettibile di essere contenuta in atti regolamentari o generali, risulterebbe confermata parzialmente dall'*AI Act*. Tale orientamento è condiviso anche dalla giurisprudenza italiana, la quale richiede però che la scelta circa l'adozione dello specifico programma o strumento algoritmico venga puntualmente motivata (così L. Torchia, *op. cit.*, p. 166 s.).

[6] Come è stato messo in evidenza (G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Milano, 2022, p. 18 ss.), sebbene nel linguaggio corrente i termini "algoritmo", "automazione" e "intelligenza artificiale" vengano sovente confusi, in realtà ciascuno di essi identifica un concetto diverso. Così, collocando in ordine crescente i diversi stadi attraverso cui le macchine imitano l'intelligenza umana, immaginando la forma geometrica di una piramide, l'algoritmo si inserisce alla base, rappresentando semplicemente "*un procedimento che risolve una classe di problemi attraverso un numero finito di operazioni o istruzioni elementari, chiare e non ambigue*". Caratteristiche dell'algoritmo sono la sua "*generalità*" e il suo "*determinismo*", connotati che consentono di inferire, in primo luogo, che "*la soluzione offerta dallo stesso è necessariamente uguale per tutti i problemi della medesima classe*" e, in secondo luogo, che "*partendo dagli stessi dati in* input, *si ottengono i medesimi risultati in* output". Più in alto troviamo l'automazione, di cui l'algoritmo è un fondamentale presupposto, che sostanzialmente implica la possibilità di eseguire determinate operazioni senza l'intervento umano. Al vertice della piramide ideale si colloca invece l'intelligenza artificiale, anch'essa fondata su algoritmi espressi in linguaggio informatico (*software*), la quale si distingue per disporre, alla base, di un

scelta tendenzialmente organizzativa ha senz'altro agevolato la libera iniziativa delle amministrazioni nel dotarsi di sistemi di intelligenza artificiale per gestire i procedimenti di propria competenza. Ben si comprende quindi come il giudice amministrativo abbia avuto materiale a sufficienza per formare, affinare e consolidare le proprie convinzioni ed enunciare dei principi di carattere generale[7].

Il medesimo discorso non vale per l'attività giurisdizionale. Oltre ai problemi ontologici dell'automazione dell'attività giurisdizionale che volta per volta si affronteranno[8], e ai limiti di stampo costituzionale, la riserva di legge sancita dall'art. 101, comma 2, Cost., che assoggetta i giudici (e la loro azione) "*soltanto alla legge*", rende inadeguato un atto auto-organizzativo per legittimare il ricorso ai sistemi decisionali informatici nella formazione delle decisioni giudiziarie, e ha quindi impedito sino ad ora di sperimentare appieno l'utilizzo totale o parziale dell'algoritmo di qualsiasi tipo da parte del giudice in sede decisionale.

In questa sede è opportuno spendere alcune righe per sintetizzare le riflessioni che sono state condotte attorno al tema del provvedimento amministrativo algoritmico, poiché, nonostante la sostanziale differenza intercorrente tra la funzione amministrativa e la funzione giurisdizionale, esse hanno anticipato le indagini

---

algoritmo a "struttura aperta", tale per cui "*la sequenza delle istruzioni non è predeterminata ma si ridefinisce in base ai dati esperienziali che* [lo] *alimentano*".

In questa sede i termini vengono riferiti essenzialmente alla specie di algoritmo rappresentata dell'intelligenza artificiale, definita dall'art. 3 dell'*AI Act* come "*un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali*".

Secondo F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 2020, 1, p. 415, non esiste una definizione universalmente accolta di intelligenza artificiale, tanto che egli la qualifica latamente come "*la tecnologia che permette ad un computer di analizzare grandi quantità di dati e, sulla base della conoscenza e dell'esperienza acquisita, adottare comportamenti intelligenti o proporre decisioni*". Si tratterebbe quindi "*di una tecnologia che permette ad una macchina di svolgere funzioni tradizionalmente riconosciute alla sola capacità umana*". Di difficoltà definitorie in quest'ambito parla anche P. Forte, *Diritto amministrativo e* data science*. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2020, 1, p. 247 ss. Stante le differenti nozioni di intelligenza artificiale che possono emergere, ciascuna delle quali – come è possibile rilevare dai due testi sopra citati – è anche strutturalmente differente dalle altre, pare opportuno cercare di disambiguare il concetto e perciò attenerci alle definizioni normative. Del resto, la nomenclatura europea è recepita tramite rinvio espresso da parte della normativa nazionale (l. n. 132/2025, art. 2).

[7] Ampie riflessioni sul ruolo del giudice nello sviluppo dei principi di legalità algoritmica sono state svolte da E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, p. 273 ss.; R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, p. 773 ss.; e B. Marchetti, *Amministrazione digitale*, in *Enc. dir. Funzioni amministrative*, Milano, 2022.

[8] Nell'osservazione critica resa da R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, p. 326, si considera che "*l'algoritmo è capace anche di scelte discrezionali in continuità logica con le pregresse scelte umane, ma al tempo stesso l'algoritmo non è capace d'interpretazione innovativa, essendo la discontinuità – discrezionale o d'interpretazione – una caratteristica propria dell'*intelligere *umano*". Circostanza, questa, che impedisce al diritto di evolvere e che impone quindi di gestire con cautela l'automazione delle decisioni giurisdizionali. Per N. Paolantonio, *Il potere discrezionale della pubblica automazione*, cit., p. 815, il principale differenziale tra la decisione automatizzata e la decisione umana è costituito dal coefficiente di emotività (o emozionalità).

sull'automazione della funzione giurisdizionale, di cui costituiscono in un certo senso il presupposto. Oltretutto, gli studi sull'automazione della pubblica amministrazione offrono delle spigolature sulla complessiva natura del rapporto tra pubblici poteri e intelligenza artificiale.

Le prime forme di provvedimento algoritmico hanno posto la necessità per il giudice amministrativo di rispondere a una serie di interrogativi: il sistema di diritto amministrativo ammette che i provvedimenti siano adottati da dei *robot*? In che modo possono essere assicurate le fondamentali garanzie del cittadino privato? La legge sul procedimento amministrativo è idonea a garantire le posizioni giuridiche dei privati? Essa deve applicarsi incondizionatamente all'attività amministrativa algoritmica o sono necessari alcuni adattamenti? E ancora: i sistemi informatici possono sostituirsi totalmente all'amministratore-persona fisica o solo in parte? E tale possibilità è data in qualsiasi circostanza o soltanto per esercitare poteri vincolati? Come può strutturarsi, in questi casi, il sindacato giurisdizionale? A queste domande la giurisprudenza ha fornito delle risposte che, se in un primo tempo apparivano ondivaghe, dopo successivi affinamenti si sono allineate, diventando in breve tempo dei punti fermi[9].

Uno dei primi casi eloquenti di ricorso avverso una decisione algoritmica si è avuto relativamente alle vicende della c.d. Buona scuola, specialmente a fronte di un caso di "algoritmo impazzito"[10]. In quell'occasione, dapprima il TAR Lazio (sez. III-*bis*, 10 settembre 2018, n. 9224) ha ritenuto illegittima la procedura seguita dal Ministero dell'istruzione a causa del mancato svolgimento di una vera e propria attività amministrativa nell'assegnazione dei docenti alle sedi scolastiche, non potendo qualificarsi come tale l'elaborazione di un compito definito da parte di un algoritmo. In maniera assai eloquente, il giudice amministrativo di primo grado affermava allora che "*alcuna complicatezza o ampiezza, in termini di numero di soggetti coinvolti ed ambiti territoriali interessati, di una procedura amministrativa, può 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 procedimentali incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti*

[9] Per questo si è parlato di statuto del provvedimento algoritmico, in contrapposizione allo statuto del provvedimento "tradizionale" (su cui v., ad esempio, M. Ramajoli, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 2, p. 459 ss.).

[10] Si trattava dell'attuazione di un piano straordinario di assunzioni di personale scolastico. Nel caso di specie, tramite l'algoritmo era stato disposto il trasferimento dei docenti obliterando le loro preferenze, assegnando ai docenti con punteggio più alto delle sedi più lontane dalla propria residenza, mentre ai concorrenti con punteggio più basso erano assegnate sedi più prossime alla loro residenza. L'espressione "algoritmo impazzito" è utilizzata, ad esempio, da L. Musselli, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in *mediaLAWS*, 2020, 1, p. 25, e da A. Police, *Scelta discrezionale e decisione algoritmica*, in AA.VV. (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, Milano, 2022, p. 500.

privati e di conseguenziali ovvie ricadute sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione"[11]. A suggerire delle così drastiche conclusioni (al punto da evocare una "*deleteria prospettiva orwelliana*"[12]) era essenzialmente l'impossibilità del procedimento algoritmico condotto in assenza dell'intervento umano di adeguarsi alle "*guarentigie*" del cittadino previste dalla legge sul procedimento amministrativo, in particolar modo sul piano della partecipazione, della trasparenza, e dell'accesso agli atti[13], da cui infine sarebbe scaturita la violazione dell'art. 97 Cost.

Di diverso avviso è stato storicamente il Consiglio di Stato, che sin dal principio non ha mancato di evidenziare i vantaggi derivanti dall'automazione del processo decisionale amministrativo, soprattutto con riguardo a procedure seriali o standardizzate. In tale prospettiva, ad avviso del supremo consesso sarebbero proprio i principi di buon andamento, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (tutti riconducibili all'art. 97 Cost.) ad imporre all'amministrazione di snellire e accelerare il procedimento[14]. Per il Consiglio di Stato, l'assunto in menzione deve conciliarsi con i principi della legge sul procedimento amministrativo, essendo necessario un rigido vaglio di trasparenza circa la conoscibilità dell'algoritmo quanto ai suoi autori, al procedimento di elaborazione, al meccanismo decisionale e alle priorità assegnate alla procedura valutativa (ossia, alla predeterminazione delle scelte)[15]. Ciò risulterebbe imprescindibile per assicurare ai cittadini che si confrontano con la pubblica amministrazione la piena sindacabilità dei provvedimenti adottati nei loro confronti[16].

La giurisprudenza amministrativa ha così proceduto speditamente nell'elaborazione di un *corpus* di regole da applicare alla c.d. amministrazione algoritmica e, dopo un'iniziale timidezza, il Consiglio di Stato (sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472) è giunto ad ammettere l'estensione dell'utilizzo degli algoritmi anche per l'attività amministrativa discrezionale[17]. Presupposto perché si possa sostenere questa

[11] TAR Lazio, sent. n. 9224/2017, par. 3.1.

[12] TAR Lazio, sent. n. 9224/2017, par. 5.1.

[13] In particolare, la pronuncia segnala la violazione degli artt. 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 10-*bis*, l. n. 241/1990, involgendo perciò anche profili inerenti alla pubblicità, alla motivazione, all'istruttoria a cura del responsabile del procedimento e all'interlocuzione del privato.

[14] Così Cons. Stato, sent. n. 2270/2019, par. 8.1.

[15] Si veda A. Police, *Scelta discrezionale e decisione algoritmica*, cit., p. 497, secondo cui la definizione dell'algoritmo equivale a una predeterminazione della scelta finale attraverso la quale si realizza un esercizio anticipato della discrezionalità. In generale, sulla predeterminazione delle scelte discrezionali, cfr. A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.

[16] Cons. Stato, sent. n. 2270/2019, par. 8.3. Per tale collegio, il rispetto delle regole sulla conoscibilità dell'algoritmo e del procedimento applicativo servirebbe "*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*".

[17] Per L. Lamberti, *Contributo allo studio delle decisioni amministrative*, Napoli, 2025, p. 287 ss., posto che nell'attività vincolata "*si inserisce un momento valutativo relativo alla scelta per l'automazione della stessa*", nell'attività discrezionale verrebbe a configurarsi un caso di discrezionalità mista (per certi versi nuovo, per altri tipico) in cui

conclusione – sostiene il Consiglio di Stato – è, da un lato, "*la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati*", dall'altro "*l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo*"[18].

L'arresto in questione merita poi una speciale considerazione per quanto attiene al rapporto tra attività amministrativa algoritmica e legge sul procedimento amministrativo[19]. Sicché, attraverso un'operazione ermeneutica per certi versi assai innovativa e grandemente risolutiva, si è rilevato che all'attività amministrativa algoritmica non possono applicarsi rigidamente tutte le disposizioni della legge sul procedimento, giacché questa è stata "*concepita in un'epoca nella quale l'amministrazione non era investita della rivoluzione tecnologica*"[20]. Oltretutto, la sentenza n. 8472/2019 manifesta apertamente come "*il tema dei pericoli connessi allo strumento non è ovviato dalla meccanica applicazione di tutte le minute regole procedimentali della legge n. 241 del 1990 (quali ad es. la comunicazione di avvio del procedimento* […] *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* […] *riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione*"[21].

Il percorso argomentativo fin qui riassunto in estrema sintesi culmina nella enunciazione di tre particolari principi che devono presiedere allo svolgimento dell'attività algoritmica secondo la ricostruzione normativa operata dalla giurisprudenza dominante. Essi compongono il c.d. statuto dell'amministrazione algoritmica che, come noto, si è andato formando sulla scorta del diritto dell'Unione europea[22].

---

discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica non si confondono e si dispiegano in momenti diversi: "*Quella pura, che comporta la valutazione di interessi, viene necessariamente anticipata e la sua estrinsecazione, consistente nei differenti pesi ad essi attribuiti, costituisce la necessaria e presupposta trama da tradurre in linguaggio informatico. Quella tecnica, che realizza questa traduzione informatica, consentendo poi l'adozione della decisione*". Secondo l'Autrice si renderebbe necessario un controllo giurisdizionale effettivo sia sulla decisione discrezionale "pura" che su quella "tecnica", stante il paventato rischio che la seconda in qualche modo "contamini" la prima. Dirimente per sceverare la discrezionalità mista "tradizionale" da quella "algoritmica" sarebbe la circostanza per la quale "*Mentre nella discrezionalità mista tradizionale, i profili tecnici attengono a valutazioni di elementi fattuali che costituiscono il presupposto per le successive valutazioni di interessi, nella discrezionalità mista che emerge in relazione alle decisioni automatizzate, il momento tecnico riguarda la codificazione informatica degli interessi, gerarchizzati e da ponderare comparativamente*". Secondo l'Autrice, "*tale conversione in codice binario e secondo una regola per il suo funzionamento, riguarda il concreto esercizio della discrezionalità amministrativa, riallocata a monte dell'intero procedimento*" (L. Lamberti., *op. cit.*, p. 342).

[18] Cons. Stato, sent. n. 8472/2019, par. 12.

[19] Per un approfondimento monografico dell'argomento, cfr. G. Pesce, *Funzione amministrativa, intelligenza artificiale e* blockchain, Napoli, 2021.

[20] Il tema è stato studiato di recente da C. Ramotti, *Administrative action in the age of algorithmic transformation. From rule-based procedures to principle-guided decision-making*, Torino, 2025.

[21] Cons. Stato, sent. n. 8472/2019, par. 16.

[22] Ad assumere particolare rilievo nell'elaborazione di tali regole sono stati la Carta dei diritti fondamentali dell'uomo dell'Unione (CDFUE) e il GDPR.

Un primo principio attiene alla già evidenziata conoscibilità, intesa sia come diritto del cittadino di conoscere l'esistenza di processi automatizzati che lo riguardano e della logica ad essi sottostante, sia come esigenza di comprensibilità, di particolare rilievo se si considera che il linguaggio espresso dalla macchina non è un linguaggio giuridico e che quindi presuppone una decodificazione del linguaggio informatico che lo renda effettivamente intelligibile[23]. Il cittadino ha così diritto a conoscere il funzionamento dell'algoritmo attraverso l'ostensione dei cosiddetti codici sorgente su cui si fonda il singolo procedimento algoritmico.

Un secondo principio – anch'esso di derivazione eurounitaria – è quello di non esclusività. Per riprendere le parole del GDPR (art. 22), il principio di non esclusività si traduce nel diritto del privato "*di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona*". In sostanza, anche l'attività algoritmica deve essere imputabile ad una persona fisica che interviene in diverse fasi del procedimento, dall'inserimento degli *input* al controllo degli *output*, concretando il concetto di *human in the loop*. In altre parole, quanto descritto esprime la "riserva di umanità" che si insinua nell'attività di elaborazione informatica delle amministrazioni.

Lo statuto del provvedimento algoritmico si completa con il principio di non discriminazione algoritmica. Quest'ultimo si correla più degli altri al principio del trattamento dei dati e, per certi versi, costituisce una specificazione dei primi due principi. Il GDPR – la cui versione è accolta per lo più senza riserve dalla giurisprudenza e la dottrina nazionali – lo declina (considerando n. 71) come un onere per il titolare del trattamento dei dati (*i.e.*, la pubblica amministrazione) di attuare delle misure volte a garantire "*che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati*" e di minimizzare il rischio di errori, "*al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per interessi e i diritti dell'interessato*". L'istituto è volto a scongiurare il rischio di discriminazioni fondate sulla razza, sulle opinioni politiche, sulla religione, sulle convinzioni personali, sull'appartenenza sindacale, sullo *status* genetico, di salute o sull'orientamento sessuale. In pratica, il principio di non discriminazione altro non prevede se non una riproduzione dei generali principi costituzionali di non discriminazione ed uguaglianza corredati da specifici accorgimenti che, racchiusi in

[23] Sia pure in materia di protezione dei dati personali, l'art. 12 del GDPR dispone che "*il titolare del trattamento adotta misure appropriate per fornire all'interessato tutte le informazioni di cui agli articoli 13 e 14 e le comunicazioni di cui agli articoli da 15 a 22 e all'articolo 34 relative al trattamento in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro, in particolare nel caso di informazioni destinate specificamente ai minori*". L'art. 13 del GDPR menziona poi espressamente tra le informazioni da comunicare all'interessato (lettera f) "*l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché sull'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato*".

ISSN 2036-7821

enunciati normativi, rafforzano tali valori, impedendo che attraverso l'algoritmo essi siano elusi all'insaputa degli interessati (donde se ne ricava il collegamento con la conoscibilità e la non esclusività dell'algoritmo).

Dei tre principi citati, a loro volta corollari del principio di legalità algoritmica, è opportuno osservare più da vicino il secondo e analizzare le ulteriori ragioni che lo giustificano: è infatti attorno al ruolo e all'estensione di esso che si articola il ragionamento sulla natura e sui limiti della decisione automatizzata del giudice amministrativo.

La riserva di umanità – è stato notato – non origina esclusivamente dalla normativa eurounitaria sulla protezione dei dati personali; le sue radici sono invero più profonde e si ricollegano alla complessa trama di precetti e principi che l'ordinamento, a partire dalle disposizioni della Costituzione, riconosce quali regole coessenziali all'esercizio dell'attività dei pubblici poteri. Di riserva di umanità si può parlare già muovendo da una lettura superficiale degli articoli ricompresi nella sezione espressamente dedicata alla "Pubblica Amministrazione"[24] nella Costituzione (parte seconda, titolo III, sezione II). Segnatamente, l'art. 97, comma 3, Cost., prevede che gli uffici siano composti da funzionari (è questo il significato che si attribuisce alla disposizione secondo la quale "*Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari*")[25]. Ai fini che qui interessano, di segno analogo è il comma successivo dell'art. 97 Cost., in cui la Carta costituzionale fa riferimento all'accesso tramite concorso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni. L'art. 98 Cost. valorizza ulteriormente il ruolo della persona fisica quale strumento della pubblica amministrazione nella misura in cui esplicitamente si riferisce ai "*pubblici impiegati*" (vincolandoli "*al servizio esclusivo della Nazione*").

Queste poche parole sono sufficienti per evincere che il modello adottato dalla Costituzione "*è innegabilmente quello dell'amministrazione umana*" ove con ciò s'intende "*un'amministrazione fatta dagli uomini* [potrebbe aggiungersi che "*La sovranità appartiene al popolo*"] *e destinata a servire gli stessi*"[26]. Un ulteriore esempio può trarsi dalle norme concernenti i rapporti politici, specialmente ove la Costituzione (art. 54) afferma che "*I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi previsti dalla legge*". Pur non essendo priva di riflessi con riguardo alla complessiva organizzazione dei pubblici, anche questa disposizione presenta indubbiamente una marcata accentuazione

[24] In queste pagine si ritiene utile riportare le parole esatte contenute nella Carta costituzionale per consentire un'esegesi più puntuale del testo ed enfatizzare il significato proprio dei vocaboli utilizzati dal Costituente.

[25] V. G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 43, il quale rileva come il termine "funzionari" si riferisca alla persona fisica, e non al complesso di beni e risorse strumentali all'esercizio delle funzioni della pubblica amministrazione. Sul punto, si veda anche M. Monteduro, *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2021, 1, p. 41 ss.

[26] G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 42.

individualistica.

Il significato dell'amministrazione quale attività rimessa più o meno direttamente in capo alla persona fisica emerge con ulteriore evidenza nella norma fondamentale sulla responsabilità dei "*funzionari*" e dei "*dipendenti dello Stato e degli enti pubblici*", per i quali è previsto che siano "*direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti*" (art. 28, comma 1, Cost.). Il costituente ha ritenuto di anteporre la responsabilità della persona fisica a quella dell'amministrazione - persona giuridica, invertendo sì la logica che presupporrebbe una precedenza della responsabilità nei confronti del privato dell'ente per il quale l'organo ha agito, ma al contempo favorendo una lettura antropologica delle previsioni costituzionali sull'organizzazione amministrativa.

Già le disposizioni costituzionali passate in rassegna forniscono un solido presupposto per affermare che l'ordinamento contempla una riserva di umanità, di cui è meno agevole tratteggiare la concreta declinazione, ma che indubbiamente connota il sistema a diritto amministrativo italiano. Per comprendere fino in fondo la resistenza del principio in parola di fronte ad eventuali "invasioni di campo" da parte dell'automazione occorre però esaminare come la scienza si sia spinta oltre la mera analisi delle regole sull'amministrazione pubblica per ricollegare la riserva di umanità ai principi fondamentali della Costituzione. Viene a tal proposito sottolineato come dallo stesso art. 2 della Costituzione si può evincere l'importanza nevralgica dell'essere umano nell'ordinamento giuridico; sia che lo si veda nel ruolo di cittadino soggetto di diritto, sia che lo si intenda nello svolgimento della funzione di amministratore, esso non può essere equiparato ad una macchina. Difatti, assoggettare un essere umano alle decisioni assunte esclusivamente da un *software* finirebbe per sacrificare la dignità dell'individuo[27].

La logica umanistica seguita dalla Costituzione è stata poi ripresa anche dal legislatore ordinario, tanto è vero che proprio la legge sul procedimento amministrativo è retta dalla necessarietà dell'intervento umano. In particolar modo, balzano all'occhio le previsioni riguardanti la figura del responsabile del procedimento (art. 6), rispetto al quale l'art. 6-*bis* contiene una espressa disciplina sul conflitto di interessi. La stessa disciplina trova applicazione per altre figure, quali i responsabili degli uffici competenti ad adottare pareri, valutazioni tecniche ed altri atti endoprocedimentali, nonché i titolari degli organi competenti per l'adozione del provvedimento.

Ciò nonostante, è doveroso evidenziare come la legge n. 241/1990 sia stata nel tempo riformata al precipuo fine di incentivare la diffusione della digitalizzazione. Sin dall'entrata in vigore della legge 11 febbraio 2005, n. 15, è presente nella legge sul procedimento un articolo specificamente dedicato alla digitalizzazione delle procedure, vale a dire l'art. 3-*bis*, rubricato "*Uso della telematica*". A seguito della

[27] Anche tale tesi si trova in G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 51 ss.

riforma intervenuta con il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120), questo prevede che "*per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le pubbliche amministrazioni agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati*"[28].

Tuttavia, la presenza di alcune disposizioni, come quelle sopra richiamate, rimaste nel tempo immutate, rappresentano un indice dirimente sulla persistente centralità della persona umana nell'impianto della l. 241/1990. In un quadro più ampio, si aggiunga il rilievo che le pubbliche amministrazioni si nutrono del costante collegamento con il circuito rappresentativo (facente capo, in ultima istanza, ai cittadini) che dà attuazione al principio di democraticità di cui all'art. 1 Cost.

Dunque, i limiti all'automazione dell'attività amministrativa sono consustanziali all'esistenza delle pubbliche amministrazioni e alle funzioni che esse assolvono. È così che la riserva di umanità giunge a permeare fino agli abissi l'attività amministrativa; quando si svolge mediante algoritmi, quest'ultima deve contemplare le limitazioni funzionali derivanti dalla prima.

3. L'automazione dell'attività giurisdizionale nel contesto dei principi costituzionali. La decisione robotica e i suoi argini.

La tematica della compatibilità costituzionale delle decisioni automatizzate risulta altrettanto ricca quando ad essere oggetto di un'ipotetica automazione è l'attività dell'organo che sul procedimento sopra descritto deve esercitare un controllo. Anche il giudice, infatti, assume nella Costituzione una dimensione marcatamente umana, tale da complicare notevolmente la possibilità di delegare la relativa funzione a una macchina. Già prima dell'emanazione delle recenti disposizioni normative (*AI Act* e l. n. 132/2025), secondo l'impostazione dottrinale largamente dominante, è stata proprio la Costituzione a limitare sensibilmente la possibilità per il giudice di utilizzare strumenti informatici "intelligenti" nell'adozione delle decisioni[29]. In tale contesto, proprio alla luce delle conferenti previsioni costituzionali, le norme nazionali ed europee che hanno da ultimo regolato l'argomento assumono un significato diverso (e ulteriore) rispetto a quanto emergerebbe *prima facie* (vale a dire,

[28] L'art. 12 d.l. n. 76/2020 ha sostituito alla formula ottativa introdotta dalla l. n. 15/2005 l'indicazione di un dovere di utilizzo degli strumenti informatici e telematici da parte delle amministrazioni pubbliche, così allineando le previsioni della legge sul procedimento alle disposizioni del Codice dell'amministrazione digitale (c.d. CAD, approvato con d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82). Si veda L. Lamberti, *Contributo allo studio delle decisioni amministrative*, cit., p. 208. Similmente, L. Casini, il quale, preso atto che "*il crescente uso di algoritmi e di modelli di IA nei processi decisionali pubblici sembra aver trovato finora un possibile equilibrio a condizione che sia garantita la tutela di alcuni diritti fondamentali, anche grazie al mantenimento di alcune scelte — e della loro rivedibilità — sotto la responsabilità dell'essere umano*", si pone il problema di "*capire come raggiungere questo equilibrio, visto che lo sviluppo dell'intelligenza artificiale e del c.d.* machine learning *renderà sempre più difficile distinguere i diversi momenti e le diverse fasi*".

[29] La tensione tra la decisione giudiziaria robotica e alcune norme costituzionali è evidenziata in modo eloquente da M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 2018, 3, p. 872 ss., e da F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., p. 415 ss.

ISSN 2036-7821

il mero divieto, incondizionato, per il giudice di servirsi dell'algoritmo).
Gran parte delle disposizioni contenute nel titolo IV della seconda parte della Costituzione, dedicato alla magistratura, sembra concepire il giudice come una persona fisica. Il che induce a ritenere che, anche qualora non venga radicalmente impedito ad esso di servirsi di sistemi di intelligenza artificiale, sicuramente dalla Carta costituzionale si ricava un'ampia estensione della riserva di umanità.
Nella direzione anzi accennata va senz'altro l'art. 101 Cost., a mente del quale, per un verso (comma 1) "*La giustizia è amministrata nel nome del popolo*", per l'altro (comma 2) "*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*"[30]. Emerge quindi uno stretto collegamento del giudice con il popolo e con quella sua sfera costituita dal corpo elettorale; un collegamento che la costituzione non ammette essere mediato da terze entità, quale sarebbe un algoritmo[31].
A dei decisori intesi come esseri umani si riferisce, oltre all'art. 102 Cost. (relativo ai magistrati ordinari, i quali, "*istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario*", esercitano la funzione giurisdizionale), l'art. 106 Cost. Il fatto che "*Le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso*", parallelamente a quanto osservato relativamente all'art. 97, comma 3 Cost., costituisce un solido appiglio per la teoria della riserva di umanità (se non esclusiva, quantomeno parziale) nell'espletamento delle funzioni giurisdizionali.
Inoltre, è emblematico della dimensione umana dell'operazione giurisdizionale che qui si vuole evidenziare l'art. 108 Cost. nella parte in cui prevede che attraverso una legge sia garantita l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali. Non pare che anche su questo punto possano muoversi obiezioni rispetto al volto antropico che la Costituzione assegna al giudice (anche) amministrativo.
Per completare il quadro può poi menzionarsi l'art. 111, comma 2, Cost., secondo cui ogni processo giusto è necessario che si celebri "*nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità*" e, soprattutto, "*davanti a giudice terzo e imparziale*". Nel significato comunemente inteso, la terzietà del giudice esige che lo stesso sia equidistante dalle parti del giudizio e dai rispettivi interessi, mentre l'imparzialità postula il disinteresse del giudice rispetto alla materia controversa. Tradizionalmente, a presidio di tali caratteri vengono richiamati, nel processo amministrativo come in quello civile e penale, gli istituti dell'astensione e della ricusazione[32]. Come è

[30] L'art. 101 Cost. è citato da M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., p. 886 s., nell'accesa critica che egli rivolge all'ipotesi per la quale l'algoritmo pronuncerebbe le sentenze all'esito di un raffronto con casi pregressi, giacché così facendo il giudice non sarebbe più solamente subordinato alla legge *ex* art. 101, comma 2, Cost., ma soprattutto alla giurisprudenza.

[31] Anche F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., p. 429, qualifica l'art. 101 Cost. come limite all'automazione delle funzioni giurisdizionali. Per esso "*L'art. 101, comma 1, Cost., nel disporre che i giudici sono soggetti soltanto alla legge, esclude che il giudice possa essere vincolato dall'esito di procedure algoritmiche che pongono l'operatore del diritto di fronte a pericolosi automatismi applicativi*".

[32] Sul punto, vedasi A. Police, *Lezioni sul processo amministrativo*, ed. II, Napoli, 2023, p. 7 ss, e F.G. Scoca, *I principi del giusto processo*, in Id. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, ed. VIII, Torino, 2020, p. 168 ss., il quale

evidente, le formule impiegate dall'art. 111, comma 2, non paiono necessarie (o, a seconda del punto di vista, sufficienti) ad applicarsi a un giudice che sia entità inumana, onde non avrebbero alcun senso l'equidistanza dalle parti, l'assenza di un interesse personale nella causa, e l'astensione e la ricusazione con un altro essere inanimato. Quindi, gli attributi della terzietà e dell'imparzialità lasciano intendere in maniera inequivoca che il giudice a cui si riferiscono debba essere una persona fisica.

Un ulteriore indizio (non meno importante) utile a corroborare la presente tesi si rinviene nel principio espresso dall'art. 25, comma 1, Cost. secondo il quale "*Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge*", sulla base del quale sono state sviluppate nei vari codici di rito le regole sulla competenza. Come le precedenti, anche tale disposizione depone inequivocabilmente verso l'affermazione di un principio di riserva di umanità nella decisione giurisdizionale: sembrerebbe infatti inverosimile discutere di competenza territoriale (ma, ancor prima, parlare di un "*giudice naturale*") di fronte a una macchina[33]. Parimenti, una decisione giudiziaria interamente robotica sarebbe difficile da conciliare con il principio del contraddittorio, visto che è nel confronto dialettico delle parti, scritto e orale, che si forma la convinzione del giudice[34].

A tali considerazioni se ne potrebbero aggiungere di ulteriori, e molte altre disposizioni possono essere rintracciate nella Costituzione e in fonti europee e sovranazionali per fondare il principio generale per cui il titolare della funzione giurisdizionale debba essere necessariamente una persona fisica (o più persone fisiche). Basterebbe qui riprendere le riflessioni in ordine all'art. 2 Cost. e alla protezione dei diritti inviolabili dell'uomo per estendere anche all'attività del giudice il nesso che lega le garanzie di tutela individuale con la presenza di un essere umano al centro della scena quando si tratta di decidere sui diritti fondamentali altrui. Ciò è interrelato a un importante fattore eminentemente culturale. Su di esso si è incentrata una celebre dissertazione di Massimo Luciani, che qualche anno fa così concludeva relativamente all'idea di una decisione giudiziaria robotica: "*noi giuristi possiamo controllare (e criticare) la cultura di un giudice ben più facilmente di quanto possiamo fare con la cultura di un ingegnere, di un matematico, di un programmatore. Per esser chiari: se*

---

enfatizza quanto sopra affermato, nel senso che "*I principi di terzietà e imparzialità riguardano direttamente il giudice come persona: a lui l'ordinamento richiede di essere terzo, ossia equidistante, rispetto alle parti, ed imparziale nella decisione della controversia, ossia equidistante rispetto agli interessi coinvolti nel giudizio*".

[33] Sottolinea L. Torchia, *Lo Stato digitale*, cit., p. 202, come la decisione giudiziaria robotica mal si concili anche con il principio del doppio grado di giudizio, espresso dall'art. 125 Cost. in relazione al processo amministrativo. Secondo l'Autrice, "*Il principio del doppio grado di giudizio* […] *presume la possibilità di errore e la conseguente necessità di correzione della decisione del giudice. È evidente, però, che ove il medesimo algoritmo venisse utilizzato da tutte le corti, l'esito del giudizio di appello non potrebbe mai essere diverso dall'esito del giudizio di primo grado, né si potrebbe certo giustificare il ricorso ad algoritmi diversi nei due gradi di giudizio. Diverrebbe altresì probabilmente impossibile il ricorso per errore di diritto in Cassazione, a meno di ammettere che l'algoritmo possa errare, il che però ne minerebbe in radice l'utilità*".

[34] Vedasi L. Torchia, *Lo Stato digitale*, cit., p. 202, la quale si domanda "*come potrebbero le posizioni delle parti, argomentate dagli avvocati, influenzare l'esito automatizzato della controversia, "previsto" o "predetto" tramite un algoritmo, nel momento in cui questo costituisca per sé la motivazione della sentenza*".

ISSN 2036-7821

devo scegliere qualcuno di cui non fidarmi, personalmente, scelgo il giudice. E scelgo che sia un essere umano. Umano e consapevole dell'importanza, certo, ma anche dei limiti, della sua funzione"[35].

L'unitaria concezione della Costituzione e i riflessi culturali che da essa discendono fanno sì che per il giudice, in misura almeno pari a quanto valido per l'amministrazione, sia radicata una significativa riserva di umanità[36] che non permette di affidare funzioni giurisdizionali alle macchine.

4. La legislazione europea e nazionale in materia di intelligenza artificiale applicata alla giurisdizione.

L'esposizione sin qui condotta è utile per rilevare come una limitazione alla possibile automazione della funzione giurisdizionale affondi le proprie radici in un terreno formatosi ben prima dell'avvento delle legislazioni che a livello europeo e nazionale hanno inteso definire in maniera stringente i limiti dell'impiego dell'intelligenza artificiale. Più precisamente, non s'intende prendere di mira ogni possibile impiego di elementi digitali nelle funzioni giurisdizionali (già da tempo sono virtuosamente in vigore i processi telematici nel processo civile, amministrativo, penale, tributario e contabile), ma solamente dare conto di quello che è il sostrato legale in conformità del quale inquadrare ogni possibile uso di sistemi di IA nella giurisdizione amministrativa[37].

In termini generali, il regolamento Ue sull'intelligenza artificiale n. 2024/1689 (*AI Act*) e l'implementazione che ne ha fornito, a livello nazionale, la l. 23 settembre 2025, n. 132, hanno confermato l'indirizzo volto a limitare per ragioni di sicurezza le applicazioni dell'IA.

Segnatamente, l'*AI Act* ha fornito un primo orientamento sull'utilizzo all'interno

---

[35] M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., p. 893. Similmente, F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, 2018, accessibile su www.giustizia-amministrativa.it, il quale, rispetto all'ipotesi di automatizzare l'attività del giudice amministrativo, si è espresso nei termini che seguono: "*Probabilmente la risposta è nell'uso sapiente della robotica nel settore giudiziario, circondandolo certamente di cautele e adattandolo ad alcuni princìpi fondamentali del processo. Nel frattempo, cioè nei tempi (e con le risorse) occorrenti per una automazione spinta del processo decisionale giudiziario, si potranno utilizzare tutte le forme esistenti e incrementabili di ausilio automatizzato al giudice e si potranno affinare i meccanismi, processuali e formativi, volti ad assicurare un apprezzabile grado di prevedibilità delle decisioni giudiziarie, che però credo che, in misura diretta o indiretta, maggiore o minore, resteranno affidate alla responsabilità umana. Non foss'altro perché, tutto sommato, preferiamo essere giudicati da nostri simili, le cui decisioni si prestano a una critica più estesa di quella cui si presterebbe la decisione robotica. E anche questo, in fin dei conti, ci piace fare*".

[36] Vedasi G. Gallone, *Riserva di umanità, intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale alla luce dell'IA Act. Considerazioni (e qualche proposta) attorno al processo amministrativo che verrà*, in *Judicium.it*, 7 novembre 2024, e H. Simonetti, *Brevi note sul possibile uso dell'intelligenza artificiale nel processo amministrativo*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2024, 2, p. 922, i quali sostengono la medesima tesi sulla riserva di umanità del giudice secondo la Costituzione.

[37] *Ex multis*, cfr. F. Gaffuri, *Il processo amministrativo telematico*, in R. Cavallo Perin – D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, ed. II, Torino, 2025, e L. Patelli, *Il processo amministrativo telematico nell'applicazione pratica*, in M. Ramajoli (a cura di), *Una giustizia amministrativa digitale?*, Bologna, 2023.

ISSN 2036-7821

dell'Unione europea dell'intelligenza artificiale, distinguendo, sulla base di vari criteri, diversi fattori di rischio a seconda dell'uso che viene fatto del sistema di IA. Così, in proporzione all'entità del rischio considerato, l'*AI Act* adotta un approccio cautelativo che distingue tra sistemi di IA a rischio inaccettabile, sistemi ad alto rischio, sistemi a rischio non elevato e sistemi a rischio minimo. Se dei primi è vietato in assoluto l'impiego, i secondi possono circolare nell'Unione europea a determinate condizioni, mentre gli ultimi possono circolare liberamente[38].

Sicché, già nei considerando del regolamento viene ravvisata la necessità di classificare come "*sistemi ad alto rischio*" alcuni sistemi di intelligenza artificiale destinati all'amministrazione della giustizia, stante il potenziale impatto "*sullo Stato di diritto, sulle libertà individuali e sul diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*". Nella medesima ottica, l'*AI Act* evidenzia che "*L'utilizzo di strumenti di IA può fornire sostegno al potere decisionale dei giudici o all'indipendenza del potere giudiziario, ma non dovrebbe sostituirlo*". Di conseguenza, "*il processo decisionale finale deve rimanere un'attività a guida umana*"[39].

Sulla base della ragione succintamente riportata, il regolamento (allegato III, par. 8) classifica come ad alto rischio l'utilizzo di un sistema di IA nel settore dell'amministrazione della giustizia, sia quando ciò avviene direttamente da parte dell'autorità giudiziaria, sia quando l'IA sia utilizzata "*per assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti*".

La disciplina dettata per i sistemi di IA classificati come ad alto rischio è particolarmente rigida: deve essere attuato un sistema di gestione dei rischi (art. 9), prima dell'immissione o messa in servizio del sistema deve essere redatta la documentazione tecnica (art. 11) ed è necessario che i sistemi vengano progettati e sviluppati in modo tale da rendere trasparente il loro funzionamento (art. 13). Per quanto qui d'interesse, la previsione più rilevante è quella che esige una sorveglianza umana "efficace". Le misure di sorveglianza devono essere commisurate ai rischi secondo una disciplina particolarmente dettagliata[40].

---

[38] Si veda B. Marchetti, *L'esecuzione della regolazione digitale dell'unione europea e il ruolo della Commissione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2024, 4, p. 1099 ss.

[39] *AI Act*, considerando n. 61.

[40] L'art. 14 dell'*AI Act* così recita: "*1. 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. 2. La sorveglianza umana mira a prevenire o ridurre al minimo i rischi per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali che possono emergere quando un sistema di IA ad alto rischio è utilizzato conformemente alla sua finalità prevista o in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile, in particolare qualora tali rischi persistano nonostante l'applicazione di altri requisiti di cui alla presente sezione. 3. Le misure di sorveglianza sono commisurate ai rischi, al livello di autonomia e al contesto di utilizzo del sistema di IA ad alto rischio e sono garantite mediante almeno uno dei tipi di misure seguenti: a) misure individuate e integrate nel sistema di IA ad alto rischio dal fornitore prima della sua immissione sul mercato o messa in servizio, ove tecnicamente possibile; b) misure individuate dal fornitore prima dell'immissione sul mercato o della messa in servizio del sistema di IA ad alto rischio, adatte ad essere attuate dal deployer. 4. Ai fini dell'attuazione dei paragrafi 1, 2 e 3, il sistema di IA ad alto rischio è fornito al deployer in modo tale che le persone*

A completamento dell'esame, è significativo precisare che il regolamento (art. 6, par. 3) esclude dalla qualifica di sistema ad alto rischio il sistema che "*non presenta un rischio significativo di danno per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone fisiche, anche nel senso di non influenzare materialmente il risultato del processo decisionale*". La disposizione prosegue precisando che il rischio è considerato assente quando "*il sistema di IA è destinato a eseguire un compito procedurale limitato*", ovvero quando "*è destinato a migliorare il risultato di un'attività umana precedentemente completata*", nonché nelle ipotesi in cui il sistema di IA sia "*destinato a rilevare schemi decisionali o deviazioni da schemi decisionali precedenti e non è finalizzato a sostituire o influenzare la valutazione umana precedentemente completata senza un'adeguata revisione umana*" o, soprattutto, "*a eseguire un compito preparatorio*".

L'*AI Act* introduce in questo modo un regime significativamente differente a seconda che si voglia utilizzare l'IA per assumere delle decisioni ovvero s'intenda circoscrivere tale utilizzo a funzioni endoprocedimentali preparatorie di vario genere. La direttiva emergente dalla formulazione volutamente generica della norma sembra essere la seguente: distinguere tra una IA ausiliaria del giudice e una IA sostitutiva quanto alle garanzie da osservare, senza però precludere che anche la seconda si concretizzi. Nessuna riserva di umanità viene quindi sancita espressamente. Del resto, sulla base della classificazione di cui si è detto, "rischio elevato" non significa "rischio inaccettabile"[41].

Si intuisce con particolare facilità come l'*AI Act* contrasti l'utilizzo indiscriminato e inconsapevole dell'intelligenza artificiale nelle attività inerenti all'amministrazione della giustizia. Meno evidente è la funzione legittimante esercitata dal regolamento verso taluni impieghi dell'IA in ambito giudiziario. Sul punto occorre fare una

---

fisiche alle quali è affidata la sorveglianza umana abbiano la possibilità, ove opportuno e proporzionato, di: a) comprendere correttamente le capacità e i limiti pertinenti del sistema di IA ad alto rischio ed essere in grado di monitorarne debitamente il funzionamento, anche al fine di individuare e affrontare anomalie, disfunzioni e prestazioni inattese; b) restare consapevole della possibile tendenza a fare automaticamente affidamento o a fare eccessivo affidamento sull'output prodotto da un sistema di IA ad alto rischio («distorsione dell'automazione»), in particolare in relazione ai sistemi di IA ad alto rischio utilizzati per fornire informazioni o raccomandazioni per le decisioni che devono essere prese da persone fisiche; c) interpretare correttamente l'output del sistema di IA ad alto rischio, tenendo conto ad esempio degli strumenti e dei metodi di interpretazione disponibili; d) decidere, in qualsiasi situazione particolare, di non usare il sistema di IA ad alto rischio o altrimenti di ignorare, annullare o ribaltare l'output del sistema di IA ad alto rischio; e) intervenire sul funzionamento del sistema di IA ad alto rischio o interrompere il sistema mediante un pulsante di «arresto» o una procedura analoga che consenta al sistema di arrestarsi in condizioni di sicurezza. 5. In aggiunta, per i sistemi di IA ad alto rischio di cui all'allegato III, punto 1, lettera a), le misure di cui al paragrafo 3 del presente articolo sono tali da garantire che il deployer non compia azioni o adotti decisioni sulla base dell'identificazione risultante dal sistema, a meno che tale identificazione non sia stata verificata e confermata separatamente da almeno due persone fisiche dotate della necessaria competenza, formazione e autorità. Il requisito di una verifica separata da parte di almeno due persone fisiche non si applica ai sistemi di IA ad alto rischio utilizzati a fini di contrasto, migrazione, controllo delle frontiere o asilo, qualora il diritto dell'Unione o nazionale ritenga sproporzionata l'applicazione di tale requisito".

[41] In quest'ultima categoria rientrano alcune pratiche ritenute particolarmente intollerabili, nelle quali la finalità dannosa è *in re ipsa*, quali la manipolazione e l'inganno dannosi, lo sfruttamento dannoso delle vulnerabilità basati sull'IA, il punteggio sociale, la valutazione o previsione del rischio di reato individuale, ecc. (art. 5 *AI Act*).

ISSN 2036-7821

precisazione.

L'utilizzo dell'intelligenza artificiale o di semplici algoritmi da parte della pubblica amministrazione, si è osservato, viene circoscritto da una serie di prescrizioni volte sostanzialmente ad evitare che l'IA si atteggi come strumento lesivo dei diritti. Pur non essendo enunciato esplicitamente, è deducibile dall'analisi del regolamento come lo stesso implicitamente ammetta che l'IA venga utilizzata in alcuni settori, tra cui l'attività giudiziaria, sia pure con le diverse prescrizioni rapportate all'utilizzo meramente strumentale o più incisivo che se ne faccia. Tale considerazione non è priva di significato se si guarda all'ordinamento nazionale. Difatti, diversamente da quanto accade con riferimento alla pubblica amministrazione, i giudici sono soggetti soltanto alla legge, per cui risulta difficile ipotizzare che questi possano esser validamente dotati di strumenti di intelligenza artificiale senza una legittimazione legislativa. In altri termini, non può valere, *mutatis mutandis*, ciò che, invece, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria ammettono con riguardo alla pubblica amministrazione, ossia che la scelta dell'automazione (con diversa ampiezza) sia contenuta in un atto organizzativo interno. Per consentire all'amministrazione della giustizia di valersi dell'intelligenza artificiale occorre una fonte normativa validamente assunta, e questa può anche identificarsi con lo stesso *AI Act*, la cui finalità è peraltro quella di "*promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile*"[42]. Il regolamento preclude infatti *expressis verbis* di interpretare l'inserimento di un sistema di IA come ad alto rischio come di per sé indicativo della liceità del suo utilizzo a norma di altri atti dell'Unione o nazionali[43], ma in assenza di una norma di tal fatta impeditiva non vi sono ragioni per precludere all'*AI Act* l'effetto ampliativo suggerito sopra[44]. Dunque, le disposizioni dell'*AI Act* impongono una riflessione sulla riserva di umanità del giudice di cui prima non vi era nemmeno necessità, giusta l'assenza di leggi che affidassero almeno in parte la funzione giudiziaria alle macchine.

Sul versante nazionale, l'intelligenza artificiale ha trovato recentemente una disciplina legislativa organica che si colloca nel solco tracciato dall'*AI Act*. La l. n. 132/2025 fa ad esso ampio riferimento, anzitutto quale riferimento interpretativo e applicativo.

Per quanto concerne gli ambiti qui esaminati, le linee direttrici della legge italiana sull'intelligenza artificiale ricalcano quelle dell'omologo regolamento europeo, del quale vengono disciplinati più nel dettaglio e rafforzati i due aspetti sopra evidenziati: le due direttrici sono la legittimazione dell'impiego dell'IA da parte del

[42] *AI Act*, considerando n. 1.

[43] *AI Act*, considerando n. 63.

[44] Rileva correttamente H. Simonetti, *Brevi note sul possibile uso dell'intelligenza artificiale nel processo amministrativo*, in *PA Persona e amministrazione*, 2024, 2, p. 927 s., che l'uso dell'IA da parte dell'autorità giudiziaria costituisce una pratica non vietata, circondata da una serie di cautele e limiti, ma che, entro tali limiti, l'uso dell'IA non è imposto, poiché gli Stati possono scegliere "*se farne uso e se farne uso per intero o solo per alcune parti*".

giudice e, al tempo stesso, la sua forte limitazione.

Così come l'*AI Act*, la legge nazionale reca una disciplina distinta per l'uso dell'intelligenza artificiale nella pubblica amministrazione e nell'attività giudiziaria. Nonostante il diverso tenore letterale dei due articoli di riferimento (rispettivamente, art. 14 e art. 15), le norme hanno un contenuto nella sostanza molto simile, consolidando tramite fonte scritta il principio di riserva di umanità nell'assunzione della decisione, amministrativa o giurisdizionale che sia. L'art. 14 ("*Uso dell'intelligenza artificiale nella pubblica amministrazione*") reca una disciplina all'apparenza meno rigorosa, valorizzando l'impiego dell'intelligenza artificiale nella pubblica amministrazione "*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*", premurandosi tuttavia di assicurare "*agli interessati la conoscibilità del suo funzionamento e la tracciabilità del suo utilizzo*" e ponendo quale regola generale che "*L'utilizzo dell'intelligenza artificiale avviene in funzione strumentale e di supporto all'attività provvedimentale, nel rispetto dell'autonomia decisionale della persona che resta l'unica responsabile dei provvedimenti e dei procedimenti in cui sia stata utilizzata l'intelligenza artificiale*".

Rispetto alla disposizione appena citata, in rapporto all'attività giudiziaria, il legislatore, avvertendo probabilmente un rischio più serio dall'utilizzo dell'IA nel processo decisionale, non lumeggia alcun beneficio che l'impiego anche marginale di questa potrebbe comportare. Difatti, l'art. 15 ("*Impiego dei sistemi di intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria*") si limita ad indicare che "*Nei casi di impiego dei sistemi di intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria è sempre riservata al magistrato ogni decisione sull'interpretazione e sull'applicazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sull'adozione dei provvedimenti*"[45]. Anche tale disposizione, quindi, sancisce icasticamente come la riserva di umanità debba governare ogni applicazione che il giudice faccia dell'IA.

Le disposizioni menzionate sono importanti perché rendono più nitida la normativa sull'applicazione dell'IA in un settore molto sensibile qual è quello della giurisdizione. Tuttavia, guardando al lato pratico, ci si avvede che in realtà non vengono apportate novità particolarmente significative. Il quadro di riferimento rimane essenzialmente quello desumibile dall'impianto costituzionale secondo cui a giudicare, e quindi a decidere, deve essere un giudice-persona. Lo stesso può dirsi dell'attività amministrativa, in relazione alla quale non si registrano trasformazioni significative in confronto al *corpus* di regole elaborate dalla giurisprudenza antecedentemente alla regolamentazione dell'IA.

[45] L'art. 15, l. n. 132/2025 contiene tre commi oltre a quello riportato, i quali si occupano di questioni che esulano dalla presente trattazione e, peraltro, richiedono l'attuazione da parte del Ministero della giustizia (utilizzo dell'IA per servizi inerenti all'organizzazione della giustizia, utilizzo sperimentale dell'IA e formazione dei magistrati).

ISSN 2036-7821

Ad ogni modo, soffermandoci nuovamente sulle decisioni del giudice, deve segnalarsi come la legge nazionale offra un'ulteriore giustificazione circa l'introduzione (contingentata) di strumenti di IA nella dinamica del processo. La disposizione normativa, infatti, va oltre quanto si poteva ricavare dall'*AI Act*, citando espressamente "*i casi di impiego dei sistemi di intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria*", e valorizzandone sicché il possibile sfruttamento.

5. Il particolare ruolo del giudice amministrativo.

Illustrati i punti significativi delle norme che regolano l'utilizzo dell'IA da parte del giudice, occorre a questo punto della trattazione scendere in profondità e analizzare nel dettaglio quali sono i confini in esse sanciti e le diverse zone grigie, puntando lo sguardo alle ripercussioni che si riflettono sul processo amministrativo.

Le normative europea e nazionale, come si è illustrato, si intrecciano ampiamente e, sotto certi profili, giungono a sovrapporsi. Muovendoci da una diversa prospettiva, si intuisce però che le due legislazioni regolano diversamente l'introduzione dell'IA nel processo: mentre l'*AI Act* si preoccupa degli obblighi per i fornitori dei sistemi di IA ad alto rischio idonei ad influire sulla decisione[46], della conformità a precisi *standard*, della gestione della qualità, della conservazione dei documenti, dell'informazione, dell'importazione e della distribuzione di questi, del generico impatto sui diritti fondamentali e della sorveglianza umana, la l. n. 132/2025 si concentra maggiormente sulle interferenze dei sistemi di IA con il procedimento decisorio, anche dell'autorità giudiziaria.

Posto che l'art. 15 l. n. 132/2025 esprime un divieto (o più divieti) di carattere generale quanto all'assunzione delle decisioni (riservate al magistrato) con l'intelligenza artificiale, si tratta di capire se e in che modo l'IA può essere sfruttata dal giudice amministrativo.

Non è revocabile in dubbio che i sistemi di IA possano essere di notevole utilità per lo svolgimento di attività ausiliare, classificabili come di mero supporto per il giudice: si pensi all'esempio più tipico, rappresentato dall'attività di ricerca giurisprudenziale e dottrinale[47]. Come riconosce anche il diritto europeo, in questi casi non ricorre nemmeno un rischio elevato per la qualità delle decisioni. Negli esempi siffatti il rischio è infatti moderato, così come moderata è l'interferenza di tali attività sull'autonomia di giudizio dei singoli giudici.

Tuttavia, al di là di questo limitato spazio di utilizzo, pare arduo ipotizzare un utilizzo dell'intelligenza artificiale che non incida sulla decisione finale e che, perciò,

[46] La conformità ai requisiti non è invece richiesta laddove il sistema di IA non influisca, attraverso i suoi risultati, in senso materiale sul risultato del processo decisionale. Sull'argomento, si veda F. Trimarchi Banfi, *Rischio e responsabilità nel regolamento europeo sull'intelligenza artificiale*, cit., p. 659.

[47] Così H. Simonetti, *Brevi note sul possibile uso dell'intelligenza artificiale nel processo amministrativo*, cit., p. 917 ss., nel corso dell'intero contributo.

ISSN 2036-7821

non ponga questioni sulla suscettibilità degli operatori persone-fisiche a subire le decisioni degli algoritmi. Come si vedrà *infra*, una volta che si scelga di fare un utilizzo dell'IA ulteriore rispetto ad attività materiali o di mero supporto, emergono una serie di questioni critiche.

In ogni caso, prima di procedere con l'analisi di queste questioni, occorre svolgere alcune considerazioni sul solo processo amministrativo, che nella sua intima natura trovano fondamento, e che non possono estendersi agli altri processi. Le ragioni che impongono di tenere separato il processo amministrativo dal processo dinanzi al giudice ordinario sono essenzialmente due, l'una tendente ad arginare il campo applicativo dell'IA al giudizio amministrativo, l'altra tesa invece a stimolare la diffusione di strumenti informatici ulteriori nella dotazione del giudice amministrativo.

