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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

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

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

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2026

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.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

FASCICOLO N. 2/2026

SOMMARIO

1. **L'algoritmo nello specchio del paesaggio.**
di Ugo Patroni Griffi……pag. 534
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

2. **La libertà educativa in Spagna: educazione differenziata, diritti dei genitori e superiore interesse del minore.**
di Víctor Moreno Soler ……pag. 562

3. **Il tempo nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici e nel contenzioso in materia elettorale.**
di Renata Spagnuolo Vigorita……pag. 587

4. **El deber policial de protección y la coacción policial como deber en España. Especial referencia a las zonas de seguridad como alternativa al uso de las armas.**
di David Antonio Cuesta Bárcena……pag. 601

5. **Amministrazione algoritmica: l'accesso al codice sorgente dal punto di vista del diritto spagnolo.**
di Federica Costagliola ……...pag. 640
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

ISSN 2036-7821

6. **Il ruolo delle Zone Economiche Speciali nell'era del coordinamento fiscale internazionale.**
di Salvatore Villani……...pag. 661

7. **Riflessioni sul futuro della disciplina europea dei settori speciali a margine del documento del Parlamento europeo sulle prossime direttive.**
di Paolo Clarizia……pag. 689

8. **Convenzioni urbanistiche: cessione delle aree come 'diritto' e sua imprescrittibilità.**
di Paolo Cotza……..pag. 709

9. **La Finanza di progetto a seguito della sentenza interpretativa della Corte di Giustizia.**
di Luca Giovanni Maria Ancora……pag. 771

10. **Crisi d'impresa e concorrenza: obiettivi convergenti o contrastanti?**
di Federico Mastromattei……pag. 803

11. **Diritto di difesa e protezione del know-how nei contratti pubblici: le due "anime" dell'accesso documentale al vaglio del Consiglio di Stato.**
di Emanuela Guarino……...pag. 841

12. **I nuovi paradigmi premiali dell'autonormazione nel progetto di riforma del "decreto 231".**
di Francesco Marzullo……..pag. 853

ISSN 2036-7821

13. **Il potere amministrativo alla prova del tempo: limiti temporali, affidamento e carattere (in)esauribile dell'autotutela amministrativa.**
di Henrik Thomas Luchetti……pag. 876

14. **Intelligenza artificiale e governo del territorio: i limiti intelligenti alla proprietà edilizia.**
di Emma Scapino……pag. 896
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

15. **L'autolimite algoritmico alla pubblica amministrazione.**
di Valentina Galliano……...pag. 914
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

ISSN 2036-7821

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'algoritmo nello specchio del paesaggio

di Ugo Patroni Griffi

(Professore ordinario di Diritto commerciale presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro)

Sommario

1. Introduzione e cornice costituzionale; 2. La discrezionalità tecnica delle Soprintendenze: garanzia o freno? 3. Il gemello digitale come infrastruttura cognitiva della decisione amministrativa; 4. L'intelligenza artificiale come strumento di oggettivazione della discrezionalità; 5. Il contesto portuale come banco di prova paradigmatico; 6. Verso un nuovo modello di governo del paesaggio; 7. Conclusioni.

Abstract

This essay examines the contribution that artificial intelligence and digital twin technology can make to resolving the conflict—a structural one in the Italian legal system—between landscape protection and sustainable development, with particular regard to port infrastructure. Drawing on the 2022 constitutional reform (Constitutional Law 1/2022) and the resulting amendment to Article 9 of the Constitution, it analyzes how the mandate to "balance" interests, imposed by the Constitutional Court and reflected in recent administrative case law, can find algorithmic support as a tool for objectifying the technical discretion of Superintendencies. Within this framework, the analysis develops and coordinates the issues of landscape protection in port contexts, where the conflict between infrastructural specialty and general landscape constraints takes on unique connotations, already explored in the study dedicated to that specific criticality.

ISSN 2036-7821

1. Introduzione e cornice costituzionale.

Un ingegnere sposta il cursore su un isolato del Jordaan, il cuore storico di Amsterdam. Il tetto numero 4.512 lampeggia rosso sullo schermo: orientamento perfetto, esposizione a sud, superficie adeguata, ma visibile dal ponte. Pannelli solari esclusi. L'operatore passa al palazzo accanto. Verde. Edificio anni Sessanta, tetto piatto, nessun vincolo storico o percettivo. L'analisi è durata tre secondi. Amsterdam deve trovare spazio per circa 1.600.000 pannelli solari entro il 2030, con un *target* dichiarato di 550 megawatt di capacità installata[1].