La prima considerazione è una preoccupazione di cui in parte si fa carico la legge italiana sull'IA. Ebbene, essa muove dalle modalità con cui l'IA può essere utilizzata come attività preparatoria per la decisione e si incentra sulla tutela di una situazione dinamica qual è l'interesse legittimo. Una situazione le cui misura della tutela varia a seconda dei casi e che meno di altre si presta ad essere predeterminata, sulla base di un'attività induttiva o per via di deduzione. Ci si riferisce, in particolare, al controllo sull'eccesso di potere degli atti e dei comportamenti dell'amministrazione, il quale mal si concilia con una valutazione effettuata tramite il rinvio al precedente. E questo è tanto vero quanto è vero che anche le figure sintomatiche dell'eccesso di potere hanno un carattere cangiante e rappresentano un mero ausilio sull'accertamento del vizio funzionale dell'atto amministrativo. Pertanto, anche la ricerca giurisprudenziale, per quanto capillare possa risultare attraverso una crescente implementazione dei sistemi informatici, risulta in fin dei conti recessiva rispetto ai canoni di ragionevolezza nella valutazione della correttezza delle scelte amministrative. Canoni di ragionevolezza che, allo stato, possono essere applicati solo dal giudice-persona[48]. Più che in altri giudizi, la ricerca del precedente non può costituire una forma anticipata di decisione del giudice, e nel processo amministrativo questo è sufficiente per scongiurare scenari drammatici di trasfigurazione del modello processuale continentale in un sistema che valorizzi in modo subdolo ed eccessivo il precedente giurisprudenziale.

La seconda considerazione, di contro, conduce a rifuggire in senso assoluto un

[48] Riflettendo attorno alla discrezionalità amministrativa, A. Zito, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Nuove autonomie*, 2022, 1, p. 111 ss., segnala come sia difficile ammettere l'esercizio della discrezionalità amministrativa da parte dell'IA per la inidoneità delle macchine ad adottare il concetto di ragionevolezza (per l'Autore, l'attività discrezionale potrebbe essere compatibile con un sistema di intelligenza artificiale solo "*nei termini di una decisione che rientra nell'ambito della teoria della scelta razionale*", e non di ragionevolezza). Il medesimo discorso può riferirsi anche alla discrezionalità interpretativa del giudice, dove la ragionevolezza gioca un ruolo fondamentale. Si pensi alle numerose ipotesi in cui nei giudizi amministrativi viene in rilievo la irragionevolezza del provvedimento quale figura sintomatica dell'eccesso di potere.

ISSN 2036-7821

utilizzo puramente "debole" dell'IA. In questo caso, lo spunto viene raccolto da un esame sulla c.d. amministrazione algoritmica come quello sopra condotto. Si è visto come l'atteggiamento del legislatore e della giurisprudenza verso l'uso dell'IA da parte delle amministrazioni è assai meno remissivo di quanto avviene per le decisioni del giudice. In altre parole, alle amministrazioni è concesso di utilizzare l'algoritmo anche nello svolgimento dell'attività discrezionale, ferme alcune cautele, tra le quali spiccano soprattutto la non esclusività della decisione algoritmica e la trasparenza rispetto al programma utilizzato e al relativo meccanismo di funzionamento[49]. Non vi è dubbio, quindi, che anche l'attività decisoria e la formazione dei provvedimenti risentano dell'applicazione dell'IA. Di fronte a questa automazione, il controllo del giudice si estrinseca attraverso l'analisi dei codici sorgente del *software* utilizzato, costituenti gli *input* del procedimento decisorio amministrativo, per poi valutare se l'*output*, e cioè il provvedimento, è coerente con la premessa.

Orbene, il codice sorgente, che la giurisprudenza assimila a un documento amministrativo consentendone l'accesso *ex* artt. 22 ss. l. n. 241/1990[50], è un sistema di istruzioni molto complesso e non è automatico che esso venga compreso fino in fondo dai giudici, la cui preparazione è fondamentalmente giuridica. Fermo restando il discorso sull'idoneità dell'accesso del codice sorgente per far comprendere al privato cittadino le intime ragioni della decisione presa nei suoi confronti, il ragionamento non è molto diverso per quanto riguarda la capacità del giudice-persona.

Provocatoriamente, si può quindi pensare che anche il giudice, come l'amministrazione, debba dotarsi di strumenti informatici "intelligenti" che lo aiutino nella comprensione della qualità dell'atto impugnato, per far emergere eventuali *bias*, alcuni dei quali potrebbero sfuggire all'esame anche attento del giudice-persona fisica[51]. Resterebbe comunque immutata la necessità di valutare la coerenza di quanto segnalato dagli strumenti ausiliari, ma questa sarebbe comunque un'operazione decisamente facilitata rispetto alla nuda (e, verrebbe da aggiungere, potenzialmente miope) indagine su un provvedimento algoritmico complesso[52]. In modo particolare,

[49] Rileva G. Pesce, *Il giudice amministrativo e la decisione robotizzata. Quando l'algoritmo è opaco*, in *Judicium*, 15 giugno 2020, accessibile su www.judicium.it, che anche l'amministrazione utilizzatrice di macchine intelligenti sovente non è in grado di comprenderne la logica sottesa e la sua base di conoscenza; in ciò la pubblica amministrazione non si discosterebbe significativamente dal comune cittadino.

[50] L'accesso è stato consentito a far data dalla sentenza del TAR Lazio, n. 3769/2017.

[51] Si pensi alla difficoltà che incontra un essere umano a riconoscere immagini o testi creati dall'intelligenza artificiale c.d. generativa. Tale compito può essere assolto con maggiore efficacia tramite l'IA stessa, attraverso l'analisi del numero di *pixel* e delle sequenze di testo.

[52] Quello dei *bias* cognitivi è uno dei principali problemi connessi all'impiego dei sistemi di IA nell'adozione di decisioni pubbliche, dovuto in parte anche al fatto che tali fallacie sono verificabili solo *ex post*, in seguito all'analisi di una lunga serie di decisioni. Sull'argomento, si veda G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, cit., p. 30 ss., il quale evidenzia in che modo le macchine, il cui auto-apprendimento funziona attraverso un'analisi casistica di dati, possano sviluppare pregiudizi particolarmente ostici da rilevare. Il tema è

ISSN 2036-7821

l'utilità di una elaborazione algoritmica in sede giurisdizionale trova il suo fondamento nella sussistenza, nell'ambito della c.d. amministrazione algoritmica, di un momento in cui si opera la traduzione informatica di una valutazione di interessi discrezionale operata dall'amministratore in linguaggio tecnico[53]. Per giudicare la correttezza di questa operazione, che può rivelarsi particolarmente complessa, il giudice può aver bisogno di strumenti tecnicamente adeguati a condurre un'analisi il più possibile completa. Vale a dire che la digitalizzazione del procedimento amministrativo e quella del processo amministrativo devono procedere in parallelo, onde evitare che il primo sia inintelligibile per il secondo.

Le considerazioni appena espresse riguardano prevalentemente il giudice amministrativo, il quale può essere chiamato a sindacare il corretto operato di un algoritmo, che deve sempre essere controllato da una persona fisica in ossequio alla pluricitata riserva di umanità, ma che resta pur sempre un elemento fortemente caratterizzante la decisione amministrativa.

Tali ultime notazioni suscitano un ulteriore interrogativo cui occorre tentare di dare una risposta: la decisione finale umana è impermeabile all'attività preparatoria che può delegarsi a un sistema di IA o quest'ultima incide in misura variabile sulla determinazione finale? E, soprattutto, se tale incidenza ha luogo, in quale misura si realizza?

Il punto non è preso in considerazione né dalla legge italiana sull'IA, né dall'omologo regolamento europeo nelle parti in cui essi regolano l'impiego dell'IA da parte del giudice. Tuttavia, la questione è tutt'altro che insignificante; difatti, è indubitabile che, qualunque sia l'uso che se ne faccia, l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale, anche soltanto nella ricostruzione di un quadro normativo[54] o giurisprudenziale, possa influire sulla decisione "riservata" del giudice.

La misura dell'influenza in parola, probabilmente, non può essere definita in astratto, né può essere oggetto di generalizzazione. Infatti, essa è per sua natura dipendente, da un lato, dall'ampiezza dell'ausilio che viene richiesto all'IA e, dall'altro, dall'attitudine del singolo giudice a farsi condizionare dal procedimento preparatorio. Entrambi i fattori, quindi, variano in dipendenza del singolo caso e del

---

trattato ampiamente da D. Marongiu, *L'intelligenza artificiale "istituzionale": limiti (attuali) e potenzialità*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 2020, 1, p. 49 ss.

[53] V. L. Lamberti, *Contributo allo studio delle decisioni amministrative*, cit., p. 287 ss., che, come visto *supra* (nota n. 17) descrive l'attività amministrativa algoritmica discrezionale come un fenomeno di discrezionalità mista, in cui si fondono momenti di discrezionalità amministrativa e di discrezionalità tecnica, dove il carattere maggiormente innovativo è individuato nell'inversione temporale delle due forme di discrezionalità.

[54] Addirittura, si pensi che nell'esperienza moderna, all'interno del profluvio di norme, primarie e secondare che il decisore pubblico è chiamato ad applicare si trovano degli spazi di discrezionalità "interstiziale", ossia a circostanze per le quali l'amministrazione "*è chiamata a mettere ordine tra le diverse regole, a interpretare le stesse, a convivere con crescenti aree a elevata tecnicità*" (così A. Sandulli, *Gli orizzonti della discrezionalità amministrativa dalla libertà discrezionale alla discrezionalità interstiziale*, in *Discrezionalità e amministrazione. Annuario AIPDA 2022*, Napoli, 2023, p. 13 s).

comportamento del giudice. Sicuramente, un ruolo chiave nella comprensione del fenomeno è svolto dalle neuroscienze. Per l'ampiezza e la complessità degli argomenti non si può in questa sede trattare e dare una chiara risposta alla domanda posta poc'anzi, ma sia sufficiente considerare il parallelismo tra l'uso dell'IA in funzione preparatoria, e le esperienze ed emozioni del singolo giudice; l'uno come l'altra possono variamente condizionare la decisione del giudice sulla definizione di una causa, e determinare l'accoglimento o il rigetto di un ricorso[55].

Per queste ragioni, emerge l'opportunità di fornire una disciplina più analitica dell'utilizzo dell'IA, soprattutto dei *Large Language Models*[56], nella preparazione delle decisioni. Con ciò si allude sia a una verifica sulla adeguatezza degli strumenti di cui si vale il giudice (visto che l'*AI Act* dequota il sistema ad alto rischio quando l'IA è usata solo in preparazione delle decisioni, mentre invece, per quanto appena visto, il controllo sulla macchina è opportuno che sia esercitato anche in quei casi), sia a una maggiore trasparenza su come le macchine vengono sfruttate in questa fase.

6. Il divieto di decisioni automatizzate del giudice: un problema di fatto?

A quanto appena scritto si ricollega un ulteriore problema dell'applicazione della recente regolamentazione dell'IA nel campo dell'attività giudiziaria. Ci si riferisce all'evenienza in cui il giudice assuma formalmente la decisione, ma questa venga presa dopo aver consultato massivamente uno strumento di IA ed essersi fatto guidare nell'adozione di una scelta. Ovvero, una decisione che, sostanzialmente, non è presa dal giudice ma dalla macchina.

In ciò consiste probabilmente la principale criticità delle leggi sull'IA, la quale investe sia la corretta interpretazione della norma, sia la complessiva tenuta delle finalità sottese alla disciplina in questione.

Il problema, si può obiettare, non è diverso da quanto emergerebbe se il giudice, come correntemente avviene, si avvalesse di collaboratori o uffici dotati di competenza in materia. Tuttavia, trattandosi di IA, la questione si rivela più seria. Basti pensare a quanto avviene quando il giudice impiega sistemi di IA affetti da *bias*;

---

[55] In tema di neuroscienze applicate al diritto, si veda E. Picozza (a cura di), *Neurolaw. An introduction*, Berlino, 2011.

[56] Con riferimento a tali modelli, rapportati all'attività amministrativa, si veda G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, 450, secondo il quale le decisioni automatizzate che sfruttano il c.d. *machine learning* risultano peculiari e più complesse rispetto alle decisioni algoritmiche basate su *software* che applicano regole informatiche proceduralizzate. Nei meccanismi di *machine learning*, infatti, "*la decisione si basa sulla valutazione della questione rispetto ad un modello matematico-numerico precedentemente generato in fase di* training". Pertanto, ciò si ripercuote sulla verificabilità della correttezza della decisione e della relativa motivazione. Comunque, come rilevato da L. LAMBERTI, *Contributo allo studio delle decisioni amministrative*, cit., 267, tra i sistemi di *machine learning* occorre tenere distinti i *machine learning* supervisionati, caratterizzati dalla presenza di un soggetto che inserisce un *set* di dati per il *training* del sistema, e *machine learning* non supervisionati, i quali non si basano su una supervisione umana e possiedono una propria capacità di *training*: per questi ultimi "*la ricostruzione del processo di elaborazione dei dati che conduce al risultato finale non è realizzabile*".

questi ultimi, rispetto ai convincimenti e ai pregiudizi degli assistenti umani, che un giudice può scardinare più facilmente, risultano oscuri e difficili da rilevare.

A tal proposito, ha destato forte scalpore la notizia riportata da diverse testate giornalistiche[57] del caso sollevato da *Nikkei Asia* di alcuni ricercatori che, ipotizzando che i propri articoli venissero valutati da sistemi di intelligenza artificiale, avevano fatto in modo di rivolgere al modello LLM delle richieste occulte di valutare positivamente i propri scritti. I ricercatori avevano incluso tale richiesta in un testo inserito in calce ai propri scritti, il quale, per celare la coartazione all'occhio umano, era stato colorato di bianco. Ebbene, pensando all'evenienza in cui un analogo espediente venisse adottato nella stesura di un atto processuale, si comprende come il pericolo possa presentarsi anche per utilizzi dell'IA solo indiretti.

Si parla di criticità perché, non essendovi una norma di legge che regoli il fenomeno, l'arduo compito di definire tali temi cruciali è rimesso alla giurisprudenza. Il che, si capisce, alimenta le incognite della nuova regolazione dell'IA, lasciando ai giudici l'interpretazione delle disposizioni attinenti al proprio comportamento; condizione che, in termini assoluti, non può reputarsi accettabile.

Il problema di diritto diviene quindi un problema di fatto, e viceversa. Pertanto, appare necessario comprendere se e come il diritto reagisce dinanzi al fenomeno; posto diversamente il problema, preme determinare la conseguenza giuridica di una pratica (quella del giudice che sfrutta informalmente l'ausilio dell'IA nella risoluzione di una controversia) che, a seconda delle opinioni, può apparire pienamente legittima o, al contrario, elusiva della legge (*i.e.*, l. n. 132/2025).

Un primo punto da chiarire concerne l'interpretazione del sintagma "*decisione sull'interpretazione e sull'applicazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sull'adozione dei provvedimenti*", cui si riferisce la riserva di umanità enucleata dall'art. 15 della l. n. 132/2025. Ossia, è necessario stabilire se il divieto si limita alla decisione finale che si realizza con l'emanazione di una sentenza o di altro provvedimento giurisdizionale, ovvero investe anche una fase precedente, quella in cui si forma decisione. Chiedere a un *chatbot* quale sia l'interpretazione da dare a una norma, come un fatto debba essere valutato o come determinare a chi spetti la ragione della controversia, può considerarsi lecito ovvero proibito a seconda dell'interpretazione che si accolga.

La legge non sembra andare al fondo della questione, ma non pare altresì disporre un preciso divieto per il giudice di interrogare i sistemi di IA per l'adozione delle decisioni sugli oggetti anzidetti (valutazione dei fatti, interpretazione e applicazione del diritto, adozione dei provvedimenti). Con la sottoscrizione della sentenza o di altro provvedimento il giudice attesta la paternità della decisione e si assume la responsabilità della scelta adottata. Sicché, questo pare sufficiente per assolvere la

[57] Vedasi, ad esempio, www.theguardian.com/technology/2025/jul/14/scientists-reportedly-hiding-ai-text-prompts-in-academic-papers-to-receive-positive-peer-reviews.

ISSN 2036-7821

riserva di umanità per come definita *ex* art. 15 l. n. 132/2025.
L'argomento è molto delicato: da una parte, si potrebbe osservare che anche il controllo esercitato dal giudice su un'operazione ricostruttiva avente carattere potenzialmente decisorio è pur sempre una decisione sulla questione controversa; dall'altra parte, la soluzione potrebbe apparire inaccettabile, in quanto le parti verrebbero assoggettate, a loro insaputa, a una scelta che non è sostanzialmente umana ma è presa da qualcun altro, anche perché l'effettività del controllo umano scemerebbe grandemente.
Di fronte a tali incertezze, una strada che sembra potersi prospettare si colloca a metà tra le due soluzioni accennate: premesso che la decisione deve comunque essere umana ai sensi di legge, questa si potrebbe considerare tale fintantoché non emergano indizi inequivocabili sull'adozione di una decisione da parte dell'intelligenza artificiale, in assenza di qualsivoglia controllo effettivo da parte del giudice, tale da violare la riserva di umanità e da configurarsi al limite di una ipotesi di dolo del giudice (ove si finge di risolvere una lite relegando in realtà a uno strumento artificiale la decisione). Indizi di tal fatta potrebbero ricavarsi da innumerevoli elementi: da un provvedimento giurisdizionale che asserisce fatti, intesi non solo in senso materiale, ma anche giuridico (come leggi, atti amministrativi, sentenze e orientamenti giurisprudenziali), palesemente erronei o insussistenti, ovvero laddove risaltino vizi di altro genere (come una decisione manifestamente iniqua). Questa soluzione pare rispondere maggiormente alla *ratio* della normativa in esame, poiché richiede che la decisione debba essere presa da un essere umano, ma tale decisione viene intesa in senso stretto; di contro, si stimano illegittime le deviazioni da questa regola di base che si verificano quando sussistono elementi per concludere che il giudice non abbia adottato nemmeno una parvenza di decisione, se non dal punto di vista formale con la sottoscrizione del provvedimento.
Quanto appena illustrato può sembrare un mezzo per aggirare il problema che si è descritto poc'anzi, o, ancor peggio, per eludere la portata precettiva della legge sull'IA. A ben vedere, questo invece è l'epilogo cui si giunge semplicemente aderendo alla norma di legge, sfruttando nei limiti in cui ciò non è proibito l'ausilio dell'IA.

6.1. (Segue): Il problema della motivazione.

Le disposizioni qui analizzate si concentrano essenzialmente sulla fase decisoria (indubbiamente più nevralgica), ma tacciono su un altro momento fondamentale del processo amministrativo come la redazione dalla motivazione. Orbene, è senz'altro vero che la motivazione accompagna una decisione già assunta, ma al contempo integra il provvedimento giurisdizionale e riveste un'importanza costituzionale. La funzione della motivazione è peraltro ancor più accentuata nel giudizio amministrativo, stante l'effetto conformativo che discende dalla pronuncia di

annullamento, capace di vincolare in punto di diritto il futuro esercizio del potere amministrativo da parte dell'amministrazione. Anche in questo caso, sorgono due (a seconda dei punti di vista, perfino tre) ordini di problemi: stabilire se la motivazione può essere redatta dall'intelligenza artificiale e, nel caso in cui tale possibilità venga negata, determinare il limite entro il quale l'ausilio dell'IA si mantiene tale e non sconfina in un'invasione della sfera decisionale del giudice (e valutare cosa succede se una sentenza è adottata da un giudice che si limita a riportare la motivazione elaborata da un *chatbot*).

Il primo dubbio pare dover essere risolto negativamente per le ragioni anzidette, in quanto la motivazione integra la decisione e contribuisce a giustificare la scelta adottata; per cui, se la decisione deve essere umana, anche la relativa motivazione deve essere riservata al giudice. Ciò è valido, a maggior ragione nel processo amministrativo, giacché la motivazione assume rilevanza anche per il riesercizio del potere da parte dell'amministrazione. Inoltre, milita verso la stessa conclusione una considerazione più generale, tale per cui, logicamente, se la motivazione esplicita le ragioni in fatto e in diritto della decisione, essa risulta legata da un nodo gordiano inscindibile con la decisione stessa, tale da necessitare che entrambe siano elaborate dallo stesso autore. Non avrebbe infatti alcun senso logico sostenere che un soggetto (in questo caso, peraltro, alquanto *sui generis*, non essendo una persona fisica) possa essere chiamato a giustificare le scelte compiute da un'altra figura del processo.

Tuttavia, posta questa affermazione di principio, si pone il problema più delicato, di stabilire in che senso debba intendersi la paternità della motivazione del giudice, e quale sia il confine tra un mero supporto al giudice nella stesura della motivazione e il trapasso nella motivazione automatizzata non ammessa. Sono, queste, tematiche su cui è opportuno condurre approfondite riflessioni.

Le conclusioni che si possono trarre non sembrano però divergere da quelle cui si è pervenuti in rapporto alla decisione (di cui la motivazione rappresenta una essenziale estrinsecazione *ex* art. 111 Cost.). Allo stato, pare infatti difficile poter fornire una soluzione diversa da quella prospettata per la decisione giurisdizionale (in senso stretto); il che equivale ad asserire che, per poter stabilire dove l'ausilio esterno possa rimanere nel perimetro del lecito, quindi senza viziare la sentenza, occorre fare riferimento al potere di controllo umano, considerandolo effettivo in assenza di indici rivelatori di segno contrario.

In mancanza di precise indicazioni legislative, sia per la decisione che per la motivazione delle sentenze amministrative, il punto di riferimento risulta essere quindi la riserva di umanità, nei termini suggeriti dai principi dell'ordinamento e discussi nella parte iniziale del presente scritto.

7. L'attuale punto di approdo e i nuovi possibili scenari del processo amministrativo.

Quanto è stato rilevato restituisce un quadro da cui emerge che il diritto ha eretto un primo argine all'artificializzazione del processo. La percezione, come si è cercato di mettere in luce, è che il legislatore abbia voluto reagire al pericolo di una completa automazione del processo decisionale pubblico, per scongiurare il rischio che le decisioni nei confronti dei cittadini vengano gestite interamente da strumenti automatizzati[58].

Da un attento esame si nota come, sostanzialmente, la l. n. 132/2025 non abbia modificato sensibilmente la prospettiva del giudice amministrativo sull'utilizzo dell'IA. Difatti, il divieto di decisione automatizzata – per il giudice come per l'amministrazione – è ampiamente ricavabile dalla Costituzione e dai principi in essa sanciti. Non occorre infatti addentrarsi in suggestioni interpretative per evidenziare la natura antropocentrica della Carta costituzionale, che permea anche l'ampia area delle decisioni pubbliche.

Il risultato che se ne trae è però, nel complesso, poco soddisfacente, sia per quanto riguarda la delimitazione dell'attività delegabile all'IA, sia per ciò che attiene allo sfruttamento di alcune potenzialità dell'IA. Per quanto attiene alla prima questione, la legge sull'intelligenza artificiale non fa chiarezza sui confini entro i quali i sistemi di intelligenza artificiale possono operare, e oltre i quali, invece, non è ammessa l'interferenza con la funzione giurisdizionale. Da qui il nodo della seconda questione: non sapendo con esattezza dove può giungere l'IA, ma non essendo fatto divieto assoluto di utilizzo – e, quindi, ammettendosi un contingentato impiego degli strumenti artificiali – non è chiaro quali siano esattamente le potenzialità che è possibile sfruttare nel rispetto della legge, per consentire, ad esempio, di accelerare il processo decisionale.

Più che altro, il vero dilemma della nuova normativa attiene al già ricordato utilizzo dell'IA *de facto.* Ed infatti, arginato il rischio di deriva artificiale in cui si incorrerebbe se ad un *software* venisse delegata la risoluzione della controversia e la sottoscrizione della relativa sentenza (evenienza da scongiurare per ragioni di sistema ancor prima che legislative), è assai incerto quale sia il regime previsto per le decisioni giurisdizionali del giudice (umano) che si sia valso informalmente dell'IA per dirimere la controversia.

Le considerazioni svolte in questa sede sono ancora ipotetiche, e necessitano di una applicazione abbondante per comprendere effettivamente quale sarà l'approccio che adotteranno i giudici e le corti superiori. Così come resta al momento dubbio se i principi sanciti dalle leggi europee e nazionali sull'IA saranno interpretati e applicati in maniera uniforme dai giudici ordinari e dai giudici speciali, ovvero se possano

[58] Come segnalato da 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*, 2025, 3, p. 818, il rischio è quello "*di una giustizia virtuale, automatica e a-valoriale, regolata da algoritmi che agiscono per mera riproduzione acritica dei precedenti*".

essere sviluppati orientamenti diversi in sede applicativa. Ferma restando la trasversalità con cui operano i principi generali, l'oggetto del processo può influenzare i dettagli rapporto tra giudice e intelligenza artificiale. Ed infatti, come si è avuto occasione di constatare, al netto del carattere perentorio della normativa sull'utilizzo dell'IA da parte del giudice, che all'apparenza non lascia alcun margine interpretativo, se si analizzano partitamente singoli profili dell'attività giurisdizionale, si produce una sensazione contraria, tale per cui plurime possono essere le soluzioni interpretative e le conseguenze applicative.

Tuttavia, alcune prime (e provvisorie) impressioni sull'impatto della normativa in relazione al rapporto tra giudice e IA pare possano ricavarsi.

Per prima cosa, la normativa italiana contempla una disciplina per diversi aspetti simile a quella eurounitaria e, soprattutto, elenca alcuni principi che erano già riscontrabili dalla lettura della Costituzione. In particolare, la l. n. 132/2025 profila la riserva di umanità che è sì conforme alla Costituzione, ma lo è al punto tale da non aggiungere elementi significativi per orientare l'attività giurisdizionale nelle sue diverse forme[59]. I principi enunciati dalla legge, come si è visto, non conducono ad esiti diversi rispetto alla direzione già emergente dalla Costituzione. In pratica, alla luce dell'interpretazione che si è data in questa sede all'art. 15 della legge citata, l'intera disciplina sembra comunque ruotare attorno alla riserva di umanità, senza declinare la stessa in termini particolari. Proprio sulla specificazione dei principi già scanditi dalla Costituzione ed esplicitati dalla normativa dell'Ue avrebbe dovuto invece insistere la legislazione italiana.

Quindi, sebbene debba essere applaudito il tentativo del legislatore italiano di non subire passivamente l'avanzata dell'intelligenza artificiale, e di svolgere un ruolo da protagonista nella regolazione di quest'ultima – anche se, parlando delle decisioni giurisdizionali, questo è avvenuto prevalentemente a livello di principi –, si registra come la legge sia allo stesso tempo poco coraggiosa e non molto ambiziosa. Per citare un caso esemplificativo, la normativa in oggetto non prende posizione sul fondamentale istituto della motivazione. E se, per certi versi, ciò risulta pienamente comprensibile, vista la continua evoluzione dei sistemi di IA (in attesa di un fisiologico assestamento che permetta di approfondire su basi più solide le potenzialità di un oggetto che non muti tanto repentinamente da rendere l'azione del regolatore immediatamente obsoleta), sotto altri profili essa risulta insufficiente ad assicurare certezza in un settore problematico, complesso, ma fondamentale come l'esercizio della giurisdizione[60].

Inoltre, la disciplina nazionale, per la quale è "*sempre riservata al magistrato ogni*

[59] Lo stesso può dirsi della regolamentazione dell'attività amministrativa operata dalla l. n. 135/2025. Anche a tal riguardo, l'art. 14 della legge citata non innova quanto ai criteri di azione (così G. Terracciano, *I sistemi di intelligenza artificiale, l'attività amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, cit., p. 821).

[60] Il nodo della regolazione di un oggetto destinato ad evolvere rapidamente come l'IA è evidenziato da V. Zeno-Zencovich, *Artificial intelligence, natural stupidity and other legal idiocies*, in *mediaLAWS*, 2024, 1, p. 9 ss.

decisione sull'interpretazione e sull'applicazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sull'adozione dei provvedimenti", afferma il principio di umanità delle decisioni giurisdizionali senza analizzare minutamente i possibili impieghi collaterali dell'IA e, in particolar modo, senza considerare come l'uso dell'IA possa costituire un problema di fatto nei termini illustrati dianzi. In particolare, la legge italiana sceglie di intraprendere una strada complessivamente mite (e perciò esposta anche a distorsioni), senza imporre dei divieti rigidi che inevitabilmente determinerebbero maggiore sicurezza e certezza. Ciò malgrado, è d'uopo riconoscere che prescrizioni più rigorose comporterebbero parimenti problemi di effettività e vi sarebbe in tal caso la necessità di corredarle da una parallela previsione della responsabilità disciplinare, nonché dalla possibilità di sanzionare una eventuale violazione con la revocazione della sentenza per dolo del giudice.

Un'alternativa presa di posizione, ugualmente percorribile e più ardita, condurrebbe ad approfondire il tema dell'utilizzo motivato e trasparente dell'IA: fermo restando l'onere per il giudice di pronunciare l'ultima parola sulla controversia, senza imporre divieti assoluti, rendere legittimo l'uso strumentale dell'IA purché ne venga dato conto nella motivazione, e purché si spieghino le ragioni per le quali l'elaborazione della macchina meriti di essere accolta o meno, sottoponendo i risultati dell'elaborazione informatica al contraddittorio delle parti[61]. Verrebbero in tal modo valorizzare le potenzialità dell'IA nel processo amministrativo, consentendo di ampliare l'istruttoria del giudice alla conoscenza di fatti complessi, ivi inclusi i fatti "informatici", e di assegnare al giudice amministrativo uno strumento in grado di decifrare le attività automatizzate della pubblica amministrazione.

Ad ogni modo, entrambe le opzioni prospettate sembrano consentire un recupero di trasparenza con riguardo alle attività preparatorie del giudice. Quale che sia la soluzione da preferirsi, anche ispirata da questioni culturali, sembra che un passo in una direzione sarà presto ineludibile.

In base a quanto analizzato, il tema dell'applicazione dell'intelligenza artificiale alle decisioni del giudice amministrativo è quanto mai aperto. Nonostante i termini perentori con cui la legge italiana n. 132/2025 riserva all'attività umana le decisioni giurisdizionali, si è cercato di illustrare come la tematica sia più complessa di quanto potrebbe apparire. I problemi che emergono e che necessitano chiarimenti sono infatti numerosi[62] e investono diverse fasi del processo; in modo particolare, essi attengono al rapporto tra l'attività definita come preparatoria, strumentale alla formazione della decisione, e il provvedimento decisorio stesso.

---

[61] Su tale linea di pensiero, v. H. Simonetti, *Brevi note sul possibile uso dell'intelligenza artificiale nel processo amministrativo*, cit., P. 928.

[62] Di alcuni di essi non si è trattato, ma non se ne ignora l'importanza. Ad esempio, un tema fondamentale per il processo amministrativo concerne l'acquisizione della conoscenza attraverso sistemi digitali. Sul versante della pubblica amministrazione, l'argomento è stato studiato approfonditamente da I. Alberti, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo. Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza*, Torino, 2024.

Sin qui, il legislatore si è impegnato ad enucleare una serie di principi atti a regolare l'attività amministrativa e l'attività giurisdizionale. Per certi versi, le due discipline non sono dissimili; entrambe hanno il proprio fulcro nella riserva di umanità, sebbene essa si declini in maniera diversa e resti da esplorare più approfonditamente in relazione all'attività giurisdizionale.

Fatto questo intervento di principio, assai lodevole soprattutto nelle intenzioni, il legislatore è chiamato in un prossimo futuro a compiere ulteriori passi in avanti per affrontare la controversa inferenza dell'IA con il processo. Segnatamente, sembra che più avanti debba essere superata la logica della legge *omnibus* che regola *uno actu* l'utilizzo dell'intelligenza artificiale in maniera trasversale per svariati settori, al fine di giungere ad un approccio settoriale che si attagli in maniera specifica anche all'attività giurisdizionale e, più in particolare, al processo amministrativo[63]. Ad esempio, parrebbe opportuno svolgere delle considerazioni particolari per quanto concerne la motivazione delle decisioni giurisdizionali, ovvero dell'istruttoria. Questo sembra un approdo necessario per i tempi a venire, soprattutto se si considera come la natura polimorfa e volubile dell'IA (le cui figure e potenzialità si evolvono repentinamente) renda ogni generalizzazione insufficiente e al contempo inadeguata[64]. Saranno quindi le discipline di settore a doversi adeguare, sia pur in conformità con i principi scolpiti nella legge sull'IA.

Dunque, occorrerà distinguere il processo amministrativo dagli altri processi, e, all'interno del primo, discernere ulteriormente a seconda che l'oggetto dell'impugnazione sia un provvedimento "algoritmico" o un provvedimento "umano".

[63] Del resto, il c.p.a. e il c.p.c. attualmente contengono disposizioni specifiche per i relativi processi telematici (rispettivamente denominati "PAT" e "PCT").

[64] Invero, l'art. 15, co. 2, l. n. 132/2025 contempla una delega al Ministero della giustizia affinché disciplini "*gli impieghi dei sistemi di intelligenza artificiale per l'organizzazione dei servizi relativi alla giustizia, per la semplificazione del lavoro giudiziario e per le attività amministrative accessorie*", ammettendo quindi l'espansione della normativa. Tuttavia, per le ragioni che si sono accennate in precedenza, vertenti sulla riserva di legge assoluta in relazione alla funzione propriamente giurisdizionale, il concetto di organizzazione deve essere inteso in senso stretto, e come tale non può rifluire sull'attività decisionale del giudice, la quale, pertanto, risulta disciplinata solamente dal comma 1.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Alla ricerca dell'equilibrio perduto: il ruolo delle polizze assicurative nel sistema di responsabilità amministrativo-contabile tra divieti ed aperture

di Matteo Celsa

(Dottorando di ricerca in diritto amministrativo presso l'università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Introduzione- 2. L'inefficienza dell'attuale sistema di recupero dei crediti erariali. Un problema di ordine sistematico- 3. La spinta riformatrice della contrattualistica pubblica. Le ragioni della Sezione delle Autonomie della Corte dei conti- 4. Alcune riflessioni a margine della c.d. riforma Foti. Considerazioni finali.

Abstract

This research analyses the role of insurance policies in the administrative and accounting liability system, with particular reference to recent developments favoured by the commonly referred to as "Foti reform" (2024) and by certain jurisprudential trends that are attuned to the "burden of administration". Starting from the observation of the inefficiencies that characterise the current system of public credit recovery, this paper explores the possibility of resorting to the stipulation of administrative liability insurance policies to protect public employees and address any forms of administrative paralysis.

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

1. Introduzione.

Negli ultimi anni il ruolo della Corte dei conti e l'estensione delle sue funzioni di controllo sulla pubblica amministrazione - o, secondo altra prospettiva, il loro ridimensionamento - hanno costituito uno dei principali temi di discussione nel dibattito politico parlamentare. Il confronto sinora ha evidenziato la difficoltà di individuare un punto di equilibrio tra la tutela delle ragioni contabili, garantita dal controllo giurisdizionale della Corte dei conti, e la valorizzazione di un modello di pubblica amministrazione disposta ad assumersi i rischi connessi all'azione amministrativa, specialmente nell'ambito delle politiche pubbliche.

Nel dichiarato intento di superare le principali criticità che secondo alcuni affliggono l'operato delle pubbliche amministrazioni, il legislatore negli ultimi anni si è proposto di ampliare progressivamente gli spazi dell'azione amministrativa tentando di ridimensionare e contenere i ben noti fenomeni della c.d. paura della firma e della burocrazia difensiva[1].

In questa prospettiva, tra i più significativi e noti interventi di riforma si possono ricordare i due "decreti semplificazioni"[2] (D.l. 16 luglio 2020, n. 76 e d.l. 31 maggio

[1] Il fenomeno dell'amministrazione difensiva è da tempo ormai al centro degli interessi degli studiosi di diritto amministrativo. In via generale, secondo una nota e autorevole definizione, per "amministrazione difensiva" si può intendere «una distorsione delle scelte dell'amministratore indirizzate all'autotutela rispetto ai rischi, sia patrimoniali o non, conseguenti all'esercizio dell'azione ammnistrativa», v. S. Battini, F. Decarolis *Indagine sull'amministrazione difensiva*, in *Riv it. public management*, 3, n.2/2020, p. 343.

Per un approfondimento sul punto si rinvia soltanto ad alcuni fra i principali scritti: S. Battini, F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, fasc. n. 1, p. 293 ss.; A. Battaglia, S. Battini, A. Blasini et. al., *Burocrazia difensiva»: cause, indicatori e rimedi*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 1/2019, p. 1295 ss.; M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, in *Dir. economia*, 2018, p. 625 ss.; E. D'Alterio, *Come le attività della Corte dei conti incidono sulle pubbliche amministrazioni,* in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 1/2019, p. 39; M.C. Cavallaro, *Gli spazi e il ruolo dell'amministrazione pubblica: il problema dell'amministrazione difensiva*, relazione al convegno "*Amministrazione difensiva-Regole finanziarie, Corte dei conti, Responsabilità*", organizzato nell'ambito del progetto FinPA, 19 aprile 2024, fasc. 2, p. 16; 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"*, in *Riv. Corte conti*, n. 1/2025, p. 1.

[2] D.l. 16 luglio 2020, n. 76 e d.l. 31 maggio 2021, n. 77.

Si pensi ad esempio alla questione dello scudo erariale per i pubblici dipendenti e ai profili di incostituzionalità lamentati dalla magistratura contabile e sfociati nella decisione della Corte Costituzionale del 6 giugno 2024, n. 132. Nella motivazione in diritto, *in primis*, la Consulta ricostruisce compiutamente la dogmatica della responsabilità amministrativa per danno erariale, che «pur combinando "elementi restitutori e di deterrenza" (sentenza n. 371 del 1998) e nonostante in più aspetti si discosti dall'archetipo della comune disciplina civilistica (sentenza n. 123 del 2023, n. 203 del 2022, n. 355 del 2010 e n. 453 del 1998), non smarrisce la sua natura risarcitoria di fondo […] essendo ancorata al danno subito, dal momento che in assenza dello stesso e oltre lo stesso non può esservi responsabilità». Nel ragionamento del giudice delle leggi, infatti, vi è la consapevolezza che l'amministrazione del nuovo secolo, sostanzialmente l'amministrazione frutto della riforma culturale patrocinata dalla l. 7 agosto 1990, n. 241, sia «un'amministrazione che deve raggiungere determinati obiettivi di *policy* e che risponde dei risultati economici e sociali conseguiti attraverso la sua complessiva attualità». In una simile prospettiva, pertanto, «il punto di equilibro può non essere fissato dal legislatore una volta per tutte, ma [va] modulato in funzione del contesto istituzionale, giuridico e storico in cui opera l'agente pubblico, e del bilanciamento che il legislatore medesimo - nel rispetto del limite della ragionevolezza - intende effettuare, in tale

ISSN 2036-7821

2021, n. 77) e la c.d. "riforma Foti" (l. 7 gennaio 2026, n.1). Secondo i sostenitori di queste misure normative, l'adozione di tali provvedimenti sarebbe giustificata da una relazione di causa-effetto tra la riduzione dei poteri di controllo della Corte dei conti e la valorizzazione di quelle "risorse amministrative" ritenute non ancora pienamente espresse. Proprio da questa prospettiva, infatti, muove la relazione di accompagnamento al D.d.l. Foti, constatando che «è ormai da tempo che la cosiddetta "paura della firma" affligge il funzionamento della pubblica amministrazione italiana»[3]. In ragione di tale dinamica emerge pertanto la necessità «di intervenire in tempi rapidi per attribuire alla Corte dei conti un nuovo ruolo di supporto agli amministratori pubblici»[4].

Tuttavia, sembra corretto ritenere che la rimozione di vincoli e ostacoli all'azione amministrativa non possa prescindere dalla predisposizione di un articolato normativo capace di assicurare il pieno ristoro del danno erariale, una volta accertata tale responsabilità. Al riguardo, costituisce un dato acquisito come il recupero dei crediti erariali, e in termini più generali l'effettiva attuazione del principio di

---

contesto, tra le due menzionate esigenze», nella piena consapevolezza che la nostra sia l'era della "fatica dell'amministrare".

Per un approfondimento sul punto cfr: 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*, in *Riv. Corte conti*, 2024, n. 4, p. 195; F. Cintioli, *La sentenza della Corte costituzionale n 132 del 2024*, in *Federalismi.it*, 2024, p. 122; S. Battini, *Burocrazia difensiva e responsabilità amministrativa: la sentenza "Pitruzzella"*, in *Gior. dir. amm.*, 2025, 1, p. 73 e ss.

[3] Invero, non mancano alcune voci di segno opposto secondo cui «la "paura della firma", la "fatica dell'amministrare" e soprattutto la presenza di asserite sentenze giuscontabili formalistiche ed invisibili sembrano configurare un assioma psicologico indimostrato, che ispira qualche contributo dottrinale, ma soprattutto fornisce giustificazione per il legislatore per assumere "rassicuranti" iniziative, quali il cennato art. 21, d.l. n. 76/2020 o l'adottando progetto di legge Foti C1621-S1457, o per redigere sentenze della Consulta (quali la n. 8/2022 e la n. 132/2024) che fondano l'iter argomentativo su premesse prive di riscontro, su "timori" asseriti ma indimostrati, sui rischi "ubiqui e indefiniti". Difatti, se ci è ben noto il brocardo "*iura novit curia*", non trova una collocazione dogmatica, né un avallo giurisprudenziale, il principio "*timor subscriptionis novit curia*": il giudice, a differenza della dottrina e della politica, deve sempre dimostrare quali siano i dati fattuali ("*paura della firma*" nella specie e sua correlazione con iniziative giudiziarie) da cui desumere ricadute giuridiche, e ciò vale anche per la Consulta. Anche a voler seguire il canone processuale "*da mihi factum, dabo tibi ius*", il "*factum*" ("*paura della firma*" nella specie e nella sua correlazione con iniziative giuscontabili) va comprovato dalle parti (o dal legislatore, le cui norme vengono rimesse alla Consulta in punto di ragionevolezza) e non può essere presunto o "fiutato nell'aria" dal legislatore (o dal giudice delle leggi), v. 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"*, in *Riv. Corte conti*, n.1/2025, p.3.

Al riguardo, si segnala come vi è chi contesti energicamente l'idea che l'operato della magistratura contabile rappresenti un ostacolo all'efficienza in grado di indurre «una vera e propria paralisi, tanto che i funzionari pubblici, terrorizzati dai presunti cerberi giurisdizionali, e specialmente dal giudice contabile, si fermerebbero di fronte alla c.d. "paura della firma"», v. M. Mazzamuto, *I casi di esclusione della colpa grave nella responsabilità amministrativa: profili di incostituzionalità e di incongruenza del disegno di legge S. 1457 (Foti)*, in *Bilancio, comunità e persona*, fasc. 2/2025, p. 30

[4] Si veda la relazione di accompagnamento al D.d.l. Foti, p. 1.

ISSN 2036-7821

responsabilità amministrativo-contabile[5], risulti spesso ostacolato dalla complessità degli strumenti giuridici attualmente vigenti, i quali non sempre facilitano l'esecuzione delle sentenze di condanna emesse dalla Corte dei conti, nonché dalla frequente esiguità dei patrimoni dei funzionari responsabili. Da questo punto di vista, la compatibilità tra il divieto di assicurazione per responsabilità amministrativa a beneficio del pubblico dipendente, sancito dall'art. 3 comma 59 della l. 24 dicembre 2007, n. 244 (di seguito, legge finanziaria 2008), e le nuove forme di tutela assicurative introdotte dal legislatore riformista nel settore dei contratti pubblici, nonché dalla recente l. 1/2026, costituiscono il punto di abbrivio per l'elaborazione di una riflessione sistematica in ordine al ruolo che le polizze assicurative possono assumere nella gestione del rischio amministrativo e nel soddisfacimento dei crediti erariali statuiti nelle sentenze di condanna. A tal proposito sembrerebbe che il ricorso a siffatti strumenti contrattuali possa apportare diversi benefici, sia contenendo eventuali tendenze paralizzanti favorite dalla "paura della firma", sia tutelando la pubblica amministrazione rispetto al pieno soddisfacimento dei crediti erariali derivanti dalle condotte foriere di responsabilità amministrativa.

2. L'inefficienza dell'attuale sistema di recupero dei crediti erariali. Un problema di ordine sistematico.

Se da un punto di vista empirico il pieno recupero dei crediti erariali statuiti in sentenza riveste un ruolo di primaria importanza per ciò che concerne la tenuta delle pubbliche finanze[6], sul piano normativo il sistema di recupero mostra una serie di inefficienze che ne compromettono fino in fondo l'effettività. Tra queste, la più rilevante è rappresentata dalla frammentazione di competenze e poteri fra l'amministrazione danneggiata e il pubblico ministero contabile, questione che invero ha rappresentato un limite anche nella sistematica degli impianti normativi antecedenti al d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174. Alcuni redattori del Codice hanno infatti rilevato come il legislatore, nel 2016, si sia trovato innanzi all'alternativa di fondo «fra un codice che "codifica" e consolida prassi e giurisprudenze precedenti e un codice che rappresenta piuttosto lo strumento per una riforma effettiva sostanziale»[7],

[5] È fatto noto che il principio di responsabilità innerva le trame dello stato di diritto in tutte le sue numerose sfumature: «dal carattere doveroso della funzione di amministrazione deriva la necessaria responsabilità di coloro che la esercitano. La cura dell'interesse pubblico impone sul piano giuridico di rispondere del corretto svolgimento, dei risultati conseguiti, dei pregiudizi arrecati, delle risorse utilizzate. Si tratta, pertanto, di una naturale conseguenza dei compiti pubblici assegnati e del ruolo riconosciuto all'amministrazione e ai suoi agenti», v. R. Ursi, *Manuale di diritto amministrativo,* Milano, 2024, p.48. Per un approfondimento si rimanda anche a A. Police, *Il principio di responsabilità*, in M. Renna e F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 195 e ss.

[6] Si pensi soltanto che nel corso dell'anno 2023 l'importo complessivamente recuperato in sede esecutiva è stato di €59.714.389, 74 e che la relazione del 2025 segna un dato in crescita che si attesta a €133.0113.470, 96, di cui €79.389.633,92 derivanti da sentenze di condanna, più del doppio rispetto ai €36.417.641,10 del 2023.

[7] M. Clarich, F. P. Luiso, A. Travi, *Prime osservazioni sul recente Codice del processo avanti alla Corte dei conti*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2016, p. 1279.

ISSN 2036-7821

scegliendo, forse senza troppa convenzione, la prima via. In altri termini, come sottolineato anche dalla relazione d'accompagnamento, «il ruolo e il potere del P.M. contabile nella fase di esecuzione delle sentenze risultano decisamente rafforzati dalle disposizioni del nuovo Codice di giustizia contabile (artt. 212-216), pur permanendo alcuni limiti che ostacolano la piena ed effettiva realizzazione del credito erariale»[8].

In tale contesto si inserisce la persistente questione circa l'ammissibilità della stipula di polizze assicurative in favore dei pubblici dipendenti destinate a coprire i danni erariali causati durante l'espletamento delle proprie mansioni lavorative. Come precisato poc'anzi, infatti, l'effettiva riscossione delle somme statuite in sentenza è destinata a scontrarsi inevitabilmente con la materiale composizione del patrimonio del pubblico dipendente, il quale è responsabile dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri a norma dell'art. 2740 c.c. L' ammontare complessivo delle retribuzioni dei pubblici dipendenti[9] è infatti tale che nella maggior parte dei casi esso non permette certo un integrale ristoro dei crediti erariali, motivo per il quale il regime della responsabilità amministrativa prevede alcuni importanti meccanismi correttivi di *compensatio lucri cum damno*[10].

---

[8] Relazione della Procura generale, p. 75. Per un approfondimento sul punto sia consentito il rinvio a M. Celsa, *Tra Scilla e Cariddi: alcune considerazioni in merito all'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte dei conti*, in *Bilancio, comunità, persona*, n. 1/2025, p. 229 ss.

[9] Basti pensare che secondo l'osservatorio sui lavoratori pubblici nel 2024 la retribuzione media dei 3.683.507 lavoratori della pubblica amministrazione ammonterebbe nel 2023 a circa €35.141 *pro capite* e nel 2024 a €35.350. https://servizi2.inps.it/servizi/osservatoristatistici/api/getAllegato/?idAllegato=1048.

[10] In verità va precisato sin da subito che il potere riconosciuto al giudice contabile di parametrare l'entità materiale della condanna nell'originaria intenzione del legislatore ottocentesco costituiva un "privilegio" che differenziava "in positivo" la responsabilità amministrativo-contabile da quella civile. La difficoltà di amministrare, infatti, secondo le intenzioni del legislatore liberale non doveva favorire forme di paralisi dell'attività amministrativa, come anche lucidamente osservato da A. Police, *Il principio* cit., p. 214: «mentre la responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche nei confronti dei soggetti privati è espressione di un principio di diritto comune e non ha carattere di specialità - ad eccezione di alcuni profili di giurisdizione - quella amministrativo-contabile è propria del diritto pubblico ed è frutto di una deroga, di un privilegio esistente nell'ambito dell'apparato pubblico […] Cavour pensava di costruire l'istituto in termini di eccezione, come un privilegio riconosciuto al pubblico funzionario che abbia il maneggio del pubblico denaro […] Il Conte di Cavour sentiva la preoccupazione ascrivibile all'evidente sproporzione esistente tra i rischi connessi all'attività professionale propria del maneggio del pubblico denaro e la retribuzione riservata al pubblico dipendente.

Per evitare che tale squilibrio comportasse un blocco nell'amministrazione o lentezze nello svolgimento delle funzioni proprie dei pubblici dipendenti connesse al timore di essere chiamati a rispondere per il maneggio di queste ingenti risorse, l'amministrazione postunitaria ritenne di applicare una legge già presente nell'ordinamento sabaudo volta a contenere la responsabilità degli agenti pagatori. Fu quindi introdotta una disciplina generale che da un lato conteneva la responsabilità ordinaria del dipendente nei confronti del datore di lavoro, dall'altro istituiva quel tipico potere del Re, in questo caso esercitato dalla Corte dei Conti […] c.d. riduttivo dell'addebito».

Di recente in dottrina il tema è stato affrontato con riferimento alla c.d. Riforma Foti evidenziando che, «la tutela degli interessi della pubblica amministrazione, pertanto, per effetto della compressione della giurisdizione della corte dei conti, dovrebbe inevitabilmente spostarsi sul piano civilistico, perdendo tuttavia quelle connotazioni particolari e pubblicistiche, anche di garanzia del pubblico funzionario, proprie della responsabilità

Come è noto, infatti, ai sensi dell'art. 1882 c.c. la causa[11] del contratto assicurativo risiede proprio nella funzione indennitaria in quanto volta a risarcire un danno nel contesto di un rapporto contrattuale caratterizzato dall'assunzione di un rischio e la cui assenza determina, di conseguenza, la nullità dello schema contrattuale[12]. Al fine di scongiurare eventuali forme di ricorso abusivo allo schema contrattuale assicurativo, pertanto, la funzione indennitaria deve essere limitata al pregiudizio subito escludendo qualsiasi finalità di arricchimento estranea alla causa del contratto stesso. È per tali motivi che è facilmente intuibile perché la dottrina giuridica più autorevole qualifichi il contratto assicurativo come mezzo di protezione del

erariale», F. Cancilla, S. Greco, *Burocrazia difensiva e responsabilità amminsitrativa: criticità, attualità e prospettive dell'illecito erariale*, in *Riv. corte conti*, n. 2/2025, p. 34.

[11] Secondo una celebre definizione, «la causa è la ragione pratica del contratto, cioè l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare», costituendone il «fondamento della rilevanza giuridica del contratto. Affinché il contratto sia riconosciuto come giuridicamente impegnativo non è sufficiente che sussista l'accordo ma, come si è detto, occorre anche che l'accordo sia giustificato da un interesse apprezzabile. È in questo senso che la causa diviene elemento essenziale del contratto. Ne consegue pertanto la nullità del contratto che è diretto a realizzare un interesse non meritevole di tutela», C.M. Bianca, *Manuale di diritto civile*, Milano, 2000, pp. 447-448. In altri termini la causa contrattuale si configura quale «ragione giustificativa del contratto; la sua *ratio*, cioè l'elemento che lo spiega razionalmente, gli dà un senso razionale, e su questa base lo giustifica agli occhi dell'ordinamento giuridico», V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2025, p. 309.

Sul punto la produzione scientifica è sterminata, a mero titolo di esempio si rinvia solo ad alcuni dei più autorevoli lavori scientifici: A. Di Majo, *Causa del negozio* giuridico, in *Enc. giur.* Treccani, VI; M. Bessone, in *Rd. comm. 1979,* II, p. 146; G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico,* Milano, 1966; M. Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata,* Milano, 1974; M. Bessone, E. Roppo, *Il problema della causa nei suoi profili attuali (materiali per una discussione)*, in *Università di Genova, Facoltà di giurisprudenza, Annali*, 2/1972, 555 ss.; U. Breccia, Causa, in G. Alpa, A. Liserre, U. Breccia (a cura di), *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XIII-III, Torino, 1999, p. 22; F. Piraino, *Meritevolezza degli interessi*, in *Enc. dir.*, I tematici, I, Contratto, Milano, 2021, p. 602; A. Piraino Leto, *La causa quale limite dell'autonomia privata*, in *Le corti di Brescia, Venezia e Trieste*, nn. 1-2/1973; pp. 2-7; M. Mearelli, *"Motivi" e "causa" del contratto. Ancora in tema di una contrapposizione da rimediare,* in *Temi*, n. 5-6-/1978, pp. 399-409; M. Bessone, *Obiter dicta della giurisprudenza, l'accertamento della "causa" reale dei contratti, gli equivoci sulla funzione economico-sociale del* negozio, in *Riv. del notariato*, n. 5/1978, fasc. 1, pp. 947-952; M. Bessone *Causa del contratto, funzione del tipo negoziale ed economia dello* scambio, in *Giurisprudenza di merito*, n. 6/1978, fasc. 4, pp. 1327 ss.; M. Cassottana, *Causa ed "economia" del contratto: tendenze dottrinali e* modelli, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2/1979, pp. 813 ss.; M. Bessone, *Causa tipica e "motivo" del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 3/1979, pp. 1098 ss.; A. Pellicanò, *Problemi della causa nel contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 3/1979, pp. 904 ss; A. Nervi, *La causa del contratto; una questione culturale*, in *Pactum, Riv. dir. contr.*, n. 1/2022, p. 87 ss; F. Piraino, *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa del contratto*, in *Teoria e Critica della regolazione sociale*, 2015, p. 68 e ss; U. Grassi, *Una disciplina per la causa del contratto, riflessioni in memoria di una nozione al tramonto*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 846.

[12] Ai sensi dell'art. 1895 c.c., l'inesistenza del rischio determina la nullità qualora il rischio non sia mai esistito o abbia cessato di esistere prima della conclusione del contratto. Si ricordi anche che all'eventuale cessazione del rischio si ricollega, quale conseguenza, lo scioglimento del contratto stesso ex art. 1896 c.c. e che, in generale, l'inesatta conoscenza dell'alea assicurativa da parte dell'assicuratore costituisce causa di annullamento (art. 1892 c.c.) o di recesso (1893 c.c.). Non sono mancate però in dottrina delle diverse prospettive di lettura tese a distinguere il grado di aleatorietà in relazione alla natura bilaterale o unilaterale dell'alea. Per un approfondimento sul punto si rimanda a L. Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni,* II, Milano, 1948, p. 293; B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, II, 2, Torino, 1904, p. 420; G. R. Pothier *Trattato del giuoco*, in *Trattato del diritto francese*, Livorno, 1842, p. 159.

ISSN 2036-7821

patrimonio piuttosto che di speculazione[13].

Volendo prevenire l'insorgere di eventuali conflitti di interessi ovvero di condotte foriere di responsabilità amministrativa e psicologicamente giustificate da una simile copertura assicurativa[14], il legislatore con la legge finanziaria 2008 ha dunque sancito la nullità dei contratti assicurativi stipulati per far fronte a ipotesi di responsabilità amministrativo-contabile[15]. Secondo alcuni, infatti, l'adozione di un simile divieto risulterebbe giustificata «ancor prima che dal danno erariale patito dalla P.A. per la sopportazione, nonostante il palese conflitto di interessi, dei costi del premio di dette polizze, dal rischio della c.d. deresponsabilizzazione della classe dirigente e politica dell'ente, tutelata nelle proprie illegittime o irragionevoli scelte gestionali - con esclusione di quelle dolose - dall'ombrello delle polizze assicurative»[16]. Lungi dall'essere un divieto di natura eccezionale, la soluzione adottata dal legislatore ha così recepito un orientamento dottrinale consolidato, che riteneva opportuno sancire la nullità virtuale di tali contratti assicurativi al fine di contenere al minimo forme di deresponsabilizzazione dei pubblici funzionari, dirigenti e politici[17].

---

[13] A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2022, p. 856.

[14] R. Ursi, *La trappola della fiducia*, in *Bilancio, comunità, persona*, n. 2/2024.

[15] Ai sensi dell'art. 3, comma 59, della l. 24 dicembre 2007, n. 244 "*È nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicuri i propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile. I contratti di assicurazione in corso alla data di entrata in vigore della presente legge cessano di avere efficacia alla data del 30 giugno 2008. In caso di violazione della presente disposizione, l'amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei remi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo*".

Le ragioni di un simile intervento si giustificano alla luce della sempre più crescente diffusione del ricorso allo strumento assicurativo negli ordinamenti regionali. Si ricordi, ad esempio, la legge regionale Lazio 5 novembre 1998, n. 48, il cui articolo 9-bis disponeva che "*La Regione Lazio provvede alla copertura assicurativa per i Consiglieri in carica per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica ricoperta riguardanti la responsabilità patrimoniale, ammnistrativa, giudiziaria ed il relativo patrocinio legale comprese le responsabilità per danni cagionati allo Stato, alla Pubblica Amministrazione, alla Regione e la responsabilità contabile*"; ovvero la legge regionale Emilia Romagna 26 luglio 1997, n. 24, il cui articolo 1 disponeva al comma 5, che "*la Regione Emilia-Romagna provvede altresì, con oneri a carico del bilancio generale della Regione, a stipulare assicurazioni a copertura delle responsabilità che possono derivare alla Regione dall'esercizio delle attività comunque imputabili o riferibili all'Amministrazione regionale*".

Peraltro, la disciplina in esame richiama principi affermati dalla giurisprudenza fin dagli anni '90, cfr. Corte dei conti, sez. riun. del 5 aprile 1991, n. 707; sez. giurisd. Sicilia, 4 marzo 2008, n. 734.

[16] V. Tenore, *La responsabilità amministrativo-contabile. Profili sostanziali,* Milano, 2023, p. 499. A completamento di quanto fin qui esposto, la norma ha inoltre stabilito un termine (il 30 giugno 2008) per la cessazione di efficacia di eventuali prodotti assicurativi stipulati in violazione del divieto sancito dalla legge finanziaria, invero non senza sollevare alcune perplessità in dottrina difficilmente superabili.

L'autore, infatti, ritiene superflua la scelta di individuare un termine ultimo di efficacia delle polizze stipulate in violazione di tale divieto in considerazione del fatto che la nullità delle stesse fosse già «desumibile dal sistema e come tale già virtualmente operante nel nostro ordinamento», con la naturale conseguenza che ciò avrebbe dovuto comportare l'immediata nullità dei contratti stipulati, che però, a tenore del regime introdotto dalla prefata disposizione, sarà impossibile da far valere fino al 30 giugno 2008.

[16] Per un approfondimento si rimanda a V. Tenore, *Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole*, cit., p.195.

[17] In particolare, la nullità, nella specie virtuale, discenderebbe dal conflitto con l'art. 1418 c.c., che in una prima versione di tale orientamento dottrinale si riteneva fosse in contrasto con norme imperative, ma che a seguito

Va precisato, tuttavia, che nell'originaria intenzione del legislatore l'ampiezza del divieto ricomprendeva soltanto i contratti assicurativi stipulati direttamente da un ente pubblico per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali ai quali sono preposti i pubblici dipendenti potenzialmente beneficiari. Pertanto, secondo una lettura rispettosa del divieto normativo esposto poc'anzi, restava ammessa la stipula individuale del singolo contratto di assicurazione da parte del pubblico dipendente. Una simile lettura trova, del resto, conferma proprio nella persistente presenza sul mercato di un'ampia offerta di strumenti assicurativi, articolati secondo molteplici assetti negoziali differenziati coerenti con le logiche del mercato assicurativo[18]. Come sarà meglio precisato in seguito, un impianto normativo similmente configurato non può che sollevare interrogativi circa l'opportunità di attenuare il rigore del divieto introdotto dalla legge finanziaria del 2008. In effetti, oltre a favorire un efficace recupero dei crediti erariali, si può ragionevolmente ipotizzare che, nel processo di bilanciamento fra la necessità di contrastare la c.d. paura della firma e l'imprescindibile esigenza di mitigare i rischi di *malpractices*, appaia giustificata tanto l'apertura verso il ricorso a tali fattispecie contrattuali quanto l'esigenza di garantire una protezione assicurativa uniforme ai pubblici dipendenti al fine di evitare eventuali disparità di trattamento fra gli stessi.

3. La spinta riformatrice della contrattualistica pubblica e le ragioni della Sezione delle Autonomie della Corte dei conti.

In una prospettiva per certi versi antitetica rispetto a quella fin qui esposta, il settore dei contratti pubblici ha rappresentato una tappa importante nel processo di liberalizzazione del ricorso alle polizze assicurative a garanzia dell'espletamento delle funzioni di un ente pubblico, seppur con dei rilevanti temperamenti che occorre tenere in conto[19].

---

della positivizzazione da parte del legislatore è divenuta una ipotesi di nullità testuale ai sensi del comma 2 della ricordata disposizione.

[18] A titolo esemplificativo si riporta il caso di Federmanager e Confservizi che, alla luce del recepimento del divieto della legge finanziaria del 2008 (art. 26 del CCNL per i Dirigenti delle imprese e dei servizi di pubblica utilità), hanno chiesto a Praesidium S.p.A. di effettuare una ricerca di mercato tra le maggiori compagnie assicurative del settore, stipulando una convenzione ad adesione individuale con la Compagnia Lloyd's Insurance Company S.A. Il suddetto contratto assicurativo assicura dalla responsabilità amministrativa e amministrativo-contabile per i danni erariali cagionati alla società assicurata in polizza e alla pubblica amministrazione, tenendo indenne da eventuali azioni di rivalsa esperite dalla società e dalla pubblica amministrazione in genere per i danni provocati, nonché per multe, ammende e sanzioni amministrative o pecuniarie inflitte a terzi, alla società di appartenenza e alla pubblica amministrazione in genere a seguito di propri errori.

[19] Nell'ambito del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 si ricordino, ad esempio, gli obblighi assicurativi previsti a garanzia del corretto espletamento della fase di progettazione e della relativa verifica prima dell'inizio dei lavori ai sensi degli artt. 111 e 112, comma 4 bis; le garanzie e coperture assicurative per i lavori pubblici, ex art. 129, e in caso di risoluzione ai sensi dell'art. 139; nonché il rimando agli schemi di "polizza-tipo" concernenti le coperture assicurative e le garanzie fideiussione cui rimanda l'art. 252, comma 6.

ISSN 2036-7821

In particolare, l'art. 2, comma 4 del codice del 2023, oltre a stabilire l'invito ad «adottare azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti», si presenta finanche come una norma di principio tesa a innervare fino in fondo l'operato della pubblica amministrazione e la sua dimensione organizzativa. Tale disposizione sembrerebbe proprio sottolineare l'esistenza di un nesso di stretta interdipendenza sistematica tra la fiducia, valore cardine della nuova dogmatica del codice dei contratti pubblici[20], e l'utilizzo degli strumenti assicurativi, secondo una precisa dimensione interpretativa e nomopoietica in considerazione della natura di "super principi" delle prime tre disposizioni del codice ai sensi dell'art. 4[21].

La concreta portata applicativa del principio enunciato rimane però ancora di difficile definizione. In particolare, in dottrina si è tentato di delinearne l'ambito operativo e secondo un attento osservatore si potrebbero prefigurare due ipotesi: una prima nella quale «la stazione appaltante e gli enti concedenti stipulano polizze per il proprio personale che svolge ad esempio le funzioni di RUP», e una seconda invece consistente nella predisposizione di apposite «convenzioni per agevolare la sottoscrizione da parte dei propri dipendenti»[22]. Nel primo caso, il rischio insito sarebbe quello di alimentare inevitabilmente pericolose forme di *moral hazard*[23], nella seconda ipotesi la stipula di simili convenzioni potrebbe invece favorire l'affermarsi di «strumenti di agevolazione con abbattimento dei costi dei premi pagati dagli stessi

---

La stessa tendenza si riscontra nella sistematica del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Ai sensi dell'art. 24, comma 4, infatti, «sono a carico delle stazioni appaltanti le polizze assicurative per la copertura dei rischi di natura professionale a valore dei dipendenti incaricati della progettazione», così come anche ribadito all'art. 31, comma 11, secondo il quale nel caso in di affidamento di compiti propri del RUP il soggetto affidante necessita di stipulare «adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali, come previsto dall'art. 24, comma 4, assicurando comunque il rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza».

In fase esecutiva le stazioni appaltanti, comunque, vantavano pur sempre la facoltà di stipulare contratti di assicurazione della propria responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione ai sensi dell'art. 32, comma 8. Da notare altresì che fra i criteri di selezione, l'adeguatezza della copertura assicurativa offerta, in relazione al requisito di cui all'art. 83, comma 4, lettera c), viene valutata «sulla base della polizza assicurativa contro i rischi professionali posseduta dall'operatore economico e in corso di validità» ai sensi del comma 5 bis. È necessario infine sottolineare che un siffatto obbligo può riferirsi sia all'amministrazione interessata che a colui il quale dirige materialmente e concretamente i lavori tecnici, ossia il direttore dei lavori.

[20] Cfr. R. Ursi, *La trappola*, cit., p.12 e ss.

[21] Per un approfondimento sul ruolo dei principi nel nuovo codice dei contratti si rimanda a M. Macchia, *Il ruolo dei principi nel Codice dei contratti*, in M. Macchia (a cura di), *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli editore, Torino, 2024, p. 1 e ss.

[22] R. Ursi, *La trappola* cit., p. 29.

[23] Nel campo dell'economia sanitaria è nota la celebre definizione di stampo "economico" di Mark. V. Pauly, *The economics of Moral Hazard: comment*, in *Am. Economic Review*, vol. 58, no. 3, (Jun. 1968,), p. 535, secondo il quale il *moral hazard* sarebbe «*the intangible loss-proucing propensities of the individual assured*». La lettura offerta nel *Comment* si contrapponeva a quegli indirizzi di ricerca i quali ritenevano invece che il problema del *moral hazard* avesse delle motivazioni "etiche" e "morali" («*moral hazard is every deviation from the corect human behavior that may pose a problem for an insurer*»), M. V. Pauly, *op.ult.cit.*, p. 535. Per un approfondimento sul punto si rinvia a K. J. Arrow, *Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care*, in *Am. Econ. Rev.*, Dec. 1963, 53, pp. 941-973.

ISSN 2036-7821

funzionari»[24].

Ciò detto, l'attenzione del legislatore verso l'utilizzo del contratto assicurativo emerge in ulteriori disposizioni di dettaglio che confermano l'impostazione riformatrice dei precedenti codici. In particolare, l'art. 45, comma 7, lett. c) prevede che parte delle risorse stanziate al comma 5, pari ossia al 20% delle risorse finanziarie incamerate per le funzioni tecniche svolte dal proprio personale così come specificate nell'allegato I.10, sia destinata per la copertura degli oneri di assicurazione obbligatoria del personale, fatte salve alcune eccezioni[25].

Animate dallo stesso scopo anche alcune disposizioni dell'allegato I.7 al Codice che impongono precisi obblighi assicurativi al soggetto incaricato dell'attività di verifica per la copertura dei rischi a norma dell'art. 43 dell'Allegato I.7[26]. Ma si consideri anche l'art. 5, comma 1 lett. e), punti 9 e 10, dell'allegato I.7 al Codice[27], a norma del quale il quadro economico, con riferimento al costo complessivo dell'opera o dell'intervento, è articolato in una serie di voci tra le quali, ai sensi del n.9, le «spese per attività tecnico-amministrative e strumentali connesse alla progettazione, di supporto al RUP qualora si tratti di personale dipendente, di assicurazione dei progettisti qualora dipendenti dell'amministrazione»; nonché, ai sensi del punto 10, delle spese di cui all'art. 45, comma 6 e 7 del codice, nelle percentuali evidenziate

[24] R. Ursi, *La trappola*, cit., p. 30: «infatti, i dirigenti amministrativi potrebbero sentirsi incentivati a intraprendere comportamenti eccessivamente rischiosi, contando su una significativa probabilità che i costi associati a un eventuale esito negativo delle loro azioni ricadano sulla collettività o su altri operatori economici. Ciò, ad esempio, in un sistema basato sulla distinzione tra politica e amministrazione, avrebbe lo scopo di rafforzare la propria posizione "fiduciari" rispetto agli organi di indirizzo politico che, direttamente o indirettamente, gli conferiscono l'incarico».

Di diverso avviso, invece, altri esponenti del dibattito scientifico. Secondo A. Police in *art. 2 (Principio della fiducia)*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Trento, 2023, p. 11, infatti, la positivizzazione del principio di fiducia, con i corollari giuridici che da essa discendono, «è una saggia scelta "di fiducia" anche nei confronti del giudice e della sua discrezionalità», una vera e propria «sfida ad un sindacato accurato ed equilibrato dell'elemento psicologico orientato appunto ad una valorizzazione dell'indagine sull'elemento psicologico (per quanto essa possa essere onerosa in ogni giudizio) e un monito ad evitare la facile (e purtroppo in passato frequentata) scorciatoia dell'enfatizzazione della gravità della colpa come volano o moltiplicatore del "terribile" potere della giurisdizione».

[25] Si tratta ai sensi del comma 5 delle risorse che derivano da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata.

[26] Ai sensi dell'art. 37, comma 3, allegato I.7, si prevede che il soggetto incaricato dell'attività di verifica sia munito di adeguata polizza assicurativa per la copertura dei rischi legati alle attività professionali a norma dell'articolo 43. In particolare, si prevede che la polizza debba avere delle specifiche caratteristiche di durata e valore parametrata al costo complessivo della commessa pubblica, in generale, all'allegato Art. 37, comma 3, allegato I.7.

[27] Si pensi ad esempio all'art. 42 dell'allegato I.7, comma 2, secondo il quale «il soggetto incaricato dell'attività di verifica che sia inadempiente agli obblighi posti a suo carico dalla presente sezione e dal contratto di appalto di servizi è tenuto a risarcire i danni derivanti alla stazione appaltante in conseguenza dell'inadempimento […] per i danni non ristorabili, per tipologia o importo, mediante la copertura assicurativa di cui all'art. 43, resta ferma la responsabilità del soggetto esterno incaricato dell'attività di verifica […] Nel caso in cui il soggetto incaricato della verifica sia dipendente della stazione appaltante esso risponde nei limiti della copertura assicurativa di cui all'articolo 37, salve la responsabilità disciplinare e per danno erariale secondo le norme vigenti».

poc'anzi.

Da tale quadro emerge chiaramente quanto il ricorso allo strumento assicurativo rappresenti oggi una delle direttrici di riforma del settore della contrattualistica pubblica, nella chiara consapevolezza che l'esercizio di un *munus* amministrativo inevitabilmente richiede competenze e capacità di scelta, e che il dipendente, fin troppo spesso, rischia di trovarsi esposto dinanzi a complesse questioni di natura tecnica potenzialmente foriere di responsabilità civile o amministrativa.

In assenza di una espressa previsione legislativa, la giurisprudenza contabile si è interrogata sull'effettiva portata applicativa dell'implicito obbligo assicurativo in favore dei dipendenti che emerge dal complesso dalle disposizioni del nuovo codice, così come valorizzato dal principio di fiducia. In particolare, i giudici contabili si sono interrogati sull'opportunità di estendere tali misure protettive oltre il novero delle ipotesi di responsabilità civile, ovverosia anche alle ipotesi di responsabilità amministrativo-contabile.

Secondo un primo indirizzo[28], condiviso anche dalle autorità di settore[29], tale obbligo sarebbe soltanto limitato alla facoltà di stipulare, con oneri a carico dell'ente, eventuali polizze assicurative per responsabilità civile professionale in favore dei soli dipendenti pubblici chiamati a svolgere funzioni di natura tecnica. Tale lettura ridimensionerebbe di molto la portata innovativa dell'art. 2 comma 4 del codice, limitando così la copertura assicurativa offerta dalle polizze sottoscritte dalla pubblica amministrazione unicamente ai danni cagionati ai terzi nell'esercizio dell'attività professionale. Esulerebbero da tale copertura assicurativa proprio i danni erariali e, in coerenza con le premesse ermeneutiche di tale indirizzo, la stipula in deroga al divieto di cui alla legge finanziaria del 2008 di un contratto assicurativo che faccia fronte a ipotesi di responsabilità amministrativa costituirebbe un'ipotesi di danno erariale, nel presupposto che i rischi assicurabili da parte di una amministrazione siano per l'ente solo e unicamente quelli che rientrino nella sfera della propria responsabilità patrimoniale[30]. La stipula di simili coperture rischierebbe infatti di compromettere «l'ontologica funzione repressivo-sanzionatoria che, unitamente ai concorrenti obiettivi risarcitori, innegabilmente connota l'illecito amministrativo-contabile»[31] secondo quella peculiare impostazione che qualifica la

[28] Corte dei conti, sez. contr. delib. del 27 ottobre 2023, n. 89.

[29] Parere ANAC n. 64/23.

[30] Cfr. Corte Conti Lombardia, sez. contr., del 23 ottobre 2024, n.241. Si ricordi anche che il legislatore ha previsto che «in caso di violazione della presente disposizione, l'amministratore che pone essere o che proroga il contratto di assicurazione il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo».

[31] V. Tenore, *La responsabilità*, cit. Milano, 2023, p. 503. Secondo l'autore, tale contrasto porterebbe una inevitabile nullità ex artt. 1343 e 1418 c.c. del contratto sottoscritto e saldato dal solo lavoratore.

In verità va precisato sin da subito che, sebbene la questione relativa alla natura della responsabilità amministrativo-contabile presenti tuttora profili di ambiguità - dovendosi più correttamente ricondurre tale

responsabilità amministrativo-contabile come *tertium genus*, nel quale si rinvengono, in un amalgama traslucido, elementi tanto di natura civilistica quanto penalistica[32].
Un secondo orientamento giurisprudenziale, invece, rinviene nella disciplina vigente un'importante ipotesi di deroga del divieto di assicurazione stabilito dalla legge finanziaria del 2008. In favore di tale ricostruzione deporrebbero infatti «le chiare norme di legge che - proprio per il caso dei progettisti e dei verificatori - fanno

---

responsabilità a un "terzo genere" collocato tra quella civile e quella penale - ciò non esclude che gli elementi normativi di matrice civilistica insiti nella responsabilità ammnistrativa possano nondimeno perseguire anche obiettivi di carattere latamente punitivo. Nel diritto civile il tema è fin troppo noto, basti in questa sede unicamente ricordare la celebre controversia sull'ammissibilità nel nostro ordinamento della disciplina dei *punitive damages* o della natura eventualmente sanzionatoria della responsabilità extracontrattuale. In merito ai primi, dopo una iniziale chiusura (Cass. Civ., s.u., sent. del 19/01/2007, n. 1183) la giurisprudenza di legittimità è oggi orientata nel ritenere ammissibile, seppur ad alcune condizioni, il recepimento nazionale di una disciplina punitiva di diritto civile (Cass. civ., s.u., sent. del 05/07/2017, n. 16601). Il legislatore, in tal senso, pare aver da tempo positivizzato tale orientamento in alcuni istituti processuali, quali ad esempio le *astreintes* di cui all'art. 614 bis c.p.c. nonché la condanna per lite temeraria ex art. 96 c.p.c.

[32] Secondo un primo orientamento essa si ritiene sia una forma di responsabilità contrattuale derivante dalla violazione di doveri assunti a seguito della costituzione di un rapporto di servizio. Secondo un altro indirizzo, si tratterebbe invece di una responsabilità di carattere sostanzialmente penale, specialmente alla luce di quegli orientamenti giurisprudenziali provenienti dalla Corte EDU. Tale lettura troverebbe altresì fondamento all'art. 21 del d.l. 16 luglio, n. 76, a norma del quale il legislatore, al fine di garantire una rapida ripresa al Sistema Paese messo a dura prova dall'esperienza pandemica, ha novellato l'art. 1, comma 1, della l. 14 gennaio 1994, n. 20, disponendo che «la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso». Così facendo, il legislatore si è schierato in favore di una lettura "penalistica" del concetto di dolo erariale, con un intento chiaramente garantista nei confronti del pubblico dipendente, chiamato ora a rispondere per dolo solo nell'eventualità in cui la volontarietà della condotta si sia estesa non solo al danno evento (come avviene nel diritto civile) ma anche al danno conseguenza. Secondo la relazione illustrativa, infatti, «la norma chiarisce che il dolo va riferito all'evento dannoso in chiave penalistica e non in chiave civilistica, come invece risulta da alcuni orientamenti della giurisprudenza contabile che hanno ritenuto raggiunta la prova del dolo inteso come dolo del singolo atto compiuto», con la volontà di escludere ipotesi di dolo non conformi al dettato dell'art. 43 c.p. Il dolo in chiave penalistica, infatti, è costituito da un elemento rappresentativo, ossia la pianificazione dell'azione od omissione finalizzata a causare l'evento dannoso, e anche dalla attività volontarietà, cioè dalla decisione, in altri termini, di realizzare concretamente quanto previsto per giungere alla realizzazione del fatto dannoso o pericoloso. Si aggiunga inoltre che il decreto in questione ha anche, seppur transitoriamente e fino al 31 dicembre 2021, circoscritto la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti nel giudizio di responsabilità ai soli casi di dolo, qualora si controverta in tema di azioni attive; nel caso di danni cagionati da inerzia od omissione, invece, il soggetto continuava a risponderne sia a titolo di dolo che di colpa grave. L'intento del legislatore era chiaro: premiare l'azione rispetto all'inerzia.

Per un'esposizione sistematica di tali orientamenti si veda V. Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei conti. Responsabilità* cit., p.67; G. Cavallari, *Dipendenti pubblici e polizze assicurative sui rischi a loro derivabili dalla responsabilità deli atti compiuti nello svolgimento del rapporto di lavoro*, *in Nuova rass*., 1999, n. 1 p.107-108; L. Guarino, *Gli oneri assicurativi del progettista di opere pubbliche nell'ordinamento della Regione Sicilia*, in *Nuove autonomie*, 1999, n. n. 5-6, pp. 981-985; G. Ursone, *I limiti alla stipula del contratto di assicurazione per la responsabilità amministrativa e contabile dei dipendenti degli enti locali*, in *Comuni d'Italia*, 2003, n. 5, pp. 39-41; V. Tenore, *Spunti di riflessione sulla legittimità-liceità di polizze assicurative volte ad eludere la responsabilità amministrativo-contabile*, in *Riv. Corte conti*, n. 1/2004, pp. 331-342; P. L. Rebecchi, *Questioni vecchie e nuove in tema di copertura assicurativa dei rischi derivanti dalla responsabilità amministrativa*, in *Enti pubblici*, 2004 n. 1; pp. 7-10; A. Lupi, *Articolo 3, comma 59 della legge finanziaria 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244). Una nuova ipotesi di responsabilità sanzionatoria*, in *Fin. Locale*, 2008, n. 6, pp. 129-138; S. Rodriquez, *La responsabilità amministrativa e le sue più recenti evoluzioni. Spunti di riflessione sugli interventi, negli anni, del giudice contabile*, in *Resp. civ. e prev*., 2009, n.6, pp. 1246-1268.

esplicito e testuale riferimento alla sola assicurazione sulla responsabilità professionale e non tout court a quella per responsabilità civile»[33]. In base a un coerente ragionamento *a contrario*, la possibilità di trasferire l'onere economico derivante da tale responsabilità nella sfera patrimoniale dell'assicuratore presuppone l'esistenza di un rischio effettivo, che nell'attuale quadro normativo non risulta configurato in misura tale da giustificare un interesse diretto della stazione appaltante alla stipula di polizze assicurative di tal genere per quanto concerne la responsabilità civile verso terzi. In altri termini, l'art 2, comma 4, dunque, favorirebbe una sorta di "investimento" in favore delle risorse interne delle pubbliche amministrazioni, nei limiti delle conseguenze risarcitorie connesse al danno erariale indiretto e all'eventuale esercizio dell'azione di rivalsa da parte dell'amministrazione nei confronti del dipendente responsabile. La *ratio* sottesa alla normativa in esame si mostrerebbe coerente con l'obiettivo, da un lato, di contenere la spesa connessa all'affidamento di incarichi a professionisti esterni e, dall'altro, di valorizzare le competenze interne alla pubblica amministrazione giustificando la scelta di limitare la copertura assicurativa alla responsabilità professionale, indipendentemente dal grado di colpa (lieve o grave) che abbia caratterizzato la condotta[34]. Tale precisazione consentirebbe anche di chiarire il richiamo all'art. 42 dell'Allegato I.7, il cui comma 2, terzo periodo, prevede che «nel caso in cui il soggetto incaricato della verifica sia dipendente della stazione appaltante esso risponde nei limiti della copertura assicurativa di cui all'articolo 37, salve la responsabilità disciplinare e per danno erariale secondo le norme vigenti». L'amministrazione, pertanto, manterrebbe la possibilità di esercitare l'azione di responsabilità contabile per il recupero della quota eccedente secondo le regole del giudizio dinanzi alla Corte dei conti.

Sulla scorta delle considerazioni finora esposte merita particolare attenzione una recente deliberazione della Sezione delle Autonomie della Corte dei conti che ha offerto degli importanti chiarimenti in materia[35]. La questione sottoposta all'esame nomofilattico verteva sulla possibilità che la disposizione in esame potesse implicare una deroga al divieto generale di cui all'art. 3, comma 59, della legge finanziaria del 2008 e, in caso affermativo, mirava a chiarire quali categorie di dipendenti potessero

[33] Sez. reg. di controllo Lombardia del 23 ottobre 2024 n. 241: «Depongono in tal senso le chiare norme di legge [..] ma anche la conseguente pratica commerciale e la modulistica, da ritenersi ancora vigente, predisposta dal ministero dello Sviluppo Economico con decreto 16 settembre 2022 n. 193, e recepita nel regolamento contenente gli schemi tipo per le garanzia fideiussorie e le polizze assicurative (di cui agli articoli 24, 35, 93, 103 e 104 del precedente Codice dei contratti pubblici) e nei relativi allegati che definiscono la copertura assicurativa della responsabilità civile professionale del dipendente pubblico incaricato della progettazione di lavori per i maggiori costi sostenuti dalla stazione appaltante dei lavori in conseguenza di errori od omissioni non intenzionali del progetto posto a base di gara (…) imputabili a colpa professionale dell'Assicurato».

[34] Si tratta, peraltro, di un elemento non espressamente regolato né dalla disciplina del contratto di assicurazione di diritto comune, né dalla normativa pubblicistica vigente, ma che può essere desunto sistematicamente dal portato dell'art. 2236 c.c.

[35] Corte dei conti, delib. sez. aut., del 2 ottobre 2025, n. 19.

ISSN 2036-7821

beneficiare di una simile deroga[36]. La Sezione delle Autonomie ha assunto una posizione intermedia, ammettendo il ricorso al contratto di assicurazione in tali ipotesi entro però limiti precisi e unicamente al fine di garantire una copertura dei rischi legati all'esercizio dell'attività professionale dei dipendenti interni incaricati della progettazione e della verifica di progetto, sia contrattuali - cioè per danni riferiti all'amministrazione - sia extracontrattuali. Tale apertura è giustificata dalla Corte alla luce del principio di fiducia di cui all'art. 2, comma 4, seppur con degli importanti chiarimenti. Il Collegio ha infatti riconosciuto la sussistenza di un interesse proprio e concreto dell'amministrazione alla stipula di contratti assicurativi in favore di quei dipendenti che in virtù delle proprie specifiche competenze tecniche fossero titolari di ulteriori incarichi, quali la redazione di un progetto o la sua verificazione[37]. In effetti, secondo tale indirizzo ermeneutico, sarebbe difficilmente giustificabile la disparità di trattamento con i professionisti esterni titolari degli stessi incarichi, i quali ai sensi dell'art. 5 del d.P.R. 7 agosto 2012, n. 137 devono essere muniti di adeguate polizze assicurative. Resta però fermo il divieto di stipulare polizze assicurative a garanzia di responsabilità amministrativa così come sancito dall'art. 3, comma 59, della legge finanziaria del 2008.

In definitiva, da quanto fin qui esposto appare evidente che, seppur con degli importanti distinguo, la posizione di parte della giurisprudenza contabile sia orientata nel senso di prevedere una graduale estensione dell'obbligo assicurativo in favore, però, soltanto di alcune categorie di dipendenti pubblici ben individuate al fine di garantire il rispetto della disciplina sulla responsabilità amministrativa.

4. Alcune riflessioni a margine della c.d. riforma Foti. Considerazioni finali.

Seppure in una prospettiva per certi aspetti inedita, il ricorso agli strumenti assicurativi risulta altresì avvalorato dall'orientamento del legislatore riformista[38], il

[36] Corte dei Conti Toscana, sez. contr., par, del 15 e 22 maggio 2025, n. 118. Secondo il Collegio rimettente, l'orientamento giurisprudenziale maggiormente favorevole alla stipula di polizze atte a far fronte anche alla responsabilità amministrativa «poggerebbe sul presupposto sistematico dell'incentivazione di specifiche professionali all'interno dell'amministrazione, esaltata dal principio della fiducia introdotto dall'art. 2, D.lgs. n. 36 del 2023; sarebbe confermata dalla constatazione fattuale secondo cui (almeno limitatamente a progettisti e verificatori, sui quali il parere si esprime, ndr) parrebbe difficile configurare danni a soggetti terzi, estranei al progetto o all'opera ed estranei alla stazione appaltante; avrebbe l'effetto di estendere l'assicurazione stipulata oltre che alla responsabilità ammnistrativa, anche a quella parte di responsabilità connotata dalla colpa lieve, atteso che - limitatamente alla colpa grave - sussisterebbe l'esenzione di cui all'art. 2236 c.c.». Coerentemente, l'ordinanza in esame sottolinea che «il consolidato orientamento della giurisprudenza contabile - nel ritenere illegittima la stipula di polizze assicurative da parte di enti pubblici a copertura della responsabilità amministrativa e contabile dei propri amministratori e dipendenti - ha riconosciuto nella stipula di tali polizze un danno erariale».

[37] Art. 3, comma 1, all. I.7.

[38] «Pervero, interventi non organici del legislatore in specifici ambiti erano già usuali prima ancora della riforma organica e generalmente in funzione di limitazione della responsabilità in ragione della particolare attività svolta. Ad esempio, l'art. 11 della L. n. 340 del 1965, prevedeva una ipotesi di limitazione delle responsabilità patrimoniale di determinati funzionari statali alle solo ipotesi di dolo, con esclusione anche della colpa grave, per

quale ha inteso sancire definitivamente la possibilità di ricorrere allo strumento assicurativo a tutela dell'operato dei dirigenti. A ben vedere, tale apertura non è del tutto inedita, atteso che in altri settori dell'ordinamento si rinvengono già esempi di discipline assicurative volte a tutelare soggetti esposti ai rischi connessi all'esercizio di funzioni complesse, come nel caso delle coperture obbligatorie per la responsabilità professionale nel settore sanitario[39].

Ai sensi dell'art. 1 n.7) della l. 1/2026 l'originario comma 4.bis della l. 14 gennaio 1994, n. 20 viene quindi novellato prevedendo la necessità che «chiunque assuma un incarico che comporti la gestione di risorse pubbliche dalla quale discenda la sua sottoposizione alla giurisdizione della Corte dei conti è tenuto a stipulare, prima dell'assunzione dell'incarico, una polizza assicurativa a copertura dei danni patrimoniali cagionati dallo stesso all'amministrazione per colpa grave»[40]. A garanzia di un pieno soddisfacimento del credito, la disposizione stabilisce altresì che «nei procedimenti per i danni patrimoniali, l'impresa di assicurazione è litisconsorte necessario». La scelta normativa appare coerente e fondata sull'esigenza di tutelare le finanze dell'ente, derivante anche dal «preoccupante dato statistico secondo il quale viene recuperato solo il 10 per cento del credito complessivo maturato dalla pubblica amministrazione sulla base di sentenze definitive, sia a causa agli importi elevati previsti dalle condanne, che ne rendono di fatto impossibile il soddisfacimento, sia per l'insufficienza patrimoniale dei soggetti condannati»[41].

Animata dal medesimo intento anche la tipizzazione della colpa grave a norma dell'art. 1, n.1.1, con ciò confermando una tendenza normativa che a ben vedere

---

le gestioni fuori bilancio di sovrintendenze dei beni culturali (Corte Cost. n. 108 del 26 giugno 1967 e n. 164 del 19 ottobre 1982). La limitazione di responsabilità per danni ai casi di dolo e colpa grave era stata disposta anche dalla legge R. Sicilia n. 7 del 1971, artt. 52 e 53, estesa ai dipendenti che funzionalmente dipendessero dalla Regione (Corte cost. n. 112 del 26 giugno 1973); si affermava, anche, che non esisteva un principio di irrilevanza della colpa nella responsabilità amministrativa dei funzionari pubblici (Corte Cost. n 1032 del 15 novembre 1988). Ancora, si era ritenuto che l'art. 52 del r.d. n. 1592 del 1933, che limitava la responsabilità per danni del presidente e dei componenti del Consiglio di amministrazione delle Università solo al dolo e alla colpa grave, non fosse illegittimo per disparità di trattamento (per altre ipotesi si vedano gli artt.: 15 L. n. 90 del 1961; 1 L.n. 1833 del 1862; 20 e 22 D.P.R. n. 3 del 1957; 11 L. n. 340 del 1965) (Corte Cost. n. 54 del 5 marzo 1975 e n. 164 del 19 ottobre 1982)», in 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*, in *Amministrativamente*, fasc. 3/2023, p. 1267.

[39] L'art. 10, comma 3, della l. 8 marzo 2017, n. 24, dispone infatti che «ciascun esercente la professione sanitaria operante a qualunque titolo in strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private provvede alla stipula, con oneri a proprio carico, di un'adeguata polizza di assicurazione per colpa grave». Come osservato lucidamente da da M. P. Mantovani, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, Napoli, 2017, pp. 9-10, «attualmente, il connubio tra responsabilità civile e assicurazione è sempre più espressione della tendenza a realizzare una funzione solidaristica, oltre che riparatoria di tali istituti, ed assume un ruolo rinnovato nell'ambito delle risposte istituzionali e normative, in modo peculiare nel campo della responsabilità medica, in quanto consente una declinazione varia e dinamica che ingloba, al suo interno, le differenti istanze di tutela del danneggiato».

[40] Ai sensi del nuovo comma 4 bis.

Naturalmente il dolo non è assicurabile, alla luce di un noto principio di giustizia sostanziale sotteso alla disciplina del codice civile ai sensi dell'art. 1900 c.c.

[41] Relazione di accompagnamento al D.d.l., p.3.

rinviene il suo antecedente legislativo proprio nel principio di fiducia posto in apertura del codice dei contratti del 2023[42]. Alla luce della nuova formulazione legislativa, infatti, «costituisce colpa grave la violazione manifesta delle norme di diritto applicabili, il travisamento del fatto, l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento». Non costituirebbe, invece, colpa grave «la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti». È evidente che il legislatore abbia inteso offrire una casistica orientativa cercando di alleggerire quanto più possibile "la fatica dell'amministrare" in favore dei pubblici dipendenti. Circa il carattere tassativo o meno della suddetta elencazione sarà necessario attendere eventuali sviluppi interpretativi offerti dalla giurisprudenza di merito.

In un simile quadro normativo risulta coerente altresì la limitazione della responsabilità unicamente «ai fatti e alle omissioni commessi con dolo» ad alcune ipotesi specifiche, presumendosi a norma del novellato comma 1-ter della l. 14 gennaio 1994, n. 20 fino a prova contraria, quasi fosse una presunzione *iuris tantum*, la buona fede dei titolari degli organi politici quando gli atti adottati dai medesimi titolari «nell'esercizio delle proprie competenze, sono proposti, vistati o sottoscritti dai responsabili degli uffici tecnici o amministrativi, in assenza di pareri formali, interni o esterni, di contrario avviso». È alla luce di tali presupposti che si giustifica la nuova attività consultiva della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica, così come previsto dal art. 2 della l. 1/2026, secondo il quale infatti «le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti rendono i pareri di cui al primo periodo su richiesta dei comuni, delle province, delle città metropolitane e delle regioni» mediante un meccanismo di "silenzio assenso" decorso il termine di trenta giorni, a norma del comma 2. L'operato della Corte dei conti, pertanto, assumerebbe carattere più collaborativo e orientato a supportare l'attività politica delle pubbliche amministrazioni, richiamando, sotto certi aspetti, la logica del controllo concomitante che ha caratterizzato la stagione degli investimenti PNRR[43]. Come sottolineato da un

[42] A norma dell'art. 2, comma 3, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 infatti «ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti».

[43] È noto che il controllo concomitante sia stato introdotto dal legislatore ai sensi dell'art. 11 della l. 4 marzo 2009, n. 15 (c.d. legge Brunetta) al fine di contrastare lo sviluppo di «gravi irregolarità gestionali ovvero gravi deviazioni da obiettivi, procedura o tempi di attuazione stabiliti da norme, nazionali o comunitarie, ovvero da direttive del Governo». Nonostante la pressoché inesistente applicazione della suddetta disposizione, il controllo concomitante è stato formalmente richiamato all'art. 22 del d.l. 76/2020 salvo poi essere stato abolito mediante l'art. 1, comma 12-quinquies, lett. b), del d.l. 22 aprile 2023, n. 44, convertito dall'art. 1 della l. 22 giugno 2023, n. 75

attento osservatore, infatti, «non pare dubbio che in modo inaspettato la progressiva eliminazione dei controlli preventivi degli anni 2000 ha finito per aumentare il grado di incertezza nell'attività amministrativa, anziché dare maggiore speditezza all'azione amminsitrativa»[44]. In altri termini, tale depotenziamento dei presidi di controllo contabile non è stato controbilanciato da «una adeguata attività di riqualificazione del personale della P.A. [che] ha prodotto una minore propensione ad assumere decisioni ed a esercitare potere discrezionale, portando in definitiva a quella "amministrazione difensiva" citata dalla stessa Corte Costituzionale, sulla base dell'assunto (inveritiero) che l'inerzia sia meno rischiosa dell'azione, ma anche della estrema difficoltà (veritiero) di comprendere e delimitare tale rischio»[45].

In questa prospettiva, risulta chiaro che l'intento riformistico della presente riforma consista, in larga parte, nel tentativo di liberare quelle "risorse amministrative" precedentemente ostacolate per i motivi esposti in apertura al presente scritto, cercando al contempo di assicurare il completo soddisfacimento dei crediti erariali con delle soluzioni legislative sicuramente innovative nel panorama attuale.

Appare infatti evidente che, oltre a tutelare il patrimonio del singolo dipendente pubblico e ad incentivare di conseguenza l'azione amminsitrativa, l'introduzione di polizze assicurative per responsabilità amministrativo-contabile contribuirebbe altresì a favorire un maggiore soddisfacimento dei crediti erariali statuiti in sentenza. È indubbio infatti, che, pur sempre nel perimetro dei massimali pattuiti contrattualmente, un patrimonio come quello delle società assicurativa possa rappresentare un'importante fonte di garanzia per il sistema di recupero di suddetti crediti in misura maggiore rispetto al patrimonio privato di un dipendente pubblico. Sembra corretto ipotizzare perfino condanne più severe e aderenti alla reale entità del danno da parte dei giudici contabili proprio in considerazione della concreta possibilità di soddisfacimento del credito erariale.

Pur in presenza di alcune criticità tecniche, talune delle quali secondo alcuni studiosi prospettano perfino profili di incostituzionalità[46], il fine dichiarato della riforma

---

per gli interventi che ricadono nell'ambito del PNRR o del Piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC). Per un approfondimento sul punto si rimanda a G. Orlando, *Il controllo concomitante della Corte dei Conti: ausilio per la politica nazionale o eccessiva pervasività nell'attività di indirizzo politico?*, in *Federalismi*, n. 18/2024, p. 32 e ss.

[44] G. Terracciano, *La riforma della responsabilità amminsitrativa, tra esigenze di efficienza delle PP.AA e di protezione degli interessi erariali, per consentire un'autonomia decisionale dei funzionari pubblici più consapevole e meno timorosa*, in *Amministrativamente*, fasc. 3/2024, p. 886.

[45] Ivi.

[46] M. Mazzamuto, *I casi di esclusione*, cit., p.8: «se si crede che mettere in un cantuccio il giudice contabile, ammesso e non concesso che nel nostro ordinamento ciò sia in effetti realizzabile, significhi mettere in toto al riparo i dipendenti pubblici, si sono fatti male i conti […] Sembra che per il riformatore esista il giudice contabile e niente altro: basterà tagliargli le ali e finalmente sarà invece l'azione ammnistrativa a volteggiare libera nel raggiungimento dei risultati».

Sempre lo stesso autore, nelle sue conclusioni: «Vi è dunque da sperare che il Senato vi apporti significative modifiche, e specialmente il ripristino in generale, per tutte le fattispecie, della clausola "limitatamente ai profili

ISSN 2036-7821

appare dunque orientato al raggiungimento di un punto di equilibrio tra le esigenze dell'azione amministrativa e quelle del controllo contabile. In tal modo, essa costituisce una risposta normativa organica alle problematiche emerse nel corso della prassi in tema di responsabilità amministrativa e copertura assicurativa in seno alle pubbliche amministrazioni tentando di perseguire un «nuovo equilibrio tra responsabilità di apparato e responsabilità individuale»[47]

In conclusione, si può ritenere, con un buon grado di certezza, che la perdurante vigenza del divieto di cui alla legge finanziaria del 2008 presenti oggi dei profili di criticità che impongono un necessario ripensamento dell'utilizzo di schemi contrattualistici di matrice privatistica al fine di garantire l'efficienza dell'azione ammnistrativa e al tempo stesso l'effettivo recupero delle somme erariali statuite nelle sentenze di condanna. Ove si consideri, inoltre, che allo stato attuale il panorama giurisprudenziale e legislativo presenta, sotto diversi profili, elementi di contraddittorietà, oscillando in taluni casi verso le istanze dei pubblici dipendenti e in altri verso quelle delle amministrazioni, risulta impellente l'esigenza di un intervento legislativo in favore di una soluzione chiara e puntuale che superi quella che, probabilmente, a un più attento esame pare essere una contraddizione meramente apparente.

Come rilevato da alcuni attenti studiosi, infatti, la vigenza di tale divieto contribuirebbe ancora a consolidare «un regime sfavorevole per il funzionario pubblico, se confrontato sia con quanto accade nel settore privato, sia con quanto risulta in altri ordinamenti»[48], con inevitabili ricadute in termini di competitività del Sistema Paese. In effetti, nel settore privato è prassi consolidata stipulare polizze assicurative a copertura della responsabilità civile degli organi sociali, mentre in altri ordinamenti europei, invece, «non risultano analoghi divieti di stipulare polizze assicurative, nonostante sia più lieve il regime della responsabilità del funzionario»[49]. Ciò suggerisce come il quadro normativo italiano si collochi su un piano di eccezionalità rispetto a prassi consoliate a livello internazionale.

La questione, lungi dall'essere meramente tecnica, si situa al punto di intersezione tra l'esigenza di garantire la fiducia nell'operato dei pubblici funzionari, la necessità di

---

presi in considerazione nell'esercizio del controllo" (e dell'attività consultiva), nonché la rinuncia alla presunzione di buona fede per i titolari degli organi politici e al tentativo di tipizzazione in positivo della colpa grave.

O diversamente, come sarebbe ancor più preferibile, vi sarebbe in fondo da augurarsi che si pervenga ad abbandonare in toto il progetto, per quanto ciò appaia alquanto improbabile di fronte alle esigenze demagogiche che, specie a partire dall'avvento della seconda Repubblica, hanno avvolto e continuano ad avvolgere la nostra politica nazionale».

[47] G. Terracciano, *La riforma della responsabilità amministrativa*, cit., p. 889

[48] A. Battaglia, S. Battini, A. Blasini et al., *Burocrazia difensiva* cit., p. 1302.

[49] A. Battaglia, S. Battini, A. Blasini et al., *op. ult. cit*, p. 1302. Nello scritto in esame gli autori portano ad esempio il caso della Francia, ordinamento in cui la responsabilità amministrativa del funzionario è limitata, in genere, a condotte intenzionali o gravemente colpose (la c.d. *faute personelle*) per le quali comunque risponde l'amministrazione, «la cui azione di rivalsa è discrezionale, raramente esercitata e non soggetto a obbligo di denuncia e conseguenze azione della procura contabile, come avviene invece in Italia».

ISSN 2036-7821

fornire loro adeguati strumenti di protezione giuridico-economica e l'interesse pubblico alla salvaguardia delle risorse statali, in una prospettiva di auspicabile coerenza sistematica. Tre obiettivi che se a prima battuta paiono essere inconciliabili e per certi aspetti diametralmente opposti a un'analisi più approfondita si rivelano, in verità, come aspetti complementari di una medesima realtà.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Conoscenza e gestione del rischio

di Alexander Di Donato

(Dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi di Milano)

Sommario

1. Il rischio da Intelligenza artificiale. – 2. L'elaborazione di standard qualitativi. – 3. La gestione del rischio tramite strumenti assicurativi.

Abstract

The contribution aims to examine the knowledge of the risks associated with administration through Artificial Intelligence, which transforms understanding from a retrospective and sectoral nature into a continuous and circular process. Intelligent technologies further enable risk management through the use of digital systems capable of implementing high-level, tailor-made operational standards, alongside the introduction of mandatory insurance instruments for breaches of the aforementioned standards and for unavoidable errors arising from the use of new technologies. Such insurance mechanisms operate according to predetermined, tabulated criteria for the compensation of damages, constituting a necessary condition for the legitimate exercise of certain functions, irrespective of the actual commission of a wrongdoing. Compensation is based on a risk-sharing mechanism, whereby each individual is required to pay a premium proportional to their risk class, determined according to their prior conduct.

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

1. Il rischio da Intelligenza artificiale.

La normativa europea ha disciplinato il rischio da Intelligenza artificiale, che si può individuare innanzitutto nella correlazione tra la probabilità di accadimento di un evento dannoso e l'entità delle sue conseguenze pregiudizievoli [1] e si articola in quattro livelli, cui corrisponde un diverso regime regolatorio. Il rischio definito inaccettabile (*unacceptable risk*) è assoggettato al divieto assoluto di utilizzo dei sistemi d'intelligenza artificiale. Quelli a alto (*high risk*) sono soggetti a rigorosi obblighi di conformità, trasparenza e controllo[2]. Il rischio limitato (*limited risk*) impone doveri informativi nei confronti dell'utente, mentre il rischio ritenuto minimo (*minimal risk*) è privo di specifici vincoli regolatori[3].

La definizione di rischio si discosta dal significato delineato nel principio di precauzione[4] - dove l'incertezza circa il verificarsi dell'evento temuto dipende dall'assenza di una prova scientifica certa del nesso causale tra il fatto e l'evento dannoso - sibbene rinvia all'ipotesi più vicina al lessico comune dell'avverarsi di circostanze (la condotta del soggetto agente) idonee a provocare un danno[5].

---

[1] Art. 3, co. 1, nr. 2, 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*).

[2] Capo III, artt. 6-49, Regolamento Ue 2024/1689, cit., è un sistema ad alto rischio (art. 6, § 1): ***i)*** il sistema che è un componente di sicurezza di un prodotto (Allegato I); ***ii)*** è soggetto a una valutazione di conformità di terzi; ***iii)*** i sistemi elencati nell'Allegato III, in quanto presentano un rischio elevato di pregiudicare la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali (considerando 52). Per i fornitori, l'immissione sul mercato di *high risk system* è subordinata al rigoroso rispetto dei requisiti stabiliti nella Sezione 2 del Capo III (art. 8, § 1) tra i quali si rinviene: ***i)*** l'istituzione e la documentazione di un Sistema di Gestione dei Rischi (art. 9, § 1), un processo iterativo e continuo volto a identificare, stimare e attenuare i rischi per la salute, la sicurezza e i diritti fondamentali (considerando 65); ***ii)*** l'utilizzo di dati e *governance* dei dati di alta qualità (art. 10), che devono essere pertinenti, rappresentativi e, per quanto possibile, esenti da errori, al fine di prevenire distorsioni e discriminazioni (considerando 67); ***iii)*** la redazione di una documentazione tecnica esaustiva (art. 11, § 1, Allegato IV), che attesti la conformità e che sia aggiornata per l'intero ciclo di vita (considerando 71); ***iv)*** l'integrazione di capacità di registrazione automatica (log) (art. 12, § 1); ***v)*** la garanzia di trasparenza e la fornitura di istruzioni per l'uso complete ai *deployer* (art. 13, § 2); ***vi)*** la progettazione per una efficace sorveglianza umana (art. 14, § 1), permettendo all'operatore di comprendere i limiti del sistema, di decidere di non usarlo e di annullare o interrompere l'output (art. 14, § 4); ***vii)*** la conformità deve essere dimostrata attraverso una procedura di valutazione della conformità (art. 43), che può coinvolgere un organismo notificato (per sistemi ad alto rischio specifici, Allegato III, punto 1) o basarsi sul controllo interno (Allegato III, punti da 2 a 8).

[3] In dottrina: R. PETRUSO, G. SMORTO, *Il Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale: una prima lettura*, in *La nuova giurisprudenza civile comment*ata, CEDAM, 4, 2024.

[4] F. LAUS, *L'amministrazione del rischio: tra regolazione e procedimento, principio di precauzione e approccio multidimensionale*, Padova, Cedam, pp. 99–100 F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, Milano, Giuffré, 2012; F. DE LEONARDIS, *Precauzione e tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Rischio d'impresa e tutela dell'ambiente*, a cura di G. ALPA, G. CONTE, V. DI GREGORIO, A. FUSARO, U. PERFETTI, Napoli, Esi, 2012; per profili comparatistici: F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 43–48.

[5] Di particolar pregio è la nozione di rischio e salute nel diritto alimentare: Art. 3, co. 9, Regolamento (Ce) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002, *che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare*. Il rischio è la "funzione" della probabilità e della gravità di un effetto nocivo per la salute

L'incertezza scientifica del rischio designa una situazione caratterizzata da incertezza cognitiva[6], non scaturita dall'ignoranza bensì dalla consapevolezza[7], acquisita tramite il progresso scientifico[8], di probabilità non escludibili[9]. Pur in assenza di un espresso richiamo all'incertezza scientifica, non è possibile ricondurre il rischio che è rilevante per la disciplina avente a oggetto l'intelligenza artificiale alla definizione di pericolo (*Gefahr o hazard*). Il pericolo è scientificamente gestibile, le conseguenze dannose risultano prevedibili e verosimilmente attese, postulando l'esistenza di strumenti giuridici di difesa già collaudati e rendendo l'intervento pubblico, richiesto dal principio di ragionevolezza, necessario ed urgente (es. diritto di polizia)[10]. Perciò il pericolo si contraddistingue per la *possibilità* di avveramento di effetti negativi; per contro il rischio (*Risiko*), rimanda alla *probabilità* che tali effetti vengano in essere[11].
Pur presentando vari gradi di rischio per la sicurezza, per le libertà individuali, le tecnologie intelligenti possono essere un fattore di efficienza e di economicità in molteplici settori di attività tanto dei privati quanto della Pubblica amministrazione. I "considerando" espositivi del testo normativo esplicitano i benefici economico-

derivante dalla presenza di un pericolo. In altri termini, il rischio è definito in termini relazionali rispetto al pericolo, che è identificato come un agente biologico, chimico o fisico presente in un alimento o mangime capace di provocare un effetto nocivo per la salute. F. TRIMARCHI BANFI, *Rischio e responsabilità nel regolamento europeo sull'intelligenza artificiale*, in *Diritto amministrativo*, 2025, III, p. 655.

[6] M. SIMONCINI, *La regolarizzazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 57-63.

[7] Nella prospettiva economica si veda: F. KNIGHT, *Risk, Uncertainty, and Profit, Hart*, Schaffner & Marx, Boston, 1921, ed. italiana La Nuova Italia, Firenze, 1960, pp. 221-233, il rischio rappresenta una variabile intermedia tra certezza e incertezza, non pienamente quantificabile, che la razionalità umana tende a esplorare e a utilizzare come strumento per ridurre la distanza rispetto a una condizione di certezza. Tale processo non consente di cogliere con precisione il costo-opportunità connesso alla scelta di un'alternativa solo apparentemente "sicura".

[8] Cfr. sull'incertezza e sul progresso scientifico: R. CAVALLO PERIN, *L'amministrazione pubblica al tempo dell'IA*, in *Il Mulino*, 2025, la conoscenza fornita dall'intelligenza artificiale (IA) è di natura empirico-statistica e probabilistica e che questa forma di conoscenza non annulla né sostituisce gli altri modi di conoscere (deduttivo, induttivo, teorico, sperimentale). Pur riconoscendo i limiti - in particolare la possibile dissonanza fra risultati empirici e spiegazioni teoriche - l'autore afferma la necessità di non rifiutare né la conoscenza empirica priva di spiegazione teorica, né le teorie ancora non verificate sperimentalmente: occorre procedere con prudenza ma senza rinunciare a fruire delle conoscenze disponibili.

[9] F. TRIMARCHI BANFI, *La nozione di rischio nel diritto europeo della precauzione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1, 2025.

[10] M. SIMONCINI, *La regolarizzazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, 57-63.

[11] Tribunale CE, sez. III, 11 settembre 2002, T-13/99 *Pfizer Animal Health SA c. Consiglio*, § 147, il principio di precauzione, quale principio generale del diritto dell'Unione Europea, impone alle autorità competenti l'adozione di misure adeguate e proporzionate al fine di prevenire rischi potenziali per la salute pubblica, la sicurezza e la tutela dell'ambiente. Tale principio comporta una prevalenza delle esigenze di protezione di tali beni fondamentali rispetto a considerazioni di natura economica. In quanto responsabili della salvaguardia della salute, della sicurezza e dell'ambiente in tutti i settori di intervento, le istituzioni dell'Unione sono tenute a conformarsi a tale principio, il quale assume, pertanto, autonoma rilevanza giuridica e trova fondamento nelle disposizioni pertinenti del Trattato. In dottrina: F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, cit., p. 99.

sociali[12], e al contempo segnalano i rischi per la sicurezza, nonché per le libertà individuali[13].

Occorre adottare un approccio precauzionale atto a evitare la realizzazione di danni potenziali derivanti da sistemi "rischiosi", che risultano però indispensabili e utili sotto il profilo sociale ed economico[14], tanto da non dover essere disincentivati dalle misure di gestione del rischio. L'obbiettivo sotteso alla regolazione è la promozione dell'innovazione tecnologica, mediante l'imposizione di specifiche condizioni da osservare sia nella progettazione e produzione sia durante l'utilizzo dei prodotti[15].

Sono vietate le tecnologie intelligenti, che utilizzano tecniche subliminali o manipolative, ovvero che sfruttano le vulnerabilità di specifici gruppi (per età, disabilità o situazione socio-economica) con l'effetto di distorcere il comportamento in modo significativamente dannoso, oppure i sistemi di "punteggio sociale" (*social scoring*), che portano a trattamenti pregiudizievoli o sproporzionati[16], nonché

[12] Tra i "considerando": (n. 4) le tecnologie intelligenti migliorano previsioni, risorse e servizi, producendo vantaggi economici, sociali e ambientali in molti settori (sanità, agricoltura, trasporti, energia, pubblica amministrazione, ambiente, clima).

[13] Tra i considerando: (n. 8) sussiste la necessità di regole armonizzate per promuovere sviluppo, uso e adozione dell'IA nel mercato interno, garantendo salute, sicurezza, diritti fondamentali, democrazia, Stato di diritto e tutela ambientale.

[14] Dipartimento per la trasformazione digitale (DTD) della Presidenza del Consiglio dei Ministri e l'Associazione nazionale dei comuni italiani (ANCI), *Rapporto sullo stato di digitalizzazione dei comuni italiani. Mappa dei Comuni Digitali 2025*, evidenzia che l'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale è ancora considerato non rilevante dal 56% degli enti nei documenti programmatici strategici. La carenza di risorse economiche e di risorse umane competenti rappresenta la principale barriera al processo di trasformazione digitale. In particolare, la figura del Responsabile dei sistemi informativi nei Comuni sotto i 5.000 abitanti è ricoperta nel 66% dei casi da personale con un profilo amministrativo, e non tecnologico, e la percentuale media di risorse umane operative rispetto a quelle previste nella gestione dei servizi ICT è spesso insufficiente, rendendo la garanzia di una supervisione umana effettiva (*Human-in-the-Loop*) una sfida ardua.

[15] F. TRIMARCHI BANFI, *Rischio e responsabilità nel regolamento europeo sull'intelligenza artificiale*, cit., p. 656.

[16] Art. 5 "*Pratiche vietate di Ai Vietate*", Regolamento Ue 2024/1689, cit., considerate inaccettabili in quanto contrarie ai valori dell'Unione europea, tra cui il rispetto della dignità umana, la libertà, l'uguaglianza e lo Stato di diritto. In dottrina: F. TRIMARCHI BANFI, *Rischio e responsabilità nel regolamento europeo sull'intelligenza artificiale*, in *Diritto amministrativo*, 2025, III, p. 669-671, secondo l'A. le pratiche vietate risultano difficilmente realizzabili, qualora i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio rispettino integralmente i requisiti di conformità previsti. Un dispositivo capace di porre in essere tali pratiche non potrebbe essere legittimamente immesso sul mercato o messo in servizio. Il considerando pertinente chiarisce che le pratiche in questione sono vietate in quanto considerate "inaccettabili". Tuttavia, si osserva che i sistemi IA ad alto rischio possono essere autorizzati alla commercializzazione o all'uso solo qualora l'eventuale rischio residuo, non eliminabile, sia stato ritenuto accettabile. Sebbene il regolamento non specifichi i criteri per valutare tale accettabilità, appare evidente che rischi aventi la gravità di quelli menzionati all'art. 5 non possano ragionevolmente essere stati considerati tollerabili. Una possibile giustificazione del divieto potrebbe essere individuata nell'intrinseca instabilità dei sistemi, suscettibili di modifiche successive all'immissione sul mercato o alla messa in servizio. Tuttavia, in simili casi, l'obbligo, posto in capo all'utilizzatore, di attenersi scrupolosamente alle istruzioni del fornitore e di cooperare con quest'ultimo nel monitoraggio continuo del sistema, dovrebbe consentire di intervenire tempestivamente attraverso misure correttive. Ne consegue che l'eventuale instabilità tecnica, pur rilevante, non sembra costituire la motivazione primaria del divieto, anche considerando che altre disposizioni del regolamento, come quella che impone al fornitore la predisposizione di un "piano di monitoraggio", sono specificamente rivolte a gestire tali criticità, assicurando la perdurante conformità del sistema ai requisiti normativi.

qualsiasi impiego di sistemi di intelligenza artificiale per finalità di polizia predittiva basate sulla profilazione e sulla classificazione degli individui secondo fattori discriminatori, quali razza, religione o orientamento sessuale[17].

Occupano invece la base della piramide del rischio i giochi o filtri *antispam*, che s'è detto non essere assoggettati a specifiche prescrizioni regolamentari (*minimal risk*), mentre a un livello immediatamente superiore si collocano i sistemi che presentano rischi limitati, vale a dire le applicazioni aventi carattere meramente strumentale all'attività dell'ente pubblico, quali a titolo esemplificativo la traduzione automatica o *chat-bot*.

I *high risk systems*[18] producono un output decisionale del sistema (es. una proposta di risoluzione) o coinvolgono la discrezionalità tecnica o valutativa, come i sistemi utilizzati per determinare la concessione o revoca di prestazioni e servizi essenziali di assistenza pubblica (es. servizi sanitari, sicurezza sociale, assistenza abitativa, servizi sociali che forniscono protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia e la perdita di occupazione)[19].

L'utilizzo improprio di tali sistemi può determinare la lesione di diritti fondamentali, quali il diritto alla protezione sociale e quello alla non discriminazione, considerato che i destinatari delle relative prestazioni o dei servizi risultano di regola dipendenti dagli stessi e si trovano in una condizione di particolare vulnerabilità nei confronti delle autorità preposte alla loro erogazione.

Tra i settori più esposti figurano altresì la selezione del personale, la gestione delle politiche attive del lavoro, l'accesso a prestazioni sociali, l'attribuzione di punteggi o graduatorie e la valutazione dei comportamenti in ambito fiscale[20], giudiziario (sistemi che assistono l'autorità giudiziaria) o sanitario (es. diagnosi di malattie).

Le autorità pubbliche - ivi incluse le Amministrazioni locali - che impieghino un

---

[17] Cons. St., Sez. VI. 4 febbraio 2020, n. 881, § 11.3; Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, § 15.3., T.A.R. Lazio–Roma, sez. III–*bis*, 10 settembre 2018, n. 9224, ha riconosciuto l'importanza della tutela contro la disparità di trattamento, come nel caso dei docenti di sostegno. È stata censurata la mancata previsione di una deroga al vincolo quinquennale di permanenza sul medesimo tipo di posto, che ha escluso questi docenti dalla possibilità di partecipare al piano straordinario di mobilità per un posto comune. Tale omissione è stata considerata in contrasto con la parallela deroga al vincolo triennale di permanenza nella sede prevista per i docenti assunti entro l'anno scolastico 2014/2015, configurando una ingiustificata disparità di trattamento

[18] Agid, *L'intelligenza artificiale nella pubblica amministrazione - rapporto 2025*, la quasi totalità dei progetti analizzati (pari all'88%) non si colloca in ambiti qualificabili come ad alto rischio. Solo una quota residuale riguarda applicazioni potenzialmente riconducibili a tali categorie, afferenti – in misura limitata – alle infrastrutture critiche e alla giustizia (entrambe attestate al 3%), nonché ai settori dell'occupazione, della sicurezza dei prodotti e dell'applicazione della legge (2%). Percentuali ancor più contenute interessano l'istruzione e l'accesso ai servizi essenziali (1%). Tale quadro evidenzia una ridotta esposizione dei progetti pubblici censiti a contesti regolatori a elevata complessità, pur confermando l'esigenza di un monitoraggio sistematico e continuo dei profili di rischio.

[19] Allegato III, punto 5 in comb. disp. considerando 58, Regolamento Ue 2024/1689, cit.

[20] Cfr. F. FARRI, *Intelligenza artificiale e contrasto all'evasione fiscale nello stato di diritto*, in *Diritto Amministrativo*, 3, 2025, p. 774 e ss.

sistema di IA ad alto rischio sotto la propria autorità (c.d. *deployer*)[21] devono effettuare, prima dell'utilizzo del medesimo e salvo necessario aggiornamento per mutamento dei fattori rilevanti[22], una Valutazione d'Impatto sui Diritti Fondamentali (FRIA). La Valutazione deve includere una descrizione dettagliata dei processi operativi nei quali il sistema di IA ad alto rischio viene impiegato, nonché l'indicazione del periodo e della frequenza di utilizzo previsti. Occorre altresì individuare le persone, che possono risultare interessate dal suo impiego e analizzare i rischi specifici di pregiudizio, tenendo conto delle informazioni fornite dal produttore. La valutazione deve illustrare le modalità di sorveglianza umana (*Human-in-the-Loop*) previste per assicurare il corretto funzionamento del sistema e delineare le misure da adottare nell'eventualità che i rischi si concretizzino.

Durante l'impiego di uno *high risk sistem* l'ente pubblico deve registrarsi e altresì registrare l'uso di tale sistema -unitamente a quei sistemi ad alto rischio di cui all'allegato III, che non sono considerati tali dal fornitore[23]- in una sezione specifica della Banca Dati dell'UE gestita dalla Commissione[24]. Le informazioni sono accessibili al pubblico e rese disponibili in forma facilmente fruibile e leggibili mediante strumenti automatici. Qualora un ente pubblico accerti che il sistema di intelligenza artificiale ad alto rischio che intende impiegare non risulta registrato nella banca dati dell'Unione europea, deve astenersi dal procedere al suo utilizzo e provvedere a informarne senza indugio il fornitore o il distributore competente[25].

Tali obblighi non trovano applicazione per i sistemi destinati alle infrastrutture critiche (quali i sistemi impiegati nella gestione e nel funzionamento delle infrastrutture digitali, del traffico stradale o nella fornitura di servizi essenziali come acqua, gas, riscaldamento o energia elettrica) [26]. Tali sistemi dovranno però essere registrati a livello nazionale[27].

Indipendentemente dal grado di rischio, le amministrazioni comunali devono adottare misure per garantire un livello sufficiente di "alfabetizzazione" in materia di

[21] Art. 3, § 1, n. 4, Regolamento Ue 2024/1689, per *deployer* si intende il soggetto, persona fisica o giuridica, ente pubblico, agenzia o altro organismo che impiega un sistema di intelligenza artificiale sotto la propria sfera di controllo o autorità, fatta eccezione per l'ipotesi in cui tale impiego avvenga nel contesto di un'attività personale priva di finalità professionali.

[22] Art. 27 § 2, Regolamento Ue 2024/1689, cit.

[23] Art. 6, § 4 in comb disp. con art. 71, Regolamento UE 2024/1689, cit.

[24] Art. 49, § 3 in comb. disp con. art. 71, Regolamento UE 2024/1689, cit.

[25] Art. 26, § 8, Regolamento UE 2024/1689, cit.

[26] Art. 27, § 1, Regolamento Ue 2024/1689, i *deployer* che rivestono la natura di enti di diritto pubblico o di soggetti privati preposti all'erogazione di servizi pubblici, nonché i deployer di sistemi di IA ad alto rischio destinati a valutare i risultati dell'apprendimento (Allegato III, punto 5, lettere b) e destinati a valutare il livello di istruzione adeguato che una persona riceverà o a cui potrà accedere (Allegato III, punto 5, lettere c), sono tenuti a effettuare una preventiva valutazione dell'impatto che l'utilizzo del sistema può determinare sui diritti fondamentali.

[27] Art. 3, § 1, n. 4, Regolamento Ue 2024/1689.

IA per il personale che utilizza i sistemi[28]. A tal fine, devono essere considerati le conoscenze tecniche, l'esperienza, l'istruzione e la formazione dei soggetti interessati, nonché il contesto operativo in cui i sistemi di IA sono destinati ad operare, tenendo altresì conto delle persone o dei gruppi sui quali i sistemi stessi avranno effetto[29]. Perciò, gli Stati membri sono incoraggiati a istituire canali di comunicazione dedicati per fornire consulenza alle autorità pubbliche locali sull'attuazione dell'AI Act[30].

2. L'elaborazione di standard qualitativi.

L'IA consente di anticipare e gestire gli scenari di rischio, riducendo i margini di errore umano mediante la sua capacità di elaborare, controllare e sintetizzare masse di dati, che resterebbero altrimenti inosservati o comunque non trattabili dagli esseri umani nei tempi dell'azione amministrativa[31].

Nelle procedure amministrative è ammissibile l'utilizzo dell'algoritmo[32], in quanto capace di produrre effetti positivi in termini di efficienza, neutralità e miglioramento della qualità dei servizi resi alle persone. Gli algoritmi possono correggere le imperfezioni e le "storture"[33], che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi umani, poiché le decisioni assunte dall'algoritmo godono di neutralità[34], risultante da calcoli razionali basati sui dati.

L'introduzione dell'intelligenza artificiale nei processi amministrativi comporta un ampliamento senza precedenti della capacità conoscitiva delle pubbliche amministrazioni, che non si limita a una maggiore disponibilità di informazioni, ma coinvolge il modo stesso in cui tali informazioni vengono reperite, elaborate e trasformate in decisione pubblica[35]. Negli archivi digitali amministrativi è presente una quantità massiva di dati - relativi a procedimenti, servizi, controlli, attività ispettive e concessioni - che, se opportunamente anonimizzata, può alimentare *data lake*[36] destinati all'addestramento degli algoritmi. La quantità, la velocità di

[28] Art. 4, Regolamento Ue 2024/1689.

[29] Art. 3, § 1, n. 56.

[30] Art. 62, § 1, lett. c, Regolamento Ue 2024/1689.

[31] D. U. GALETTA, *"Open government", "open data" e azione amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2019, p. 663 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione*, in *A 150 anni dall'Unificazione amministrativa italiana*, a cura di L. FERRARA, D. SORACE, vol. IV, Firenze University Press, Firenze, 2016; G. CARULLO, *Open Data e partecipazione democratica,* in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2019, p. 685 ss.; F. COSTANTINO, *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2017.

[32] Cfr. Cons. St., Sez. VI. 4 febbraio 2020, n. 881; Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; Tar Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 10 settembre 2018, n. 9230.

[33] Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, § 7.1.

[34] Cfr. Cons. St., Sez. VI. 4 febbraio 2020, n. 881, § 5.1.

[35] R. CAVALLO PERIN, *L'amministrazione pubblica al tempo dell'IA*, cit.

[36] I dati, se considerati isolatamente hanno un valore limitato, ma connessi tra loro, analizzati e rielaborati tramite algoritmi, possono fornire modelli predittivi, utilizzabili per prevedere le risposte degli individui, e, di conseguenza, influenzarne il comportamento per diverse finalità. L'AI si evolve e progredisce grazie alla disponibilità di una enorme quantità di dati attraverso i Data Warehouse e Data Lake, ossia un repository (deposito) centralizzato progettato per archiviare, elaborare e custodire una vasta quantità di dati. Cfr. R.

aggiornamento e la complessità delle informazioni rendono necessario il ricorso a sistemi di elaborazione automatica, che permettono di ordinare, correlare e sintetizzare dati in tempi compatibili con le esigenze dell'azione amministrativa. L'algoritmo non svolge soltanto una funzione acceleratoria, ma diventa condizione di possibilità per l'esercizio stesso di una conoscenza amministrativa effettiva[37]. L'impiego degli algoritmi risponde ai canoni di efficienza ed economicità, soprattutto quando si considerano procedure seriali o standardizzate, che implicano l'elaborazione di ingenti quantità di istanze, l'acquisizione di dati certi e oggettivamente comprovabili e l'assenza di apprezzamento discrezionale.

L'intelligenza artificiale supera la tradizionale frammentazione settoriale del sapere amministrativo, integrando informazioni provenienti da ambiti differenti - urbanistica, sanità, finanza pubblica, istruzione, ambiente - offrendo al contempo una rappresentazione unitaria e dinamica della realtà amministrata. Non si tratta di osservare singoli procedimenti isolati, ma di riconoscere interrelazioni strutturali tra scelte diverse, valutare scenari di medio periodo e formulare previsioni di rischio. La conoscenza amministrativa, da attività retrospettiva orientata alla ricostruzione del passato, tende a trasformarsi in un processo continuo e circolare capace di orientare le decisioni pubbliche anche in funzione delle conseguenze future e non soltanto dei presupposti attuali.

La conoscenza così ottenuta non è più sequenziale o settoriale, bensì inclusiva di ogni informazione rilevante, capace di valutare *ex ante* e tipizzare le condotte dei funzionari agenti a parità di situazione con conseguente definizione dello *standard* qualitativo[38]. La definizione di standard operativi deve avvenire in maniera dinamica e aggiornarsi, tenendo conto dell'evoluzione del mercato e delle trasformazioni organizzative. L'impiego di strumenti predittivi e di intelligenza artificiale può offrire un supporto rilevante nel monitoraggio dello standard, così come nella calibrazione periodica dei parametri di riferimento conseguente alle successive evoluzioni e dall'analisi della legittimità degli scostamenti dal medesimo[39].

Da ciò un benefico per l'organizzazione amministrativa (ad esempio, gestione del personale, manutenzioni, procedure di appalto), la gestione dei servizi pubblici[40] (quali *smart cities*, assistenza sanitaria, percorsi di apprendimento scolastico,

---

CAVALLO PERIN, *Ratio decidendi e intelligenza artificiale*, in *Scritti in Memoria di Rodolfo Sacco. Tomo* I, a cura di P. G. Monateri, Torino, Utet, 2024, p. 310.

[37] R. CAVALLO PERIN, *L'amministrazione pubblica al tempo dell'IA*, cit.

[38] R. CAVALLO PERIN, *L'amministrazione pubblica al tempo dell'IA*, in *Il Mulino*, 2025.

[39] G. M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Diritto amministrativo*, 2022, III, p. 630; R. CAVALLO PERIN, *La digitalizzazione e l'analisi dati*, in *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, a cura di R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA, Napoli, Jovene, p. 119-131.

[40] R. CAVALLO PERIN, *Intelligenza artificiale tra servizio pubblico locale, servizi d'interesse economico generale e autorganizzazione dei cittadini e utenti*, in, *Liber amicorum per Guido Greco*, a cura di F.G. SCOCA, M.P. CHITI, D.U. GALETTA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 190 - 192.

metropolitane senza conducente), o l'esercizio di funzioni pubbliche specifiche (edilizia e urbanistica, circolazione stradale). Tali giovamenti si riflettono, per un verso, sull'efficienza dell'azione amministrativa e, per altro verso, sugli utenti e destinatari dei relativi servizi. Le nuove tecnologie rendendo disponibili un volume di informazioni significativamente superiore rispetto al passato, impongono un cambiamento di paradigma, specialmente nei settori ad alta complessità e rischio, come quello sanitario[41] o degli appalti pubblici. Ivi si afferma l'esigenza di una "amministrazione responsabile", orientata alla valutazione e gestione del rischio in ossequio al criterio di precauzione più che alla gestione *ex post* del danno[42].

Sicché, l'Intelligenza artificiale deve essere considerata una leva funzionale per rendere l'amministrazione più rispondente ai bisogni collettivi, assicurando equità, proporzionalità e tempestività nell'erogazione dei servizi. Ogni livello territoriale, dalla dimensione statale a quella locale, è chiamato a declinare questa trasformazione tecnologica in coerenza con la propria missione istituzionale e con le esigenze specifiche della comunità amministrata.

L'incremento esponenziale della capacità delle pubbliche amministrazioni di acquisire dati in forma automatizzata da banche dati interconnesse impone una revisione dei criteri qualitativi relativi all'affidabilità e all'accuratezza delle informazioni trattate. La qualità dei dati assume rilievo non solo sul piano dell'efficienza amministrativa, ma anche in termini di garanzia dei diritti individuali, poiché dati errati o obsoleti possono generare decisioni amministrative distorte o pregiudizievoli[43].

Occorre garantire un equilibrio tra l'efficienza dell'azione amministrativa e la capacità dell'ente di porre rimedio ad anomalie tecniche o procedurali, ad esempio attraverso strumenti correttivi quali il soccorso istruttorio[44].

L'impiego di strumenti algoritmici nel procedimento amministrativo deve assicurare la trasparenza[45], intesa come obbligo di motivare e giustificare le decisioni assunte. Ciò implica la piena conoscibilità, sin dalla fase preliminare, del modulo utilizzato e dei criteri applicati, del meccanismo decisionale nel suo insieme, comprensivo degli autori, del procedimento di elaborazione, delle priorità assegnate e dei dati selezionati, nonché la necessità che la decisione resti attribuita all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica della logicità e della

[41] G. SDANGANELLI, *Verso una funzione assicurativa pubblica nella sanità digitale*, in *Diritto Amministrativo*, 3, 2024, p. 891.

[42] G. M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Diritto amministrativo*, 2022, III, 632.

[43] Cfr. R. CAVALLO PERIN, *L'amministrazione pubblica al tempo dell'IA*, cit.

[44] Cons. St., sez. VI, 1° luglio 2021, n. 5008; Cons. St., 25 gennaio 2013, n. 481; Si v.: R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti nativi digitali*, in *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica* digitale, II, a cura di R. Cavallo Perin, D. U. Galetta, Torino, Giappichelli, 2025, 138-176, spec. p. 145.

[45] Sul principio di trasparenza si v. S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Diritto Amministrativo*, 1, 2017, pp. 65-99.

ISSN 2036-7821

legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo[46]. La persona ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati, che la riguardino e a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata. La "formula tecnica" che rappresenta l'algoritmo deve essere tradotta in una "regola giuridica" per renderla leggibile e sindacabile.

L'utilizzo di sistemi automatizzati e standardizzati non può prescindere dalla previsione di meccanismi di monitoraggio e adattamento, ispirati a criteri di precauzione e ragionevolezza[47]. È la capacità dell'ente di aggiornare e correggere i propri processi, sulla base di dati predittivi e analisi *ex post*, a fondare un modello responsabile di amministrazione digitale.

S'è detto essere necessario un adeguamento costante degli strumenti normativi e organizzativi, affinché la risposta alle nuove sfide tecnologiche sia efficace e coerente.

L'affidabilità di un algoritmo e la definizione del livello accettabile di errore, nonché la scelta tra il mantenimento del giudizio umano o l'affidamento definitivo agli *output* algoritmici emergono durante la necessaria fase di sperimentazione, ove la supervisione umana permane imprescindibile, seppure modulabile in relazione ai diversi settori di impiego. Tale controllo potrà avvenire in forma continuativa, ovvero su richiesta delle parti del procedimento, o a campione mediante raffronto tra esiti algoritmici e valutazioni umane, o ancora a seguito di rimedio giustiziale esperibile dinanzi al funzionario competente (art. 7, d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199) o ad apposita commissione tecnica (art. 1, co. 2°, d.p.r., 24 novembre 1971, n. 1199)[48]. Se una decisione automatizzata produce effetti giuridici significativi, essa non può essere basata unicamente su tale processo automatizzato[49]. Deve sussistere un

[46] Cons. St., Sez. VI. 4 febbraio 2020, n. 881, § 9.

[47] Su provvedimenti adottati in esito all'elaborazione di un algoritmo informatico concernenti il trasferimento di sede di docenti nelle istituzioni scolastiche pubbliche: T.A.R. Lazio–Roma, sez. III–*bis*, 10 settembre 2018, n. 9224, § 2.4, i ricorrenti hanno lamentato che l'adozione degli atti impugnati sarebbe avvenuta in assenza della necessaria fase istruttoria e senza l'intervento attivo di un responsabile del procedimento, con l'effetto che l'algoritmo avrebbe, di fatto, surrogato l'attività valutativa e istruttoria demandata all'apparato amministrativo. Il Tribunale Amministrativo Regionale ha accolto tale doglianza, affermando il principio secondo cui l'impiego di strumenti informatici, ancorché connotati da elevata precisione e attendibilità, non può mai sostituirsi integralmente all'attività istruttoria, valutativa e decisoria di competenza dell'amministrazione procedente. Ha altresì ribadito che la funzione pubblica non può prescindere dall'intervento cognitivo e critico di un funzionario persona fisica, il quale deve permanere quale *dominus* del procedimento, anche ove questo si avvalga di supporti algoritmici. In dottrina: D.U. GALETTA, J. G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0*, cit., pp. 17–18, tuttavia, un analogo scrutinio critico non sembra applicarsi nell'accertamento automatizzato delle infrazioni al Codice della Strada, dove le sanzioni sono spesso irrogate quasi automaticamente, sulla base dei dati rilevati da dispositivi elettronici e formalizzati dagli organi di polizia stradale. Il problema – più che nella correttezza della decisione finale – risiede nella conformità del procedimento ai principi del giusto processo amministrativo. Ciò che rileva non è solo l'esito, ma il modo in cui il provvedimento si forma: è il procedimento, con le sue garanzie partecipative, a determinare l'accettazione sociale (c.d. *Akzeptanz*) del potere pubblico. La legalità procedurale costituisce elemento essenziale di legittimazione dell'azione autoritativa dell'amministrazione.

[48] R. CAVALLO PERIN, *L'amministrazione pubblica al tempo dell'IA*, in *Il Mulino*, 2025.

[49] Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, § 15.2

contributo umano in grado di controllare, validare o smentire la decisione automatica. L'Amministrazione, in caso di contenzioso, non può limitarsi a postulare una coincidenza tra legalità e operazioni algoritmiche, ma deve illustrare e provare sul piano tecnico le istruzioni impartite e le modalità di funzionamento.
Tale fase di verificazione della stabilità dell'algoritmo, volta ad impedire la realizzazione di rischi d'intelligenza artificiale, viene compiuta negli Spazi di sperimentazione normativa per l'IA (*regulatory sandboxes*[50]), che, come suggerisce il nome, consentono ai fornitori o potenziali fornitori di sistemi di IA l'opportunità di sviluppare, addestrare, convalidare e provare sistemi di IA innovativi, sotto una rigorosa supervisione regolamentare, prima della loro immissione sul mercato.

3. La gestione del rischio tramite contratti assicurativi.

I rischi sistemici associati all'impiego di tecnologie digitali necessitano di strumenti di protezione, tra cui l'assicurazione obbligatoria[51], alla guisa del modello automobilistico[52] o sanitario[53] ovvero nei contratti pubblici[54].
Mediante tecniche avanzate di profilazione, gli strumenti assicurativi (quali a titolo

[50] Art. 3, § 55, art. 57; considerando 143, Regolamento UE 2024/1689, cit.; G. M. RICCIO, *Intelligenza Artificiale e regulatory sandbox: prime osservazioni critiche*, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi*, a cura Di S. Scagliarini, I. Senatori, UNIMORE, 2024.

[51] La Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità da intelligenza artificiale introduce strumenti giudiziali che sono sottoposti a una possibile "revisione mirata" dopo la fine del periodo di recepimento della medesima per valutare la necessità di introdurre il regime della responsabilità oggettiva accompagnata da una copertura assicurativa obbligatoria (Art. 5, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale) COM(2022) 496 final*.). In precedenza già per i produttori e proprietari di determinate categorie di robot, come già avviene per le automobili: §59, lett. a, Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, *recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*. In giurisprudenza sull'incentivo di polizze assicurative per l'agente e per l'ente pubblico: Corte Cost., 16 luglio 2024, n. 132, § 11.1. In dottrina: F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 dl 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2024, p. 122 e s.; per interessanti considerazioni critiche: S. FOÀ, *Oltre lo "scudo erariale": quale futuro per la responsabilità amministrativa?*, in *Giustizia Insieme*, 2025; G. COLOMBINI, *Responsabilità erariale: riflessioni a margine del sistema di giustizia contabile*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2024, pp. 675 e ss.

[52] Parlamento europeo e del Consiglio, Direttiva 2009/103/Ce, 16 settembre 2009, n. 103, *concernente l'assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e il controllo dell'obbligo di assicurare tale responsabilità.*

[53] La legge Gelli Bianco ha sancito l'obbligo per le strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, e per gli esercenti le professioni sanitarie di dotarsi di un'adeguata copertura assicurativa per la responsabilità civile verso terzi e verso i prestatori d'opera (Art. 10, l. 8 marzo 2017, n. 24). Decreto del Ministro delle imprese e del made in Italy, di concerto con il Ministro della salute e il Ministro dell'economia e delle finanze, 15 dicembre 2023.

[54] In linea con la valorizzazione dei principi del risultato e della fiducia, e a conferma della stretta connessione tra il modello di amministrazione pubblica adottato e il relativo regime di responsabilità, il Codice dei contratti ha progressivamente ridotto l'entità del rischio gravante sul dipendente pubblico. In particolare, da un lato, ha previsto una specifica tipizzazione della colpa grave ai fini della responsabilità amministrativa (art. 2, co. 3°, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36); dall'altro, ha attribuito all'amministrazione una serie di obblighi, tra cui quello di adottare misure volte a garantire la copertura assicurativa dei rischi inerenti al personale (artt. 2, co. 4°, 15, co. 7°, d.lgs. 36/2023, cit.). 132 del 2024. Cfr. Corte Cost., 16 luglio 2024, n. 132.

esemplificativo la copertura assicurativa e fondi di rischio) permettono un'analisi dettagliata dei comportamenti individuali, superando in accuratezza e profondità le informazioni precedentemente ricavabili, con particolare riferimento alle "prassi"[55]. Tali innovazioni potrebbero incidere significativamente sul rapporto assicurativo, sia nella genesi del contratto sia nella successiva gestione del rischio[56]. L'adozione di modelli assicurativi specifici per i rischi derivanti dall'uso di tecnologie avanzate potrebbe costituire una risposta adeguata alle esigenze di tutela sia degli amministrati che degli stessi operatori.

L'eventuale pregiudizio derivante dall'applicazione conforme allo standard illegittimo da parte del funzionario agente deve essere considerato come danno attribuibile all'ente (c.d. responsabilità d'apparato o organizzativa)[57], da coprire tramite meccanismi assicurativi fondati su metriche statistiche e predittive elaborate mediante algoritmi intelligenti e stabilite su parametri tabellari (*standard quantitativi*)[58]. La progressiva integrazione delle tecnologie digitali nei processi amministrativi rende imprescindibile un sistema di responsabilità, che tenga conto della complessità della c.d. società del rischio[59] e delle specificità di tali strumenti -

[55] E. BATTELLI, *Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario*, in *Giust. civ.*, 2020, IV, spec. 708 ss.; G. D'IPPOLITO-E. M. INCUITTI, *I processi decisionali interamente automatizzati nel settore assicurativo*, in *Riv. dir. impresa*, 2019, III, pp. 735- 752; D. PORRINI, Big data, *personalizzazione delle polizze ed effetti nel mercato assicurativo*, in *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*, a cura di V. Falce, G. Ghidini, G. Oliveri, Giuffrè, Milano, 2017, p. 319 s.

[56] R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *Intelligenza artificiale e responsabilità della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 329.

[57] E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici Giappichelli*, Torino, 1953; ID., *Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, p. 219 ss. F. SATTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, Vol. XXXIX, 1988, Milano, 1369-1381. Si v. R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, III, Milano, 1955, spec. 60 ss.; ID., *La responsabilità della pubblica amministrazione nell'evoluzione legislativa più recente*, in *Rassegna di diritto pubblico*, n. 3-4, 1949, p. 218 ss. e in Scritti Minori, Giuffrè, Milano, 1981, 411 ss.; G. GRECO, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca, Vol. 1, Parte generale, II, Milano, 2005, p. 907 ss.

[58] G. M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Diritto amministrativo*, 2022, III, 630.

[59] U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Francoforte sul Meno, Suhrkamp, 1986, per società del rischio si intende una fase evolutiva della modernità caratterizzata dalla produzione sistemica di rischi globali, spesso invisibili e non immediatamente quantificabili, derivanti dallo sviluppo tecnico–scientifico e industriale. In tale contesto, la conflittualità sociale non si incentra unicamente sulla distribuzione della ricchezza (c.d. "società di scarsità"), bensì sulla produzione, percezione e allocazione dei rischi, la cui gestione assume rilievo centrale – anche in ambito giuridico e istituzionale – mediante la prevenzione e la responsabilizzazione rispetto ai danni potenziali generati dalla stessa modernizzazione. Per la relazione tra responsabilità e sviluppo tecnologico: H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Francoforte sul Meno, Insel, 1979, la responsabilità è un dovere etico–giuridico fondato sul nesso causale tra l'agente e le conseguenze del proprio agire, che – nell'epoca del progresso tecnologico – acquista una portata potenzialmente irreversibile. Tale principio impone di riformulare l'etica tradizionale, estendendola al futuro, alla collettività e alla tutela della vita, con particolare riguardo ai diritti delle generazioni future e all'integrità dell'ambiente naturale.

con cui si deve interfacciare il funzionario[60] - che s'è detto superare la conoscenza umana sia in termini di quantità di informazioni accessibili e apprendibili sia in relazione al tempo e alla forza analitica necessari per elaborarli[61]. Occorre attribuire responsabilità precise all'organizzazione adeguatamente assicurata in quanto soggetto più idoneo a sopportare il danno (metodo della tasca profonda o *deep pocket*)[62], privilegiando un modello che contempli la precauzione e la correzione tempestiva degli errori, piuttosto che unicamente il risarcimento *ex post*.

L'adozione di un approccio ispirato al principio di precauzione rappresenta una strategia imprescindibile, che mira ad anticipare le disfunzioni e a intervenire in chiave regolativa sul rischio, anziché agire solo in sede risarcitoria o sanzionatoria.

I modelli assicurativi assumono una funzione non solo protettiva, ma anche allocativa: la ripartizione dei rischi deve essere strutturata in base alla distribuzione delle competenze e alla capacità economica-finanziaria e tecnico-professionali[63] (c.d. capitale umano) dell'organizzazione di prevenire e gestire eventuali anomalie.

La responsabilità dell'organizzazione pubblica non può che derivare da una definizione non corretta (standard illegittimo) o da un mancato aggiornamento degli standard operativi. Come già accade in caso di disfunzione di sportelli digitali o piattaforme telematiche, il malfunzionamento dell'architettura amministrativa viene attribuito alla struttura e non al singolo agente[64]. L'adozione di regole dinamiche, rese possibili dalla costante analisi dei dati amministrativi, permette così una amministrazione responsabile e adattiva, orientata al continuo miglioramento dell'azione pubblica. La responsabilità dell'ente si manifesta non solo nella

[60] G. M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 603, nel corso degli ultimi decenni si è registrato un rilevante incremento della complessità dei contesti operativi, nonché dei connessi profili di rischio cui sono esposte le organizzazioni, tanto pubbliche quanto private. L'accresciuta domanda di servizi articolati e prestazioni ad elevato contenuto tecnico ha favorito l'emergere del fenomeno dell'amministrazione difensiva, interpretato quale reazione all'incapacità, da parte sia dei singoli agenti sia delle strutture pubbliche, di fronteggiare efficacemente i crescenti livelli di complessità. In tale scenario, i processi di digitalizzazione si configurano come strumenti idonei a rafforzare la capacità operativa e l'autorevolezza delle amministrazioni pubbliche, consentendo loro di rispondere in maniera più adeguata alle esigenze della collettività. Cfr. S. BATTINI, F. DE CAROLIS, *Indagine sull'amministrazione difensiva*, in *Rivista Italiana di Public Management*, Vol. 3, 2, 2020, pp. 342-363.

[61] R. CAVALLO PERIN, *La digitalizzazione e l'analisi dati*, cit., p. 119.

[62] G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile analisi economica-giuridica*, Milano, Giuffrè, 1975.

[63] Cfr. R. CAVALLO PERIN, *La capacità tecnico professionale degli enti pubblici tra principio di adeguatezza e differenziazione*, in *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni*, a cura di S. TORRICELLI, Napoli, ESI, 2020, pp. 268–270, in Italia la crisi delle autonomie locali e sovranazionali ha rafforzato il ruolo centrale dello Stato, evidenziando limiti economico–finanziari e tecnici degli enti territoriali. La Costituzione richiede che competenze e funzioni siano assegnate solo a strutture con adeguate capacità organizzative, finanziarie e professionali, un processo che può essere supportato dall'intelligenza artificiale per migliorare l'efficienza e la redistribuzione delle funzioni pubbliche.

[64] A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA, cit., 1-42, spec. 10. Cfr. M. C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'Amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 16, 2019; In giurisprudenza: C.G.A.R.S., sez. giurisdizionale, 16 febbraio 2021, n. 115, § 14.

definizione degli standard, ma anche nella capacità di vigilare sull'operatività quotidiana e intervenire prontamente in caso di anomalie. La complessità dei sistemi automatizzati esige una struttura organizzativa dotata di competenze specifiche e di strumenti di controllo evoluti, capaci di analizzare i dati prodotti e di adottare misure correttive efficaci. L'attenzione non si limita esaminare unicamente la legittimità di un singolo atto o di un singolo disservizio, ma di valutare in chiave sistemica situazioni indicative di cattivo andamento, considerando la complessità dei settori amministrativi e delle decisioni assunte[65]. Al funzionario agente resta il compito di intervenire nei casi di evidente scostamento rispetto allo scenario previsto, a garanzia del corretto bilanciamento tra legalità sostanziale ed efficienza. La responsabilità individuale torna dunque ad essere eccezionale e circoscritta alle ipotesi in cui l'intelligenza umana deve sopraffare l'intelligenza artificiale, con la conseguenza di rimanere subordinata alle condotte manifestamente difformi dallo standard o dal mancato adeguamento al medesimo, ovvero ad atti caratterizzati da dolo o colpa grave (art. 23, d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3)[66].

L'obbligo di stipula e mantenimento di strumenti assicurativi costituisce presupposto necessario per l'esercizio legittimo di talune funzioni o professioni, indipendentemente dalla effettiva commissione di illeciti da parte del funzionario–assicurato. Un sistema di mutualizzazione del rischio, fondato sul versamento di premi proporzionali alla classe di rischio individuale, definita sulla base della condotta pregressa e suscettibile di evoluzione nel tempo, consente di premiare comportamenti virtuosi - che riducono frequenza e gravità degli incidenti - e, al contempo, di applicare un aggravio a carico dei trasgressori abituali (*experience rating*). Spetta all'ente pubblico determinare l'ammontare dell'accantonamento, valutando sia la natura e il volume delle prestazioni erogate, sia le dimensioni organizzative della struttura, in modo da garantire la copertura continuativa dei rischi attesi.

[65] R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *Le responsabilità degli enti pubblici al tempo della trasformazione digitale*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2025, p. 1051 - 1065.

[66] R. CAVALLO PERIN, *La responsabilità della pubblica amministrazione al tempo dell'intelligenza artificiale*, in *Diritto Amministrativo*, 4, 2024, p. 1071; R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *Intelligenza artificiale e responsabilità della pubblica amministrazione*, in Il *Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale, seconda edizione*, a cura di R. Cavallo Perin, D. U. Galetta, Torino, Giappichelli, 2025, p. 332.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La disciplina delle concessioni demaniali marittime nell'attuale contesto normativo e giurisprudenziale. Alcune riflessioni alla luce del nuovo "scontro" tra Commissione Europea e Governo Italiano

di Giuseppe Laurieri

(Avvocato, dottorando di ricerca in studi giuspubblicistici presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata")

Sommario

I. Il principio di concorrenza alla "sfida" delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative: la critica evoluzione della disciplina nel tempo. – II. La legge 118/2022 e nozione di "scarsità della risorsa". – III. Il decreto-legge 131/2024: la fine di un dialogo tra Governo italiano e Unione Europea durato troppo a lungo? – IV. La Corte di Giustizia ritorna sull'ambito di applicazione della direttiva Bolkestein. - V La Corte costituzionale sulla Legge della regione Toscana: il riparto di competenze tra Stato e Regione sulla disciplina delle concessioni demaniali marittime. – VI. L'indennizzo in favore del concessionario uscente. – VII. Conclusioni. Una partita chiusa definitivamente

Abstract

This paper critically analyses the slow regulatory development of maritime state concessions in Italy and focuses on recent court rulings in light of the conversion law of Decree Law No. 131/2024, known as the "salva infrazioni" (save infringements) decree.
Many issues still need to be resolved: from determining the compensation to be paid to the outgoing concessionaire to the practical procedures for selecting new operators. In the background are "the ghosts of the past": provisions of dubious compatibility with the EU regulatory framework and the uncertainty that reigns supreme in the offices of the administrations, which lack clear regulatory guidelines to follow.

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

I. Il principio di concorrenza alla "sfida" delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative: la critica evoluzione della disciplina nel tempo.

"Contrariamente ad un cartello internazionale, che tende alla ripartizione e allo sfruttamento dei mercati nazionali mediante pratiche restrittive e il mantenimento di profitti elevati, l'organizzazione progettata assicurerà la fusione dei mercati e l'espansione della produzione."

Era il 9 maggio 1950, quando l'allora Ministro degli Esteri francese, Robert Shuman pronunciava queste sacramentali parole che avrebbero dato avvio al processo di integrazione europea. Un discorso, un cammino, teso all'apertura della concorrenza e del mercato oltre i limiti nazionali.

Certamente, la dichiarazione del 1950 riguardava la necessità di salvaguardare la "pace mondiale", evitando di lacerare ulteriormente le già precarie economie nazionali dei paesi occidentali, con l'unico fine, infatti, del "mantenimento di relazioni pacifiche".

Da quel 9 maggio molte cose sono cambiate, il processo di integrazione europea si è avviato, proseguendo spedito, incontrando, tuttavia, non poche difficoltà.

"L'Europa non potrà farsi un una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto", diceva Schuman.

E ancora oggi l' "Europa" (*rectius* L'Unione Europea) continua a costruirsi.

Il percorso di liberalizzazione dei mercati, in particolare, ha da sempre rappresentato una sfida per i legislatori di ogni stato membro dell'Unione Europea e vede, di volta in volta, diversi e numerosi ostacoli da superare per evitare derive individualiste e restrizioni della concorrenza[1].

[1] Sul tema, per un approfondimento si veda, senza pretesa di esaustività E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'unione*, Torino, 2022; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana, in Giur. cost.*, 2005, p. 1429 ss.; *Diritto dell'Unione Europea*, (a cura di) R. MASTROIANNI, G. STROZZI, 2021; F. DONATI, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2020, fasc. 1; E. CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, I; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamento, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. soc.*, 2003; A. PERA, *Concorrenza e antitrust*, Bologna, 2005; E. FRENI, *La tutela della concorrenza*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S. CASSESE (a cura di), Milano, 2010; M.R. ALLEGRI, *La politica della concorrenza*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, G.P. ORSELLO (a cura di) in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, Torino, 2002; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'unione europea*, 2014; L.F. PACE, *Diritto europeo della concorrenza*, CEDAM, Padova; *Concorrenza potenziale e barriere all'ingresso* in P. FATTORI e M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, ilMulino, 2019; G. PITRUZZELLA, *L'applicazione delle regole di concorrenza nel mercato globale-locale: istanze di tutela, sfide ed opportunità*, in *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea*; Atti del V Convegno biennale Antitrust, Trento, 16-18 aprile 2015, (a cura di) G.A. BENNACCHIO e M. CAPRAGNANO; M. D'OSTUNI e M. BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia*, 2024; R. ALESSI, G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza*, 1991; G. AMATO, *Corte Costituzionale e concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2017, n. 3; A. MORRONE, *La concorrenza tra Unione Europea, Stato e Regioni*, in M. AINIS e G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, 2019; F. TOMASICCHIO, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime. Amministrazione, giudici, mercati e conflitti*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, n. 2, p. 481-526.

ISSN 2036-7821

Negli ultimi anni il percorso di armonizzazione della normativa comunitaria è "sbarcato" sulle spiagge italiane: il Governo italiano sta, infatti, affrontando la complessa sfida della riorganizzazione della disciplina delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative[2].

L'importanza delle "aree marittime" del nostro Paese è evidente, se si considera il ruolo privilegiato che le attività ricettive e turistiche ricoprono nell'economia nazionale e l'apprezzamento che tutti gli altri paesi esprimono ogni anno nei confronti delle ricercate risorse paesaggistiche che l'Italia vanta.

Peraltro, non è ultroneo considerare che - da un punto di morfologia del territorio - la

[2] Per un inquadramento generale della questione, si rinvia tra gli altri a R. CAPONIGRO, *Le concessioni demaniali nel rapporto con la Corte di Giustizia Europea*, in *www.giustiza-amministrativa.it*, D. VITALE, *La vexata quaestio delle concessioni demaniali marittime nella crisi della legalità*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 26; A. LEZZI, *Concessioni di beni demaniali e federalismo territoriale. Titolarità e competenze nella tutela degli «interessi articolati»*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, p. 358; M. CASANOVA, *Il demanio marittimo*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, coordinato da A. ANTONINI, Milano, I, 2007; C. VOLPE, *Le concessioni demaniali marittime: una fine o un inizio? correzioni di rotta e nuovi approdi* in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022; G. LAMI, C. COLOMBA, S. VILLAMENA, *Le concessioni demaniali marittime tra passato, presente e futuro*, in G. LAMI (a cura di), Padova, 2010; A. POLICE, A.M. CHIARIELLO, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, in *Amministrativ@mente*, 2022, n. 2; G. MARCHEGIANI, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di Loch Ness*, in *Giustamm.it*, 2015, n. 10; A. GIANNACCARI, *Stessa spiaggia, stesso mare. Di concessioni demaniali marittime e (assenza di) concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2021, n. 2; C. BENETTAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 16; N. D'ANZA, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo. Prolegomeni e prospettive, in Osservatorio AIC, bimestrale di attualità costituzionale*, 2024, fasc. 2, p. 43 ss; E. AJMAR, P. MAFFEI, *Concessioni balneari: si naviga a vista. Uno studio di caso*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 18; B. CARAVITA, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 20; G. CARULLO, A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 26; F. CAPELLI, *Evoluzioni, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021; A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quad. rass. dir. pubbl. eur.*, 2021; R. DIPACE, *All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021; N. PAOLANTONIO, *Le concessioni demaniali marittime, oggi e domani. Alcune riflessioni de jure condito et condendo*. in *Scritti in onore di Maria Immordino*, 2022; A. CIRCOLO, *L'affidamento competitivo delle spiagge italiane. riflessioni a partire dalla sentenza del tar lecce n. 1223/2023*, in *Rivista del contenzioso europeo*, 2024, fasc. 1; C. BURELLI, *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli "comunitari" e normativa italiana: criticità e prospettive*, in DUE, 2021; R. MASTROIANNI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in *Eurojus*, 2022; V. LOPILATO, *Concessioni demaniali marittime*, in *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2021, p. 905 ss.; A. LUCARELLI, L. LONGHI, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2018; A. COSSIRI, *Il bilanciamento degli interessi in materia di concessioni balneari: quali spazi per il Legislatore statale e per le autonomie?*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 9; F. PRADA, *Proroga ex lege della durata delle concessioni demaniali marittime: tra diritto europeo e nazionale, in Rivista italiana di diritto del turismo*, 2018, n. 22,; G. BELLITTI, *La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, n. 2; E. ZAMPETTI, *Questioni processuali e sostanziali in materia di concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa (note a margine della decisione del Consiglio di Stato n. 4480 del 2024 e della relativa decisione di primo grado)*, in *Federalismi.it*, 2024, n. 24; G. FONDERICO, *Concessioni balneari: no rinnovo automatico per le spiagge italiane e spazio a gare imparziali e trasparenti*, in *Guida Dir.*, 2023; E. CAMPAGNANO, *La concorrenza nel settore delle concessioni demaniali marittime dopo le sentenze dell'adunanza plenaria e della Corte di Giustizia: l'Italia all'ultima spiaggia*, in *Contratto e impresa*, 2024, n. 2.

lunghezza complessiva delle coste italiane supera i 7000 km, di cui orientativamente la metà è fatta di spiagge[3].

La disciplina sulle concessioni demaniali marittime era inizialmente contenuta esclusivamente all'interno del R.D. 30 marzo 1942, n. 327 (il cd. Codice della Navigazione), successivamente modificato dal Decreto legislativo 9 maggio 2005 n. 96 e dal Decreto legislativo 5 marzo 2006 n.151.

Particolarmente critica la previsione di cui all'art. 37, secondo comma, del Codice della Navigazione, a tenore della quale si prevedeva che in presenza di più domande per il rilascio di una concessione demaniale marittima, venisse riconosciuta preferenza al soggetto già titolare della concessione stessa (c.d. diritto di insistenza). Non solo, l'art. 1 del Decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, come modificato dall'art. 10, comma 1 della Legge 16 marzo 2001, n. 88, disponeva che le concessioni, tra l'altro, relative ad attività portuali e alla "gestione di stabilimenti balneari" avessero durata di sei anni e alla scadenza si rinnovassero "automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza".

Nel 2008, riscontrate le evidenti criticità, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella segnalazione AS481 del 20 ottobre, affermò la necessità che le procedure di rinnovo o di rilascio della concessione basate sul criterio della preferenza accordata al precedente titolare della medesima venissero "sostituite dalla valutazione dell'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal concessionario e dagli altri aspiranti sul piano della rispondenza agli interessi pubblici; dall'idonea pubblicizzazione di tale procedura, in modo da riconoscere alle imprese interessate le stesse opportunità concorrenziali, in contrapposizione al titolare della concessione scaduta o in scadenza; dall'eliminazione di tutti quegli elementi che possano comunque avvantaggiare a priori il precedente concessionario indipendentemente dal contesto concorsuale."

L'art. 37 del Codice della Navigazione è stato poi abrogato ad opera dell'art. 1, comma 18, del Decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, su impulso della Commissione Europea che nel frattempo aveva avviato una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia per violazione del diritto comunitario.[4]

La direttiva UE 123/2006/CE (cd. Direttiva "*Bolkestein*", da *Frits Bolkestein*, all'epoca commissario europeo per il mercato interno che aveva sostenuto e curato la

[3] N. D'ANZA, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo. Prolegomeni e prospettive*, *in Osservatorio AIC, bimestrale di attualità costituzionale*, 2024, fasc. II, p. 43 ss, riportando i dati di ISPRA - Centro Nazionale Coste, 8 luglio 2021, Coste italiane.

[4] Procedura d'infrazione n. 2008/4908 con cui è stata rilevata l'incompatibilità con l'ordinamento comunitario di alcuni profili della normativa italiana riguardante le concessioni demaniali marittime. In particolare, con la lettera di messa in mora la Commissione europea contestava la compatibilità dell'art. 37, co. 2, Codice della navigazione e dell'art. 9, co. 4, l.r. Friuli Venezia-Giulia 13 novembre 2006, n. 22, in materia di demanio marittimo con finalità turistico-ricreativa con il diritto comunitario, e in particolare coi principi di cui all'art. 49 TFUE e all'art. 12 dir. 2006/123/CE, e la compatibilità del rinnovo automatico della concessione alla scadenza sessennale di cui all'art. 1, co. 2, d.l. n. 400/1993, conv. con l. n. 494/1994, e successivamente modificato dall'art. 10 l. n. 88/2001.

ISSN 2036-7821

direttiva), in particolare, all'art. 12 stabiliva che qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività fosse limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri avrebbero dovuto avviare una procedura di selezione, rispettosa delle più importanti garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità. In tal caso, l'autorizzazione avrebbe dovuto essere rilasciata per una durata limitata e adeguata, non potendosi prevedere una procedura di rinnovo automatico, né accordarsi altri vantaggi al prestatore uscente.[5]

Nonostante la procedura di infrazione avviata, al Governo italiano, rimasto a lungo inerte, dopo essere stato sollecitato da parte della Commissione Europea a adeguare la normativa interna alle previsioni comunitarie, è stato formalmente imposto di non concedere più alcun rinnovo automatico delle concessioni, ma di assegnarle inderogabilmente a partire da gennaio 2016.

Come si può immaginare, imposizione che è rimasta sostanzialmente ignorata.

Nonostante il percorso da seguire fosse quanto mai chiaro, il Legislatore nazionale infatti ha continuato per anni a disporre una proroga *ex lege* delle concessioni di beni demaniali con finalità turistico ricreative.

Il termine per l'avvio delle procedure ad evidenza pubbliche relative alle concessioni in scadenza, infatti, è stato dapprima fissato al 31 dicembre 2015, con art. 1, comma 18, del decreto-legge n. 194 del 30 dicembre 2009. Al riguardo, la Commissione Europea, riscontrata l'approvazione della normativa, ha messo nuovamente in mora il Governo italiano con lettera del 5 maggio 2010 nell'ambito del procedimento di infrazione già avviato.

Così, al fine di evitare conseguenze negative, venne adottato il decreto-legge 15 dicembre 2011, n. 217 che, all'art. 11, comma 1 lett. a), abrogava il sopra menzionato art. 1, comma 2, del Decreto-legge n. 400 del 1993, delegando il Governo ad intervenire attraverso un decreto legislativo di revisione e riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime.

La procedura di infrazione è stata così chiusa il 27 febbraio 2012.

Tuttavia, poco dopo, l'art. 34 - *duodecies* del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 ha disposto l'ennesima proroga del termine di scadenza delle concessioni in essere, fino al 31 dicembre 2020.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea[6], interpellata in merito alla compatibilità

[5] G. BELLITTI, *La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e flauviali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, n. 2, p. 60 ss.

[6] Sull'approccio seguito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, per una sintesi si veda G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La 'terribile' Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process* in *Federalismi.it*, 2020, n. 7, p. 6-7, il quale osserva che "Come tutte le corti "supreme", la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha proceduto a una vera e propria manipolazione integrativa dei Trattati, riconfigurandone la portata, le strumentazioni e il sistema delle fonti mediante una linea giurisprudenziale funzionalista, orientata dal fine della costruzione e della tutela del mercato unico e dell'integrazione europea. Essa ha utilizzato un pugno di attrezzi logico-giuridici [...] per trarre una nutrita serie di conseguenze, tra le quali la supremazia del diritto europeo sulle fonti nazionali, comprese le fonti di rango costituzionale"; o ancora B.

del meccanismo di proroga adottato dal Governo italiano, con la nota decisione del 14 luglio 2016 nelle cause C-458/14 e C-67/15 (cd. sentenza "*Promoimpresa*"[7]) ha concluso che "l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale (…) che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati" e, inoltre, "l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale (…) che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo."

In particolare, quindi, secondo la Corte di Giustizia, il nucleo centrale della questione verte intorno all'individuazione della scarsità del bene. Qualora si ravvisi la scarsità della risorsa, ai sensi dell'art. 12 della Direttiva *Bolkestein*, si deve procedere con la messa a gara della concessione. Tale accertamento, secondo la Corte di Giustizia, deve essere demandato al giudice nazionale.[8]

Negli anni anche la Corte costituzionale, a partire dal 2010, è più volte intervenuta sulla questione.[9]

La Corte, invero, ha da sempre affermato che "la disciplina delle concessioni su beni demaniali marittimi invest[isse] diversi ambiti materiali, attribuiti alla competenza sia statale, sia regionale, ma che per particolare rilevanza, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento delle concessioni, assumono i principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e

---

NASCIMBENE, *Il rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea: disciplina e indicazioni pratiche*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 17, "La Corte ha esercitato, e continua ad esercitare un ruolo propulsivo ed anche creativo del diritto dell'Unione, contribuendo in modo rilevante alla costruzione del sistema di diritto UE, talora sostituendosi o, addirittura, colmando le lacune delle istituzioni nel quadro del processo legislativo dell'Unione".

[7] Per un commento alla pronuncia, si veda L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, n. 3-4, pp. 912-926; M. MAGRI, *Direttiva Bolkestein e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia U.E.*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 4, 2016; F. SANCHINI, *Le concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo tra meccanismi normativi di proroga e tutela dei principi europei di libera competizione economica: profili evolutivi alla luce della pronuncia della Corte di Giustizia resa sul caso Promoimpresa v. Melis*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, n. 2; per CANNIZZARO, "appare ragionevole interpretare la sentenza Promoimpresa alla luce della pregressa giurisprudenza della Corte di giustizia nel senso, cioè, che l'art. 12 della direttiva *Bolkenstein* osti, evidentemente, a una legislazione nazionale che disponga una proroga automatica e generalizzata di concessioni di servizi, ma che il compito di attuare la direttiva, eliminando la legislazione ad essa contraria, spetti agli organi centrali dello Stato, i soli sui quali incombe tale obbligo. L'inadempimento di tale obbligo potrà, di conseguenza, essere sanzionato attraverso una procedura di carattere sistemico, quale la procedura di infrazione, la quale correttamente farà ricadere sullo Stato le conseguenze della propria azione e non già sugli individui non tenuti ad attuare la direttiva." in E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Giustizia Insieme*, 30 dicembre 2021.

[8] V. LOPILATO, *Concessioni demaniali marittime*, *op. cit.*, p. 905 ss.

[9] M. GARGANO, *La giurisprudenza costituzionale sulle concessioni demaniali marittime tra tutela dell'affidamento, certezza del diritto e principio di concorrenza*, in *Ratio Iuris*, 2019.

nazionale."[10].

Inoltre, sono state dichiarate costituzionalmente illegittime alcune disposizioni regionali che prevedevano proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime in essere[11].

Tuttavia, nonostante la copiosa giurisprudenza consolidatasi in materia, la dottrina ha per un certo periodo continuato a negare che il diritto dell'Unione Europea imponesse l'obbligo di evidenza pubblica, sull'assunto che in relazione a tali tipi di concessioni sarebbe difettato il carattere dell'interesse transfrontaliero certo che impone di procedere secondo criteri e parametri concorrenziali[12].

Il Legislatore nazionale, con Legge n. 145 del 30 dicembre 2018, allo scopo di procedere ad una "generale revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime" ha, comunque, "ben" pensato di fissare un'ulteriore proroga alla durata delle concessioni vigenti, fino al 31 dicembre 2033 (!). Peraltro, la criticità della norma si coglie ancora di più nel fatto che il Legislatore è ricorso al "pretesto"[13], come osservato da taluno in dottrina, della crisi pandemica per riconoscere ai concessionari la possibilità di chiedere l'estensione del titolo concessorio per un periodo di quindici anni (e quindi fino al 1° gennaio 2034), disponendo la sospensione dei procedimenti amministrativi volti alla nuova assegnazione delle concessioni demaniali marittime o alla riacquisizione al patrimonio pubblico delle aree demaniali, sino al medesimo termine, vietando alle amministrazioni di intervenire se "l'utilizzo dei beni demaniali da parte dei concessionari verrà confermato verso pagamento del canone previsto dall'atto di concessione".

È seguito, così, il Decreto Legge 19 maggio 2020 n. 34, convertito con modificazioni in Legge 17 luglio 2020 n. 77, che, all'art. 181, comma 4-*bis*, ha previsto il rinnovo d'ufficio per la durata di dodici anni di tutte le concessioni di posteggio per

[10] *ex multis* Corte costituzionale, sent. 22 settembre 2022, n. 222; Corte costituzionale 5 dicembre 2018, n. 86; Corte costituzionale sent. 11 gennaio 2017, n. 40.

[11] *ex multis*, cfr. Corte costituzionale sent. 12 maggio 2010, n. 180, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, Legge Regionale dell'Emilia-Romagna del 23 luglio 2009, n. 8, il quale prevedeva la possibilità, per i titolari di concessioni demaniali, di chiedere la proroga della concessione, fino ad un massimo di 20 anni dalla data del rilascio, subordinatamente alla presentazione di un programma di investimenti per la valorizzazione del bene, in ragione di "un'ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale del mercato della gestione del demanio marittimo, invadendo una competenza spettante allo Stato, violando il principio di parità di trattamento (detto anche "di non discriminazione"), che si ricava dagli artt. 49 e ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in tema di libertà di stabilimento, favorendo i vecchi concessionari a scapito degli aspiranti nuovi".

[12] R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Le concessioni demaniali con finalità turistico ricreativa e l'obbligo fi evidenza pubblico imposto dal diritto U.E.: le sentenze dell'Ad. Plen. N. 17 e 18 del 2021* in *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2022, p.463 ss.

[13] Così E. CAVALIERI, *Le misure a sostegno della cultura e del turismo nella seconda fase dell'emergenza sanitaria*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, n. 1, p. 30, "l'emergenza sanitaria sembra ridursi a poco più di un pretesto per adottare norme di favore per gli operatori in ambiti 'delicati', come nel caso delle modifiche apportate in conversione del Decreto 'Rilancio' all'art. 182, comma 2, D.L. n. 34 del 2020 in materia di concessione dei beni del demanio marittimo".

l'esercizio del commercio su aree pubbliche aventi scadenza entro il 31 dicembre 2020, secondo le linee guida del Ministero dello sviluppo economico, e con modalità stabilite dalle Regioni, previa verifica del possesso in capo a ciascun operatore dei requisiti di onorabilità e professionalità ed iscrizione nei registri camerali quale ditta attiva.

L'ennesima proroga non è passata inosservata.

La dottrina si è manifestata subito critica sulla scelta operata dal Legislatore, evidenziando un serio rischio di compatibilità con il diritto dell'Unione europea e, in particolare, con gli articoli 49, 56 e 345 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea[14].

La Commissione Europea, poco dopo, ha ammonito l'Italia, invitandola a regolarizzare le proprie previsioni nazionali in materia di aggiudicazione di contratti di appalto e di concessione. Non solo, anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, più volte espresse la necessità di ricorrere a procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento delle aree demaniali marittime[15].

La previsione, evidentemente critica, ha dato luogo ad innumerevoli contenziosi nell'ambito dei quali la giurisprudenza ha mostrato un approccio bifronte.

Per un prevalente orientamento, infatti, avrebbe dovuto necessariamente procedersi alla disapplicazione della disposizione che prevedeva la proroga delle concessioni[16].

Secondo diversa (ma "territorialmente" isolata) tesi, invece, non sarebbe stato configurabile alcun obbligo delle amministrazioni di disapplicare le norme primarie di proroga e avviare procedure di gara in mancanza della necessaria disciplina statale di regolazione[17].

Al fine di dirimere lo stridente contrasto interpretativo emerso e offrire chiarezza ad un quadro quanto mai incerto, con decreto n. 160 del 24 maggio 2021, l'allora Presidente del Consiglio di Stato Patroni Griffi, ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione, sollevando, in particolare, per quanto qui di interesse, i seguenti quesiti:

- se fosse doverosa, o no, la disapplicazione delle leggi statali o regionali che prevedevano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; e, in particolare, se tale obbligo "disapplicativo" sussistesse per l'apparato amministrativo e per i

[14] G. MARCHEGIANI, *La proroga al 2033 delle concessioni balneari nell'ottica della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea* in *Urbanistica e appalti*, 2021, n. 2. In particolare, secondo l'autore, "il Governo italiano dispone, da un punto di vista giuridico, di una sola linea di difesa con una ragionevole aspettativa di buon fine. Quella di cercare di convincere la Commissione del fatto che la sua iniziativa potrebbe non conseguire l'esito atteso perché, a ben vedere, rischierebbe di non essere in armonia con il diritto dell'Unione europea e, in particolare, con gli artt. 49, 56 e 345 TFUE…".

[15] Si vedano AS1701, 28 luglio 2020, Comune di Piombino; AS1712, 1 dicembre 2020, Comune di Castiglione della Pescaia; AS1719, 9 dicembre 2020, Comune di Castellabate; AS1684, 7 luglio 2020.

[16] Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019 n. 7874, Sez. V, 5 marzo 2018 n. 1342.

[17] T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 27 novembre 2020, nn. 1321 e 1322; 15 gennaio 2021, nn. 71-75, e 15 febbraio 2021, n. 268.

ISSN 2036-7821

funzionari dello Stato;

- nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro fosse tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame.

Trattasi di quesiti cruciali che il Supremo Consesso Amministrativo è stato chiamato ad affrontare in modo serio e chiaro, una volta per tutte, per evitare ogni ambiguità sul tema e sciogliere, come si è osservato, in nodi "dell'oggi" e in nodi "del domani"[18] formatisi su una materia così delicata.

Ebbene, nonostante l'intervento "propulsivo" del giudice amministrativo e in attesa di un "soccorso" dall'Adunanza Plenaria[19], il Governo ha assunto ancora una volta una posizione "attendista"[20] eliminando, di fatto, il tema delle concessioni balneari dal disegno di legge sulle concorrenza per l'anno 2021, limitandosi a prevedere una delega al Governo ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, sentita la Conferenza unificata, un decreto legislativo per la costituzione e il coordinamento di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici al fine di promuovere la massima pubblicità e trasparenza, anche in forma sintetica, dei principali dati e delle informazioni relativi a tutti i rapporti concessori.

L' "attendismo" del Governo è stato, così, rimediato dall'intervento del Consiglio di Stato che, in Adunanza Plenaria, ha "bacchettato" l'operato del Legislatore nelle due storiche pronunce n. 17 e 18 del 9 novembre 2021[21] dal contenuto e carattere, si è osservato, "para-normativo"[22].

I giudici di Palazzo Spada hanno evidenziato, sulle basi argomentative già

---

[18] M. LUBRANO, *Le concessioni demaniali marittime ieri, oggi e domani. La tutela dei diritti fondamentali di tutti gli operatori del settore, mediante l'applicazione delle regole sulla concorrenza, secondo i principi del diritto europeo (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18)*, in *Dirittifondamentali.it*, 2022, n. 1 e A. POLICE e A.M. CHIARIELLO, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, *op. cit.*, p. 56-57.

[19] Così, M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Diritto e Società*, 2021, n. 3, p. 334.

[20] Così, *ibidem*, M.A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p. 334.

[21] Sul punto, si veda R. DIPACE, *All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021; A. POLICE e A.M. CHIARIELLO, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, *op. ult. cit.*; M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, *op. cit.*, p. 331 ss.; A. COSSIRI, *Il bilanciamento degli interessi in materia di concessioni balneari: quali spazi per il Legislatore statale e per le autonomie?* in *Federalismi.it*, 2022, n. 9; E. CAMPAGNANO, *La concorrenza nel settore delle concessioni demaniali marittime dopo le sentenze dell'adunanza plenaria e della Corte di Giustizia: l'Italia all'ultima spiaggia*, in *Contratto e impresa*, 2024, n. 2, p. 518.

[22] M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, *op. cit*, p. 357.

ISSN 2036-7821

sedimentate dalla Corte di Giustizia[23], infatti, l'incompatibilità con il diritto comunitario di tutte le norme legislative nazionali che disponevano (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative.

Tali norme, pertanto, non avrebbero dovuto e non dovranno essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione, gli effetti di eventuali proroghe già disposte devono ritenersi *tamquam non esset*, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato.

La decisione tuttavia prendendo atto, allo stesso tempo, dell'impatto che l'indizione di procedure ad evidenza pubblica avrebbe prodotto nel contesto socio economico nazionale in conseguenza di una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, al fine di calmierare l'impatto dirompente che il principio di diritto enunciato e le indicazioni fornite avrebbero prodotto, nell'auspicio di un tempestivo intervento di riordino ad opera del Legislatore, ha riconosciuto la possibilità che le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuassero ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, "anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E."

Per Cannizzaro, la posizione assunta dal Consiglio di Stato è risultata comunque innovativa rispetto a quella della Corte di Giustizia nella sentenza Promoimpresa, visto il riconoscimento di effetti diretti in *malam partem*, facendo ricadere sui concessionari le conseguenze pregiudizievoli della mancata attuazione della direttiva da parte dello Stato. L'adozione di tali soluzioni, senza promuovere un rinvio pregiudiziale, "potrebbe indebolire l'autorità formale e l'autorevolezza sostanziale del suo principio di diritto"[24].

Le due sentenze "gemelle" del 2021 hanno fatto così da strada a tutta la giurisprudenza successiva che, prendendo le mosse dal chiarimento nomofilattico offerto, hanno puntualmente escluso una proroga automatica *ex lege* delle concessioni demaniali marittime[25].

---

[23] M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, *op. cit.*, p. 339, secondo cui la sentenza cd. *Promoimpresa* ha costituito la base argomentativa della decisione assunta dalla Plenaria".

[24] E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato op. cit.*.

[25] *cfr. ex multis* Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 28 agosto 2023, n. 7992; cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 1 marzo 2023, n. 2192; Consiglio di Stato, sez. VII, sent. 18 settembre 2023, n. 8410; Consiglio di Stato, sez. VII, 28 novembre 2023, n. 10237. Sul tema, si osserva che la Corte di cassazione a sezioni unite con decisione n. 32559 del 23 novembre 2023 ha annullato per diniego di giurisdizione la sentenza dell'Adunanza plenaria del 9 novembre 2021, n. 18 affrontando alcune questioni in tema di ammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 111, u.c., Cost..

II La legge 118/2022 e nozione di "scarsità della risorsa".

Tuttavia, sebbene il filo d'Arianna sembrasse ormai lanciato e la strada definitivamente "battuta", a costruire (nuovamente) il labirinto e "ingarbugliare il gomitolo" ci ha pensato nuovamente il Legislatore nazionale.

Con Legge 5 agosto 2022, n. 118, sono stati recepiti gli indirizzi dettati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel 2021, "recuperando" dalle sentenze "gemelle" il termine risolutivo del 31 dicembre 2023 dell'efficacia delle concessioni prorogate negli anni precedenti e delegando (nuovamente) il Governo ad attuare la più volte annunciata riforma della disciplina del settore balneare[26].

In particolare, l'art. 3, comma 1 della Legge Concorrenza anzitutto ha delegato il

---

In particolare, la Corte di cassazione ha censurato l'operato dell'Adunanza Plenaria nella parte in cui ha estromesso dal giudizio tutti gli interventi in causa, concretizzando "non un mero e incensurabile *error in procedendo* ma, al contrario, un diniego in astratto della tutela giurisdizionale connessa al rango dell'interesse sostanziale (legittimo) fatto valere dagli enti ricorrenti, con l'effetto di degradarlo a interesse di mero fatto non giustiziabile".

In sostanza, quindi, la Corte ha denunciato la preclusione opposta da parte della sentenza n. 18/2021 nei confronti di associazioni in possesso di posizioni qualificate e portatrici di un interesse "proprio e diverso da (nonché convergente e quindi adesivo a) quello individuale del destinatario del provvedimento negativo".

In ciò, il diniego di giurisdizione sotto forma di "rifiuto" della tutela giurisdizionale, avendo, il Consiglio di Stato, negato "in astratto la legittimazione degli enti ricorrenti a intervenire nel processo", conducendo "a negare anche la giustiziabilità degli interessi collettivi (legittimi) da essi rappresentati, relegandoli in sostanza al rango di interessi di fatto." Si badi, però. La sentenza della Corte di cassazione, in esame, tuttavia, come chiarito dal T.A.R. Lazio, sede di Roma, non ha affrontato il tema della proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime, profilo assorbito dall'accoglimento del primo motivo di ricorso. Devono, quindi, considerarsi integri e intangibili, ad avviso del Collegio, "i principi espressi dall'Adunanza Plenaria, che riflettono gli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia e dalla consolidata giurisprudenza nazionale." (T.A.R. Lazio, Roma, sez. V - *ter*, sent. 15 dicembre 2023, n. 19051). Per un approfondimento della decisione si veda A. TRAVI, in *Foro it*., 2024, I, p. 181.

Da ultimo, con le tre sentenze nn. 4479, 4480 e 4481 del 20 maggio 2024, la settima sezione del Consiglio di Stato, in un giudizio che torna al Consiglio di Stato dopo l'annullamento da parte delle Sezioni unite ha da un lato confermato i provvedimenti del Comune di Lecce che hanno disapplicato al tempo la proroga delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative di cui all'art. 1, commi 682 e 683, della l. n. 145 del 2018, ora abrogato dalla l. n. 118 del 2022, e ha dall'altro annullato i provvedimenti del comune di Ginosa e di Castellaneta che, invece, avevano ritenuto di applicare tale proroga in contrasto con l'orientamento della Corte di giustizia.

In particolare, il Consiglio di Stato ha ribadito, con estrema chiarezza, i principi interpretativi ormai consolidatisi in questa materia e ha confermato tali principi, anche dopo l'annullamento della sentenza n. 18 del 9 novembre 2021 dell'Adunanza plenaria da parte delle sezioni unite, non solo per la perdurante attualità della coeva sentenza n. 17 del 2021 della stessa Adunanza, ma anche e soprattutto perché la giurisprudenza amministrativa formatasi dopo le pronunce della Plenaria ha sempre ritenuto disapplicabili, anche alla luce della sopravvenuta sentenza della Corte di giustizia UE 20 aprile 2023, le proroghe generalizzate delle concessioni introdotte nel corso degli ultimi anni dal Legislatore italiano, in quanto contrastanti con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e con il principio della libertà di stabilimento di cui all'art. 49 del TFUE. Per un commento alla sentenza si veda E. ZAMPETTI, *Questioni processuali e sostanziali in materia di concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa (note a margine della decisione del Consiglio di Stato n. 4480 del 2024 e della relativa decisione di primo grado)*, *op. cit*..

[26] D. VITALE, *La vexata quaestio delle concessioni demaniali marittime nella crisi della legalità. Dilemmi antichi e nuove prospettive risolutive*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 26. Per un approfondimento sulla novella legislativa, si veda G. BOTTO, *Sviluppi delle pronunce dell'Adunanza Plenaria sulle proroghe ex lege delle concessioni demaniali marittime*, in *Giur. It.*, 2022.

ISSN 2036-7821

Governo ad adottare uno o più decreti legislativi volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive; oltre che per la costituzione e il coordinamento di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici al fine di promuovere la massima pubblicità e trasparenza, anche in forma sintetica, dei principali dati e delle informazioni relativi a tutti i rapporti concessori, tenendo conto delle esigenze di difesa e sicurezza. L'obiettivo, questa volta, è sembrato quanto mai serio, differentemente da quanto avvenuto nelle precedenti occasioni. La previsione introdotta, infatti, è seguita ad un richiamo formale del Presidente della Repubblica e alle numerose procedure di infrazioni avviate dalla Commissione Europea, oltre che alla copiosa giurisprudenza affermatasi in materia.

La legge, infine, ha disposto che le concessioni demaniali e i rapporti di gestione in essere avrebbero continuato ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2023, riconoscendo espressamente il carattere di "non abusività" dell'occupazione degli spazi demaniali ad esse connesse sino a tale data.

Sennonché, nonostante il chiaro intervento dell'Adunanza Plenaria sul punto, tale termine è stato per l'ennesima volta prorogato di un altro anno al 31 dicembre 2024, dal Decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con Legge 24 febbraio 2023, n. 14, al precipuo fine di concludere l'*iter* normativo di cui alla Legge Concorrenza.

Nel dettaglio, a seguito delle modifiche apportate, il quadro è risultato così definito.

Le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive, e quelle per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio, continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2024, se in essere alla data di entrata in vigore della presente legge sulla base di proroghe o rinnovi disposti anche ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145, e del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126.

Tuttavia, in presenza di "ragioni oggettive" che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2024, l'autorità competente, con atto motivato, può differire il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2025. Fino a tale data l'occupazione dell'area demaniale da parte del concessionario uscente è comunque legittima anche in relazione all'articolo 1161 del Codice della navigazione.

Insomma, nuovo anno stesse abitudini, si potrebbe dire.

L'articolo 10-*quater* del Decreto Legge 29 dicembre 2022, n. 198, inoltre, ha previsto la costituzione presso la Presidenza del Consiglio dei ministri di "un tavolo tecnico con compiti consultivi e di indirizzo in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali", al fine di definire "i criteri tecnici per la determinazione della sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile, tenuto conto sia del dato

complessivo nazionale che di quello disaggregato a livello regionale, e della rilevanza economica transfrontaliera", previa acquisizione dei dati relativi a tutti i rapporti concessori in essere delle aree demaniali marittime, lacuali e fluviali elaborati ai sensi dell'articolo 2 della Legge 5 agosto 2022, n. 118.

A pochi mesi dall'approvazione della Legge 24 febbraio 2023, n. 14, provvidenzialmente, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è tornata a "bacchettare" l'Italia ampliando la portata delle sue precedenti pronunce in materia.

In particolare, con la decisione del 20 aprile 2023, emessa nella causa C-348/22 (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro Comune di Ginosa) , la Corte ha precisato che "in base a un'interpretazione letterale, storica, contestuale e teleologica della direttiva 2006/123, le disposizioni del capo III di quest'ultima, relativo alla libertà di stabilimento dei prestatori, le quali includono l'articolo 12 di tale direttiva devono essere interpretate nel senso che esse si applicano, in particolare, a una situazione i cui elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro. (v., in tal senso, sentenze del 30 gennaio 2018, X e Visser, C-360/15 e C-31/16, EU:C:2018:44, punti da 99 a 110, nonché del 22 settembre 2020, Cali Apartments, C-724/18 e C-727/18, EU:C:2020:743, punto 56)." Non solo, dunque, "unicamente alle concessioni di occupazione del demanio marittimo che presentano un interesse transfrontaliero certo".

Sicché, confermando la sua giurisprudenza pregressa, la Corte ha affermato che anche l'Amministrazione e non solo il giudice ha l'obbligo di disapplicare le norme interne in contrasto con il diritto comunitario munito di effetto diretto, cioè le leggi che prevedono meccanismi di proroga automatica ovvero che non contemplino procedure di selezione dei candidati imparziali e trasparenti[27].

Al riguardo, è stato chiarito che il diritto comunitario, ed in particolare i vincoli imposti dalla direttiva *Bolkestein*, non ostano a che "la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili (che imporrebbe l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica) sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione."

[27] E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? in margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen. Del Consiglio di Stato*, *op. cit.*, secondo il quale "la Corte ha indicato che l'art. 12, par. 2, prevede implicitamente un divieto di rinnovo automatico delle concessioni che rientrino nel suo ambito di applicazione. Or bene, un tale divieto integra un obbligo di non fare il quale, secondo una giurisprudenza risalente addirittura alla celebre sentenza *Van Gend en Loos* (5 febbraio 1963, causa 26/62), costituisce il paradigma stesso degli effetti diretti" (…) "sulla base di una giurisprudenza consolidata, gli effetti diretti di una direttiva si producono solo nei rapporti verticali, vale a dire nell'ambito di un rapporto giuridico fra individui e Stato. Tale limitazione deriva dall'osservazione che le direttive europee, ai sensi dell'art. 288 TFUE, stabiliscono obblighi di attuazione a carico degli Stati. (…) [Gli individui] potranno trarre dalla direttiva posizioni soggettive compiute per opporsi all'applicazione di una legislazione nazionale difforme. Di converso, lo Stato, il quale avrebbe dovuto attuare la direttiva e non lo ha fatto, non potrà invocare la direttiva contro soggetti non tenuti alla sua applicazione".

La pronuncia della Corte di Giustizia ha sottolineato l'importanza di una corretta e precisa definizione della "scarsità" delle risorse.

Il concetto di scarsità è un concetto assai sfuggente e di difficile comprensione, infatti, soprattutto se si considera che la costa, in un territorio così variopinto al suo interno come quello italiano, non è "uniformemente valutabile e non tutte le sue frazioni siano egualmente apprezzabili sul piano economico"[28].

Come osservato dai primi commentatori, la determinazione della scarsità della risorsa dovrebbe essere preceduta da un'attenta analisi circa la "quantità del bene disponibile" e la sua "qualità", "nell'ottica della domanda che esso è in grado di generare da parte di potenziali concorrenti", sicché si è sin da subito auspicato un utile contributo chiarificatore dalla mappatura delle concessioni, "ineludibile punto di partenza per qualsiasi ragionamento"[29].

E così, a seguito della suddetta pronuncia ed in applicazione dell'art. 10-*quater* del Decreto Legge 29 dicembre 2022, n. 198, con Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri dell'11 maggio 2023, è stato istituito il Tavolo tecnico consultivo presieduto da un rappresentante della Presidenza del Consiglio dei ministri e composto da due rappresentanti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, due rappresentanti del Ministero dell'economia e delle finanze, due rappresentanti del Ministero delle

[28] N. D'ANZA, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo. Prolegomeni e prospettive*, *in Osservatorio AIC, bimestrale di attualità costituzionale*, 2024, fasc. II, p. 56. Per l'autore "a titolo esemplificativo, dallo sfruttamento delle spiagge situate nel Comune di Forte dei Marmi si potrà notoriamente ricavare un valore economico medio decisamente più elevato di quello conseguibile dalle spiagge collocate in tanti altri Comuni italiani. Ciò vale, altresì, ad escludere che le aree costiere solo in potenza economicamente sfruttabili possano formare oggetto di valutazione, poiché quest'ultima deve rivestire il carattere dell'attualità, dovendo essa svolgersi nei limiti tracciati dalla decisione, di natura eminentemente politica, di assegnare o meno in concessione determinati tratti di costa"; cfr. v. l'intervista a F. MUNARI («Gare inevitabili. Pericoloso non decidere ora»), pubblicata sul quotidiano Il Secolo XIX del 30 dicembre 2023, p. 3: "il ragionamento non può essere fatto su scala nazionale, ma va parametrato a specifici ambiti turistici; su questo, nuovamente, nei litorali più pregiati, e nei Comuni a vocazione turistica, le spiagge non occupate da concessionari sono davvero poche"; A. CIRCOLO, *L'affidamento competitivo delle spiagge italiane. riflessioni a partire dalla sentenza del tar lecce n. 1223/2023, in Rivista del contenzioso europeo*, 2024, fasc. I, secondo cui "A dimostrazione della maggiore attendibilità di un approccio caso per caso, è opportuno puntualizzare che la valutazione in concreto è tanto più veritiera quanto più si fonda sulle specificità locali che esprimono valori economici della concessione molto diversi, legati all'ubicazione geografica più o meno redditizia della spiaggia demaniale. Così, riprendendo il paragone tra le coste sopra citate, le spiagge di Lignano Sabbiadoro sono oggetto di maggiore interesse rispetto alla gran parte di quelle del litorale domitio-flegreo e, viceversa, le spiagge di Capri o di Portofino sono certamente più ambite di quelle di Vasto"; la necessità di un approccio casistico è sottolineata anche da M.A. SANDULLI, *Introduzione*, *op. cit*. p. 349, secondo cui, in merito alla valutazione della scarsità della risorsa, si ritiene che essa "avrebbe dovuto, più coerentemente, essere operata, caso per caso, dal giudice delle singole fattispecie – anche alla luce del fatto, valorizzato dalla sentenza Promoimpresa (…), che le concessioni sono rilasciate a livello comunale e non nazionale – e, possibilmente, all'esito di una attenta e puntuale ricognizione e pianificazione dell'uso delle coste", e non, come avvenuto, in modo generale e onnicomprensivo dalla Plenaria, sulla base di "dati non pubblici e riferiti, ancora una volta, alla situazione complessiva nazionale, oltre che al netto delle concessioni in proroga"; cfr. sul punto A. POLICE e A.M. CHIARIELLO, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, *op. cit.*, p. 66.

[29] Così A. COSSIRI, *Il bilanciamento degli interessi in materia di concessioni balneari: quali spazi per il Legislatore statale e per le autonomie?*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 9.

ISSN 2036-7821

imprese e del made in Italy, due rappresentanti del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica, due rappresentanti del Ministero del turismo, due rappresentanti del Ministro per la protezione civile e le politiche del mare, due rappresentanti del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, un rappresentante del Ministro per gli affari europei, un rappresentante delle regioni e un rappresentante per ogni associazione di categoria maggiormente rappresentativa del settore.

Il Tavolo ha avuto il compito così di procedere alla ricognizione del quadro normativo e giurisprudenziale; acquisire i dati in possesso delle amministrazioni nazionali, territoriali e locali sui rapporti concessori attualmente in essere; definire i criteri tecnici utili a definire il concetto di scarsità della risorsa naturale disponibile e determinarne l'effettiva sussistenza.

Con la riunione del 5 ottobre 2023, il Tavolo Tecnico, sulla base dei dati disponibili, ha evidenziato che la quota di aree occupate dalle concessioni demaniali equivale, attualmente, al 33% delle aree disponibili e ha altresì indicato quali criteri tecnici utili a determinare la sussistenza della scarsità della risorsa naturale, in base agli elementi finora raccolti e analizzati, che questi debbano essere individuati tenendo conto del dato nazionale, secondo un approccio generale e astratto, proporzionato e non discriminatorio.

La nozione della scarsità delle risorse è stata al centro delle attenzioni della giurisprudenza e, in particolare – per citare una pronuncia di quel periodo – della sentenza n. 10455 del 4 dicembre 2023 del Consiglio di Stato che, facendo ricorso agli importanti principi enunciati in materia, ha limpidamente affermato come le concessioni demaniali in quanto concernono "beni economicamente contenidibili", "devono essere affidate mediante procedura di gara".

L'approdo a cui sembrerebbe giungere il Consiglio di Stato andrebbe ad ampliare la portata delle argomentazioni offerte dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in particolare con la sentenza del 20 aprile 2023, C-348.

La pronuncia, infatti, aveva chiarito che solamente le risorse "scarse" avrebbero dovuto essere oggetto di procedura ad evidenza pubblica e apriva ad un concetto più sfumato di "scarsità" delle risorse da analizzare e valutare caso per caso, in relazione a diversi criteri e parametri dei quali tenere debitamente in conto. L'assunto, invece, da cui muove il Consiglio di Stato sembrerebbe invece essere più generale ed omnicomprensivo definendo "contendibili" in quanto tali, le aree balneari oggetto di concessioni demaniali marittime.

I giudici di Palazzo Spada hanno confermato che la gestione di tali aree per finalità turistico - ricreative deve rispondere ai criteri di imparzialità, trasparenza e *par condicio*, essendo, il rilascio delle concessioni, subordinato al previo espletamento di procedure selettiva ad evidenza pubblica. La sentenza in commento, tuttavia, aggiunge un ulteriore importante elemento di novità rispetto all'orientamento

giurisprudenziale formatosi in materia e ai relativi canoni ermeneutici.
Infatti, premesso quanto sopra, "può ulteriormente aggiungersi che, anche laddove si potesse configurare un procedimento volto all'adozione di provvedimenti ampliativi privo dei necessari criteri predeterminati (circostanza che il Collegio comunque esclude) in ogni caso la comparazione delle proposte *ex* art. 37 del cod.nav. dovrebbe avvenire con provvedimento congruamente ad approfonditamente motivato circa le specifiche ragioni di preferenza."
Sembrerebbe, quindi, che l'affidamento delle concessioni demaniali marittime potrebbe finanche avvenire in assenza dei rigidi criteri e delle stringenti regole procedimentali prescritte dalla legge, purché il provvedimento "ampliativo" sia congruamente ed approfonditamente motivato rispetto alle ragioni di preferenza di un operatore di mercato, rispetto agli altri[30].
In merito, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha già avuto modo di precisare che la prevalenza di un operatore non può fondarsi e giustificarsi in ragione degli investimenti sostenuti dall'operatore uscente. In particolare, non nutre nessun legittimo affidamento l'operatore che, gestendo l'area affidatagli in concessione, effettui importanti investimenti dal momento che, se si consentisse tale prevaricazione, si assicurerebbe una vera e propria "rendita di posizione".
L'impiego degli investimenti potrebbe rilevare sul piano del legittimo affidamento, al più, come ha statuito la Corte di Giustizia, "solo nel momento in cui la pubblica amministrazione bandirà la nuova procedura di affidamento, dovendo considerare gli investimenti già effettuati dal precedente concessionario nell'equo contemperamento degli interessi."
Se si ammettesse altrimenti, si consentirebbe potenzialmente una proroga delle concessioni *sine die*, dovendo riconoscere "a chi ha effettuato gli investimenti un prolungamento del rapporto commisurato al tempo per ammortizzarli in un periodo tanto lungo da sterilizzare (…) la possibilità di aprirne l'affidamento alla concorrenza a condizioni di maggior favore per la stessa pubblica amministrazione."[31].
A fine 2023 alcuni tribunali hanno provato ad aggirare gli indirizzi nomofilattici dettati dalla costante giurisprudenza.
In particolare, il T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, con sentenza 2 novembre 2023, n. 1223[32]

[30] conformemente Consiglio di Stato, sez. VII, sent. 28 novembre 2023, n. 10238; Consiglio di Stato, sez. VII, sent. 30 novembre 2023, n.10378.
[31] Consiglio di Stato, sez. VII, sent. 3 novembre 2023, n. 9493.
[32] Per un approfondimento si veda *ex multis* A. CIRCOLO, *L'affidamento competitivo delle spiagge italiane. riflessioni a partire dalla sentenza del tar lecce n. 1223/2023,* in *Rivista del contenzioso europeo*, 2024, fasc. I; G. GRECO, *Il suivi della sentenza della Corte di giustizia sulle concessioni balneari (continua il braccio di ferro tra TAR Lecce e Consiglio di Stato)*, in *Eurojus*, 2023; G. MARI, *Demanio costiero e uso generale: la "scarsità della risorsa naturale" (nota a TAR Puglia, Lecce, nn. 1223 e 1224 del 2023)*, in *Giustizia Insieme*, 2024; A. MONICA, *T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 02 novembre 2023, n. 1224*, in CERIDAP, 2023, fasc. IV; C. FELIZIANI, *L'art. 99, comma terzo, c.p.a. tra vincolo e persuasione. considerazioni a partire da una recente sentenza del tar lecce in materia di concessioni balneari* in *Rivista del contenzioso europeo*, 2024, fasc. I; G. GENNAI, *Le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative: recenti*

ha ritenuto di non condividere l'ipotesi di cessazione di efficacia delle concessioni demaniali marittime alla data del 31 dicembre 2023, pacificamente affermata dalle sentenze gemelle del Consiglio di Stato Ad. Plen. 17 e 18 del 2021, oltre che dalla consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale. Ciò in virtù del successivo intervento legislativo che ha fissato il termine di scadenza al 31 dicembre 2024.
Secondo il Tribunale pugliese, infatti, "le sentenze Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 2021 (e la stessa legge 118/2022, con cui il governo Draghi ha integralmente recepito le sentenze medesime), pur avendo trovato conferma da parte della Corte di Giustizia U.E. su tutti i più rilevanti profili, risultano invece – come sopra evidenziato diffusamente – contraddette quanto alla valutazione della scarsità della risorsa, sia quanto alla competenza, sia quanto al metodo."
In aggiunta, viene precisato che la "prefissione del così breve termine di scadenza delle CDM al 31.12.2023 costituisca la logica conseguenza della pretermissione – nella motivazione delle AA.PP. 17 e 18/2021 - di un significativo step, quale quello relativo alla valutazione della scarsità della risorsa, di competenza del Governo-Amministrazione, condizionato dalla tempistica connessa all'attività istruttoria e connotato da ampia discrezionalità, step individuato invece come centrale e preliminare adempimento nella direttiva come interpretata dalla C.G.U.E. con la sentenza C.G.U.E. del 20/4/2023."
Sulla scorta di tali valutazioni, la statuizione del termine di cessazione di efficacia al 31 dicembre 2023, "non può ritenersi pertanto prevalente sulla norma successiva, che peraltro risulta invece del tutto coerente con le precisazioni innovative contenute nella sentenza della CGUE e non integra quindi gli estremi di una mera ed ingiustificata proroga automatica, vietata dal'art.12 par 1 e 2 della direttiva."
Una pronuncia, si evidenzia, particolarmente critica e discutibile che, infatti, non ha trovato seguito.
Peraltro, questa controversa decisione del T.A.R. Lecce è stata impugnata innanzi al Consiglio di Stato che, con sentenza 20 maggio 2024, n. 4480 ha in parte riformato la decisione, affermando i seguenti principii[33].
Quanto all'impugnazione degli atti di proroga delle singole concessioni, il Consiglio di Stato ha confermato l'improcedibilità del ricorso di primo grado, assumendo che "tali atti devono considerarsi privi di effetti, non solo perché atti costituenti la mera attuazione, appunto, di disposizioni nazionali direttamente disapplicabili anche dall'autorità amministrativa nazionale, prima ancora che dal giudice, ma anche

approdi legislativi e giurisprudenziali, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2023, vol. XXI, p. 113 ss; G. DELLE CAVE, *La vexata quaestio delle concessioni balneari sotto il profilo della "scarsità" della risorsa: i recenti approdi giurisprudenziali (T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 2 novembre 2023, n. 1223 e CGUE, Grande sez., 21 dicembre 2023, C 333/21)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2023, n. 3, p. 569 ss.

[33] E. ZAMPETTI, *Questioni processuali e sostanziali in materia di concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa (note a margine della decisione del Consiglio di Stato n. 4480 del 2024 e della relativa decisione di primo grado), op. cit.*, p. 225 ss.

perché resi tali dall'art. 3, comma 1, della l. n. 118 del 2022 nella sua originaria versione, disapplicate le modifiche introdotte con la l. n. 14 del 2023".

Quanto, invece, alla scarsità della risorsa, differentemente da quanto statuito dal giudice di prime cure, è stato chiaramente affermato, anche alla luce delle più recenti sentenze della Corte di giustizia, che l'applicabilità dell'articolo 12 è subordinata "alla mappatura, in sede nazionale, della "scarsità" della risorsa o a qualsiasi riordino, pur atteso, dell'intera materia, pena il frontale contrasto di questa subordinazione con il diritto dell'Unione", precisando, in continuità con il consolidato orientamento[34], che la risorsa in questione deve ritenersi scarsa "finché dall'autorità amministrativa competente (a cominciare dai Comuni) non venga acclarato invece, sulla base di apposita istruttoria, e illustrato, con specifica motivazione, che il territorio costiero di interesse presenti una quantità di risorsa adeguata e sufficiente ".

La giurisprudenza successiva è, quindi, ritornata ad occuparsi del meccanismo introdotto dalla legge 14/2023 chiarendo come questo determini una nuova proroga automatica e generalizzata delle concessioni balneari, non più funzionale alle (non più) imminenti gare (come previsto dalla originaria versione degli artt. 3 e 4 della l. n. 118 del 2022), ma anzi resa indeterminata e potenzialmente illimitata nella durata dal contestuale divieto di procedere all'emanazione dei bandi di gara posto fino all'adozione dei decreti legislativi di cui all'art. 4 della l. n. 118 del 2022[35]. Se a ciò si aggiunge che le concessioni mantengono efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori, il quadro che ne deriva è del mantenimento delle attuali concessioni balneari italiane senza termine in contrasto con i più volte richiamati principi dell'Unione, nella costante interpretazione datane dalla Corte di giustizia.

La proroga tecnica fino al 31 dicembre 2024 avrebbe potuto essere disposta solo al fine di consentire il completamento delle procedure di gara, e i criteri che possono essere utilizzati per l'indizione delle gare[36].

Anche la dottrina apparve sin da subito critica sulla formulazione della nuova legge, affermando che il contrasto tra normativa nazionale e comunitaria potrebbe "esser risolto (unicamente) attraverso l'annullamento ad opera della Corte costituzionale della L. n. 14/2023 nella parte in cui essa prevede la proroga al 2024"[37].

---

[34] Consiglio di Stato., sez. VII, 30 aprile 2024, n. 3940; 19 marzo 2024, n. 2679; 6 settembre 2023, n. 8184; Ad. pl. nn. 17 e 18 del 2021, cit.

[35] Nota alle sentenze del Consiglio di Stato n. 4479, 4480 e 4481 del 20 maggio 2024, in *www.giustizia-amministrativa.it*, *Dopo le sentenze delle sezioni unite della Cassazione e della Corte di giustizia, il Consiglio di Stato conferma il contrasto con il diritto unionale delle proroghe delle concessioni demaniali marittime e la necessità di avviare le procedure di gara per assegnare le concessioni ormai scadute*, Focus di giurisprudenza e pareri. Per un commento, si veda E. ZAMPETTI, *Questioni processuali e sostanziali in materia di concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa (note a margine della decisione del Consiglio di Stato n. 4480 del 2024 e della relativa decisione di primo grado)*, *op. ult. cit.*

[36] *Ibidem.*

[37] Per un pronto intervento caducatorio della normativa, si veda bene D. VITALE, *La vexata quaestio delle concessioni demaniali marittime nella crisi della legalità. Dilemmi antichi e nuove prospettive risolutive*, *op. cit.*, p. 199.

ISSN 2036-7821

La fine della partita? Così sarebbe parso a tutti, eppure il Legislatore non si è fermato.

III Il decreto-legge 131/2024: la fine di un dialogo tra Governo italiano e Unione Europea durato troppo a lungo?

Riconosciuto il ruolo di ogni singolo Stato Membro di poter intervenire nella individuazione della scarsità delle risorse al fine di determinare l'assoggettabilità o meno delle concessioni a procedura ad evidenza pubblica, il Governo italiano ha approvato il Decreto legislativo 26 luglio 2023, n. 106.

L'approvazione del suddetto Decreto ha portato alla costituzione presso il Ministero dell'economia e delle finanze, il sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici (SICONBEP) al fine di promuovere la massima pubblicità e trasparenza, anche in forma sintetica, dei principali dati e delle informazioni relativi alle concessioni di beni pubblici.

Medio tempore, la Commissione Europea ha avvitato ufficialmente una nuova procedura di infrazione contro l'Italia per mancato rispetto della direttiva *Bolkestein*.

In particolare, la Commissione europea ha ritenuto che, "con l'adozione della legge 24 febbraio 2023, n. 14 (di conversione del decreto legge 29 dicembre 2022, n. 198), la

---

Secondo l'autore, "Appare pacifico, già da una prima lettura del conflitto normativo, che la possibile cessazione anticipata rispetto al termine attualmente previsto del 31 dicembre 2024, in ragione dell'eventuale incompatibilità con il diritto europeo derivato, potrebbe comportare sia una lesione dei diritti di proprietà –in ragione del già menzionato articolo 49 del codice della navigazione ove è prevista l'acquisizione senza indennizzo o rimborso delle opere effettuate sul bene demaniale dal concessionario –sia della libertà di impresa, posizioni giuridiche soggettive tutelate rispettivamente dagli artt. 42 e 31 Cost. e dagli artt. 1 e 16 della Carta Fondamentale dei diritti dell'Unione Europea. Questa situazione di potenziale duplice contrasto potrebbe dunque rientrare nell'alveo dell'orientamento della giurisprudenza costituzionale relativo ai casi di doppia pregiudizialità per la risoluzione dei quali la Corte costituzionale ha riposto se stessa come soggetto dialogante con il giudice europeo insieme ai giudici comuni, rivolgendo a questi l'invito a rimettere la questione di costituzionalità, non come forma di nuovo accentramento del controllo di costituzionalità, ma come potenziamento delle garanzie dei singoli le quali costituiscono il fulcro dell'assetto multilivello degli ordinamenti." (…) "L'annullamento della L. n.14/2023 consentirebbe, invero, di riportare in essere *ad integrum*, riespandendone la portata, l'atto legislativo conforme al diritto europeo, non potendo tale effetto essere recato dalla disapplicazione poiché, come già affermato in precedenza, essa non tocca la validità della norma, ma solo la sua efficacia, potendo solo l'annullamento attraverso una sentenza di accoglimento del Giudice delle leggi elidere con effetto *ex tunc* sia l'atto viziato sia l'effetto abrogativo determinato dalla sua entrata in vigore1.L'effetto concreto di questa prospettiva risolutiva sarebbe, considerati i termini sostanziali e le circostanze temporali attuali, la messa a gara delle concessioni secondo le regole che si ricavano dalla lettura degli artt. 2, 3 e 4 della L. n. 118/2022, salvo possibilità per le amministrazioni competenti di posticipare le gare solo per motivi oggetti di impossibile svolgimento delle procedure di evidenza pubblica. Ancora, una eventuale pronuncia di annullamento del Giudice delle leggi comporterebbe conseguenze positive in ordine alla tutela concreta delle posizioni giuridiche soggettive in ragione della portata *erga omnes* delle proprie sentenze, conducendo ciò al definitivo superamento delle criticità e delle questioni controverse a vantaggio di tutti gli operatori implicati nel settore balneari, superando in particolare la possibilità, inveratasi nella materia *de qua* come registrato in precedenza, di orientamenti giurisprudenziali divergenti. La certezza del diritto, principio-valore proprio anche dell'ordinamento europeo e fondativo del principio dell'effetto diretto, verrebbe così ristabilito, rideterminando il necessario ricompattamento della legalità come primario istituto di garanzia delle posizioni soggettive".

ISSN 2036-7821

normativa italiana mira a mantenere la validità delle attuali concessioni balneari almeno fino al 31 dicembre 2024 e, potenzialmente, per un periodo illimitato o comunque indefinito oltre tale data; pertanto la normativa italiana continua a mantenere in vigore le concessioni balneari la cui durata era già stata prorogata, in primo luogo, dalle misure ritenute contrarie al diritto dell'Unione nella sentenza Promoimpresa e, successivamente, dalle disposizioni oggetto della lettera di costituzione in mora."[38]

Sebbene la strada fosse ben oltre che battuta, lo Stato italiano ha procrastinato ancora una volta.

Peraltro, l'approccio "sordo" del Legislatore rispetto alle regole concorrenziali si è registrato anche in un settore similare, quale quello relativo alle concessioni per il commercio sulle aree pubbliche. Infatti, a pochi mesi dalla morte di uno dei promotori del percorso di integrazione europea, nonché ex presidente della Commissione Europea, Jacques Delors, il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, promulgando la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022, ha invitato una lettera ai presidenti delle due Camere e al Presidente del Consiglio con un'espressa ammonizione al Parlamento a modificare la disciplina delle concessioni per il commercio sulle aree pubbliche che introduceva, anch'essa, un'ennesima proroga, analogamente rispetto a quanto accaduto per la disciplina delle concessioni demaniali marittime. Il Presidente Mattarella ha sottolineato, ancora una volta, l'importanza di un intervento immediato per evitare una nuova procedura nei confronti dell'Italia, oltre a quelle già pendenti (!).

In data 16 gennaio 2024, il Governo italiano ha trasmesso alla Commissione Europea la risposta al parere motivato con cui è stata avviata la procedura di infrazione nei suoi confronti, evidenziando i dati e le conclusioni a cui è giunto il Tavolo Tecnico appositamente nominato per la mappatura delle concessioni demaniali marittime in essere[39].

Sulla base di tali evidenze, si legge, "appare essenziale proseguire, nel quadro di una costante e trasparente interlocuzione con la Commissione europea e in collaborazione con gli enti territoriali." In effetti, secondo la Presidenza del Consiglio dei ministri, "la conoscenza della sussistenza o meno del requisito della scarsità della risorsa non esaurisce affatto il compito del legislatore che, proprio al fine di disciplinare la materia in tutte le sue implicazioni, sarà tenuto ad individuare i criteri che devono informare le procedure competitive ad evidenza pubblica. Anche su tali aspetti, dovrà essere acquisita la condivisione da parte delle autonomie territoriali e

[38] Parere motivato della Commissione Europea nella procedura di infrazione INFR(2020)4118, C(2023)7231 *final*, consultabile al *link* della Camera dei deputati *https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM06/Progettodilegge/leg19.com06.Progettodilegge.Contributo%20Scritto.PUBBLICO.ideGes.45276.27-09-2024-16-39-26.333.pdf*

[39] Comunicato Stampa consultabile al seguente *link*: *https://www.governo.it/it/articolo/consiglio-dei-ministri-n-65/24755*.

ISSN 2036-7821

della Commissione europea."[40]

Premesso quanto sopra, il Governo ha chiesto, quindi, un (ennesimo) termine di ulteriori quattro mesi al fine "concludere un primo confronto con la Conferenza unificata in merito alla determinazione dei criteri per la determinazione della scarsità della risorsa e ai relativi indirizzi di riordino del settore", all'esito del quale, "si sottoporrà alla Commissione europea i risultati dell'attività istruttoria e consultiva per poi procedere all'adozione dei provvedimenti normativi di riordino del settore. In un contesto tuttora in divenire, si ritiene pertanto che sussistano i presupposti per l'esercizio da parte degli enti concedenti della valutazione discrezionale connessa alla cosiddetta "proroga tecnica" di cui all'articolo 3, comma 3 della legge n. 118/2022."

Il Governo ha chiesto, quindi, pazienza alla Commissione Europea, così da ammettere il ricorso alla "proroga tecnica" prevista dall'art. 3 delle Legge concorrenza 2022, concessa esclusivamente, si badi, "per ragioni oggettive"[41].

Nelle more dell'individuazione di una soluzione tra Commissione Europea e Governo italiano, il Consiglio dei Ministri, in via prudenziale ha sottolineato, è bene evidenziarlo anche per capacitarsi di quello che è stato un dialogo grottesco tre le istituzioni su un tema ormai ampiamente discusso, come sarebbe "opportuno evitare che le amministrazioni competenti assumano iniziative disomogenee, che potrebbero avere ripercussioni negative sul sistema economico e sociale legato alle concessioni per finalità turistiche e ricreative, utilizzando a tal fine le facoltà previste a legislazione vigente in relazione alla sussistenza di ragioni oggettive che impediscono lo svolgimento della procedure di affidamento entro i termini normativamente previsti."[42]

Da ultimo, dopo tempi incerti e (troppi) ripensamenti, il Legislatore, in attuazione degli obblighi assunti per evitare nuove procedure di infrazione, ha approvato il decreto-legge 16 settembre 2024, n. 131, conv. in legge 14 novembre 2024, n. 166.

L'art. 1 del decreto-legge, in particolare, intervenendo sulla legge 118/2022 ha inciso fortemente sulla disciplina relativa all'affidamento delle concessioni demaniali marittime.

In primo luogo, al dichiarato scopo di "consentire l'ordinata programmazione delle procedure di affidamento" e il "loro svolgimento nel rispetto del diritto dell'Unione europea", il Legislatore ha, sia consentito dire, incomprensibilmente, riconosciuto, difatto, una nuova una proroga dell'efficacia delle concessioni demaniali marittime,

---

[40] *Ibidem*.

[41] In proposito, *ex multis*, vedasi il Decreto Assessoriale n. 1784 del 30 dicembre 2023, dell'Assessorato del territorio e dell'ambiente della Regione Sicilia che all'art. 1 ha decretato il differimento al 31 dicembre 2024 della durata delle concessioni demaniali marittime nel territorio della Regione, in esecuzione del disposto di cui al comma 3, dell'art. 3 e in riferimento all'articolo 4 della legge n. 118/2022 e ss.mm.ii., "*ritenuto che sussistono le difficoltà oggettive legale all'espletamento delle procedure selettive*", consultabile in https://www.regione.sicilia.it/sites/default/files/2023-12/DA_1784_2023.pdf.

[42] Comunicato stampa della Presidenza del Consiglio dei ministri del 28 dicembre 2023.

ISSN 2036-7821

lacuali e fluviali per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive fino al 30 settembre 2027.

L'art. 3, comma 1, della Legge n. 118/2022, così come modificato dal decreto legge n. 131 del 2024, dopo aver introdotto una proroga delle concessioni in essere "fino al 30 settembre 2027", precisa che "Gli effetti della disposizione (…) non pregiudicano la validità delle procedure selettive nonché la decorrenza del rapporto concessorio, deliberate anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto e, successivamente, fino al 30 settembre 2027 con adeguata motivazione ai sensi dell'articolo 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241".

L'art. 4, comma 13, della legge n. 118/2022, parimenti, disciplina il regime temporale di applicazione della novella introdotta in materia di concessioni balneari, prevedendo che la stessa si applichi "alle procedure di affidamento delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive di cui al comma 1 avviate successivamente alla data di entrata in vigore della presente disposizione e ai relativi atti concessori."[43].

Corsi e ricorsi, potremmo dire, ancora una volta.

La giurisprudenza amministrativa ha subito evidenziato la necessità di una pronta disapplicazione della novella legislativa ravvisandovi un forte contrasto con il diritto comunitario, al pari delle precedenti scelte normative che avevano disposto in modo pressoché automatico il rinnovo di durata delle concessioni in scadenza[44].

Il T.A.R. Liguria, in particolare, ha affermato come la necessità di una pronta disapplicazione, evidenziata dal prevalente orientamento giurisprudenziale[45] con riferimento all'art. 12, comma 6-*sexies*, del d.l. n. 198/2022, conv. in l. n. 14/2023, "investe oggi anche l'art. 1, comma 1, lett. a), n. 1.1), del d.l. n. 131/2024, conv. in l. n. 166/2024, che ha differito al 30 settembre 2027 il termine finale di durata dei titoli concessori (sul punto v. T.A.R. Liguria, sez. I, 14 dicembre 2024, n. 869)." [46]

Per contro, non vale invocare, secondo il T.A.R., "un [mero] accordo tra lo Stato italiano e la Commissione europea, secondo cui le Amministrazioni avrebbero

[43] Per un commento sulla disciplina e sulla novella legislativa si veda M. MACCHIA, *Le concessioni balneari e il pragmatismo concettuale* in *Giornale di diritto amministrativo.*, 2025, n. 1, p. 5; A. DE SANTIS e M. DE SIMONE, *Le concessioni demaniali marittime: sintesi di un'evoluzione e prospettive future*, in *Azienditalia.it*, 2024, n. 12, p. 1326; M. R. CALDERARO, *Demanio e patrimonio dello Stato e degli enti pubblici - Concessioni demaniali marittime e diritto europeo della concorrenza*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2025, n. 6, p. 1366.

[44] In dottrina, per un'attenta analisi della giurisprudenza sul tema si veda M. R. CALDERARO, *Demanio e patrimonio dello Stato e degli enti pubblici - Concessioni demaniali marittime e diritto europeo della concorrenza*, in *Giurisprudenza Italiana*, cit.; E. CAMPAGNANO, *La concorrenza nel settore delle concessioni demaniali marittime dopo le sentenze dell'adunanza plenaria e della Corte di Giustizia: l'Italia all'ultima spiaggia*, in *Contratto e impresa*, 2024, n. 2, p. 518.

[45] In tal senso cfr. Consiglio di Stato, sez. VII, 30 aprile 2024, n. 3940; Consiglio di Stato, sez. VI, 28 agosto 2023, n. 7992; Consiglio di Stato, sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192; Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, sez. riun., parere n. 342 in data 20 giugno 2023; T.A.R. Campania, Salerno, sez. III, 6 giugno 2023, n. 1306; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 11 maggio 2023, n. 755.

[46] Sentenza recentemente ripresa da T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 19 giugno 2025, sent. n. 4623.

ISSN 2036-7821

l'obbligo di prorogare le concessioni balneari sino al settembre 2027: e ciò sia perché non risulta esistente un documento scritto racchiudente tale patto; sia in quanto, in ogni caso, un simile accordo non potrebbe prevalere sul dictum della Corte di Giustizia in ordine all'incompatibilità unionale del rinnovo automatico delle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative (CGUE, sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, Promoimpresa e Melis; id., sez. III, 20 aprile 2023, causa C-348/22, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), essendo la Curia europea l'organo deputato all'interpretazione autentica del diritto eurounitario, con effetti vincolanti sia nei confronti delle autorità nazionali che delle altre istituzioni dell'Unione."

Questo inciso è molto importante: a nulla valgono le interlocuzioni tra Commissione Europea e Governo italiano (che, invero, si sono susseguite e si continuano a susseguire ormai da anni) se non sono trasposte all'interno di un atto normativo, giuridicamente vincolante, capace di superare l'evidente illegittimità di nuove proroghe rispetto ai principii cardine del diritto comunitario di concorrenza e apertura del mercato.

Certo, il problema di questa instabilità deriva inevitabilmente anche dalla forte incertezza politica con cui lo Stato italiano ha tentato di dare una risposta al problema. Dalla procedura d'infrazione n. 2008/4908 ad oggi si sono susseguiti ben nove governi, con diversi presidenti del consiglio e altrettanto variegata maggioranza, in sole quattro legislature.

Questo contesto rende evidente l'inevitabile discontinuità dello Stato italiano nella risoluzione del problema e l'atavico (non altrettanto ovvio) diverso approccio che il governo, a seconda del colore politico, ha assunto nel disciplinare un settore molto importante, come quello delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative.

Molto recentemente, il Consiglio di Stato ha confermato la necessità di disapplicazione della recente normativa, sottolineando "l'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali non conformi al diritto comunitario (nella specie, tutte le disposizioni nazionali che hanno introdotto e continuano ad introdurre, con una sistematica violazione del diritto dell'Unione, le proroghe delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative) incombe non solo sui giudici, ma anche sulle autorità amministrative ivi comprese quelle comunali" e quindi, un'amministrazione non deve "fornire alcuna adeguata motivazione sull'obbligo di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, al fine di evitare un ulteriore proroga delle concessioni demaniali affidate"[47].

In controtendenza rispetto all'orientamento illustrato si pone (ancora una volta) il

[47] Consiglio di Stato, Sez. VII, 4 aprile 2025, n. 2907.

T.A.R. Lecce che, con recentissima sentenza n. 1214 del 12 luglio 2025[48] ha ritenuto che la proroga al 30 settembre 2027 non contrasti con le previsioni della direttiva 2006/123/CE e dell'art. 49 TFUE.

Dettagliatamente, il succitato giudice amministrativo, pur non ignorando l'orientamento espresso da parte della giurisprudenza amministrativa ormai granitica sul punto, ha ritenuto che "la compiuta lettura del complesso normativo e giurisprudenziale di riferimento consenta di concludere per la compatibilità delle disposizioni introdotte a mezzo del d.l. n. 131/2024 con i vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea"[49]. Infatti, si legge nella (quantomeno discutibile, a parere di chi scrive) decisione del T.A.R. Lecce, che "Sebbene, ad una prima lettura, la norma possa essere intesa come volta a introdurre una nuova proroga di carattere automatico e generalizzato sino al giorno 30 settembre 2027, deve, in primo luogo, rilevarsi che detto termine rileva, a ben vedere, solo ed esclusivamente come limite massimo di estensione delle concessioni in essere (fatta salva l'ipotesi particolare di cui al comma 3), fermo restando che, ove la singola amministrazione completi le operazioni antecedentemente e, quindi, i nuovi concessionari siano pronti all'ingresso, le concessioni prorogate potranno venire a scadenza anche prima del 30 settembre 2027." (…) "In secondo luogo, la proroga di cui al nuovo art. 3, co. 1, risulta strettamente correlata con l'obbligo dei Comuni di procedere allo svolgimento delle gare per l'individuazione dei concessionari." (…) "La proroga, pertanto, deve essere interpretata nel senso per cui, ai fini della sua operatività, è necessario che le amministrazioni comunali avviino le attività funzionali allo svolgimento delle procedure di gara, in quanto obbligate a procedere in tal senso e con conseguente possibilità per gli interessati di agire con gli ordinari strumenti di tutela per il caso di eventuale inerzia."

Ci si chiede immediatamente, però, cosa sia una proroga se non un'estensione della durata di una concessione in essere, come, appunto, introdotta dalla novella in questione.

La contraddizione intrinseca nell'affermazione dell' "innovativa" posizione assunta dal T.A.R. è quindi evidente[50].

IV La Corte di Giustizia ritorna sull'ambito di applicazione della direttiva Bolkestein.

Con ordinanza del 4 giugno 2025[51], la Corte di Giustizia ha fornito importanti

[48] T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 12 luglio 2025, n. 1214.

[49] T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 12 luglio 2025, n. 1214, capo 11.3.

[50] La speranza di non ritornare indietro espressa da Volpe forse svanisce davanti all'ennesimo tentativo "innovativo" del T.A.R. Lecce; v. C. VOLPE, *Le concessioni demaniali marittime: una fine o un inizio? correzioni di rotta e nuovi approdi* in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022

[51] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. VII, 4 giugno 2025, causa C-464/24. Per un primo commento, si veda M. BRICCARELLO, *L'epilogo della saga delle concessioni balneari* (?) in *ItaliaAppalti.it*, 9 luglio 2025; V. DE

ISSN 2036-7821

indicazioni sull'ambito applicativo della direttiva *Bolkestein*.

In particolare, dopo anni di giurisprudenza granitica e consolidata sull'obbligo di indire procedure di gara per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime, il giudice di Lussemburgo ha precisato che non tutte le concessioni soggiacciono alla generale regola dell'evidenza pubblica.

Sia chiaro, potendo l'affermazione trarre in inganno, è opportuno sin d'ora precisare che non si tratta di uno stravolgimento totale dei capisaldi raggiunti, bensì di una rideterminazione dell'ambito di applicazione della normativa, in ragione esclusivamente della data della concessione e della sua stretta natura, come si vedrà.

In particolare, venendo all'analisi più dettagliata della questione, il pronunciamento della Corte trae origine dalla domanda pregiudiziale sottoposta dal Giudice di Pace di Rimini sull'interpretazione dell'articolo 44 della direttiva 2006/123/CE, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, nonché degli articoli 49, 51, 195 e 345 TFUE.

La domanda veniva sollevata nell'ambito del giudizio tra una società titolare di una concessione demaniale marittima e il Comune di Rimini avente ad oggetto la legittimità del provvedimento con cui l'amministrazione aveva deciso di non rinnovare automaticamente la durata della predetta concessione. Il gestore, in particolare, sosteneva il diritto di continuare legittimamente ad utilizzare il demanio pubblico concesso a tempo indeterminato o, comunque, almeno fino al 31 dicembre 2033, conformemente, in particolare, all'articolo 1, commi 682 e 683, della legge 30 dicembre 2018, n. 145[52].

D'altro canto, per il giudice del rinvio, la legge 14/2023 avrebbe conferito "una durata indeterminata alle concessioni demaniali marittime"[53] e, allo stesso tempo, in base alla sentenza Promoimpresa della Corte di Giustizia, le concessioni demaniali marittime, in quanto concessioni di beni non rientrerebbero né nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/23, né in quello della direttiva 2006/123[54]. Né, ritiene il Giudice di Rimini, che nel settore del turismo il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione possono armonizzare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, in base all'art. 195 del TFUE[55].

Su tali premesse, sono stati sollevati – per quanto di interesse - le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) [Se] le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative (…) che non svolg[ono] una prestazione di servizi determinata dell'ente aggiudicatore, bensì

MICHELE, *La Corte di giustizia UE con l'ordinanza del 5 giugno 2025 esclude le concessioni balneari dalla Bolkestein e dal diritto primario europeo*, in *www.anitec.it*, 6 giugno 2025.

[52] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. VII, 4 giugno 2025, causa C-464/24, capo 16.

[53] *Ibidem*, capo 18.

[54] *Ibidem*, capo 19.

[55] *Ibidem*, capo 21.

ISSN 2036-7821

esercita[no] un'attività economica in un'area demaniale statale - rientra[no] o non rientrano] nella categoria delle concessioni di servizi e, quindi, se entra[no] o non entra[no] nel campo di applicazione delle autorizzazioni di cui alla direttiva [2006/123] e/o della direttiva [2014/23] (…)";
"2) [se] le concessioni balneari (…), iniziate prima del 28 dicembre 2009, sono comunque fuori dal campo di applicazione della direttiva [2006/123] ai sensi dell'articolo 44 della stessa direttiva autorizzazioni, (…)";
"3) [se] l'articolo 195 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, (…), deve essere interpretato nel senso che le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative (…), operanti nel settore del turismo, sono escluse dal campo di applicazione delle direttive di armonizzazione, come la direttiva [2006/123]".
La Corte di Giustizia, dopo aver fornito una completa ricostruzione del quadro normativo nazionale e comunitario sulla disciplina inerente all'affidamento delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative, anzitutto chiarisce espressamente che tali tipologie di concessioni riguardano dei "beni" demaniali che, situati sulle coste marittime italiane, sono per loro natura limitati per via della scarsità delle risorse naturali. Su tali premesse, le concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva *Bolkestein*[56]. Il perimetro di applicazione della direttiva si deve estendere a tutte le concessioni in base alle quali sia riconosciuto all'operatore di "gestire taluni beni o risorse pubblici, nell'ambito di un regime di diritto privato o pubblico, di cui lo Stato si limita a fissare le condizioni generali d'uso"[57].
Fin qui, nulla di rivoluzionario.
Rispondendo alla seconda questione, la Corte di Giustizia, però, esclude che la disciplina comunitaria contenuta all'interno della direttiva *Bolkestein* si applichi anche alle concessioni rilasciate prima del 28 dicembre 2009 e che non sono state rinnovate con nuovo titolo concessorio, o perché già a tempo indeterminato.
Questa conclusione deriva dal fatto che il termine ultimo per il recepimento della direttiva 2006/123 era fissato proprio al 28 dicembre 2009, ragion per cui, le concessioni rilasciate antecedentemente ovviamente non potevano certamente soggiacere ad una disposizione non ancora recepita all'interno del nostro ordinamento[58].
L'affermazione che dà seguito ad alcune precedenti decisioni dello stesso giudice comunitario, sebbene conforme ai principii di diritto europeo, lascia aperta la possibilità, in concreto, che concessioni di vecchia data possano durare per tempo

[56] *Ibidem*, capo 29-32.
[57] *Ibidem*, capo 34. Rimane quindi esclusa dall'applicazione della direttiva, la concessione nell'ambito della quale l'operatore si limiti ad effettuare una prestazione di servizi determinata dell'ente aggiudicatore.
[58] Sul punto, si veda già Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. III, 20 aprile 2023, causa C-348/22. In dottrina si veda R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'unione europea*, Torino, 2014, p. 159 ss.

indefinito, ove così previsto all'epoca dell'affidamento.

V La Corte costituzionale sulla Legge della Regione Toscana: il riparto di competenze tra Stato e Regione sulla disciplina delle concessioni demaniali marittime.

Un ruolo essenziale nella regolamentazione dell'ordinamento italiano in materia è stato svolto non solo dal Legislatore ma anche e, forse soprattutto è il caso di dire, dalla giurisprudenza, nazionale e comunitaria[59].

Anche la Corte costituzionale[60], si è apprestata a dare un proprio contributo sul tema delle concessioni demaniali attraverso la sentenza n. 109 del 26 giugno 2024 con cui si è pronunciata, a seguito del ricorso notificato in data 29 aprile 2023 dal Governo, sulla legittimità costituzionale degli artt. 36 e 38 della legge della Regione Siciliana 22 febbraio 2023, n. 2 (Legge di stabilità regionale 2023-2025) sulla base dell'art. 117, comma. 1, Cost.[61].

Molto recentemente, la Corte, con la sentenza del 2 luglio 2025[62] è ritornata ad occuparsi della questione e, in particolare, in merito alla legittimità costituzionale degli artt. 1, 2, commi 3 e 4, e 3 della legge della Regione Toscana 29 luglio 2024, n. 30 (rubricata "Disposizioni in materia di concessioni demaniali marittime. Modifiche alla l.r. 31/2016").

La disposizione in parola, muovendo dalla necessità di "adeguare e attualizzare" una precedente legge regionale alle sopravvenienze normative e giurisprudenziali succedutesi negli anni in materia di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, provvedeva, in conformità ai principi stabiliti dalla legge 118/2022, a fornire ai comuni indicazioni uniformi su tutto il territorio regionale per

[59] In generale, si rimanda, per un approfondimento, a A. SQUAZZONI, *Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, fasc. 2, F. SANCHINI, *Le concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo tra meccanismi normativi di proroga e tutela dei principi europei di libera competizione economica: profili evolutivi alla luce della pronuncia della Corte di giustizia resa sul caso Promoimpresa-Melis*, in *Rivista della regolazione dei mercati*; A. CASTELLI, *La Corte di Giustizia Ue si pronuncia sulle concessioni demaniali marittime*, in *Ambiente&sviluppo*, 2025, n. 3, p. 174.

[60] Si veda F. SANCHINI, *Il contributo della Corte costituzionale nella definizione del riparto di competenze legislative sulle concessioni "balneari"*, in *Federalismi.it*, 2024, fasc. 24; a F. DONATI, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2020, fasc. 1; G. AMATO, *Corte costituzionale e concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2017, fasc. 3, pp. 425 ss. secondo cui "la nostra Corte, oltre ovviamente a giudicare soltanto leggi, si è trovata a farlo in tema di concorrenza nella qualità di guardiana del confine fra Stato e Regioni posto al riguardo dalla Costituzione. Era un confine nuovo e particolarmente difficile da ammettere a fuoco, perché la Corte si è presto resa conto che la concorrenza, intesa come materia ai fini del nostro art. 117, ha la peculiare caratteristica di essere una materia trasversale, tale da penetrare nei settori più diversi e quindi da essere, più di altre, fonte di potenziali conflitti".

[61] A. GIGLIOLA, S. FIDANZIA, *Concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive alla luce del decreto salva infrazioni* in *Italiappalti.it*, 27 novembre 2024.

[62] Per un approfondimento, si vedano i primi commenti in *Concessioni demaniali marittime, incostituzionale la legge della Toscana* in *NT+ Diritto*, 1 luglio 2025; R. RUSSO, *L'inerzia del Legislatore non giustifica l'intervento regionale in materia di tutela della concorrenza* in *Italiappalti.it*, 9 luglio 2025.

ISSN 2036-7821

l'esperimento delle procedure comparative dirette all'affidamento di siffatte concessioni.

La legge regionale di cui si discute, infatti, interveniva proprio dopo l'adozione della legge 118/2022 nelle more dell'esercizio, da parte del Governo, della delega riconosciutagli dalla medesima legge n. 118, al fine di definire "i criteri per la determinazione dell'indennizzo e demandare alle linee guida adottate dalla Giunta regionale, che costituiscono direttive generali ai comuni per l'esercizio delle funzioni amministrative trasferite, di stabilire le modalità con le quali determinarlo".

Per quanto di interesse in questa sede, i commi 3 e 4 dell'art. 2 della legge regionale impugnata incidevano sull'art. 2 della legge regionale 31/2016, rubricato "Criteri e condizioni per il rilascio delle concessioni ultrasessennali", aggiungendo, rispettivamente, la lettera b-*bis*), al comma 1 di detto articolo, relativa alla previsione di un criterio di premialità per la valutazione delle domande concorrenti, e il comma 1-*bis*, concernente la determinazione dell'indennizzo per il concessionario uscente.

Rinviando a quanto si dirà più avanti questione relativa all'indennizzo del concessionario uscente[63], è opportuno soffermarsi sulla legittimità di una previsione che assicuri una premialità di qualche tipo a determinati operatori, dal momento che, tale meccanismo potrebbe difatto apparire elusivo dell'obbligo imposto alle amministrazioni di aprire il mercato.

La Presidenza del Consiglio dei ministri rappresentava che nelle more del giudizio il legislatore era da ultimo intervenuto con il decreto-legge 16 settembre 2024, n. 131, convertito, con modificazioni, nella legge 14 novembre 2024, n. 166, il quale ha definito le caratteristiche delle procedure di affidamento delle concessioni - che dovranno avviarsi al più tardi entro il 30 giugno 2027 – e previsto un sistema di indennizzi per i concessionari uscenti[64].

Dettagliatamente, secondo la Presidenza, le disposizioni regionali impugnate contrasterebbero, in primo luogo, con l'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione per due ragioni.

In primo luogo, perché la Regione Toscana avrebbe disciplinato ambiti estranei alla sua potestà legislativa di intervento, in quanto, per costante giurisprudenza costituzionale, la definizione dei criteri e delle modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime spetterebbe unicamente al legislatore statale, nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia di tutela della concorrenza.

In secondo luogo, poi, la legge regionale sarebbe altresì in contrasto con la

[63] *ex multis* A. CUTOLO, *Concessioni demaniali: indennizzo o punteggio maggiorato al concessionario uscente? Le scelte del Legislatore ad un anno dalle sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, p. 527; *La spinosa questione dell'indennizzo e del legittimo affidamento dei concessionari uscenti* in A. POLICE e A.M. CHIARIELLO, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, *op. cit.*, p. 70 ss.; M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit., p. 357 ss; G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?* in *Diritto e Società*, 2021, n. 3, p. 390 ss.

[64] Sent. Corte costituzionale 2 luglio 2025, n. 89, capo 1.2.1.

ISSN 2036-7821

Costituzione, per inosservanza dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e in specie dall'art. 12 della direttiva servizi, nella parte in cui introduce elementi di premialità e criteri di determinazione dell'indennizzo spettante al concessionario uscente, a suo dire, "eccentrici"[65] rispetto a quelli statali, in senso favorevole per il concessionario uscente così da attribuirgli un vantaggio, vietato invece a livello europeo.

La Regione Toscana, costituendosi in giudizio, evidenziava anzitutto come la volontà "legislativa" fosse stata quella di "limitare il proprio intervento al periodo di incertezza normativa determinata dall'assenza di una compiuta disciplina statale"[66] e non, quindi, definire una disciplina "stabile" e "ordinaria" sull'argomento.

Peraltro, proprio l'entrata in vigore del recente decreto-legge 131/2024, per la Regione, avrebbe dovuto condurre a dichiarare la cessazione della materia del contendere, vista l'approvazione di una normativa statale sulla disciplina delle concessioni demaniali marittime.

Secondo la Corte costituzionale, in via preliminare, l'intervento della novella del 2022 non può comportare la cessazione della materia del contendere in quanto, per costante giurisprudenza della stessa Corte, "la cessazione della materia del contendere si determina quando ricorrano, in pari tempo, due condizioni: il carattere satisfattivo delle pretese avanzate con il ricorso e la mancata applicazione della disposizione impugnata *medio tempore*"[67]. Circostanze che, nel caso di specie, difettano dal momento che le disposizioni impugnate non hanno ricevuto applicazione *medio tempore*, anzi, al contrario, "risultano avviate, proprio sulla base della normativa impugnata, procedure selettive di nuovi concessionari balneari"[68].

Passando all'analisi del merito della questione, la Corte costituzionale ha reputato fondata l'impugnazione sollevata dalla Presidenza del Consiglio dei ministri.

La Corte costituzionale, dopo aver svolto una breve ma essenziale ricostruzione del frastagliato e critico quadro normativo nazionale sulla disciplina, ribadisce che "le competenze amministrative afferenti al rilascio di siffatte concessioni sono state conferite alle regioni in virtù di quanto previsto dall'art. 105, comma 2, lettera l), del d.lgs. n. 112 del 1998 e che le relative funzioni sono, di regola, esercitate dai comuni in forza dell'art. 42 del d.lgs. n. 96 del 1999, nei confronti dei quali le regioni mantengono poteri di indirizzo"[69]. Dall'altra parte, però, è anche vero che la normativa regionale non può influire sulle modalità di scelta del contraente e sull'accesso concorrenziale dei mercati in termini tali da restringere il libero esplicarsi delle iniziative imprenditoriali, dovendo altrimenti "cedere il passo alla competenza

[65] *Ibidem*, capo 1.4.
[66] *Ibidem*, capo 2.1.
[67] Da ultimo *cfr*. Corte costituzionale 13 dicembre 2024, n. 198.
[68] Sent. Corte costituzionale 2 luglio 2025, n. 89, capo 2.1.
[69] *ibidem*, capo 5.2; *cfr.ex multis* sentt. Corte costituzionale 29 luglio 2020, n. 161; e n. 12 dicembre 221.

ISSN 2036-7821

legislativa esclusiva dello Stato in materia di concorrenza"[70].

Su tali premesse, è evidente, come correttamente osservato nella decisione, che la posizione assunta dalla Regione Toscana all'interno della disposizione normativa impugnata travalicando le mere competenze amministrative attribuite dalla legge alle sue funzioni, interviene – illegittimamente - direttamente sull'assetto concorrenziale del mercato delle concessioni balneari.

Infatti, l'art. 1 della legge regionale si occupava di individuare i principi e i criteri direttivi per lo svolgimento delle procedure selettive di affidamento delle suddette concessioni; così come il successivo art. 2, nell'introdurre un criterio di premialità per la valutazione dei concorrenti nonché criteri e modalità per la determinazione dell'indennizzo a favore del concessionario uscente, ha inciso su aspetti, si legge nella sentenza, "fondamentali" delle procedure di affidamento[71].

Disciplinare tali aspetti, infatti, non rientra in una semplice esplicazione delle competenze "amministrative" attribuite alle regioni per la regolamentazione delle procedure di assegnazione delle concessioni. Tutt'altro, rientra, a pieno titolo, nella materia "sostanziale" delle regole di concorrenza del mercato, di assoluta competenza statale.

E così anche l'art. 3 della legge regionale impugnata che, attraverso la previsione di una premialità in favore di micro, piccole o medie imprese, effettua una scelta molto penetrante che ricade fortemente nell'ambito delle competenze statali in materia di concorrenza e delimitazione dell'accesso al mercato.

Peraltro, non può certo ignorarsi come tale scelta legislativa nasconda – tra le righe – l'intenzione di favorire gli operatori già attivi nel settore che, nella maggior parte dei casi, sono per lo più imprese a conduzione "familiare" che ereditano la gestione di generazione in generazione. Una sorte di premialità che, a parere di chi scrive, sottintende l'intenzione di combattere l'ingresso di operatori sicuramente più competitivi e attrezzati, in favore degli stessi già radicati sul territorio.

Al netto di tali valutazioni che, comunque, attengono al merito delle scelte operate, preme, per quanto qui di interesse, sottolineare che la scelta, invadendo la competenza dello Stato centrale è, insanabilmente, illegittima e, quindi, in contrasto

---

[70] *ibidem*, capo 5.2; *cfr*. sent. Corte costituzionale 29 luglio 2020, n. 161.

[71] *ibidem*, capo 5.3. Si veda già Corte costituzionale 28 ottobre 2020, n. 222, capo 3.1., secondo cui "Questa Corte ha più volte affermato che la disciplina delle concessioni su beni demaniali marittimi investe diversi ambiti materiali, attribuiti alla competenza sia statale, sia regionale, ma che particolare rilevanza, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento delle concessioni, «assumono i principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale» (sentenze n. 86 del 2019 e n. 40 del 2017); principi corrispondenti ad ambiti riservati alla competenza esclusiva statale dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

A tale proposito, un ruolo centrale è svolto dal citato art. 16 del d.lgs. n. 59 del 2010, che – attuando il contenuto dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno – prescrive la predeterminazione dei criteri e delle modalità atti ad assicurare l'imparzialità delle procedure di selezione per l'assegnazione dei titoli concessori e, per i profili inerenti alla presente fattispecie, dispone che non possano essere «accordati vantaggi al prestatore uscente»."

ISSN 2036-7821

con la Costituzione.

Le argomentazioni della Regione Toscana a sostegno del proprio intervento normativo, fondate sull'inerzia del legislatore statale nel disciplinare il settore delle concessioni demaniali marittime e sulla necessità di tutelare l'affidamento degli operatori, non sono state ritenute dalla Corte idonee a giustificare l'invasione da parte del legislatore regionale di un ambito di competenza statale esclusiva, essendo peraltro già rinvenibili nell'ordinamento principi e altri indici normativi di derivazione europea utili all'esperimento delle gare da parte delle amministrazioni comunali[72].

Non è il primo caso in cui la Corte costituzionale dichiara illegittima la scelta compiuta da una Regione e in particolare, dalla Regione Toscana, sulla disciplina delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative. Proprio la Regione Toscana, nel 2017, aveva visto dichiarare parzialmente incostituzionale la già citata legge n. 31/2016 per evidente violazione dell'art. 117 Cost.[73].

VI L'indennizzo in favore del concessionario uscente.

Il "travagliato susseguirsi"[74] dei numerosi interventi del legislatore statale sulla disciplina dell'affidamento delle concessioni demaniali marittime ha riguardato anche la questione attinente all'indennizzo da corrispondere in favore del gestore uscente[75].

La recente pronuncia della Corte costituzionale offre il fianco per comprendere come, nel tempo, il tema dell'indennizzo in favore del concessionario uscente non abbia

---

[72] In particolare, si legge nella decisione, capo 5.4.: "Questa Corte ha, invero, già escluso che un intervento regionale nel campo delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative possa essere consentito in ragione della «lamentata situazione di inerzia del Legislatore statale» (sentenza n. 222 del 2020) o della «finalità di tutelare […] l'affidamento e la certezza del diritto degli operatori locali» (sentenza n. 1 del 2019; in senso analogo, sentenza n. 118 del 2018), ovvero ancora della "cedevolezza invertita", «poiché l'intervento che il Legislatore regionale può anticipare nell'inerzia del Legislatore statale attiene pur sempre (e soltanto) a materie di competenza concorrente della Regione» (sentenza n. 1 del 2019).

5.5.– Né si può ritenere che la mancanza di una disciplina statale, all'epoca dell'entrata in vigore della legge regionale impugnata, precludesse alle amministrazioni comunali di procedere alla selezione di nuovi concessionari.

Come sopra evidenziato, erano infatti già enucleabili dall'ordinamento, sia europeo che nazionale, principi e altri indicatori normativi utili in base ai quali indire le relative gare, valorizzati dalla stessa giurisprudenza amministrativa, pure richiamata dalla Regione Toscana (Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 9 novembre 2021, n. 17; sezione settima, sentenze n. 4481, n. 4480 e n. 4479 del 2024).

5.6.– Deve quindi essere dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, 2, commi 3 e 4, e 3 della legge reg. Toscana n. 30 del 2024 per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera *e*), Cost."

[73] Per un commento si veda M. FERRUCCI, *Sul rilascio di concessioni di beni del demanio marittimo, Nota a sentenza 7 luglio 2017, n. 157* in *Ildirittoamministrativo.it* e per un caso simile, lo stesso autore sulla medesima rivista, *Sul demanio marittimo,* nota a sent. Corte costituzionale 7 giugno 2018, n. 18; per un precedente caso sempre della Regione Toscana, si veda A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE* in *Federalismi.it*, 2016, n. 14, p. 6 ss.

[74] Corte costituzionale 16 aprile 2024, n. 109.

[75] Per un approfondimento del tema, si veda F. FERRARO, *Diritto dell'unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'adunanza plenaria?* in *Diritto e Società*, 2021, n. 3, p. 381 ss.

ISSN 2036-7821

rappresentato una questione di poco conto, quanto invece un ambito di assoluto rilievo concorrenziale che deve essere rimesso alla competenza legislativa statale[76].

Ci si è lungo interrogati tanto sulla debenza quanto sulla determinazione di un qualsiasi indennizzo da corrispondere in favore del concessionario uscente che, di fatto, nella maggior parte dei casi perde l'unica vera sua fonte di guadagno e sostentamento in caso di mancata aggiudicazione dell'area demaniale gestita – per molti (forse troppi) anni – sempre dallo stesso gestore.

Infatti, tanto la normativa comunitaria[77], quanto la giurisprudenza intervenuta sul tema, hanno escluso l'esistenza di qualsivoglia preferenza o vantaggio in favore del concessionario uscente, ivi inclusa ogni forma di indennizzo.

Tradizionalmente, al termine del rapporto concessorio non spettava alcun indennizzo, stante la possibilità, per il gestore, di fare affidamento sulla lunga durata del rapporto concessorio, in grado di consentire di rientrare nelle spese sostenute e negli investimenti effettuati[78].

Tuttavia, è ben vero, allo stesso tempo, che l'art. 49 del codice della navigazione prevede espressamente la possibilità di derogare per contratto al principio dell'acquisizione immediata senza alcun indennizzo o rimborso delle opere non amovibili costruite dal concessionario sul demanio pubblico marittimo, evidenziando la dimensione contrattuale, e dunque consensuale, di una concessione di occupazione del demanio pubblico.

Ne consegue che "l'acquisizione immediata, gratuita e senza indennizzo delle opere non amovibili costruite dal concessionario su tale demanio non può essere considerata come una modalità di cessione forzosa delle opere suddette"[79].

In dottrina si è sostenuto che l'eventuale pagamento di un indennizzo, a carico del concessionario subentrante ed a favore del concessionario uscente, costituirebbe una palese violazione dell'obbligo che impone alle Autorità concedenti di applicare una

---

[76] *ex multis*, oltre alla sentenza vista nel precedente paragrafo, si veda Corte costituzionale 28 ottobre 2020, n. 222, secondo cui "anche a voler ipotizzare, in linea del tutto astratta, che le disposizioni in questione siano riconducibili alla materia «governo del territorio», in quanto funzionali, come affermato dalla Regione, a obiettivi di "federalismo demaniale", dev'essere ribadito che, secondo il costante orientamento di questa Corte, le norme che stabiliscono i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime sono riconducibili alla competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., ed «in siffatta competenza esclusiva, le pur concorrenti competenze regionali trovano così un limite insuperabile» (sentenze n. 161 del 2020 e n. 109 del 2018)."

[77] Si veda anzitutto l'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE in base al quale " Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami".

[78] E. CAMPAGNANO, *La concorrenza nel settore delle concessioni demaniali marittime dopo le sentenze dell'Adunanza Plenaria e della Corte di giustizia: l'Italia all'ultima spiaggia*, in *Contr. e impr.*, 2024, n. 2, p. 518.

[79] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 11 luglio 2024, causa C-598/22.

ISSN 2036-7821

procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali. Ed in effetti, potrebbe sembrare che l'incondizionata previsione del pagamento di un siffatto indennizzo, inserita nella procedura di selezione per l'individuazione del candidato prescelto, "attribuirebbe un ingiustificato vantaggio al concessionario uscente (che partecipa alla selezione) rispetto agli altri partecipanti alla selezione, in quanto solo lui sarebbe in grado di proporre un'offerta non condizionata dall'onere di dover pagare un indennizzo"[80].

Oggi, a fare chiarezza sul tema è finalmente intervenuto il Legislatore.

Con la legge 118/2022, così come attualmente in vigore a seguito delle modifiche del 2023 e 2024, è stato previsto, all'art. 4, comma 9, che in caso di rilascio della concessione a favore di un nuovo concessionario, il concessionario uscente ha diritto al riconoscimento di un indennizzo - a carico del concessionario subentrante - pari al valore degli investimenti effettuati e non ancora ammortizzati al termine della concessione, ivi compresi gli investimenti effettuati in conseguenza di eventi calamitosi debitamente dichiarati dalle autorità competenti ovvero in conseguenza di sopravvenuti obblighi di legge, al netto di ogni misura di aiuto o sovvenzione pubblica eventualmente percepita e non rimborsata, nonché pari a quanto necessario per garantire al concessionario uscente un'equa remunerazione sugli investimenti effettuati negli ultimi cinque anni.

La determinazione dei criteri per un'equa remunerazione è stata rimessa ad un successivo decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

Il Legislatore si è finanche premurato di precisare che il valore degli investimenti effettuati e non ammortizzati e di quanto necessario a garantire un'equa remunerazione, sia determinato con apposita perizia acquisita dall'ente concedente prima della pubblicazione del bando di gara, rilasciata in forma asseverata e con esplicita dichiarazione di responsabilità da parte di un professionista ovvero di un collegio di professionisti nominati dal medesimo ente concedente. Il valore dell'indennizzo, ovviamente, rappresenta un'informazione che ogni concorrente alla gara preordinata all'affidamento dell'area demaniale, deve conoscere; pertanto, il comma 4 del medesimo art. 4 visto, prevede, alla lett. e) che nel bando di gara sia indicato anche il valore dell'indennizzo, nonché i termini e le modalità di corresponsione dello stesso. A tale decreto, l'art. 4 comma 11 della legge affida altresì il compito di provvedere all' "aggiornamento dell'entità degli importo unitari", nonché dei canoni per le concessioni.

In tal modo, il legislatore si è preoccupato di modellare la dimensione applicativa dell'art. 49 Cod. nav., secondo cui, alla scadenza di una concessione per l'occupazione del demanio pubblico, il concessionario è tenuto a cedere,

[80] G. MARCHEGIANI, *Le vicissitudini delle concessioni balneari e la precarietà della loro situazione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2024, n. 1, p. 5.

ISSN 2036-7821

immediatamente, gratuitamente e senza indennizzo, le opere non amovibili da esso realizzate nell'area concessa, anche in caso di rinnovo della concessione[81].
Il 1 luglio 2025, sebbene in ritardo rispetto alla scadenza inizialmente fissata a marzo, è stato bollinato dalla Ragioneria Generale dello Stato il decreto attuativo sugli indennizzi ai concessionari uscenti che si avvicina, quindi, alla sua fase conclusiva: si attende, infatti, solo la definitiva approvazione parlamentare.
Il testo, è stato recentemente sottoposto al Consiglio di Stato che, non parere n. 750 del 22 luglio 2025 ha fornito un'articolata e complessa analisi delle valutazioni svolte dal Legislatore e confluite nel decreto indennizzi, evidenziando molteplici criticità.
In particolare, soffermandosi sugli aspetti cruciali del parere reso, si coglie immediatamente come i giudici di Palazzo Spada abbiano evidenziato anzitutto che l'oggetto dell'intervento normativo, sembrerebbe ingiustificatamente limitato alla determinazione della sola "equa remunerazione", senza intervenire sulla precisazione del "valore degli investimenti effettuati e non ancora ammortizzati", ritenuta "voce scolpita in modo autosufficiente dalla normativa primaria di legge". Questa scelta legislativa è stata ritenuta il risultato di una "incongrua e per vario rispetto indesiderabile frammentazione di disciplina".
In disparte ogni considerazione sulle valutazioni svolte dal Consiglio di Stato in merito alle discutibili modalità con cui il Governo sta provvedendo a disciplinare la normativa - che comunque evidenziano la scarsa attenzione riposta nei confronti delle "forme", delle procedure legislative e dei termini di legge inizialmente fissati per l'adozione del decreto[82] - il parere, nella parte dedicata alle osservazioni generali[83], anzitutto evidenzia la carenza di una disposizione della disciplina delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative

[81] A. DE SANTIS e M. DE SIMONE, *Le concessioni demaniali marittime: sintesi di un'evoluzione e prospettive future*, *op. cit*.

[82] Per citare soltanto alcuni rilievi sollevati, il Consiglio di Stato ha evidenziato come il Ministero abbia predisposto un decreto – in attuazione dell'art. 4 della legge 118/2022 – sebbene tale atto normativo rifletta sostanzialmente la forma e il contenuto di un regolamento ministeriale. Ciò, Peraltro, è confermato dal fatto che il Ministero ha seguito la procedura del regolamento ministeriale in conformità con l'art. 17, commi 3 e 4 della legge 400/1988. Questa natura, come osservato dal Consiglio di Stato, si trae "dal carattere *generale*, *innovativo* e, soprattutto, *astratto* delle prescrizioni introdotte, in quanto destinate ad operare non in casi singoli ed individuati, ma per *classi tipiche* di situazioni; non per fattispecie *in tesi*, o riguardate quale esistenti, ma per fattispecie *in ipotesi*, o costruite come possibili". In aggiunta a questa prima "defezione", il Supremo Consesso amministrativo evidenzia come il termine per l'adozione del decreto, scolpito al 31 marzo 2025, pur non essendo perentorio, è ormai decorso. L'inadeguatezza dell'*iter* procedimentale seguito, il Collegio critica anche la carenza della documentazione e degli idonei elementi informativi in ordine alle interlocuzioni con le autorità europee: alla luce di ciò, si legge, "la Sezione non è messa, di fatto, in condizioni di formulare *con cognizione di causa* – di là dalle considerazioni generali e dalle precisazioni particolari che si andranno a formulare di seguito – *circostanziate osservazioni* e *mirati rilievi* su tali (critici e rilevanti) profili". Sempre da un punto di vista istruttorio, manca un articolato e approfondito quadro dei contributi che hanno portato alla stesura in bozza del decreto ministeriale, né "si fa alcun cenno a consultazioni intervenute con l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, che sarebbe stato assai opportuno acquisire, avuto riguardo alla materia trattata".

[83] Parere Consiglio di Stato, 22 luglio 2025, n. 750, punto 12 ss.

che imponga il riconoscimento automatico e generalizzato di un indennizzo a favore del concessionario uscente, alla scadenza del rapporto concessorio[84].
Su tali premesse, se manca un obbligo di questa natura, l'unica ragione per prevedere un indennizzo a favore del concessionario uscente si rinverrebbe, si legge nel parere, solo in una tutela del legittimo affidamento maturato dal gestore uscente sull'idea di non consentire, al subentrante, un indebito arricchimento. In ogni caso, anche se così fosse, sottolinea criticamente il Consiglio di Stato (ed a ragion veduta) occorre "evitare che il costo economico delle scelte operative del gestore uscente ricada sull'operatore subentrante, che vedrebbe compromessa o significativamente condizionata la possibilità di un'autonoma riorganizzazione dei beni destinati all'esercizio dell'impresa, anche sotto il profilo del complessivo costo amministrativo: il che si risolverebbe, appunto, in una forma surrettizia di vantaggio".
E allora, l'ammissibilità di un tale indennizzo non può che sostenersi esclusivamente subordinatamente alla concreta ed effettiva verifica della ricorrenza dei presupposti per un legittimo affidamento del concessionario uscente, lungi dall'assicurare "automatismi, forfettizzazioni e generalizzazioni" che si traducano in un "obiettivo ed indebito vantaggio del subentrante, in termini di risparmio di spese necessarie".
Evidentemente critica risulta anche dalla lettura in combinato disposto dei commi 4, lett. e) e 6, lett. a) dell'art. 4 della legge 118/2022, che indirizza la selezione comparativa degli operatori economici incentrandosi sull'offerta al rialzo dell'indennizzo, e non sulla "misura del canone". Questa scelta, come osserva correttamente il Consiglio di Stato, si pone oggettivamente in contrasto con l'obiettivo prefissato dal Legislatore, individuato nella tutela delle entrate dello Stato. Infatti, il criterio basato sulla misura dell'indennizzo, "finisce per sovrappesare, senza adeguata giustificazione, gli interessi degli operatori economici privati, a scapito di quelli erariali e collettivi". Ma vi è di più: non si capisce come tale criterio di scelta possa operare relativamente alla posizione dei gestori uscenti che, è ovvio, non possono offrire un maggiore indennizzo a sé stessi (!)[85].

[84] Ogni previsione citata dal Ministero, infatti, non risulta opportuna né conferente riferendosi a situazioni peculiari: ad esempio, articolo 42 del codice della navigazione, approvato con regio decreto 30 marzo 1942, n. 327, nella parte in cui – in presenza di "concessioni che hanno dato luogo a costruzione di opere stabili" – sancisce, a favore del concessionario, il diritto ad un "indennizzo pari al rimborso di tante quote parti del costo delle opere quanti sono gli anni mancanti al termine di scadenza fissato" (comma 4), in ogni caso in misura non superiore "al valore delle opere […], detratto l'ammontare degli effettuati ammortamenti", si riferisce esclusivamente alle vicende relative alla revoca della concessione.

[85] Questa criticità si riflette anche sulle modalità di pagamento dell'indennizzo. Infatti, lo schema di decreto prevede che l'indennizzo venga corrisposto mediante il versamento di apposita cauzione. Ovviamente, osserva il Consiglio di Stato, non potendo il concessionario uscente, abilitato a concorrere alla nuova aggiudicazione della concessione, formulare un'offerta di indennizzo, non sussiste a suo carico neppure l'obbligo di prestare apposita cauzione, gravante invece su tutti gli altri concessionari: "Si tratta di un potenziale vantaggio competitivo, che può essere sterilizzato dalla semplice sanzione della decadenza dall'aggiudicazione in caso di mancato

ISSN 2036-7821

Lo schema di decreto, poi, fissa i criteri di selezione degli investimenti da considerare ai fini dell'indennizzo e dell'equa remunerazione, a seconda degli investimenti sostenuti dall'operatore uscente, relativi a beni materiali e immateriali. Per tutti gli investimenti relativi ai beni materiali (a loro volta distinti in beni amovibili e non amovibili) sono richiesti due requisiti: la strumentalità dell'investimento alla concessione, la legittimità e la regolarità sotto il profilo urbanistico.

Chiarito ciò, il Consiglio di Stato ha sottolineato che il primo dei requisiti relativo alla "strumentalità" dell'investimento appare "generico, al pari dell'inerenza (rispetto ai beni non amovibili (…) e della necessità (rispetto alla fornitura del servizio (…)". La strumentalità sembra sussistere solo quando l'investimento riguardi "parte integrante ed essenziale della concessione".

Giustamente però, evidenziano i giudici di Palazzo Spada, "non si comprende in quali ipotesi un investimento possa ritenersi "parte integrante ed essenziale della concessione"; peraltro, "non è chiaro se si tratti di un criterio ulteriore rispetto a quello della strumentalità o se, invece, si tratti di una ulteriore caratterizzazione, probabilmente ultronea, dello stesso criterio della strumentalità".

Sul fronte dei beni immateriali, risulta altresì critica la sostanziale "imposizione" a carico del concessionario subentrante di una "remunerazione" di beni genericamente "funzionali all'acquisto di servizi strumentali all'accrescimento di valore commerciale dell'area affidata in concessione e comechessia effettuati negli ultimi cinque anni". Infatti, è obiettivamente impossibile comprendere quali beni rientrino all'interno di questa categoria e concorrano a determinare le voci della "remunerazione", così come di difficile apprezzamento risulta l'esatto apprezzamento delle ragioni a fondamento della "remunerazione", che, si legge "pare connotarsi in senso funzionale, trattandosi, almeno per quanto desumibile dal *nomen* utilizzato dal legislatore, di una componente dell'unitario "indennizzo" chiamata a "remunerare" la mancata disponibilità di una somma di denaro utilizzata per realizzare gli investimenti (….) ad indurre l'autorità titolare del potere regolamentare, ravvisata la necessità di tradurre operativamente le vaghe indicazioni rinvenibili nella norma primaria, ad ancorare l'equa remunerazione ai beni *immateriali*, laddove l'indennizzo riguarda essenzialmente opere, beni e investimenti *materiali* (amovibili o meno)".

Non si comprende se tra questi beni siano da ricomprendervi alcuni "valori" qualificanti l'attività del concessionario uscente, come ad esempio l'avviamento che, pur non rappresentando uno specifico investimento, costituisce, in effetti, un bene immateriale.

Vi è poi il problema dei beni "amovibili" i quali, di proprietà del concessionario uscente, pur potendo restare nella sua disponibilità ed essere, così, agevolmente

adempimento, nei termini previsti dall'articolo 4, comma 9 della legge n. 118 del 2022, della relativa obbligazione."

ISSN 2036-7821

rimossi dall'area interessata dalla concessione, rientrano inspiegabilmente trai beni il cui valore, in base all'attuale schema di decreto, concorre ai fini della quantificazione degli indennizzi dovuti dal concessionario subentrante all'uscente.
Osserva il Consiglio di Stato, tali beni, al più, possono divenire oggetto di negoziazione tra le parti.
È evidente, anche in questo caso, quindi, il rischio che il subentrante si trovi costretto ad accollarsi opere che potrebbero o essere rimosse o acquistate dal concessionario subentrante secondo le normali dinamiche contrattuali da ciò derivando un'indebita imposizione che potrebbe difatto non corrispondere alle intenzioni imprenditoriali del nuovo concessionario.
Insomma, tali beni potrebbero, in astratto, dover essere acquistati dal nuovo operatore che poi, però, dovrebbe disfarsene in quanto non utili alle sue idee di *business*.
Affianco alle opere "amovibili", compaiono poi le "non amovibili" (come ponti, ristoranti, strutture permanenti, edifici, scogliere) e quelle "difficilmente amovibili". Queste ultime accedono ad un concetto particolarmente ampio, ed elastico, quindi "indefinito" evidenziando una forte criticità della formulazione di legge compiuta dal Ministero.
Ancora, tra le voci di indennizzo compaiono anche quelle relative alle spese correlate a "eventi calamitosi" e "sopravvenuti obblighi di legge". Entrambi tali oneri però, oltre a non essere dettagliatamente specificati, non vengono meglio indagati dal legislatore ed in particolare, non viene precisato cosa accade se tali spese siano state sostenute soltanto in occasione di eventi calamitosi ma sarebbero comunque rientrate nelle scelte imprenditoriali del concessionario uscente.
Per le spese genericamente correlate a "sopravvenuti obblighi di legge", poi, non viene operata alcuna distinzione tra quelle relative ai beni inamovibili – un vero e proprio costo imposto – e quelle relative a beni amovibili – per i quali, come giustamente osservato dal Consiglio di Stato, è irragionevole ritenere che il concessionario uscente debba essere ristorato in quanto rientranti negli ordinari e normali obblighi a cui qualsiasi imprenditore operante nel settore è tenuto per svolgere l'attività e, quindi, a pieno titolo oggetto del "rischio di impresa" assunto al momento iniziale dell'attività.
Da ultimo si consideri un macro-tema: quello relativo alle rivalutazioni dei valori di spesa sostenuti.
Sul punto, come già visto, l'art. 4, comma 11, rimanda espressamente al decreto l'aggiornamento "dell'entità degli importi unitari previsti dall'articolo 3, comma 1, lettera b), del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, nonché dei canoni per le concessioni lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive".
Lo schema di decreto individua nell'art. 11 della legge 21 novembre 2000, n. 342, i

ISSN 2036-7821

criteri per la rivalutazione, il quale comprende i beni materiali e immateriali e le partecipazioni costituenti immobilizzazioni, "risultanti dal bilancio relativo all'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2002". Il Consiglio di Stato, in questo caso, nonostante il tenore dell'art. 4 della legge118/2022, dubita della scelta di far confluire in una normativa di tipo "regolamentare" elementi di dirompente novità come il meccanismo di rivalutazione.

Il riferimento ai valori correnti e alle quotazioni nei mercati regolamentati italiani o esteri non pare, per il Consiglio di Stato, coerente, con la circostanza che i beni sono classificati come "immobilizzazioni materiali (e non finanziarie) *lato sensu* pertinenti alla concessione".

Un aspetto che potrebbe apparire meramente "procedurale", ma che invece sottintende una non lieve disattenzione del Legislatore nei confronti delle problematiche che da tempo hanno ostacolato la compatibilità della normativa nazionale con quella comunitaria, si rinviene nella carente analisi dell'impatto che la novella sarebbe in grado di produrre[86].

In particolare, osserva il Consiglio di Stato, l'indennizzo, per quanto "equo", costituisce un costo aggiuntivo che potrebbe, quando non adeguatamente calibrato e rigorosamente circoscritto, "scoraggiare nuovi entranti, soprattutto se meno capitalizzati o con meno accesso al credito". Per tale ragione, il Ministero avrebbe dovuto meglio spiegare perché mai la previsione di un tale indennizzo non produca "effetti negativi o distorsivi sul corretto funzionamento concorrenziale del libero mercato", come genericamente affermato nell'analisi di impatto[87].

Lo schema di decreto è attualmente al centro delle discussioni che vede coinvolti non solo il Governo, il Parlamento, le autorità competenti, gli enti interessati, gli *stakeholder* e il Consiglio di Stato, ma anche la Commissione Europea, per evitare che le nuove mosse risultino, ancora una volta, frutto di scelte arbitrarie e in difformità con il quadro normativo nazionale e comunitario.

Infatti, lo scorso 17 luglio 2025, come si legge dalle prime indiscrezioni[88] la Commissione Europa ha trasmesso al Governo italiano una lettera con cui pur manifestandosi aperta a trovare una "soluzione costruttiva", ha denunciato espressamente, le scelte del Legislatore di introdurre nuove proroghe e compensazioni a favore del gestore uscente.

Non pretendendo di svolgere ulteriori e più approfonditi commenti dello schema di decreto (che altrimenti risulterebbero affrettati in attesa della sua definitiva

[86] Queste considerazioni valgono anche per gli effetti sulle PMI.

[87] Una puntuale analisi di impatto, spiega il Consiglio di Stato, avrebbe dovuto approfondire gli effetti dell'indennizzo per i nuovi operatori.

[88] Per i primi commenti della stampa nazionale si veda *Balneari: Ue, lettera all'Italia per «soluzione costruttiva»* in *Il Sole 24 Ore*, 22 luglio 2025; C. VENUTO, *Stessa spiaggia stesso male. L'Ue contro l'Italia sugli indennizzi ai balneari, il sindacato "sconcertato"* in Huffpost, 22 luglio 2025; S. Zurlo, *Balneari, la Ue boccia il piano dell'Italia* in *IlGiornale*, 22 luglio 2025.

approvazione)[89], l'ultimo atto del Ministero delle infrastrutture tenta di rispondere ad ogni buon conto– finalmente –all'incerto ed oscuro scenario nel quale si sarebbe venuto a trovare il concessionario uscente che, è ben vero non può vantare alcun diritto su un'area che, di fatto, non gli appartiene, ma è anche certamente vero non può essere "abbandonato" alle sorti di una procedura di gara conclusasi in senso favorevole ad altro operatore, dopo essere stata dallo stesso gestita a lungo tempo.
La normativa, ferme restando le indiscutibili criticità evidenziate, si propone di non concedere un beneficio automatico in favore del concessionario uscente, come tale contrastante con il diritto comunitario e con i primari principii di concorrenza, essendo, l'indennizzo, dovuto solo entro quanto necessario ad assicurare un' "equa remunerazione" e previa un' "accurata perizia", onde evitare ogni, seppur remota, preferenza a favore dello stesso operatore uscente.
La conclusione trovata sembrerebbe coordinarsi anche con le statuizioni dell'Adunanza Plenaria del 2021 la quale, nell'enunciare le linee direttrici cui si sarebbe dovuto attenere il processo di riforma legislativa del settore, aveva individuato la necessità di individuare un congruo indennizzo per il concessionario uscente[90]. C'è, come anche già accennato[91], chi dubita della compatibilità della previsione di un obbligo di tale natura in capo al concessionario subentrante con il diritto comunitario, stante la potenziale preferenza dell'operatore uscente in spregio dei primari principii di concorrenza e massima apertura al mercato[92].

---

[89] Per un primo commento si veda G. PETILLO, U. SERGEEVNA PAVLYCHEVA, *Concessioni Balneari: il Decreto indennizzi tra valore reale e valore generato* in *NT+Diritto, Il Sole 24 Ore*, 22 luglio 2025.

[90] Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, n. 17. In particolare, si veda il capo 49 secondo cui "L'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi.".

[91] G. MARCHEGIANI, *Le vicissitudini delle concessioni balneari e la precarietà della loro situazione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2024, n. 1, p. 5; cfr. E. AMANTE, *L'atto amministrativo contrastante con il diritto europeo tra nullità, annullabilità e disapplicazione e altre questioni in materia di concessioni demaniali ad uso turistico ricreativo* in *Urbanistica e Appalti*, 2025, n. 3, p. 365, secondo cui "La previsione di eccessivi oneri economici a carico del subentrante può, nei fatti, ostacolare l'ingresso nel mercato di settore, esponendosi a dubbi di compatibilità con i principi europei che - come visto - impongono l'apertura al mercato del settore. Infine, la disciplina dell'indennizzo contenuta nella legge del 2022 non appare coordinata con la previsione dell'incameramento gratuito allo Stato delle opere di difficile rimozione (art. 49 c. nav.), per le quali - se *ab origine* destinate alla cessione allo Stato - appare contraddittorio riconoscere in favore del concessionario uscente un indennizzo. Sul punto, anche al fine di accertare la compatibilità con i principi unionali della nuova disciplina - non resta che attendere l'approvazione definitiva del decreto ministeriale attuativo e delle prime pronunce giurisprudenziali"

[92] M. R. CALDERARO, *Demanio e patrimonio dello Stato e degli enti pubblici - Concessioni demaniali marittime e diritto europeo della concorrenza*, *op. cit.*, p. 1366, secondo cui "Rimane però un dubbio di fondo: è compatibile con la disciplina dell'Unione europea prevedere che il concessionario subentrante debba farsi carico di questo costo d'uscita? Non è una distorsione del mercato, di cui al limite dovrebbe farsi carico lo Stato per essere rimasto inadempiente dinnanzi ai propri obblighi sovranazionali?", cfr. R. CARANTA, *Es gibt noch Richter in Berlin! Stop alle proroghe delle concessioni balneari*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2022, p. 1209, che evidenzia come l'Adunanza Plenaria abbia fornito altresì indicazioni sui criteri di selezione, che dovrebbero essere equi e non discriminatori, valorizzando la capacità professionale che, nel rispetto della libera concorrenza, include anche l'esperienza di chi ha già esercitato l'attività, senza creare però rendite di posizione.

In ogni caso, non può che apprezzarsi lo sforzo del Legislatore che ha tentato, si crede, di individuare criteri di determinazione dell'indennizzo in favore del concessionario uscente, quanto più preordinati ad assicurare "congruità"[93].
In dottrina, non mancano, tuttavia, alcuni spunti critici sui criteri offerti dal Legislatore che, certamente, rimangono comunque ancora "vaghi", non lo si può chiaramente negare, soprattutto in attesa dell'approvazione del testo definitivo del decreto ministeriale[94].
Né si può certo affermare che lo schema predisposto dal Ministero delle infrastrutture possa ritenersi oggi condivisibile o accettabile, in considerazione delle moltissime criticità che il Consiglio di Stato e la Commissione europea hanno correttamente evidenziato e che ad oggi, a parere di chi scrive, appaiono evidentemente insuperabili se non prontamente modificate.
Sul fronte dell'operatore uscente, l'unica via apprestata in suo favore, qualora non vedesse aggiudicata la concessione, è quella di contestare la determinazione dell'indennizzo, allorquando ritenuta inidonea.
È allora questa la sede per occuparsi, da ultimo, seppure rapidamente, della giurisdizione del giudice su tale contenzioso, un profilo tutt'altro che pacifico.
Come ampiamente chiarito dalla recente giurisprudenza in merito, spetta al giudice ordinario la cognizione relativa al provvedimento con il quale venga chiesto il pagamento dell'indennizzo, stante la natura privatistica del rapporto dedotto in giudizio che non coinvolge la verifica dell'azione autoritativa dell'amministrazione sul rapporto concessorio sottostante o l'esercizio di poteri discrezionali nella determinazione delle indennità o canoni stessi[95].
Più in generale, si osserva che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie con un contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere di intervento della Pubblica Amministrazione a tutela di interessi generali; "quando, invece, la controversia coinvolga la verifica dell'azione autoritativa della Pubblica Amministrazione sul rapporto concessorio sottostante, o quando investa l'esercizio di poteri discrezionali valutativi nella determinazione del canone, e non semplicemente di accertamento tecnico dei presupposti fattuali economico-aziendali (sia nell'*an* che nel *quantum*), la stessa è attratta nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo"[96].

---

[93] In dottrina si era osservata la necessità di prevedere un meccanismo autonomo, differente rispetto a quello previsto dal Codice dei contratti pubblici che tenesse conto delle peculiarità del settore e valutasse adeguatamente il valore residuo dell'investimento non ammortizzato, così come ha fatto il Legislatore nella legge 118/2022, M. SANTINI, *Save the date dalla Plenaria per le gare balneari: prime note (su tasti bianchi),* in *Urbanistica e Appalti*, 2022, n. 1, p. 53.

[94] In questo senso M. R. CALDERARO, *Demanio e patrimonio dello Stato e degli enti pubblici - Concessioni demaniali marittime e diritto europeo della concorrenza*, *op. cit*., p. 1366.

[95] Consiglio di Stato, Sez. VII, 24 luglio 2024, n. 6687; cfr. Corte di Cassazione., sez. un., 15 maggio 2017, n. 11988.

[96] In questi termini T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V *ter*, 6 giugno 2024, n. 11568; cfr. Consiglio di Stato, Sez. VII, 11 gennaio 2023, n. 375; Corte di Cassazione, sez, un., 17 dicembre 2020, n. 28973.

VII Conclusioni. Una partita chiusa definitivamente o uno "scontro" aperto?

I recenti interventi legislativi, il consolidato e rigoroso orientamento giurisprudenziale, ormai granitico, e i primi casi pratici di cui si ha evidenza, suggeriscono, forse, che la partita sembrerebbe (finalmente) chiusa.

La vicenda delle concessioni balneari si presenta, comunque, sotto più punti di vista come emblematica.

Come osservato, infatti, questa (infelice) esperienza testimonia una tendenza, nel nostro ordinamento, ad "amministrare con legge", dal momento che il Parlamento ed il Governo hanno più volte prorogato *ex lege* i rapporti concessori in essere, intervenendo con una fonte eteronoma a regolare una pattuizione sostanzialmente contrattuale[97].

Trattasi di un'ondivaga e controversa evoluzione normativa, caratterizzata da "un'alternanza di situazioni di placida calma seguite da periodi di allarmata tensione, che in breve tempo si riducono ad un nuovo periodo di serena calma", secondo la definizione offerta dalla dottrina con il riferimento alla cd. sindrome di Loch Ness[98]. Rimangono molti, troppi, nodi da sciogliere.

Forti dubbi, infatti, permangono sulla natura dell'indennizzo e sulla sua determinazione, oltre che, naturalmente, sulle ragioni di addossare un tale obbligo di corresponsione in capo al concessionario subentrante. Molte le perplessità anche in relazione alla tenuta di una normativa che, lungi dal definire un quadro omogeneo ed uniforme in tutto il territorio nazionale, introduce, difatto, una nuova proroga.

Una normativa, insomma, che si appresta ad essere nuovamente oggetto di pronunciamento da parte del giudice comunitario[99].

---

[97] Così M. MACCHIA, *Le concessioni balneari e il pragmatismo concettuale* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2025, n. 1, p. 5. L'autore evidenzia come tale travagliato *excursus* normativo rifletta da una parte, una "rappresentazione plastica della difficoltà di recepire nell'ordinamento nazionale alcune regole europee, che più di altre si scontrano con costumi tipici di questo sistema giuridico" e dell'altra rappresenti "prova - in una prospettiva di realismo giuridico - che per essere utile un'investigazione giuridica deve vertere non sui "concetti" giuridici, ma sull'applicazione giudiziale del diritto. Secondo un'ottica empirica - per cui l'unica forma di conoscenza autenticamente scientifica del diritto è la conoscenza fondata sui dati desumibili dall'osservazione di settori dell'esperienza giuridica - le concessioni balneari sono concessioni di beni pubblici e non di servizi, eppure sono assoggettate alla direttiva relativa ai servizi."

[98] G. MARCHEGIANI, "*Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di Loch Ness*", in *www.giustamm.it*, 2015, n. 10.

[99] C. VOLPE, *Le concessioni demaniali marittime: una fine o un inizio? Correzioni di rotta e nuovi approdi*, tratto dal sito *giustiziamministrativa.it*, sezione dottrina, 2022, secondo cui "Ora tutto si sposta sui contenuti della l. n. 118/2022 e sulla sua attuazione, visto che molti dei criteri di delega sono clausole in bianco, che vanno riempite anche in funzione di bilanciamento equilibrato dei vari interessi in gioco. Ad esempio, i criteri sulla determinazione dell'indennizzo a carico del nuovo concessionario da corrispondere a quello uscente potranno incidere notevolmente sulla partecipazione alle gare, limitandola o ampliandola. Il rischio è che la nuova normativa, di cui agli emanandi decreti legislativi, non risolva i problemi con una effettiva apertura del mercato, salvaguardando eccessivamente posizioni di vantaggio precostituite, andando così di nuovo in contrasto col diritto europeo e, in particolare, con i principi inerenti la tutela della concorrenza. E quindi si possa aprire una

L'unica soluzione resta ancora quella di apportare una sostanziale modifica alla disciplina in parola, attraverso una "legge-quadro" che, superando in via definitiva le attuali incertezze normative possa ridare slancio all'economia e al turismo nazionale[100], evitando che sia ancora una volta il giudice a "raddrizzare" le tendenze del Legislatore[101], troppo spesso approssimative.

Nel frattempo, in alcune zone d'Italia prosegue spedita la mappatura delle spiagge e l'indizione delle gare.

Tuttavia, dai dati di FederTerziario, soltanto ventisei comuni italiani hanno avviato le gare per l'affidamento delle aree demaniali marittime con finalità turistico ricreative[102]. Gare, purtroppo, non sempre prive di ostacoli.

Dopo anni e anni di attese, infatti, le amministrazioni non hanno certo dimostrato prontezza del recepire gli indirizzi normativi stabiliti anche in via giurisprudenziale dal giudice nazionale e comunitario.

Lo dimostrano, tra i diversi esempi, il recente annullamento disposto dal T.A.R. Lecce dei bandi di gara per l'affidamento delle concessioni demaniali sulla costa tarantina da parte del Comune di Ginosa[103].

Il T.A.R., in particolare, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dell'operato del Comune - che, a seguito dell'annullamento delle proroghe per opera della pronuncia del Consiglio di Stato n. 4480/2024, aveva provveduto ad avviare le gare per l'assegnazione delle concessioni demaniali marittime – ha affermato la necessità che tutte le procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di un'area demaniale marittima, siano precedute dall'approvazione di un preliminare atto fondamentale, quale il Piano Comunale delle Coste.

Non è quindi ammissibile che l'amministrazione provveda all'aggiudicazione di una concessione demaniale marittima, in mancanza di un "PCC" e – nella fattispecie sottoposta al giudizio del T.A.R. – "avvalendosi esclusivamente degli elaborati progettuali predisposti in autonomia dall'Ufficio tecnico comunale e quindi approvati dalla Giunta comunale (con le deliberazioni n. 197 e 198 del 2024), senza il coinvolgimento della Giunta regionale e del Consiglio Comunale".

Su tali premesse, il T.A.R. coglie l'occasione per affermare un principio generale cruciale: se da una parte è indiscutibile l'obbligo di procedere all'affidamento delle concessioni demaniali marittime tramite una procedura ad evidenza pubblica che sia

---

nuova fase di sindacato della conformità della nuova disciplina al diritto europeo o anche alla Costituzione, ad esempio in tema di riparto di competenze legislative tra Stato e regioni."

[100] A. MARTINO, *Le concessioni balneari: tra (in)certezza del diritto e arte del procrastinare*, in *Urbanistica e Appalti*, 2024, n. 4, p. 441.

[101] Riecheggia il pensiero di un autore quando sosteneva che "la nostra non è più l'epoca della *legislatio*; l'era post-industriale, nella quale ormai viviamo, è sulla scena del diritto l'era della *iurisdictio*", *v.* F. GALGANO, *Trattato di diritto civile Vol. I*, Padova, 2010. V. prefazione alla prima edizione.

[102] Informazioni al 18 luglio 2025, consultabili su *www.federterziario.it*, "Concessioni balneari, solo 26 Comuni hanno avviato le gare: la riforma è ancora al palo".

[103] Sent. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 12 luglio 2025, n. 1214.

conforme ai principii comunitari di concorrenza e libero accesso al mercato, dall'altra parte, non è consentito "avallare soluzioni gestionali improvvisate".
Insomma, è corretto (*rectius* doveroso) bandire le gare, ma occorre farlo in modo consapevole e, soprattutto, nel rispetto degli obblighi di pianificazione stabiliti dal legislatore regionale[104].
La decisione assume una valenza decisiva per molteplici aspetti che non possono essere ignorati.
Anzitutto, si evidenzia un altro onere in capo alle amministrazioni, chiamate non solo (e semplicemente) all'indizione di procedure di gara in tempi ristretti, ma anche all'approvazione di un piano comunale delle coste, atto preliminare imprescindibile per la legittimità di una procedura.
In secondo luogo, la sentenza manifesta la forte precarietà di un quadro normativo nel quale manca una disciplina unitaria, comune e condivisa per l'affidamento delle concessioni che indirizzi le amministrazioni comunali per il corretto esercizio degli adempimenti richiesti[105].
Una revisione e un riordino della normativa che si attende da quasi quindici anni, dal Decreto-legge 15 dicembre 2011, n. 217.
Non è quindi remota la possibilità che il giudice torni a pronunciarsi sulla legittimità delle procedure che saranno seguite dagli enti comunali, con l'inevitabile conseguenza che, ancora una volta, sarà l'intervento dell'autorità giudiziaria ad "indirizzare" l'azione amministrativa locale, piuttosto che il Legislatore nazionale.
Ancora una volta, un indebito ed inauspicabile, ma purtroppo necessario, intervento del giudice amministrativo, oggi non più limitato ad una mera disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario ma proteso verso il pronunciamento di sentenze che "guidino" l'agire dell'amministrazione di modo che – in attesa di una riforma compiuta di settore - risulti conforme al quadro normativo ed ai primari principii concorrenziali.

---

[104] Sent. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 12 luglio 2025, n. 1214 cit., capo 10.3: "Invero, l'obbligo di procedere senza ulteriore indugio alla indizione delle gare pubbliche per l'assegnazione delle concessioni demaniali marittime è evidentemente fuori discussione, trattandosi di un postulato definitivamente acquisito, in forza delle inequivoche statuizioni contenute nel diritto unionale, a cui ha inteso prestare attuazione la predetta sentenza del Consiglio di Stato. Ciò però non può consentire di avallare soluzioni gestionali improvvisate, in quanto scollegate dal doveroso esercizio degli obblighi di pianificazione stabiliti dal Legislatore regionale. Non vi è dubbio che l'*an* della gara sia ineludibile; e però è parimenti indubbio che la gara non sia il fine ultimo, ma il mezzo per raggiungere il risultato della assegnazione delle concessioni demaniali marittime nel rispetto delle norme primarie di riferimento e degli strumenti della pianificazione comunale."

[105] Sul punto, le parole del sindaco del Comune di Ginosa sono emblematiche. Il sindaco, commentando la pronuncia del T.A.R. Lecce, ha evidenziato: "Come Comune di Ginosa, ci troviamo di fronte a una situazione che conferma, ancora una volta, l'assenza di una norma chiara e definitiva a livello nazionale, capace di creare equilibrio tra diritto europeo, tutela della concorrenza e continuità economica per le attività che da anni operano sul nostro litorale" su *www.tarantotoday.it*. Peraltro, è stato sottolineato che la Regione Puglia con sua stessa nota ha ritenuto assolutamente legittimo per i Comuni avviare le gare anche in assenza di un PCC approvato, purché nel rispetto delle Norme Tecniche di Attuazione del Piano Regionale delle Coste.

ISSN 2036-7821

Un approccio certamente criticabile, in quanto rientrante in un'attività, per così dire, "para-normativa"[106], in quanto tale, estranea ai poteri del giudice amministrativo, in ossequio al principio di separazione dei poteri dello Stato.

L'ultimo passaggio di questa "saga" vede, come si è già anticipato, secondo le prime informazioni, la Commissione Europea trasmettere il 17 luglio 2025 una lettera al Governo italiano con cui manifesta l'apertura a trovare una "soluzione costruttiva", denunciando, però, le scelte del Legislatore di introdurre nuove proroghe e compensazioni a favore del gestore uscente[107].

In particolare, sembrerebbe che gli indennizzi previsti dal decreto ministeriale in discussione, per la Commissione Europea sarebbero finalizzati a compensare il concessionario uscente per il valore aziendale e/o di mercato dell'impresa balneare, "contrariamente alle chiare indicazioni già fornite da questi servizi in merito alla necessità di escludere dalla compensazione il valore aziendale di cui era titolare il precedente concessionario"[108] "Qualsiasi obbligo imposto al nuovo concessionario in merito al versamento di una compensazione all'operatore uscente - scrive la Commissione - non deve essere tale da creare oneri indebiti che scoraggino, *de jure* o *de facto*, nuovi operatori dal partecipare alle procedure di selezione e segnatamente che le disposizioni in materia di compensazione debbano rimanere limitate ai soli investimenti non ammortizzati e non essere dissuasive o comportare una sovra compensazione"[109].

Per il presidente del Sindacato Balneari, "le contestazioni mosse dalla Commissione sono contraddittorie, infondate e per certi aspetti persino sconcertanti. Contraddittorie perché la Commissione rivendica un accordo con l'attuale governo che ha portato al varo della legge 131/2024 (il decreto Salva-infrazioni). Orbene, o il decreto ministeriale è conforme alla legge, e quindi la Commissione ha concordato una norma che adesso disconosce; oppure è difforme, per cui il decreto ministeriale sarebbe del tutto illegittimo e inapplicabile, e la Commissione europea non ha nulla da temere dal suo varo. Le contestazioni sono comunque immotivate, perché lo schema di decreto ministeriale è perfettamente conforme alla legge 131/2024, la quale, infatti, non prevede le limitazioni che la Commissione invoca nella

[106] Si è iniziato a parlare di attività paranormativa già a partire dalle decisioni dell'Adunanza Plenaria del 2021, *cfr ex multis* in dottrina M. ESPOSITO, *L'intervento paranormativo dell'Adunanza plenaria sulle concessioni demaniali*, in *Diritto Amministrativo – Concessioni demaniali, Giurisprudenza Italiana*, 2022, p. 1210 ss.

[107] Per i primi commenti della stampa nazionale si veda *Balneari: Ue, lettera all'Italia per «soluzione costruttiva»* in *Il Sole 24 Ore*, 22 luglio 2025; C. VENUTO, *Stessa spiaggia stesso male. L'Ue contro l'Italia sugli indennizzi ai balneari, il sindacato "sconcertato"* in *Huffpost*, 22 luglio 2025; S. ZURLO, *Balneari, la Ue boccia il piano dell'Italia* in *IlGiornale*, 22 luglio 2025.

[108] Così sembrerebbe recitare la lettera inviata dalla Commissione, nello stralcio pubblicato su *Mondobalneare.com* in *"Balneari, Commissione Ue respinge decreto indennizzi"*, 23 luglio 2025 e su *IlGiornale* nell'articolo citato.

[109] Stralcio della lettera inviata dalla Commissione, presente nell'articolo di S. ZURLO, *Balneari, la Ue boccia il piano dell'Italia* in *IlGiornale*, 22 luglio 2025.

ISSN 2036-7821

determinazione dell'indennizzo"[110].

La prossima mossa è del Governo italiano. Certo, i presupposti non sono dei migliori: il Ministro delle infrastrutture ha espresso parole durissime, affermando l'intenzione di "non arretrare" davanti alle posizioni della Commissione europea[111].

Insomma, il vento non sembra cambiato e le intenzioni di riforma del sistema italiano sembrerebbero essersi arenate ancora una volta sulla stessa "spiaggia", nonostante siano anni che le più importanti autorità giudiziarie nazionali e comunitarie hanno manifestato l'evidente incompatibilità del quadro normativo nazionale.

Si rischia, laddove non dovesse arrivare all'auspicata "soluzione costruttiva", non solo una procedura sanzionatoria ma una vera e propria "deriva" verso uno scontro politico con l'Unione Europea. Una collisione ignobile se si considera il ruolo che l'Italia e i suoi più autorevoli studiosi e rappresentanti, ha fornito per la realizzazione della Comunità e la più ampia promozione dei suoi valori.

[110] *Ibidem*.

[111] *Balneari, Salvini: "Non arretreremo". Ma il Consiglio di Stato boccia gli indennizzi*, su *MondoBalneare*, 26 luglio 2025.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La tutela delle situazioni soggettive nei confronti delle attività amministrative che usufruiscono degli algoritmi informatici

di **Mario Paladino**

(Dottore di ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali presso l'Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*)

Sommario

1. Premessa. – 2. La tutela delle situazioni giuridiche soggettive di fronte alle attività esercizio di potere amministrativo. – 3. La tutela delle situazioni giuridiche soggettive di fronte alle attività amministrative di erogazione di prestazioni. – 4. L'avvento degli algoritmi informatici. – 5. Come cambia la tutela nell'attività esercizio di potere. – 6. Come cambia la tutela nei confronti di attività di erogazione di prestazioni. – 7. Osservazioni conclusive: problemi sul tappeto e plausibili prospettive di risoluzione.

Abstract

This brief study aims to clarify whether the protection of subjective legal situations arising from administrative activities changes when the Public Administration (hereinafter PA) uses artificial intelligence (hereinafter AI) tools.

We will begin with a brief description of the "traditional" protection configuration in question, examining separately the cases of the exercise of power and the provision of services. After briefly illustrating the reasons why computer algorithms are relevant to administrative law, we will attempt to clarify whether their use determines, or not, variations in the mechanism for attributing decisions or services.

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

1. Premessa.

Il presente breve studio mira a chiarire se la configurazione della tutela delle situazioni giuridiche soggettive sussistenti di fronte alle attività amministrative muti, o meno, qualora la Pubblica amministrazione (d'ora innanzi P.A.) faccia ricorso a strumenti di intelligenza artificiale (d'ora innanzi IA)[1].

Si prenderanno le mosse da una succinta descrizione della configurazione 'tradizionale' della tutela in parola, esaminando separatamente il caso dell'attività esercizio di potere e quello dell'attività di erogazione di prestazioni; a seguire, dopo aver illustrato sinteticamente le ragioni per le quali gli algoritmi informatici assumono rilevanza per il diritto amministrativo, si proverà a chiarire se l'impiego di essi determini, o meno, variazioni nel meccanismo di imputazione della decisione o della prestazione.

2. ***La tutela delle situazioni giuridiche soggettive di fronte alle attività esercizio di potere amministrativo***

Com'è noto, il destinatario dell'esercizio di potere amministrativo è titolare di un interesse legittimo. La tutela di questo – anche ciò è risaputo – è tradizionalmente 'caducatoria': ove si ritenga di aver subito una lesione della posizione in parola da parte di un atto amministrativo, lo si può impugnare dinanzi al Giudice amministrativo (d'ora innanzi G.A.) per ottenerne l'annullamento.

È altresì noto, tuttavia, che, negli ultimi anni, i poteri del G.A. sono stati estesi: oggi egli può non solo annullare l'atto impugnato, ma anche condannare la P.A. al risarcimento dei danni.

Occorre riflettere, pertanto, sulla responsabilità civile della P.A. Sembra opportuno

[1] Il tema, lambito in diversi studi aventi ad oggetto l'utilizzo degli algoritmi informatici nell'attività amministrativa, non è stato affrontato *ex professo* da un numero elevato di Autori. Fra i contributi più rilevanti, si v.: M.C. CAVALLARO, *Amministrazione pubblica e sistemi di intelligenza artificiale: alcune riflessioni*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, fasc. 4, pp. 955 ss.; M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, 2019, fasc. 16; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, fasc. 2, pp. 305 ss.; A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023; P. FORTE, *Diritto amministrativo e* data Science. *Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, fasc. 1, pp. 247 ss.; 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*, 2019, fasc. 3; G. LA ROSA, *La prestazione sanitaria automatizzata, tra (nuovi) compiti e (vecchie) responsabilità*, in *Amministrativ@mente*, 2024, fasc. 3, pp. 959 ss.; L.M. LUCARELLI TONINI, *L'"IA" tra trasparenza e nuovi profili di responsabilità: la nuova proposta di "AI liability directive"*, in *Dir. inf.*, 2023, fasc. 2, pp. 327 ss.; D. MARONGIU, *Algoritmo e procedimento amministrativo: una ricostruzione*, in *Giur. it.*, 2022, fasc. 6, pp. 1515 ss.; V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in *Urb. app.*, 2021, fasc. 5, pp. 581 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. Sconcerto e stilemi. (Sul controllo giudiziario delle "decisioni algoritmiche")*, in *Dir. amm.*, 2021, fasc. 4, pp. 813 ss.; J. PONCE SOLÉ, *Il Regolamento dell'Unione Europea sull'intelligenza artificiale, la discrezionalità amministrativa e la riserva di umanità*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 2024, fasc. 3, pp. 825 ss.; L. TORCHIA, *Lo stato digitale. Una introduzione*, il Mulino, Bologna, 2025; S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?*, in *MediaLaws*, 2020, fasc. 2, pp. 136 ss.; V. VISONE, *Contributo allo studio della dimensione algoritmica della funzione amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.

ISSN 2036-7821

rammentare che, secondo la più diffusa interpretazione dell'art. 28 Cost., l'autorità amministrativa è direttamente responsabile per tutti gli atti e i fatti, che abbiano provocato a terzi un danno ingiusto, compiuti dalle persone fisiche che operano per essa. In ordine ai danni arrecati ai terzi, dunque, la P.A. e i suoi agenti sono responsabili in maniera *diretta* e *solidale*[2].

In passato, e per lungo tempo, la giurisprudenza ha ritenuto che solo la lesione di un diritto soggettivo potesse originare un danno ingiusto. Alla luce di ciò, mentre, per un verso, tendeva a reputare risarcibile il danno da lesione di interesse legittimo 'oppositivo', sostenendo che, in tale ipotesi, il ristoro riguardava comunque un diritto soggettivo (il provvedimento privando illegittimamente il titolare di un bene della vita rientrante nella sua sfera giuridica); per altro verso, escludeva la risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo 'pretensivo'[3].

Tale orientamento viene superato con la sentenza delle SS.UU. della Corte di cassazione n. 500/1999, nella quale si afferma che «ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto», un danno ingiusto potendo essere determinato dalla lesione di un qualsiasi «interesse giuridicamente rilevante». Da tale considerazione il giudice nomofilattico ricava che «risulta superata in radice, per il venir meno del suo presupposto formale, la tesi che nega la risarcibilità degli interessi legittimi quale corollario della tradizionale lettura dell'art. 2043 c.c.»[4].

Ciò non significa – precisa la Suprema Corte – che il danno da lesione di interesse legittimo sia risarcibile sempre e comunque. Lo è «soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento». E così, per quanto riguarda gli interessi 'oppositivi', «potrà ravvisarsi danno ingiusto nel sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio conseguente all'illegittimo esercizio del potere»; per quanto concerne, invece, gli interessi 'pretensivi', il giudice dovrà effettuare un «giudizio prognostico», al fine di «stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta»[5].

A tal proposito, il Consiglio di Stato ha in seguito puntualizzato che, «ove non sia

[2] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 158-165.

[3] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Approfondimenti di diritto amministrativo per il corso specialistico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 314 ss.

[4] Cass. civ., SS.UU., 22/7/1999, n. 500, in *www.dejure.it*.

[5] Cass. civ., SS.UU., 22/7/1999, n. 500 cit.

ISSN 2036-7821

possibile accertare con certezza la spettanza in capo al ricorrente del bene della vita ambito, il danno patrimoniale potrebbe, comunque, liquidarsi ricorrendo alla tecnica risarcitoria della *chance*, previo accertamento di una "*probabilità seria e concreta*" o anche "*elevata probabilità*" di conseguire il bene della vita sperato, atteso che un livello inferiore, coincidente con "*mera possibilità*", configura soltanto un ipotetico danno non meritevole di reintegrazione poiché in pratica nemmeno distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto»[6].

Quanto alla natura della responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi, fino a non molti anni fa la giurisprudenza era ondivaga. L'Adunanza Plenaria n. 7/2021 ha chiarito che si tratta di responsabilità extracontrattuale, e che essa può configurarsi, pertanto, solo se sia stato leso un bene della vita[7]. Il Supremo collegio amministrativo ha altresì evidenziato che «il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c., provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda»[8]: la illegittimità della condotta della P.A.; la sussistenza di un danno ingiusto, «con la necessità, a tale ultimo riguardo, di distinguere l'evento dannoso (o c.d. "*danno-evento*") derivante dalla condotta, che coincide con la lesione o compromissione di un interesse qualificato e differenziato, meritevole di tutela nella vita di relazione, e il conseguente pregiudizio patrimoniale o non patrimoniale scaturitone (c.d. "*danno-conseguenza*"), suscettibile di riparazione in via risarcitoria»; il nesso di causalità fra la condotta della P.A. e il danno; la colpa della P.A.[9].

Quest'ultima deve essere individuata «nella violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione», la quale è da ritenersi sussistente nel caso in cui si rilevino «negligenza, omissioni o errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili, in ragione dell'interesse protetto di colui che ha un contatto qualificato con la P.A. stessa»[10].

Di conseguenza, «la responsabilità deve essere negata quando l'indagine conduce al riconoscimento dell'errore scusabile per la sussistenza di contrasti giurisprudenziali, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto»[11]. Occorre considerare, inoltre, «il carattere più o meno vincolato (e, quindi, l'ambito più o meno ampio della discrezionalità) della statuizione amministrativa»[12].

Sono numerosi, invero, i casi in cui la discrezionalità risulta essere elemento preclusivo all'accoglimento della domanda risarcitoria. Il che rende evidente la problematicità del giudizio prognostico, questo essendo effettuato, di regola, proprio

[6] Così Cons. Stato, Sez. VII, 27/3/2023, n. 3094, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
[7] Si v. Cons. Stato, Ad. Plen., 23/4/2021, n. 7, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
[8] Cons. Stato, Sez. VII, 27/3/2023, n. 3094 cit.
[9] Si v. Cons. Stato, Sez. VII, 27/3/2023, n. 3094 cit.
[10] Così ancora Cons. Stato, Sez. VII, 27/3/2023, n. 3094 cit.
[11] Così sempre Cons. Stato, Sez. VII, 27/3/2023, n. 3094 cit.
[12] Cons. Stato, Sez. II, 7/1/2022, n. 106, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

in relazione ad un'attività amministrativa discrezionale[13].

3. *La tutela delle situazioni giuridiche soggettive di fronte alle attività amministrative di erogazione di prestazioni*

Riguardo ai servizi pubblici, la giurisprudenza ha affermato – com'è risaputo – che l'utente è titolare di un interesse legittimo nella fase di organizzazione, e di un diritto soggettivo in quella di erogazione del servizio. In dottrina si è osservato, peraltro, che, mentre è effettivamente possibile ottenere tutela rispetto ad una lesione del diritto soggettivo, far valere l'interesse legittimo è assai arduo: l'utente «dispone della possibilità di citare, anche individualmente, il gestore davanti al giudice ordinario per ottenere il risarcimento del danno. Gli è, però, sostanzialmente impossibile agire giuridicamente per ottenere che, attraverso la concorrenza, il servizio sia effettivamente reso in una migliore qualità ed a costi inferiori»[14].

Si ritiene, tradizionalmente, che il principio di immedesimazione organica trovi applicazione anche in ordine alle attività amministrative di erogazione di prestazioni. Il soggetto preposto allo svolgimento dell'attività e i suoi agenti, dunque, dovrebbero considerarsi responsabili in maniera diretta e solidale per i danni arrecati a terzi. Parte della dottrina, tuttavia, ha posto in discussione la tesi in parola, soprattutto sulla base dell'argomento che, rispetto alle attività in questione, la responsabilità del soggetto preposto all'erogazione del servizio è dalla legge configurata come contrattuale[15].

Il quadro, in verità, è assai frammentario. Per quanto riguarda, ad esempio, le prestazioni sanitarie, l'art. 7 della Legge 8 marzo 2017, n. 24, sancisce che la responsabilità della struttura è di tipo contrattuale, mentre quella dell'esercente la professione sanitaria è di natura extracontrattuale.

Del resto, già nel 1999 la Corte costituzionale avvertiva che «In presenza di un servizio organizzato e gestito in forma di impresa ed improntato a criteri di economicità, il rapporto con gli utenti assume carattere contrattuale e perde le connotazioni autoritative, venendo così progressivamente assimilato alla disciplina di diritto comune. Nella regolamentazione della responsabilità per il danno causato agli utenti per inadempimenti inerenti ai servizi erogati, viene meno il rilievo un tempo attribuito ai profili soggettivi, attinenti all'amministrazione, all'ente o alla società che li gestisce, mentre diventano decisivi i profili oggettivi, relativi alle caratteristiche proprie di ciascun servizio, che possono anche giustificare una disciplina speciale che, nel rispetto della ragionevolezza, limiti, senza escluderla del tutto, la responsabilità per l'esecuzione delle prestazioni contrattualmente dovute da

[13] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Approfondimenti di diritto amministrativo* cit., pp. 338 ss.

[14] Così G. CLEMENTE DI SAN LUCA, op. ult. cit., p. 305.

[15] Si v. M.C. CAVALLARO, *Amministrazione pubblica e sistemi di intelligenza artificiale: alcune riflessioni*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, fasc. 4, pp. 955 ss., 964-967.

ISSN 2036-7821

chi fornisce i servizi»[16].

4. *L'avvento degli algoritmi informatici*

Nella dottrina gius-amministrativistica[17], 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»[18].

Gli algoritmi sono usualmente classificati in *deterministici* e *non deterministici*. Si dice *deterministico* quello che opera secondo lo schema '*if, then*', essendo programmato affinché, «al ricorrere di una determinata condizione (*if*…), esegua un certo comando»[19]. In tal caso, «per ogni istruzione esiste, a parità di dati d'ingresso, un solo passo successivo, un solo possibile percorso e quindi di fronte agli stessi *input* di partenza non si può che pervenire agli stessi risultati»[20]. L'algoritmo in parola, dunque, «esegue comandi che sono stati previamente stabiliti»[21].

Un algoritmo si definisce, invece, *non deterministico* se «contiene almeno un'istruzione che ammette più passi successivi che hanno la possibilità di essere scelti: l'algoritmo potrà produrre così risultati diversi a partire da uno stesso insieme di dati compiendo percorsi differenti»[22].

Secondo un'opinione diffusa[23], tra gli algoritmi non deterministici rientrano quelli di *machine learning* (o di *autoapprendimento*), i quali «consentono alla macchina di apprendere autonomamente le istruzioni e determinare i parametri utili a guidare la sua azione al fine di raggiungere il risultato»[24]. Si tratta di sistemi informatici che analizzano autonomamente grandi quantità di dati, elaborando un 'modello', «ossia un insieme di parametri numerici da utilizzare nella successiva fase di esecuzione»[25].

L'impiego degli algoritmi nell'attività amministrativa è reputato vantaggioso sotto

---

[16] Corte cost., 21/1/1999, n. 4, in *www.cortecostituzionale.it*.

[17] La relativa ricognizione è svolta in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, M. PALADINO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *federalismi.it*, 2025, fasc. 4, pp. 106 ss., cui sia consentito rinviare per un approfondimento.

[18] Così G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 5-6.

[19] G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Dir. inf.*, 2021, fasc. 3, pp. 431 ss., 434. Va segnalato che l'A. preferisce denominare l'algoritmo in questione, piuttosto che 'deterministico', «condizionale».

[20] G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici* cit., p. 7.

[21] Così ancora G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale* cit., p. 435.

[22] G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici* cit., p. 7.

[23] Si v. A. DI MARTINO, *Tecnica e potere* cit., p. 139. Non manca, tuttavia, chi ritiene che gli algoritmi di *autoapprendimento* costituiscano un autonomo *genus*: si v., ad esempio, P. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *federalismi.it*, 2021, fasc. 7, pp. 187 ss., 190.

[24] Così A. DI MARTINO, op. ult. cit., p. 140.

[25] G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale* cit., p. 437.

diversi profili. Attraverso esso sarebbe possibile rimediare agli errori scaturenti dalle imperfezioni proprie della razionalità umana; si ridurrebbero i tempi e i costi dell'azione, la macchina essendo in grado di operare in maniera assai più rapida rispetto a qualsiasi persona fisica; si formerebbe una base conoscitiva molto più ampia, lo strumento informatico essendo capace di acquisire e catalogare una quantità di dati enorme[26].

Nondimeno, il tema in esame presenta svariati aspetti controversi. Uno di questi è costituito dall'ammissibilità della decisione integralmente automatizzata. L'art. 22 del Regolamento UE 2016/679 (*Regolamento generale sulla protezione dei dati*)[27], al par. 1 stabilisce che «L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». A seguire, il par. 2 contempla tre eccezioni, la decisione integralmente automatizzata non essendo preclusa qualora: «a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato»[28].

Alla luce di quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa, tuttavia, parte della dottrina sostiene che nell'ordinamento italiano la completa automatizzazione del processo decisionale è di per sé incostituzionale: i giudici nazionali avrebbero di fatto imposto una limitazione più stringente di quella prevista dal normatore euro-unitario[29].

Ad ogni modo, è pressoché pacifico che nella procedura debba sussistere un contributo umano[30]. Il funzionario – che, fra l'altro, è tenuto a scegliere il *software* più

---

[26] Cfr. M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione* cit., pp. 2-3; A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento europeo e leggi degli Stati membri*, in *Dir. pubbl.*, 2020, fasc. 3, pp. 943 ss., 944-946; S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?* cit., pp. 140-141.

[27] Più precisamente, Regolamento «*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*».

[28] Per un'analisi dettagliata della disposizione in questione, si v., in particolare, S. CIVITARESE MATTEUCCI, «*Umano troppo umano*». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, fasc. 1, pp. 5 ss., 23-27; A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative* cit., pp. 953 ss.

[29] Si v. B. MARCHETTI, *La garanzia dello* human in the loop *alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2021, fasc. 2, pp. 367 ss., 377.

[30] Si v., *ex multis*: D.-U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0?* cit., pp. 19-20; M. MACCHIA, *Pubblica amministrazione e tecniche algoritmiche*, in *DPCE online*, 2022, fasc. 1, pp. 311 ss., 318-320; V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale* cit., pp. 592-593; G. PINOTTI, *Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedimentali*, in *Labour & Law Issues*, 2021, fasc. 1, sez. Idee, pp. 77 ss., 84; N. RANGONE, *Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare i numerosi rischi per trarne tutti i vantaggi*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2022, fasc. 2, pp. 473 ss., 484; S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?* cit., pp. 148-152.

idoneo alla realizzazione dell'interesse pubblico specifico affidato alla cura della P.A. – deve garantire l'attendibilità e la completezza dei dati forniti alla macchina, nonché verificare la legittimità dei risultati cui essa perviene, eventualmente anche discostandosene[31].

Pare opportuno rammentare che l'art. 30 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (cd. *Codice dei contratti pubblici*), dopo aver stabilito, al co. 1, che «Per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia», al co. 3, lett. b), prescrive che le decisioni automatizzate devono essere assunte in osservanza del principio di «non esclusività della decisione algoritmica, per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata».

Sembra utile ricordare, inoltre, che l'art. 14, par. 1, del Regolamento UE 2024/1689 (*Regolamento sull'intelligenza artificiale*)[32], prevede che «I sistemi di IA ad alto rischio» (molti di quelli adoperati dalla P.A. rientrano fra questi[33]) «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»; e che, analogamente, l'art. 3, co. 3, della recente Legge 23 settembre 2025, n. 132, dispone che «I sistemi e i modelli di intelligenza artificiale per finalità generali devono essere sviluppati e applicati nel rispetto dell'autonomia e del potere decisionale dell'uomo, della prevenzione del danno, della conoscibilità, della trasparenza, della spiegabilità e dei principi di cui al comma 1, assicurando la sorveglianza e l'intervento umano».

Non può tralasciarsi, infine, che la Legge appena richiamata, da un lato, ha ammesso l'impiego della «intelligenza artificiale» nell'attività autoritativa; dall'altro, ha escluso che essa possa adoperarsi in funzione decisionale. L'art. 14 (rubricato «Uso dell'intelligenza artificiale nella pubblica amministrazione»), dopo aver statuito, al co. 1, che «Le pubbliche amministrazioni utilizzano l'intelligenza artificiale allo scopo di incrementare l'efficienza della propria attività, di ridurre i tempi di definizione dei

[31] Si v., in particolare, M. MACCHIA, op. ult. cit., loco ult. cit.; V. NERI, op. ult. cit., loco ult. cit.; S. VERNILE, op. ult. cit., loco ult. cit.

[32] Più precisamente, Regolamento «*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*».

[33] Ai sensi dell'Allegato III, costituiscono «Sistemi di IA ad alto rischio», fra gli altri, «i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per determinare l'accesso, l'ammissione o l'assegnazione di persone fisiche agli istituti di istruzione e formazione professionale a tutti i livelli» (n. 3, lett. a); «i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità pubbliche o per conto di autorità pubbliche per valutare l'ammissibilità delle persone fisiche alle prestazioni e ai servizi di assistenza pubblica essenziali, compresi i servizi di assistenza sanitaria, nonché per concedere, ridurre, revocare o recuperare tali prestazioni e servizi» (n. 5, lett. a).

ISSN 2036-7821

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», al co. 2 sancisce che «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».

5. *Come cambia la tutela nell'attività esercizio di potere*

Laddove l'attività amministrativa si configuri come vincolata, l'algoritmo che si presta ad essere utilizzato è quello deterministico. In tale ipotesi, l'*input* è costituito da quanto puntualmente previsto *ex lege*: il risultato prodotto dalla macchina, pertanto, può ben dirsi del tutto predeterminato[34]. Del resto, a ben riflettere, gli algoritmi deterministici non paiono doversi considerare propriamente nel seno della IA[35]. Nel caso dell'attività discrezionale, invece – nella quale l'algoritmo adoperabile è quello non deterministico[36] – «sono le classi di *input* di decisioni pregresse a definire i parametri di una logica non contraddittoria da cui è tratta per similitudine o contrapposizione la nuova scelta di merito dell'amministrazione»[37]. In altri termini, la macchina genera l'*output* sulla base di decisioni amministrative precedenti, da essa analizzate autonomamente.

Ebbene, occorre chiedersi se l'impiego di questi ultimi strumenti determini, o meno, variazioni nel meccanismo di imputazione della decisione.

Parte della dottrina, al fine di scongiurare l'imputazione del provvedimento al

[34] Si v. R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data* cit., p. 310; A. DI MARTINO, *Intelligenza artificiale, garanzie dei privati e decisioni amministrative: l'apporto umano è ancora necessario? Riflessioni a margine di Cons. Stato 8 aprile 2019, n. 2270*, in *Riv. Giur. Europea*, 2019, fasc. 2, pp. 47 ss., 53; S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?* cit., p. 145. Deve precisarsi che, talvolta, l'immissione del dato normativo può non risultare del tutto indiscutibile, implicando lo svolgimento di attività interpretativa.

[35] Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 25/11/2021, n. 7891, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che in qualche modo afferma che non è peregrino tener fuori gli algoritmi deterministici dal concetto di intelligenza artificiale: «Non v'è dubbio che la nozione comune e generale di algoritmo riporti alla mente *"semplicemente una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato"* (questa la definizione fornita in prime cure). Nondimeno si osserva che la nozione, quando è applicata a sistemi tecnologici, è ineludibilmente collegata al concetto di automazione ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano. Il grado e la frequenza dell'intervento umano dipendono dalla complessità e dall'accuratezza dell'algoritmo che la macchina è chiamata a processare. Cosa diversa è l'intelligenza artificiale. In questo caso l'algoritmo contempla meccanismi di *machine learning* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico».

[36] Come spiega J. PONCE SOLÉ, *Il Regolamento dell'Unione Europea* cit., p. 842, la inutilizzabilità dell'algoritmo deterministico in tale ipotesi discende dal fatto che, qualora esso fosse impiegato, «verrebbe violato il diritto a una buona amministrazione, producendo un caso di irrigidimento illegale della discrezionalità, riconosciuto in vari ordinamenti giuridici europei e noto in ambito anglo-americano come *fettering*».

[37] Così R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data* cit., p. 310.

produttore dell'algoritmo, e quindi il ritorno all'immunità della P.A., ricostruisce la responsabilità di questa rispetto alla decisione automatizzata come responsabilità oggettiva. Valorizzando la teoria dell'immedesimazione organica, si ritiene applicabile l'art. 2050 c.c., giusta il quale «Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno». L'adozione di tale posizione è volta altresì a soddisfare l'esigenza di offrire al danneggiato una tutela effettiva: la norma in parola prevede un'inversione dell'onere di provare l'imputabilità, reputata necessaria giacché per il soggetto leso sarebbe particolarmente complesso fornire prova della colpa della P.A.[38].

Un'altra soluzione proposta è quella di considerare applicabile l'art. 2051 c.c. (ai sensi del quale «Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito»), anch'esso contemplante, secondo l'interpretazione prevalente, una ipotesi di responsabilità oggettiva[39].

Le tesi riferite, tuttavia, non appaiono del tutto convincenti. Ciò in quanto, se si pone mente alle caratteristiche dei sistemi informatici adoperabili nell'attività discrezionale, si fa fatica a sostenere che una decisione automatizzata, anche solo parzialmente, possa essere direttamente imputata alla P.A.

Le macchine in questione – lo si è già rilevato – operano analizzando in maniera autonoma decisioni amministrative precedenti; per di più, su di esse non è possibile svolgere un effettivo controllo, perché non consentono di ricostruire l'*iter* logico attraverso il quale generano l'*output*[40].

Alla luce di quanto appena osservato, non sembra peregrino ritenere che l'automatizzazione della decisione comporti sempre, anche qualora nella procedura non manchi un contributo umano, una delega di potere alla macchina, e quindi, di fatto, ai creatori della stessa. Consequenzialmente, non pare irragionevole opinare che del provvedimento discrezionale robotizzato dovrebbero essere chiamati a rispondere proprio i produttori del sistema informatico.

E però, il Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare che è imprescindibile «l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo»[41]. Del resto – sulla scorta del principio euro-unitario di «non esclusività della decisione algoritmica» –, «deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la

[38] Cfr. A. DI MARTINO, *Tecnica e potere* cit., pp. 286-288.

[39] Cfr. ancora A. DI MARTINO, op. ult. cit., pp. 289-290.

[40] Cfr, fra gli altri, A. DI MARTINO, op. ult. cit., pp. 212-218; M. SIMONCINI, *Lo "Stato digitale". L'agire provvedimentale dell'amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, fasc. 2, pp. 529 ss., 539.

[41] Cons. Stato, Sez. VI, 13/12/2019, n. 8472, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

decisione automatica»[42].

Così stando le cose, sorgendo più di un dubbio sull'ammissibilità dell'automatizzazione dell'attività discrezionale, sotto il profilo logico deriva come conclusione la insussistenza di ragioni che fondatamente consentano di concludere diversamente dalla tradizionale imputabilità alla P.A. della scelta: l'impiego dell'IA sembra doversi circoscrivere alla costruzione procedimentale della volontà della P.A., segnatamente ricorrente nella fase istruttoria.

6. *Come cambia la tutela nei confronti di attività di erogazione di prestazioni*

Quanto alla tutela nei confronti delle attività di erogazione di prestazioni, i dubbi che la concernono – cui si è fatto cenno – vengono ulteriormente alimentati dall'avvento dell'IA.

In dottrina si osserva che, mentre «in caso di decisioni automatizzate, gli orientamenti formulati dalla giurisprudenza amministrativa e i principi enucleati a presidio del corretto esercizio del potere consentono di ammettere che le stesse procedure siano assistite da adeguate garanzie, quantomeno sotto il profilo dell'imputazione della decisione, ancorata al principio di immedesimazione organica, e della conseguente responsabilità. Diversamente, con riguardo alla possibilità di applicazione di sistemi di IA alle attività di servizi e prestazioni rese dall'amministrazione, il naturale rinvio al modello della responsabilità contrattuale, e il conseguente abbandono della metafora organicistica, non pare che offra altrettanta chiarezza»[43].

In altri termini, relativamente a tali attività, non sembra affatto privo di fondamento sostenere che «il criterio dell'imputazione organica» non sia pedissequamente «percorribile»[44]. In effetti, non è peregrino affermare che «i profili di responsabilità appaiono di più difficile soluzione, non foss'altro che per la difficoltà di stabilire se il danno eventualmente prodotto sia riconducibile all'errore umano nell'uso della macchina ovvero al difetto di fabbricazione della macchina stessa»[45].

Tuttavia, pur sposando questa suggestione, non sembra ci si possa discostare, quanto all'imputazione soggettiva, dal meccanismo tradizionale che la vede riferibile, in ogni caso, alla P.A. Naturalmente, ciò non significa che, in sede processuale, non sia possibile, per la P.A., cui l'attività resta imputata, dimostrare di aver agito secondo i criteri della diligenza, in modo da doversi poi riferire la responsabilità per i danni cagionati al soggetto fornitore della macchina.

Resta fermo, comunque, che appare necessaria «una regolazione che assicuri un adeguato ed equilibrato uso e sfruttamento dei modelli di Intelligenza artificiale

[42] Cons. Stato, Sez. VI, 13/12/2019, n. 8472 cit.
[43] Così M.C. CAVALLARO, *Amministrazione pubblica e sistemi di intelligenza artificiale* cit., p. 966.
[44] M.C. CAVALLARO, op. ult. cit., p. 973.
[45] M.C. CAVALLARO, op. ult. cit., loco ult. cit.

nell'ambito dei servizi pubblici e individui le relative responsabilità in caso di danni cagionati e di pregiudizi sofferti dai privati»[46].

7. *Osservazioni conclusive: problemi sul tappeto e plausibili prospettive di risoluzione*

Alla luce delle osservazioni proposte, si può provare a fornire risposta ai profili problematici emersi.

Quanto alle attività esercizio di potere, occorre interrogarsi, anzitutto, sull'ammissibilità dell'automatizzazione dell'attività discrezionale. Ebbene, siffatta automatizzazione, comportando in ogni caso – anche qualora sia solo 'parziale' – una sorta di 'spostamento' del potere in capo al sistema informatico, non appare conforme all'art. 28 Cost., dal cui dettato si ricava che il provvedimento non può non essere imputabile al funzionario preposto all'organo titolare della competenza ad emanarlo e, per effetto della cd. 'immedesimazione organica', alla P.A. che egli 'incarna'[47].

Di conseguenza, la sostituzione del procedimento amministrativo 'tradizionale' con un algoritmo non deterministico sembra altresì incompatibile con il Capo II della Legge 7 agosto 1990, n. 241. La figura del responsabile del procedimento viene totalmente svuotata di significato, dacché, non essendo in grado di governare appieno lo strumento, egli non può ritenersi dotato della «capacità di 'guidare' la istruttoria […], di curare ogni adempimento previsto da leggi e regolamenti […], e di determinare la fase decisoria»[48].

È evidente, poi, che risulta 'tradita' la disciplina sulla partecipazione procedimentale. 'Tradimento' che non pare poter essere compensato – diversamente da quanto

[46] M.C. CAVALLARO, op. ult. cit., p. 974.

[47] Cfr. N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione* cit., p. 827, ad avviso del quale «il problema dello "sdoppiamento" del centro di responsabilità recherebbe con sé una allarmante disintegrazione del modello di imputazione organica ancor oggi accolto nella letteratura amministrativistica. Il che non pare davvero auspicabile, a salvaguardia del modello costituzionale di imputazione della responsabilità (art. 28) e dell'assetto organizzativo improntato alla c.d. legalità-garanzia». Cfr. altresì V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale* cit., p. 593, secondo cui «Il regime di responsabilità previsto dall'art. 28 Cost. presuppone che, ove la sequenza procedimentale sia gestita mediante tecnologie informatiche, la determinazione finale sia adottata – o comunque validata – da un organo-persona fisica all'esito di una verifica sul risultato proposto dall'elaboratore elettronico (principio di "non esclusività della decisione algoritmica"). Ragionando diversamente, il funzionario non potrebbe essere chiamato a rispondere dei danni cagionati da un atto sul quale non ha esercitato alcun potere di intervento». Sembra esprimersi analogamente D. MARONGIU, *Algoritmo e procedimento amministrativo* cit., p. 1518, il quale afferma che, «in ambito amministrativo-decisionale», «non è (al momento attuale) praticabile la possibilità che il contenuto di atti sia attribuibile alla macchina e non all'individuo che ha determinato i contenuti del programma informatico».

[48] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo* cit., p. 744. Sul punto cfr. ancora A. DI MARTINO, *Tecnica e potere* cit., pp. 282-285.

sostiene parte della dottrina[49] – con lo svolgimento di un contraddittorio sull'*output* generato dallo strumento informatico, giacché, essendo la partecipazione finalizzata a garantire che il convincimento della P.A. si formi alla luce di tutti gli interessi in gioco, sembra ragionevole ritenere che non possa pervenirsi ad uno schema di provvedimento prima che essa trovi effettuazione[50].

L'automatizzazione dell'attività discrezionale pare contrastare, infine, con il principio di trasparenza e con l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi. Si è già rilevato che i sistemi informatici utilizzabili non permettono di ricostruire l'*iter* logico attraverso il quale producono il risultato: ciò sembra costituire un ostacolo difficilmente sormontabile alla indicazione dei «presupposti di fatto» e delle «ragioni giuridiche» sui quali, per legge, deve fondarsi la decisione[51].

Da tutto quanto sinora osservato potrebbe dedursi che l'utilizzo di algoritmi non deterministici vada considerato sempre e comunque precluso alla P.A. E dunque, che, nei casi di attività discrezionale vera e propria, essa non possa giovarsi del supporto di uno strumento di automazione.

Tuttavia, a ben riflettere (anche alla luce del dettato dell'art. 14 della L. 132/2025, che pare non sollevare dubbi di legittimità costituzionale), sembra doversi opinare diversamente. Ad avviso di chi scrive, invero, occorre distinguere – come pare aver fatto il TAR Campania-Napoli in una pronuncia di pochi anni fa, sebbene con esclusivo riguardo all'attività discrezionale –, fra ricorso all'algoritmo «in funzione integrativa e servente della decisione umana» e impiego dello stesso «in funzione parzialmente decisionale»[52].

Mentre quest'ultimo sembra poter aver luogo soltanto qualora l'attività della P.A. sia dalla legge configurata come vincolata e nella ipotesi in cui la discrezionalità si

---

[49] Si v., fra gli altri, R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data* cit., pp. 320-321; P. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa* cit., p. 204; G. PINOTTI, *Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedimentali* cit., pp. 89-90; V. VISONE, *Contributo allo studio della dimensione algoritmica* cit., pp. 240-241.

[50] Cfr. N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione* cit., p. 819, secondo cui la imposizione «al responsabile di comunicare uno schema di provvedimento» contrasta con «quanto l'istituto della partecipazione vuole, sbarrando le porte alla funzione principale della partecipazione stessa, che è quella di stabilire un regime di comunicazione dal quale possa scaturire una "bozza" di decisione, consentendo viceversa che gli interessi dei privati di cui tener conto in concreto sfuggano al processo di selezione dei fatti rilevanti nell'ambito del processo di formazione della decisione (algoritmica)».

[51] Indicazione prescritta, com'è noto, dall'art. 3, co. 1, L. 241/1990. Cfr. A. DI MARTINO, *Tecnica e potere* cit., pp. 260-269, ad avviso del quale «l'utilizzo di algoritmi di autoapprendimento comporta una difficoltà per l'amministrazione e per i programmatori stessi dell'algoritmo a comprendere il processo logico seguito dalla macchina, tale da indurre chi scrive a formulare delle perplessità in ordine alla realistica possibilità di sottoporre tutte le decisioni automatizzabili al rispetto dell'obbligo di motivazione» (p. 266). Poco oltre, l'A. chiarisce che «Con specifico riferimento all'esercizio del potere attraverso strumenti di autoapprendimento, la motivazione rafforzata del provvedimento automatizzato, la cui imprescindibilità è stata ribadita anche recentemente dalla giurisprudenza, rischia di diventare un obbligo procedimentale già nato obsoleto nell'archetipo dell'amministrazione per algoritmi, perché le amministrazioni dovrebbero essere in grado di tradurre una regola tecnica – della quale non conoscono neppure gli *input* in fase di ingresso – in regola giuridica» (pp. 267-268).

[52] Ci si riferisce a TAR Campania-Napoli, Sez. III, 14/11/2022, n. 7003, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

esaurisca nella predeterminazione dei criteri da osservare nell'adozione della decisione, il primo pare ammissibile sempre, e quindi anche nei casi di attività discrezionale vera e propria[53].

In questa prospettiva, l'algoritmo non deterministico non sostituisce il procedimento 'tradizionale', ma si inserisce in esso: la macchina può essere utilizzata solo dopo che abbiano trovato attuazione le garanzie partecipative[54].

Se sceglie di accogliere l'*output* generato dal sistema, il funzionario deve indicare con accuratezza i motivi che lo hanno indotto a farlo. La valutazione discrezionale, o tecnico-discrezionale, è di sua esclusiva competenza, ragion per cui è tenuto a considerare il risultato prodotto dallo strumento in maniera critica[55].

---

[53] Cfr. J. PONCE SOLÉ, *Il Regolamento dell'Unione Europea* cit., p. 843, il quale, dopo aver sostenuto che, nello svolgimento di attività discrezionale, la P.A. non può far ricorso ad algoritmi informatici in funzione decisionale, afferma che «In tutti i casi, tuttavia, l'IA può essere utilizzata per supportare la decisione amministrativa finale dell'uomo». Cfr. altresì M. MACCHIA, *Pubblica amministrazione e tecniche algoritmiche* cit., p. 320, ad avviso del quale «è inammissibile la surrogazione dell'attività amministrativa da parte di una macchina algoritmica nel momento propriamente decisionale […], altrimenti si avrebbe un *vulnus* relativo agli istituti della partecipazione, di trasparenza, dell'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, a cui segue una compressione delle garanzie processuali. È legittimo perciò lo strumento informatico nel procedimento purché esso sia posto in funzione servente e strumentale rispetto all'attività svolta dal titolare del procedimento, che è persona fisica, fatta eccezione per le procedure seriali o standardizzate».

[54] Sembra pienamente condivisibile la tesi sostenuta da V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale* cit., p. 590, secondo cui «L'utilizzo degli strumenti di automazione decisionale, dal quale necessariamente discende una necessaria riduzione/concentrazione temporale delle fasi costitutive del procedimento amministrativo, non può […] risolversi in una compressione delle garanzie partecipative riconosciute dalla legge a tutela delle posizioni giuridiche soggettive correlate all'esercizio del potere. In altri termini, ove il processo di informatizzazione amministrativa precludesse il godimento delle facoltà collaborative e conoscitive previste dalle norme sullo svolgimento della sequenza procedimentale, la gestione elettronica dei rapporti giuridici di diritto pubblico renderebbe attuale il rischio di un'incontrollabile violazione delle regole che conformano la manifestazione della potestà autoritativa. L'interlocuzione istruttoria con il responsabile del procedimento, la presentazione di memorie e documenti, l'accesso "partecipativo" e "difensivo" ai documenti amministrativi devono essere garantiti anche nell'ambito di procedimenti gestiti mediante tecnologie informatiche tradizionali o "intelligenti"». Pare meritevole di accoglimento, pertanto, anche la posizione di N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica automazione* cit., pp. 831-832, ad avviso del quale «Non è condivisibile […] l'affermazione […] secondo cui le disposizioni della legge n. 241/90 non potrebbero conoscere una applicazione "rigida e meccanica", come intende il Consiglio di Stato». L'A. ritiene, «al contrario, che la legge generale sull'azione amministrativa vada applicata alla AI [Artificial intelligence] in una dimensione addirittura "rinforzata", e secondo schemi di ragionamento ancor più rigorosi di quelli usualmente noti alla dottrina ed alla giurisprudenza nostre, poiché se il modello HITL [Human-in-the-loop] dev'essere – allo stato attuale delle conoscenze – lo strumento neuroscientifico per il controllo di una decisione altrimenti "disordinata", non è possibile prescindere da istituti chiave, quali la comunicazione partecipativa, la responsabilità istruttoria del funzionario-essere umano, la motivazione intesa quale discorso giustificativo e non solo come esplicazione di formule matematiche e – ove ritenuto ammissibile – di accessibilità al codice sorgente».

[55] Sul punto sia consentito rinviare a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, M. PALADINO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale* cit., pp. 134-135. Cfr. D.-U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0?* cit., p. 19, laddove si afferma che «non è […] immaginabile sostituire con un algoritmo la figura del funzionario responsabile del procedimento: piuttosto, è viceversa certamente possibile immaginare che il funzionario responsabile del procedimento si serva utilmente dell'Intelligenza Artificiale per potere svolgere più rapidamente, e con maggiore precisione, attività della fase istruttoria delle quali resta, ovviamente, il responsabile: sia in termini di verifica dei risultati della stessa, sia in termini di collegamento fra le risultanze

D'altra parte, pare ragionevole opinare che la P.A. non possa ignorare il prodotto della macchina. Anche la scelta di discostarsi da esso deve essere giustificata con accuratezza, l'elaborato elettronico integrando il paradigma di legittimità della decisione: un 'difetto' nella indicazione delle ragioni della scelta in questione (estrinsecantesi in una o più figure sintomatiche inerenti alla motivazione dell'atto) può costituire una 'spia' della sussistenza di un eccesso di potere[56].

Ad ogni modo, non essendo l'algoritmo impiegato in funzione decisionale, non sembrano sussistere valide ragioni per ravvisare mutamenti in ordine alla imputazione dell'attività, ferma restando la necessità di verificare in concreto la sussistenza della responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Anche per quanto riguarda l'attività di erogazione di prestazioni, sebbene riconoscendo la diversità del caso di specie, l'utilizzo dell'IA non pare comportare significative variazioni, dal diritto positivo sembrando doversi ricavare che resta impregiudicata l'imputazione dell'attività al soggetto erogatore.

Inducono ad opinare in tal senso tre disposizioni già richiamate: l'art. 28 Cost., l'art. 14, par. 1, del Regolamento UE 2024/1689 e l'art. 3, co. 3, della L. 132/2025. D'altronde, l'art. 14, par. 4, del Regolamento in parola precisa che il sistema informatico è fornito all'utilizzatore «in modo tale che le persone fisiche alle quali è affidata la sorveglianza umana abbiano la possibilità, ove opportuno e proporzionato, di: a) comprendere correttamente le capacità e i limiti pertinenti del sistema di IA ad alto rischio ed essere in grado di monitorarne debitamente il funzionamento, anche al fine di individuare e affrontare anomalie, disfunzioni e prestazioni inattese; b) restare consapevole della possibile tendenza a fare automaticamente affidamento o a fare eccessivo affidamento sull'output prodotto da un sistema di IA ad alto rischio ("distorsione dell'automazione"), in particolare in relazione ai sistemi di IA ad alto rischio utilizzati per fornire informazioni o raccomandazioni per le decisioni che devono essere prese da persone fisiche; c) interpretare correttamente l'output del sistema di IA ad alto rischio, tenendo conto ad esempio degli strumenti e dei metodi di interpretazione disponibili; d) decidere, in qualsiasi situazione particolare, di non usare il sistema di IA ad alto rischio o altrimenti di ignorare, annullare o ribaltare l'output del sistema di IA ad alto rischio;

---

della fase istruttoria e l'adozione della decisione finale che confluisce nel provvedimento conclusivo del procedimento».

[56] Ancora una volta si rinvia a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, M. PALADINO, op. ult. cit., loco ult. cit. Anche su questo punto cfr. D.-U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, op. ult. cit., p. 22, secondo i quali «la rivoluzione delle ICT [Information and communication technologies] e, soprattutto, il nuovo quadro risultante dall'uso dei sistemi di Intelligenza Artificiale applicati alle attività della Pubblica Amministrazione impongono […] di inquadrare correttamente la dinamica procedimentale che ne scaturisce; ed il rapporto fra procedimento amministrativo e principio di legalità. In un contesto in cui, in ipotesi, le norme di riferimento vengono integrate da algoritmi che, nel cristallizzare gli elementi della fase istruttoria nella loro reciproca interrelazione, predeterminano in vari modi la decisione amministrativa riducendo, così, lo spazio di azione della discrezionalità amministrativa: con tutte le conseguenze che inevitabilmente ne scaturiscono "a sistema", ivi compreso rispetto al successivo sindacato giurisdizionale».

e) intervenire sul funzionamento del sistema di IA ad alto rischio o interrompere il sistema mediante un pulsante di "arresto" o una procedura analoga che consenta al sistema di arrestarsi in condizioni di sicurezza».

Va segnalato, inoltre, che nella proposta di direttiva «*sulla responsabilità da intelligenza artificiale*»[57], presentata dalla Commissione Europea il 28 settembre 2022 e ritirata nel 2025, veniva espressamente contemplata e disciplinata la responsabilità dell'utilizzatore.

Quanto alla natura della responsabilità (se contrattuale od extracontrattuale) della persona giuridica erogatrice e di quella dell'agente, non è possibile fornire una risposta unitaria, dovendo rinviarsi alle previsioni di legge in ordine ad ogni singola tipologia di attività. Si è avuto modo di constatare, ad esempio, che, rispetto alle prestazioni sanitarie, l'art. 7 della L. 24/2017 sancisce che la responsabilità della struttura è di tipo contrattuale, mentre quella dell'esercente la professione sanitaria è di natura extracontrattuale.

Fra l'altro, con specifico riferimento alle prestazioni sanitarie, paiono rinvenirsi ulteriori argomenti a sostegno della tesi secondo cui l'impiego dell'IA non determina mutamenti in relazione alla imputazione dell'attività.

Anzitutto, l'art. 7, co. 5, della L. 132/2025 stabilisce che «I sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario costituiscono un supporto nei processi di prevenzione, diagnosi, cura e scelta terapeutica, lasciando impregiudicata la decisione, che è sempre rimessa agli esercenti la professione medica». In dottrina, poi, si è fatto riferimento all'art. 2232 c.c., giusta il quale «Il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto»; alla «circostanza che l'attività sanitaria sia attività regolamentata e che deve essere esercitata necessariamente dal personale che abbia determinati requisiti e risulti iscritto all'albo»; nonché «ai plurimi profili etici che, assieme alle valutazioni scientifiche, caratterizzano le scelte sanitarie e che per tale ragione non possono essere delegate al *software*, come si desume, ad esempio, dall'art. 5 del Codice deontologico dei medici, a tenore del quale "Il medico nell'esercizio della professione deve attenersi alle conoscenze scientifiche e ispirarsi ai valori etici fondamentali, assumendo come principio il rispetto della vita"»[58].

È infine necessaria una precisazione in ordine ad ogni tipologia di attività. Sembra difficile ritenere insussistente la eventuale responsabilità del «fabbricante» per danno da prodotti difettosi, la cui disciplina è stata di recente modificata dal normatore euro-unitario con l'adozione della direttiva 2024/2853[59]. Se, però, la disciplina in parola contempla indubbiamente la configurabilità della responsabilità del fabbricante, non potendosi muovere alcun addebito al soggetto erogatore della

[57] Più precisamente, proposta di direttiva «*del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale*».

[58] Così G. La Rosa, *La prestazione sanitaria automatizzata* cit., p. 967.

[59] Più esattamente, direttiva «*del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2024, sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, che abroga la direttiva 85/374/CEE del Consiglio*».

ISSN 2036-7821

prestazione, cionondimeno – per le ragioni che si è provato ad illustrare –, pare comunque difficile potersi inferire l'imputazione dell'attività al produttore dello strumento.

In dottrina si è osservato che, qualora si riuscisse a realizzare sistemi non 'opachi', capaci di generare un *output* accuratamente motivato seguendo un *iter* logico pienamente ricostruibile, «diverrebbe difficile continuare ad invocare un controllo umano dell'intelligenza artificiale amministrativa, giacché questa avrebbe vere e proprie armi di legittimazione superiori a quelle umane»[60]. Permarrebbe, tuttavia, «il senso finalistico dell'amministrazione pubblica, il dover prestare ossequio e rendere conto al sovrano umano, il dover lavorare per lo sviluppo della persona umana, il dover perciò rispettare gli ambiti fondamentali della sua esistenza e della sua espressione, e lavorare in funzione dei bisogni umani, i quali sono ovviamente dipendenti dalla percezione e dalla mente umana, dalla biologia, dalla finitezza, dai tempi, ed anche dalle storture dell'umanità»[61].

Ad avviso di chi scrive, gli artt. 28 e 97 della Costituzione, nonché il principio personalista, contemplato sia da essa (anzitutto nell'art. 2, che esplicitamente richiama l'«uomo»), sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (*in primis* nel suo art. 1, concernente la «dignità umana»), non consentono di immaginare uno scenario in cui nello svolgimento di un'attività amministrativa non vi sia alcun contributo umano. La presenza dell'uomo pare essere imposta, insomma, a prescindere dalle caratteristiche dello strumento informatico.

È soprattutto alla luce di ciò che l'utilizzo degli algoritmi non sembra comportare significativi stravolgimenti in ordine al meccanismo di imputazione delle decisioni e delle prestazioni amministrative. Fermo restando – come si è riferito – che altra cosa è la effettiva individuazione della responsabilità, rimessa comunque all'esito di un processo giurisdizionale. La macchina costituisce un mero «strumento al servizio del titolare dell'organo»[62], al quale, perciò, l'attività non può non essere imputata, sebbene ad esso sia sempre riconosciuta la possibilità di dimostrare in giudizio che non deve rispondere dei danni arrecati a terzi attraverso l'impiego di essa.

[60] Così P. FORTE, *Diritto amministrativo e* data Science cit., p. 300.

[61] Così P. FORTE, op. ult. cit., loco ult. cit.

[62] I. MARTÍN DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Ist. Federalismo*, 2019, fasc. 3, pp. 643 ss., 654.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

SEGNALAZIONI DI AMMINISTRATIV@MENTE

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Recensione a G. Clemente di San Luca, G. Martini, M. Paladino, *Lezioni di giuridicità delle regole del calcio*, Napoli, 2024

di Federico Orso

(Dottore di ricerca, abilitato di II fascia in Diritto amministrativo e professore a contratto nelle Università di Firenze e Pisa)

1. *Lezioni di giuridicità delle regole del calcio* di Guido Clemente di San Luca, Giovanni Martini e Mario Paladino (Napoli, 2024) si inserisce nel dibattito sul rapporto tra ordinamento generale della Repubblica e movimento sportivo, mostrando le profonde incrinature della tradizionale impostazione autonomista. In particolare, guardando a questo problema dall'angolo visuale del calcio, gli Autori illustrano le ragioni che a loro avviso impediscono al principio di autonomia di spingersi sino a giustificare la completa estromissione della Repubblica da intere categorie di rapporti (quelli originati dalle regole tecnico-sportive) o la limitazione della tutela giurisdizionale al ristoro per equivalente (come accade in caso di violazione delle regole disciplinari).
Il volume mira però anche a qualcosa di più. A essere respinta, infatti, non è solo la concezione dello sport come zona franca, impermeabile al diritto nazionale ed europeo, ma è l'idea stessa della settorialità della riflessione giuridica in questa materia: «la enorme diffusione popolare» del calcio è anzi utilizzata dagli Autori al dichiarato scopo di «provocare, nella riflessione comune, una […] ripresa di vitalità della discussione e del confronto su temi cruciali», quale occasione per «chiamare la gente comune a discutere» di questioni fondamentali, come «legalità», «separazione dei poteri», «libertà di manifestazione del pensiero» o «pluralismo nella e della informazione» (pp. 1 e 2); non un testo per addetti ai lavori, dunque, ma un lavoro che rivendica la centralità della scienza giuridica nella *custodia* dello Stato democratico e rammenta ai giuristi che loro compito non è (solo) alimentare la discussione di pochi su temi inaccessibili a molti, ma (anche) rendere questi temi accessibili al più ampio numero di persone possibile.

2. Come può agilmente intuirsi sin dal titolo, il volume è animato da una tesi di fondo: che le regole del calcio siano norme giuridiche e che come tali debbano essere indagate.

ISSN 2036-7821

La dimostrazione di questa tesi è affidata a una concatenazione di passaggi logici, che può essere riassunta come segue.

i) Il movimento sportivo ha «natura ordinamentale» in quanto caratterizzato dalla presenza di «un gruppo organizzato» di persone, «dal perseguimento di uno scopo comune (la promozione del fenomeno sportivo in tutte le sue forme)» e dalla capacità «di dotarsi di proprie regole in grado di vincolare tutti i praticanti» (p. 12).

ii) Il movimento calcistico, diversamente da altri sport, come il *cricket* o il *curling*, dato il «livello di complessità (organizzativa e funzionale) e di sviluppo raggiunti», presenta a sua volta «tutti gli elementi necessari a configurarlo come un ordinamento»: «esso, infatti, dispone di una organizzazione stabile, di un elevatissimo numero di soggetti che in esso si riconoscono condividendone i fini, e, infine, di una dettagliata regolamentazione, concernente anche i modi di produzione della stessa regolamentazione futura» (p. 13).

iii) Le regole del calcio, nel loro ordinamento settoriale, hanno senz'altro natura giuridica: esse infatti, da un lato, contengono «un enunciato prescrittivo condizionale che connette ad una data circostanza, assunta come condizione, un dato effetto giuridico, come sua conseguenza»; dall'altro, sono generate «secondo la disciplina sulla produzione […] formalmente prescritta [dallo statuto della Federazione italiana giuoco calcio]» (p. 18).

iv) La giuridicità delle regole del calcio, però, è suscettibile di travalicare i confini dell'ordinamento settoriale e invadere quelli dell'ordinamento generale. Non già, come è incline a sostenere la dottrina maggioritaria con «una vera e propria ipocrisia formalistica», per via di una loro «'accettazione' da parte dei giocatori», ma perché «molti elementi paiono deporre […] nel senso di considerare il fenomeno calcio, nei suoi tratti generali, come sempre più attinto nella prospettiva del diritto pubblico, sembrando obiettivamente andare, nel suo complesso, ad iscriversi in tale ambito» (p. 27): «sembra» allora «non più possibile collocare la giuridicità del calcio (e in generale del gioco sportivo organizzato), nell'alveo esclusivo del diritto civile» (p. 23) e ciò in quanto il calcio si è «trasformato significativamente, per attendere oggi alla cura di rilevanti interessi sociali ed economici formalmente codificati dalla legge quali interessi pubblici (la tutela dei consumatori, la tutela della concorrenza, il corretto andamento della Borsa, ecc.)», con la conseguenza che le sue regole, «benché […] funzionali a disciplinare un'attività intrinsecamente 'privatistica'», «vanno concepite anche quali strumenti per la tutela di interessi ultra-individuali» (p. 27).

3. Dimostrata, nei termini che si sono sintetizzati, la natura giuridica delle regole del calcio, gli Autori si domandano se, in caso di conflitto, esse possano prevalere su quelle dell'ordinamento generale, «non potendosi dare per presupposta […] un'incondizionata prevalenza [di queste ultime]», posto che la Repubblica «potrebbe decidere di ritrarsi […] lasciando campo libero all'ordinamento del calcio» (p. 28).

Tre sono per gli Autori gli scenari astrattamente possibili.
La prima possibilità è che «l'ordinamento generale si disinteressi del fenomeno sportivo» al punto che, non soltanto ne rimette la disciplina alla «sola volontà dei privati», ma addirittura nega la rilevanza giuridica delle sue regole, considerandole alla stregua di un «mero 'accordo fra gentiluomini'» (p. 29).
La seconda è che l'ordinamento generale, pur rimettendo «all'autonomia del gruppo la regolamentazione (oltre che del giuoco, pure) dei rapporti fra gli associati», riconosca a tale regolamentazione rilevanza giuridica e ammetta che da una sua violazione scaturisca il diritto alla tutela giurisdizionale (p. 29).
L'ultima possibilità è che lo Stato, con legge, decida di «rimettere interi ambiti di regolazione […] all'autonomia degli ordinamenti sportivi», finanche ammettendo la prevalenza delle regole sportive su quelle sue proprie. E questo, rilevano gli A., è ciò che accade per i «settori sportivi che presentano un elevatissimo livello di sviluppo» e che, in forza di tale sviluppo, «reclamano un'amplissima sfera di autonomia», anche dietro «minaccia di esclusione delle squadre nazionali dalle competizioni europee e mondiali» (pp. 29-30).

4. Come noto, proprio quella illustrata per ultima è la soluzione escogitata dal d.l. n. 220/2003, con il quale la Repubblica «ha inteso porre autolimiti all'applicazione del proprio diritto sovrano, piuttosto che ribadire – anche in maniera implicita – il primato, sempre e comunque, di quest'ultimo» (p. 30).
Il che però, sottolineano gli A., è avvenuto non senza ambiguità. In effetti, se pure è vero che «alcuni ambiti di regolazione […] sono stati lasciati all'autonomia del singolo settore sportivo», fermo è rimasto nel d.l. n. 220/2003 «il limite costituito dalla rilevanza per l'ordinamento della Repubblica delle situazioni soggettive incise» (p. 31).
Si tratta allora «di verificare a quali condizioni la regolamentazione del calcio possa prevalere su quella, avente il medesimo oggetto, dello Stato e dell'UE» e «quando, invece, occorra accordare prevalenza al diritto dell'ordinamento generale (nazionale ed europeo), di modo che le regole con esso contrastanti possano considerarsi lesive di situazioni soggettive rilevanti per l'ordinamento della Repubblica […] e, conseguentemente, trovare tutela dinanzi al giudice nazionale (od a quello europeo)» (p. 32).
Gli A. tendono però a stemperare il problema. A loro avviso, infatti,
«l'ordinamento di qualunque settore sportivo, ed in particolare quello del calcio, e l'ordinamento generale presentano una sostanziale coincidenza di valori fondamentali». Dunque, «la 'specificità' dello sport, ed in particolare del calcio, in tanto potrà condurre alla prevalenza delle regole di organizzazione del gioco poste dal suo ordinamento, in quanto queste siano dirette alla salvaguardia di valori compatibili con quelli dello Stato di diritto»; «in caso contrario tale prevalenza non

ISSN 2036-7821

potrà sussistere, tornando ad 'espandersi', per così dire, la difforme disciplina di cui al diritto nazionale e sovranazionale» (p. 33).
Due sono le conseguenze che essi traggono da questa impostazione.
La prima è che «sebbene (almeno in linea di principio) non competa al legislatore di intervenire in via diretta per garantire l'equilibrio e la competitività nelle gare sportive, nondimeno può ben dirsi sussistente una nozione di sport nell'ordinamento generale che, in presenza di una controversia, sia in grado di fungere da limite 'valoriale' al diritto proprio dell'ordinamento del calcio» (p. 33).
La seconda è che «non ogni regola emanata per disciplinare esigenze proprie di un dato ordinamento (settoriale) sportivo, anche se all'apparenza volta a regolamentare aspetti tecnici concernenti lo svolgimento del gioco, può per ciò solo ritenersi esente da una concreta verifica di compatibilità con i valori sportivi fatti propri dall'ordinamento generale e, conseguentemente, prevalere sulla differente regolazione adottata da quest'ultimo» (p. 34).
Dunque, concludono gli A., «laddove la 'regola sportiva' vada ad attendere a interessi ulteriori rispetto a quelli immediatamente attinenti (pur in senso ampio) alle modalità di svolgimento delle competizioni, vengono meno le ragioni che giustificano la prevalenza di tale disciplina su quella, eventualmente difforme, prodotta dall'ordinamento generale» (sempre p. 34).

5. Preso atto di questa coincidenza di valori, gli Autori si chiedono se possa ritenersi legittima la riserva a favore dell'ordinamento sportivo delle materie tecnica e disciplinare (art. 2 del d.l. n. 220/2003), vieppiù alla luce della interpretazione che, «per esigenze di giusto equilibrio con l'autonomia dello sport» (p. 36), ne ha dato la Corte costituzionale con le sentenze nn. 49/2011 e 160/2019.
La risposta dei tre A. sembrerebbe negativa.
Quanto all'irrilevanza giuridica delle norme sportive tecniche, essi segnalano come «l'opinione consolidata in giurisprudenza» si esponga a «obiezioni di non poco momento»: per un verso, ciò equivarrebbe a negarne la giuridicità, che, viceversa, «sembra essere dato difficilmente negabile»; «di poi, posto che dalla violazione di regole tecniche possono derivare pregiudizi di natura economica talora persino maggiori di quelli discendenti dalla violazione di regole non tecniche, è quanto meno dubbio che l'ipotesi di maggior gravità sia ignorabile dall'ordinamento generale» (p. 39). A loro avviso, dunque, quantomeno in linea teorica «non sembra doversi escludere la sussistenza di un diritto ad ottenere l'assegnazione di un fallo o di un fuorigioco, essendo configurabile unicamente un diritto alla corretta applicazione delle regole del gioco, e dunque una pretesa a che il risultato della partita non sia l'esito di decisioni (da parte di arbitri e giudici sportivi) frutto di una palese violazione di esse» (p. 42).
Non meno critici sono gli A. rispetto alla limitazione della tutela giurisdizionale

avverso i provvedimenti sanzionatori sportivi al solo risarcimento per equivalente monetario: a seguito della decisione della Corte di Giustizia C-124/21 P, «il fatto che un soggetto abbia il diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da un comportamento atto a impedire, limitare o falsare la concorrenza non può compensare la mancanza di un rimedio che consenta di adire il giudice nazionale competente chiedendo, a seguito della concessione delle necessarie misure cautelari, che a tale condotta venga posta fine, oppure, laddove si tratti di un provvedimento, il suo riesame e annullamento, se necessario a seguito di una previa procedura arbitrale svolta in forza di un accordo che la preveda» (pp. 37-38).

6. Sintetizzato nei termini che precedono, il volume lascia trasparire il disagio degli Autori per il modo dominante di intendere i rapporti tra ordinamento generale e ordinamento sportivo, caratterizzato più dalla ricerca del compromesso che dal rigore argomentativo. Per essi, in definitiva, lo sport non presenta tratti di *specialità* suscettibili di giustificare la sua fuoriuscita dal diritto statale e eurounitario, ma, al pari di altri settori dell'economia, presenta 'semplicemente' tratti di *specificità* governabili con gli ordinari strumenti del diritto.
Il volume aggiunge così un tassello al percorso di erosione del principio di autonomia dell'ordinamento sportivo.
Del resto, tale principio si è sgretolato completamente alla prova della *traduzione* nel linguaggio del diritto obiettivo sostanziale (avvenuta, per l'appunto, con l'approvazione dell'art. 1 del d.l. n. 220/2003): se davvero si fosse voluto (o quantomeno potuto, senza far torto ai più fondamentali principi costituzionali) ammettere che «La Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale» e che i rapporti tra quest'ultimo e l'ordinamento della Repubblica «sono regolati in base al principio di autonomia», non sarebbe stato necessario fare poi «salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo».
Il fatto che il legislatore abbia avvertito la necessità di circoscrivere l'autonomia dell'ordinamento sportivo entro i confini del diritto statuale dimostra che in quella autonomia non vi è nulla di speciale e che essa, alla resa dei conti, coincide (non può che coincidere) con l'autonomia (con la libertà) di chiunque: tutti sono autonomi (liberi), salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento della Repubblica di situazioni soggettive; salvo cioè che un loro atto determini una compressione illegittima della sfera giuridica altrui.
Parimenti, se le questioni tecniche e disciplinari potessero davvero essere riservate all'ordinamento sportivo e se davvero in queste materie potesse escludersi in astratto il diritto alla tutela giurisdizionale senza far torto all'art. 24 Cost. (art. 2 del d.l. n. 220/2003), non si spiegherebbe perché la Corte costituzionale si sia poi trovata nell'imbarazzo di ammettere, quantomeno rispetto alle seconde (le questioni

ISSN 2036-7821

disciplinari), la possibilità di ristoro per equivalente monetario (sentenze nn. 49/2011 e 160/2019).
Come si chiarisce in *Lezioni di giuridicità delle regole del calcio*, si è confusa la specificità dello sport con una sua presunta specialità, dimenticando che per tutelare certe esigenze non è necessario escludere per legge la rilevanza giuridica di intere categorie di rapporti (questioni tecniche) o limitare la tutela giurisdizionale al rimedio risarcitorio (questioni disciplinari), ma è sufficiente affidarsi agli ordinari strumenti del diritto quotidianamente impiegati nelle aule di giustizia: così, per fare qualche esempio, per escludere la tutela in forma specifica là dove questo determini conseguenze eccessivamente onerose per l'organizzatore della competizione sportiva, il giudice potrà (*dovrà*) 'limitarsi' ad accordare *a chi ha ragione* una tutela per equivalente in applicazione dell'art. 2058 c.c.; là dove vengano in gioco valutazioni tecnico-discrezionali dei direttori di gara, il giudice potrà (*dovrà*) limitare il suo sindacato ai soli casi di macroscopica irragionevolezza, come avviene per le valutazioni tecniche della pubblica amministrazione; là dove l'accoglimento della domanda non sia suscettibile di determinare conseguenze praticamente utili per l'attore, il giudice dovrà respingere per carenza di interesse; e via così dicendo, caso per caso.

7. Queste parole possono forse apparire eversive a chi abbia a cuore l'autonomia dello sport, ma rappresentano un'immediata declinazione del principio di strumentalità del processo.
Del noto insegnamento di Chiovenda, infatti, talvolta si dimentica che il processo deve sì servire a dare all'attore tutto quello e proprio quello che gli spetta per diritto obiettivo sostanziale, purché però la realizzazione di quella utilità sia *materialmente possibile*. Peraltro, tutto quello e proprio quello significa anche *non più di quello*, dimodoché il processo, non finisca per riparare allo squilibrio generato dal difetto di cooperazione originario con un nuovo squilibrio di natura giudiziale.
Non c'è quindi nulla di speciale nella circostanza che la tutela in forma specifica, in materia sportiva, possa talvolta rivelarsi inservibile perché materialmente impossibile, eccessivamente onerosa o inutile. Può infatti accadere in ogni rapporto che, per effetto del tempo necessario a giungere all'accertamento giudiziale, il conseguimento di *ciò che spetta* non sia più materialmente possibile, determini un onere eccessivo per il debitore inadempiente o si riveli inutile: il fatto che in materia sportiva questa evenienza possa capitare più frequentemente che altrove (circostanza della quale può invero dubitarsi o che, almeno, dovrebbe essere dimostrata), descrive una specificità, non una specialità.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Riflessioni a margine del volume di G. Clemente di San Luca, G. Martini, M. Paladino, Lezioni di giuridicità delle regole del calcio (ESI, Napoli, 2025)

di Mario Luigi Torsello

(Presidente di sezione del Consiglio di Stato a.r. - Presidente della Corte federale d'appello FIGC)

1. Premessa: la domanda fondativa.

Le prime domande che Clemente di San Luca, Martini e Paladino pongono, attengono a questioni molto rilevanti e impegnative: quali siano i tratti che consentono di qualificare un fenomeno come ordinamento giuridico e se lo sport, inteso come organizzazione e disciplina delle attività umane ad esso riconducibili, presenti effettivamente tali caratteri.

La nozione di «ordinamento giuridico» rappresenta, come è noto, una delle categorie più discusse e problematiche dell'intera teoria generale del diritto.

L'approccio tradizionale segue un percorso logico che potremmo definire "discendente": muove dalla possibile qualificazione teorica del fenomeno sportivo come ordinamento giuridico – alla luce delle categorie elaborate dalla teoria generale del diritto – per poi dedurne, come conseguenza, la natura giuridica delle regole che in esso si producono.

La giuridicità delle norme sportive diviene, in tal modo, un corollario della previa dimostrazione di una premessa di ordine sistematico.

L'approccio che qui si intende proporre segue, invece, un percorso diverso: anziché interrogarsi preliminarmente sulla natura ordinamentale del fenomeno sportivo, esso muove dal dato normativo positivo – e segnatamente dal quadro costituzionale – per verificare se da esso possano ricavarsi basi autonome e sufficienti per fondare direttamente la giuridicità delle regole sportive, a prescindere, in qualche modo, dalla soluzione che si intenda dare al problema della qualificazione ordinamentale.

Ci consentiranno, dunque, gli autori di tentare di delineare un percorso logico-argomentativo in parte diverso da quello da loro, pur con grande rigore, tracciato.

2. Le basi costituzionali del fenomeno sportivo

Il testo originario della Costituzione – com'è noto – non prevedeva alcuna disposizione che esplicitamente facesse riferimento al fenomeno sportivo, il quale, a

ISSN 2036-7821

prima vista, era relegato in una dimensione di irrilevanza costituzionale.
Tale silenzio trovava probabilmente anche giustificazione nel fatto che la dottrina, in quel periodo storico, considerava tale fenomeno un fatto pre-giuridico che, quindi, per definizione, prescindeva da un puntuale riconoscimento normativo, tanto più se costituzionale.
Non dimentichiamo che Carlo Furno, nel 1952, affermava la totale, intrinseca incompatibilità tra sport e diritto e Francesco Carnelutti, nel 1953, riteneva che il gioco fosse uno dei settori della vita sociale che del diritto hanno minor bisogno.
Ma forse c'era anche la volontà di sottrarre lo sport ad ogni forma di controllo dei pubblici poteri, come reazione al fascismo che ne aveva dato una connotazione totalmente pubblica.
In qualche modo, quindi, anticipando una sorta di *self-restraint* dell'ordinamento statale che si è verificato in alcuni momenti – ma solo in alcuni momenti – della nostra storia istituzionale.
Nonostante il silenzio della Carta fondamentale, non è stata però quasi mai messa in dubbio la costituzionalizzazione – in modo indiretto – dello sport nella sua dimensione collettiva.
Alcune disposizioni costituzionali potevano, e possono, riferirsi implicitamente ma chiaramente a tale fenomeno.
Ordinariamente, si richiamano, a tal fine, quelle di cui all'art. 2 e all'art. 18 Cost.
Superata l'interpretazione secondo cui la disposizione di cui all'art. 2 Cost. conterrebbe una norma meramente riassuntiva dei diritti inviolabili espressamente riconosciuti dalla Carta, parte della dottrina aderì all'impostazione per la quale essa dovesse interpretarsi quale "clausola aperta", ricomprendente anche situazioni giuridiche soggettive che, seppur fondamentali, non sono espressamente contemplate dalla Costituzione.
E ciò anche nel presupposto che, nella Costituzione medesima, nessun diritto fondamentale ha carattere assoluto, ma è contemperato con gli altri diritti, e l'esito del bilanciamento non può mai essere il sacrificio totale di uno dei valori in gioco (Marta Cartabia), altrimenti si darebbe luogo a una tirannia del valore, utilizzando il linguaggio di Carl Schmitt.
Con l'art. 2 la Carta costituzionale dava volto a una società plurale dove si ha piena valorizzazione e pieno rispetto della complessità sociale in tutte le sue sfaccettature, sia di soggetti singoli, sia delle più diverse formazioni sociali (Paolo Grossi).
In questo modo i Costituenti hanno voluto segnare un netto distacco rispetto alla concezione statalistica vigente nel regime fascista (Stelio Mangiameli).
Lo Stato, pur mantenendo la propria sovranità, riconosce nelle formazioni intermedie e nel pluralismo sociale una garanzia per lo sviluppo di una società democratica.
Tale impostazione è stata poi esplicitamente riconosciuta dalla Corte costituzionale – per quanto riguarda specificamente il fenomeno sportivo – nella decisione n.

160/2019, là dove si conferma la struttura pluralistica della Costituzione, "*orientata all'apertura dell'ordinamento dello Stato ad altri ordinamenti*".
In tal modo viene recepita la categoria dello «Stato costituzionale aperto» (Alessandra Di Martino), con il riconoscimento dell'ordinamento sportivo nazionale, a sua volta articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale.
Ed è noto, sul punto, che (Franco Modugno) tanto più l'ordinamento generale è ispirato al criterio democratico e pluralistico, tanto più la sussistenza di ordinamenti particolari nel proprio ambito è indice e garanzia della sua stessa realizzazione concreta.
Quanto all'art. 18 Cost., la libertà di associazione sportiva è un aspetto fondamentale del più generale diritto di associazione riconosciuto nei sistemi costituzionali democratici. (Paco D'Onofrio)
Lo sport è, del resto, un fenomeno ontologicamente associativo (Roberta Landi): la partecipazione a gruppi e associazioni sportive è considerata una forma di espressione collettiva che, nella società democratica, crea legami sociali e educa i cittadini al rispetto dei principi di uguaglianza e solidarietà.
Proprio in ragione del peso dell'associazionismo, la Corte costituzionale – con le due note decisioni in materia di giustizia sportiva – ha effettuato un bilanciamento tra il diritto di azione in giudizio e l'autonomia del fenomeno sportivo.

3. Il principio di sussidiarietà orizzontale e il pluralismo sociale

Molti anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la legge costituzionale n. 3/2001 modificò l'art. 118, comma 4, della Costituzione.
Ecco che, per la prima volta a livello costituzionale, fa capolino il principio di sussidiarietà e, in particolare per quanto concerne la sussidiarietà cosiddetta orizzontale, in alcuni settori, è consentita la sostituzione di soggetti all'amministrazione, nella cura di interessi generali (Enrico Del Prato).
Dopo che il principio è entrato in Costituzione, la sussidiarietà cessa di avere un valore esclusivamente politico e programmatico (Diego De Felice) e assume una valenza propriamente giuridica, in grado di conferire effettivi ed efficaci elementi di flessibilità al sistema.
Con la sussidiarietà orizzontale si viene a delineare un nuovo modello istituzionale, nel quale i cittadini non sono più soltanto i destinatari di poteri e funzioni affidate e gestite direttamente dallo Stato, ma divengono veri protagonisti in grado di generare e di conseguire direttamente, mediante la propria iniziativa autonoma, attività di interesse generale, tradizionalmente affidate a strutture pubbliche.
Tale disposizione – secondo la Corte costituzionale n. 131/2020 – ha inteso valorizzare l'originaria socialità dell'uomo, superando l'idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale.

È evidente la stretta connessione che intercorre tra gli artt. 2 e 18 e l'art. 118, comma 4: con la sussidiarietà si valorizzano ulteriormente le formazioni intermedie in un quadro pluralistico e democratico della società.
Orbene, le associazioni sportive sono portatrici di un interesse generale, così come vuole l'art. 118, comma 4: l'interesse allo sport.
Lo sport, in definitiva, integra un interesse il cui perseguimento, non riservato espressamente allo Stato, è consentito anche ai privati in forma associata, per le valenze educative, culturali, di tutela della salute e di promozione della coesione sociale, come poi sarebbe stato riconosciuto dal nuovo settimo comma dell'art. 33 Cost.

4. Gli effetti del principio di sussidiarietà

La prima conseguenza di questa impostazione è che, per dettato costituzionale, è necessario privilegiare scelte interpretative in favore delle associazioni sportive quali soggetti sussidiari.
Pertanto, la composizione dei conflitti fra l'ordinamento sportivo e quello statale non può avvenire attraverso la riduzione o la soppressione dell'autonomia riservata all'ordinamento sportivo.
Quindi, l'approccio che, per obbligo costituzionale, deve assumere l'ordinamento generale è quello del contemperamento degli interessi contrapposti e non quello dell'imposizione unilaterale.
Ciò implica la limitazione dell'intervento normativo dello Stato nella misura in cui l'effettiva tutela degli interessi da regolare possa essere compiutamente realizzata dall'autoregolamentazione sportiva.
In questo senso, solleva perplessità l'impostazione panpubblicistica che è stata seguita, non di rado, dalla dottrina – ma anche dagli autori – e dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio.
Quale è l'argomento fondamentale a sostegno di tale tesi? Che lo sport e, in particolare, il calcio si è trasformato per attendere oggi alla cura di rilevanti interessi sociali ed economici formalmente codificati dalla legge quali interessi pubblici; da ciò conseguirebbe la dimensione pubblicistica del fenomeno.
Al riguardo, ci permettiamo di osservare, sotto il profilo del metodo, che la rilevanza degli interessi non è necessariamente indice di pubblicità. In sostanza se l'interesse è rilevante, non diventa per ciò solo interesse pubblico. Diventa interesse pubblico solo quando l'ordinamento lo qualifica come tale.
E, nel nostro caso, le funzioni delle federazioni hanno carattere privato, con alcune eccezioni espressamente previste.
E qui vale l'insegnamento di Angelo Falzea, secondo cui il giuridico non è un dato ontologico del fatto, ma il risultato dell'immissione del fatto nel circuito di significati, valori ed effetti dell'ordinamento.

L'opzione pubblicistica tende a riassorbire completamente lo sport come fenomeno giuridico all'interno della dimensione statuale, in contrasto con le norme costituzionali e comporta la soppressione o comunque una forte riduzione dell'autonomia del movimento sportivo, che finisce per essere assorbito e non integrato nell'ordinamento generale, vanificando la sua autonomia e riducendo, sostanzialmente, l'ordinamento sportivo ad una branca dello Stato apparato.
La verità è – come è stato detto – che nel sistema calcistico si è insinuato il germe della politica (Laura Santoro), con il disegno di un legislatore statalista, che si muove nella direzione di ridurre sempre più gli spazi di autonomia dell'ordinamento sportivo.
Si veda ad esempio, da ultimo, l'art. 2 del decreto-legge n. 71/2024, istitutivo di una Commissione per la verifica dell'equilibrio economico e finanziario delle società sportive professionistiche, sostitutiva della Co.Vi.So.C., istituita presso la FIGC.
Tale normativa contiene delle disposizioni lesive del principio di autonomia dell'ordinamento sportivo perché le stesse impediscono alla FIGC di svolgere in modo autonomo i compiti di rilascio delle licenze nazionali.
In questo senso, la Corte federale d'appello, in una recente decisione (CFA, SS.UU. n. 93/2025-2026) ha ritenuto che l'innesto di un organismo esterno nel circuito decisionale federale rischia di alterare la fisionomia stessa del sistema dei controlli economico-finanziari, introducendo un elemento di eterodeterminazione che potrebbe rivelarsi incompatibile con la struttura pluralistica dell'ordinamento costituzionale, nella quale la sfera sportiva gode di una legittimazione autonoma e originaria, non riducibile a mera articolazione dell'apparato amministrativo statale.
In sostanza, per usare le espressioni di Santi Romano, in tal modo l'ordinamento sportivo diviene una pertinenza, dell'ordinamento generale, elemento integrante del suo sistema, o, al più, un suo satellite.

5. Sussidiarietà e fonti del diritto: il diritto dei privati

La sussidiarietà riguarda anche, e forse soprattutto, il sistema delle fonti del diritto.
Come è stato osservato (Pietro Perlingieri, Andrea Lepore) la sussidiarietà abilita la fonte più adatta nella regolazione di determinate materie e riconosce tale funzione anche all'autonomia negoziale, che concorre con gli atti promananti da poteri autoritativi a definire l'assetto delle fonti del diritto.
In questa prospettiva, il principio di sussidiarietà rappresenta un criterio di sistemazione delle fonti; attraverso tale principio nasce una fonte non formale, andando oltre la previsione di cui all'art. 1 delle preleggi: anche soggetti privati possono essere produttori di norme.
Da tempo, alla nozione formale di fonti del diritto se ne è aggiunta una materiale, frutto della perdita da parte della legge della stabilità di un tempo, della necessità di regolamentare attraverso criteri di alta tecnicità, della sfumata linea di confine tra

fonti e non fonti.
Quando la sussidiarietà abilita la fonte privata con preferenza rispetto alla legge, non soltanto la legge non può intaccare il contenuto delle norme private ma, soprattutto, le norme private operano con forza assimilabile a quella della norma sugli ulteriori atti di autonomia regolati dalla fonte privata (Pasquale Femia).
Preso sul serio – come è stato detto – non come mero programma di filosofia pubblica ma come norma giuridica, il principio di sussidiarietà opera sul piano dei criteri ordinatori delle fonti del diritto: esso è, al pari di gerarchia e competenza, norma sulla produzione giuridica.
Riecheggia, quindi, l'insegnamento di Widar Cesarini Sforza che parlava di spontaneità creatrice della coscienza giuridica degli ordinamenti presenti all'interno dell'ordinamento generale.
L'Autore ha distinto con chiarezza il diritto dei privati – ossia il diritto che i privati producono autonomamente nelle proprie relazioni – dal diritto privato – ossia il diritto che lo Stato detta in ordine ai rapporti tra soggetti privati.
Si tratta di due fenomeni giuridici concettualmente distinti, che coesistono e interagiscono ma che non si identificano: il primo è espressione della capacità normativa originaria dei privati, il secondo della funzione regolatrice dell'ordinamento statale.
Senonché, su questo punto, gli autori ritengono che le regole sportive siano espressione di diritto obiettivo, e dunque siano generate da un soggetto normatore, e non costituiscano norme giuridiche espressione di diritto subbiettivo, trovanti origine dunque in una volontà negoziale.
Ci permettiamo, sul punto, di esprimere una valutazione parzialmente diversa.

6. L'art. 1322, comma 2, cod. civ.

Gli autori, citando il compianto amico Alberto Romano, fanno riferimento all'art. 1322, comma 2, cod. civ., e al concetto di meritevolezza ivi previsto, a sostegno della circostanza che il diritto dei privati non possa contrastare con il diritto privato.
Il tema è molto delicato e – anche in questo caso – ruota intorno ad un problema di teoria generale: le regole dell'ordinamento sportivo possono incidere sulla validità di un contratto davanti al giudice dello Stato?
Prescindiamo, ovviamente, in questa sede dal trattare analiticamente il tema della meritevolezza e il suo rapporto con la categoria della liceità – su cui ha scritto, tra gli altri, Stefano Polidori – e concentriamoci sul ruolo che può svolgere l'art. 1322, comma 2, cod. civ. nell'ambito del diritto sportivo.
Orbene, la giurisprudenza della Cassazione – da quasi mezzo secolo, cioè dalla sentenza n. 4845/1981- afferma che la inidoneità di un contratto a realizzare nell'ordinamento sportivo la propria funzione economico-sociale – perché concluso in violazione di particolari prescrizioni da quell'ordinamento dettate a pena di nullità

– comporta la nullità pure nell'ordinamento statale per inidoneità funzionale della sua causa.

In sostanza, la Cassazione ritiene che le violazioni dei regolamenti sportivi si riflettano sulla validità del contratto anche per l'ordinamento dello Stato, poiché, seppure esse non ne determinano direttamente la nullità per violazione di norme imperative, incidono necessariamente sulla funzionalità del contratto medesimo e, in particolare, sulla sua idoneità a realizzare un interesse meritevole di tutela, secondo l'ordinamento giuridico.

In questo modo, la rilevanza delle regole sportive fuoriesce dall'ordinamento sportivo per costituire un parametro utile a sindacare la validità dei contratti davanti ai giudici statali.

Emerge chiara, dunque, la volontà di instaurare un collegamento tra l'ordinamento giuridico generale e quello sportivo, e il giudizio di cui all'art. 1322, comma 2, c.c. opera così come «cerniera» tra i due ordinamenti (Pasquale Femia).

Ma è evidente che, in tal modo, l'uso dell'art. 1322 c.c. come clausola generale per sanzionare la violazione di regole sportive interne, determina una sostanziale equiparazione tra norme federali e norme imperative dell'ordinamento statale.

I principi di razionalità, equità e organizzazione negoziale propri dello sport vengono quindi a riempire di contenuto sostanziale la valutazione di meritevolezza operata dal giudice statale.

In questo modo (Matilde Ratti) la meritevolezza non è impiegata per verificare se l'assetto di interessi concretamente programmato dalle parti sia coerente con i valori dell'ordinamento, ma per riconoscere effetti a un contratto interno al sistema sportivo.

Se, dunque, le fonti private operano con la stessa forza della legge in virtù dell'autonomia privata e del principio di sussidiarietà, si comprende quale sia la vera natura dei regolamenti federali e si supera il conflitto interpretativo tra chi li riconduce a norme giuridiche sulla base del principio della pluralità degli ordinamenti e chi li riconduce ad atti dell'autonomia privata. In ogni caso, siamo in presenza di norme giuridiche in senso proprio.

Sappiamo bene che gran parte della dottrina tradizionale afferma, invece, che le norme sportive, in quanto espressione di un potere spettante a qualsiasi istituzione privata, non potrebbero essere assimilate alle norme giuridiche.

Ma a noi sembra che il principio di sussidiarietà superi questa obiezione, riconoscendo ai regolamenti sportivi l'attitudine a esprimere discipline che abbiano caratteri di norme giuridiche: dunque gli atti di autonomia regolamentare – secondo la costante giurisprudenza della Cassazione – valgono per i singoli contratti come vere e proprie norme imperative, la cui violazione è causa di nullità del contratto.

7. È ancora attuale la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici?

ISSN 2036-7821

L'impostazione che fa leva sulle basi costituzionali del fenomeno sportivo e, in particolare, sul principio di sussidiarietà – dal nostro punto di vista – prescinde consapevolmente dal tema su cui c'è stato un amplissimo dibattito: il fenomeno sportivo assume le caratteristiche di un ordinamento giuridico in senso proprio?
È nota, al riguardo, l'opinione secondo cui la sussidiarietà non rafforza il modello del pluralismo degli ordinamenti ma ne provoca, al contrario, il definitivo superamento (Pasquale Femia).
In realtà, non siamo completamente convinti che occorra contrapporre il principio di sussidiarietà a quello della pluralità degli ordinamenti, poiché l'esito conseguente e caratterizzante di entrambe le impostazioni è il medesimo: la produzione di norme giuridiche, in senso proprio, da parte di un gruppo organizzato.
Tale contrapposizione di orientamenti è probabile che tenga esclusivamente conto della teoria degli ordinamenti giuridici – nelle sue accezioni più estreme – di radicale separatezza tra i due ordinamenti.
Tale rigida separazione non solo non si può condividere ma non sembra essere stata fatta propria neanche dai sostenitori della teoria della pluralità, che non negano l'unità dell'ordinamento (Santi Romano, Widar Cesarini Sforza, Aldo Sandulli).
La pluralità non contrasta, quindi, con l'unitarietà sostanziale del sistema giuridico.
Si tratta, perciò, di ammettere il dialogo o, meglio, il raccordo tra ordinamenti.
In ogni caso l'impostazione non sembra tener conto del ruolo storico che ha avuto la teoria romaniana al fine di affermare la giuridicità delle regole sportive. Teoria nei confronti della quale il principio di sussidiarietà si pone probabilmente non in termini di superamento ma di perfezionamento.
Quindi tale principio, se non rafforza la teoria della pluralità degli ordinamenti, certamente non la supera e ne costituisce l'evoluzione.
Entro questi limiti può condividersi l'opinione secondo cui, per salvare il mondo dello sport dalle ingerenze dello Stato, è sufficiente la riserva costituzionale di libertà e autonomia privata a favore delle associazioni sportive (Leonardo Ferrara)
Ma se questo è vero, ciò vuol dire che il problema non è tanto quello della qualificazione del sistema sportivo quale ordinamento giuridico in senso proprio ma di come l'ordinamento giuridico generale si rapporta con il fenomeno sportivo e, quindi, quale sia il suo livello di autonomia.
Pertanto, probabilmente, non è decisivo chiedersi – tanto più alla luce del nuovo settimo comma dell'art. 33 Cost – se la Costituzione preveda o meno l'esistenza di un ordinamento giuridico sportivo in senso proprio.
E ciò perché, occorre prendere atto che il fenomeno sportivo – quantomeno nella sua dimensione collettiva – integra, comunque, un diritto fondamentale costituzionalmente garantito, ai sensi degli artt. 33, 2 e 18 Cost. ma anche in relazione al principio di sussidiarietà previsto dall'art. 118, comma 4.
In ogni caso, se anche si volesse assumere una prospettiva ordinamentale,

ISSN 2036-7821

l'ordinamento sportivo non potrebbe in ogni caso configurarsi alla stregua di qualsiasi altro ordinamento "di settore" (contra: Giuseppe Manfredi), perché esso, come si è visto, assume peculiari caratteri di rilevanza e autonomia, attribuiti dalla Costituzione.

Inoltre, esso si caratterizza per la sua dimensione "superstatale" o se si preferisce "transnazionale", come riconosciuto espressamente dall'art. 1, comma 1, della legge n. 280/2003, secondo cui: "*La Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale*".

Tanto che, com'è noto, si parla da tempo di "lex sportiva" come l'insieme di regole delle varie federazioni, nazionali, europee ed internazionali, universalmente accettate, idonee a disciplinare, eventualmente anche in via autonoma, i rapporti sportivi.

Questa è, del resto, la posizione della Corte costituzionale allorché, nella sentenza n. 49/2011, ha affermato che l'ordinamento sportivo è uno dei più significativi ordinamenti autonomi, escludendo, quindi, che possa essere considerato alla stregua di qualsiasi altro ordinamento "di settore".

In sostanza, se è vero che lo Stato si pone in una posizione di preminenza rispetto al (particolare) ordinamento sportivo, è anche vero che non si tratta di un ordinamento settoriale come tanti altri, ma di un ordinamento dai caratteri del tutto peculiari che trovava indiretto (o implicito) riconoscimento nella Costituzione e oggi un esplicito riconoscimento nell'art. 33, ultimo comma.

Che lo Stato mantenga una posizione di preminenza formale è cosa diversa dall'assorbire lo sport nell'apparato pubblico: il punto è che quella preminenza non giustifica la soppressione dell'autonomia.

Per tali ragioni, da tempo, è stato autorevolmente riconosciuto (Massimo Severo Giannini) che gli ordinamenti sportivi occupano un "*posto a sé, di sommo interesse, per il loro carattere diffuso, per la loro superstatalità, e per la penetrante effettività di talune misure e atti giuridici che vengono posti in essere nel loro ambito*".

8. Considerazioni conclusive

Il volume di Clemente di San Luca, Martini e Paladino offre un'occasione preziosa per ripensare la questione della giuridicità delle regole dello sport.

Il percorso argomentativo sin qui tracciato conduce, a nostro avviso, alla conclusione secondo cui la giuridicità delle regole sportive non necessita di essere dimostrata attraverso la previa qualificazione del fenomeno sportivo come ordinamento giuridico.

Essa discende direttamente dall'architettura costituzionale e dal principio di sussidiarietà che, operando come norma sulla produzione giuridica, abilita l'autonomia regolamentare delle istituzioni sportive a produrre norme dotate di

ISSN 2036-7821

forza vincolante assimilabile a quella della legge.
In questa prospettiva, in qualche modo, il problema muta natura: si tratta di definire le forme e i limiti del raccordo tra la dimensione autoregolamentare dello sport e l'ordinamento giuridico generale.
Ed è proprio su questo terreno che si aprono le questioni più rilevanti per il futuro.
La prima questione è che la crescente permeabilità dello sport alla dimensione economico-finanziaria – ben nota agli autori – pone indubbiamente l'urgente necessità da parte della Federazione di adeguare le proprie regole associative al fine di governare al meglio una realtà che ha assunto i tratti di un settore economico di primaria importanza.
È questo, probabilmente, il banco di prova più severo per la tenuta del modello sussidiario applicato al fenomeno sportivo: la sua capacità di dimostrare che l'autoregolamentazione, lungi dall'essere un privilegio corporativo, è in grado di produrre norme all'altezza della complessità del fenomeno che è chiamata a governare.
La seconda questione investe il rapporto tra autoregolamentazione sportiva e tutela dei diritti fondamentali della persona e, quindi, più puntualmente, il tema della giustizia sportiva.
Se il principio di sussidiarietà abilita le istituzioni sportive a produrre norme giuridiche in senso proprio, ne discende che tali norme devono rispettare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale.
L'autonomia sportiva, per quanto costituzionalmente fondata, non può tradursi in uno spazio sottratto al sindacato sui diritti inviolabili.
A distanza di oltre un secolo dall'intuizione romaniana, la sfida è quella di costruire un assetto che coniughi l'effettività dell'autoregolamentazione sportiva con la garanzia dei diritti fondamentali, senza cedere né alla tentazione statalistica di riassorbire lo sport nell'apparato pubblico, né a quella di un'autonomia che, irrigidendosi in chiave autoreferenziale, finisca per precludere la tutela delle situazioni soggettive che meritano garanzia effettiva.
Un equilibrio che richiede non soltanto la sapiente opera del legislatore – federale e nazionale – e del giudice, ma anche una dottrina disposta a rimettere in discussione le proprie categorie di fronte alla trasformazione profonda del fenomeno che è chiamata a comprendere.
Sul tema della giustizia sportiva, resta sullo sfondo, ovviamente, la decisione che, dopo due ordinanze di rimessione del TAR Lazio – le ennesime, per la verità – assumerà tra qualche giorno la Corte di giustizia dell'Unione europea (cause riunite C-424/24 e C-425/24) (Alessandro Rosario Rizza).
Questione sulla quale chi parla – *ratione officii* – non ritiene opportuno esprimere alcuna valutazione.
Siccome però il TAR prospetta e sospetta anche che il giudice sportivo non avrebbe i

requisiti di terzietà, imparzialità e indipendenza, vorrei essere chiaro su questo punto: in tutta la mia attività di Presidente della Corte federale della FIGC non ho mai subìto – mai, in nessuna forma, da nessuna parte – la benché minima pressione per indirizzare una decisione in un senso o nell'altro.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

CARNELUTTI, F., *Figura giuridica dell'arbitro sportivo*, Riv. dir. proc., 1953, p. 20.
CARTABIA, M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, www.cortecostituzionale.it (2013).
CESARINI SFORZA, W., *Il diritto dei privati*, Milano, 1963.
DE FELICE, D., *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008.
DEL PRATO, E., *Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato*, Giustizia civile, n. 2, 2014.
DI MARTINO, A., *Gli itinerari costituzionali del territorio: una prospettiva comparata*, www.aic.it (2012).
D'ONOFRIO, P., *Il riconoscimento dello sport nella Costituzione: maggior autonomia o implicita limitazione funzionale per le istituzioni sportive*?, in Diritti e Costituzione all'alba del terzo millennio, Liber Amicorum per Roberto Nania, Giappichelli, 2025, p. 279 ss.
FALZEA, A., *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985.
FEMIA, P., *Due in uno. La prestazione sportiva tra pluralità e unitarietà delle qualificazioni*, in AA.VV., Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico, ESI, Napoli, 2009, p. 235.
FERRARA, L., *L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, Diritto pubblico, 2007.
FURNO, C., *Note critiche in tema di giochi, scommesse ed arbitraggi sportivi*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1952, p. 619.
GIANNINI, M. S., *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, Riv. dir. sport., 1949.
GROSSI, P., *La Costituzione italiana quale espressione di una società plurale*, www.cortecostituzionale.it (2017).
LANDI, R., *Associazioni sportive, servizi alla persona e sfide economiche*, Rassegna di diritto e economia dello sport, 2018, n. 2.
LEPORE, A., *Fenomeno sportivo e autonomia privata nel diritto italiano ed europeo*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, 2015, n. 2 bis, p. 134 ss.
MANGIAMELI, S., *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dogmatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, www.consultaonline.it, 2005.
MANFREDI, G., *Gruppi sportivi e tutela endoassociativa*, Giur. cost., fasc. 1, 2011, p. 688, nota a Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 49.

MODUGNO, F., *Pluralità degli ordinamenti*, Enciclopedia del diritto, XXXIV, 1985.
PERLINGIERI, P., *Fonti del diritto e ordinamento del caso concreto*, Riv. dir. priv., n. 4, 2010, p. 7 ss.
POLIDORI, S., *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale. Spunti ricostruttivi, profili applicativi*, Annali della SISDiC, 1/2017.
RATTI, M., *Il vaglio di meritevolezza quale dubbio strumento di delimitazione dell'area di influenza dell'ordinamento statuale sulle regole sportive*, Rivista di diritto sportivo, 2025, p. 172–186.
RIZZA, A. R., *La sanzione disciplinare sportiva tra autonomia ordinamentale e garanzie del giusto processo (attendendo la Corte di giustizia nelle cause riunite C-424/24 e C-425/24)*, www.judicium.it, 2025.
ROMANO, A., *L'ordinamento giuridico di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, Dir. amm., fasc. 2, 2011.
ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946 (rist. II ed., 1967).
SANDULLI, A., *Dialogo tra le Corti e tutela dei diritti nella crisi del pluralismo costituzionale: la teoria ordinamentale alla prova europea*, in Atti del Convegno Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano, Editoriale Scientifica, 2019.
SANTORO, L., *Sport, mercato e istanze sociali nei contingenti rapporti di forza*, in Scritti di diritto sportivo in onore di Giuseppe Liotta, Palermo University Press, 2024, vol. II, p. 961 ss.
TORSELLO, M. L., *Giurisdizione statale e giustizia sportiva*, Rassegna di diritto ed economia dello sport, 2024, p. 353 ss.

La Carta Di Benevento

Si segnala la recente adozione della c.d. "**Carta di Benevento**", documento elaborato, nell'ambito di un Progetto di ricerca di interesse nazionale (PRIN), all'esito di un percorso innovativo e di un ampio dibattito tra studiose e studiosi, esperte ed esperti di diverse discipline scientifiche e ambiti professionali.

La Carta propone principi per l'impiego dell'Intelligenza Artificiale (AI) in relazione ai beni e alle attività dei patrimoni culturali, un ambito nel quale l'utilizzo di AI tocca le corde profonde dell'umano, peculiari e proprie della specie, tra quelle che maggiormente la distinguono da altre forme di vita conosciute, e può incidere sulle persone, sulle comunità, sui gruppi, agendo su credenze, convinzioni e comportamenti.

La Carta si esprime su alcuni temi rilevanti per l'impiego di AI in relazione ai patrimoni culturali, esaminando motivatamente le questioni che riguardano le **Decisioni, l'Affidabilità e la Digitalizzazione, la Creazione, il Riuso degli elementi immateriali e delle conoscenze, l'Educazione all'AI, la Sostenibilità e l'Accessibilità, il Pluralismo culturale e linguistico.**

Il documento completo è disponibile al seguente link:
https://www.unisannio.it/it/content/carta-di-benevento

ISSN 2036-7821