Un algoritmo denominato «3D BAG» (acronimo di «3D Basisregistratie Adressen en Gebouwen»), sviluppato dalla Technische Universiteit Delft, ha analizzato i modelli tridimensionali di tutti i 10 milioni di edifici dei Paesi Bassi, calcolando per ciascun tetto con superficie superiore a 20 m² la pendenza, l'orientamento, la superficie netta, l'effetto ombre generato da campanili, edifici vicini e alberi, la capacità della rete elettrica locale e la distanza dai trasformatori. Ventimila tetti simulati in un pomeriggio. Il risultato: 15,7 km² di superficie idonea nella sola Amsterdam, un potenziale per 3,25 milioni di pannelli, quasi il doppio del *target* fissato dall'amministrazione comunale[2].

Questa scena non appartiene alla fantascienza ma alla prassi amministrativa corrente di una città europea che ha scelto di affrontare il conflitto tra conservazione del patrimonio urbano e transizione energetica attraverso l'oggettivazione algoritmica della decisione. Il caso di Amsterdam costituisce un paradigma di straordinaria attualità per il giurista italiano, perché pone in forma concreta e misurabile la medesima tensione che attraversa il nostro ordinamento dopo la riforma costituzionale del 2022: come contemperare la tutela del paesaggio con lo sviluppo sostenibile, senza sacrificare l'uno all'altro e scongiurando che la composizione del conflitto sia affidata alla sola sensibilità soggettiva del funzionario preposto alla tutela del vincolo. La vicenda dei rapporti tra tutela del paesaggio e tutela dell'ambiente ha attraversato, nel nostro Paese, fasi successive. Da una iniziale sovrapposizione concettuale e terminologica, si è giunti oggi a una complementarità che sfocia talora in aperto conflitto, specie laddove l'ambiente declinato come «protezione» si scontra con l'ambiente declinato come «produzione» di energia pulita[3].

---

[1] I dati sul progetto fotovoltaico di Amsterdam (target 2030 di 550 MW, 1.600.000 pannelli) sono tratti dal Piano Energetico del Comune di Amsterdam (Energiestrategie 2020-2050) e dai rapporti annuali dell'Amsterdam Smart City programme.

[2] Sul progetto 3D BAG della TU Delft, v. research.tudelft.nl/en/datasets/3d-bag e https://www.gim-international.com/content/article/3dbag-automatically-generated-3d-models-of-10-million-buildings. Per una trattazione dello stato dell'arte nella gestione digitale dei terminal portuali, v. L. HEILIG - R. STAHLBOCK - S. VOß, *From Digitalization to Data-Driven Decision Making in Container Terminals*, in *Decision Support Systems*, 2019.

[3] S. AMOROSINO, *La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 261 ss., che evidenzia il passaggio dalla originaria «convergenza» al conflitto tra tutela del paesaggio e interventi per la transizione energetica, sottolineando l'affiancamento dell'ambiente

ISSN 2036-7821

Questa tensione si manifesta con speciale intensità nelle aree portuali, che per definizione insistono sulla fascia costiera soggetta – fin troppo frequentemente[4] - al vincolo paesaggistico ex art. 142, co. 1, lett. a), del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42). Il porto è al tempo stesso infrastruttura strategica, motore di sviluppo economico e nodo della transizione energetica, ma è anche - e in pari misura - elemento del paesaggio costiero, con le sue specificità identitarie e culturali. Il conflitto tra la logica della specialità infrastrutturale portuale e quella della generalità del vincolo paesaggistico rappresenta, come si è efficacemente scritto in sede di studio dedicato, un «nodo gordiano» che l'ordinamento italiano non ha ancora definitivamente sciolto[5].

La legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, ha inserito nell'art. 9 della Costituzione un terzo comma di portata sistematica: «[La Repubblica] tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni»[6]. La novella non si è limitata ad aggiungere un nuovo oggetto di tutela accanto al paesaggio e al patrimonio storico-artistico già presidiati dal secondo comma dell'art. 9. Essa ha operato una riconfigurazione del quadro assiologico della Carta fondamentale, collocando la dimensione ecologica tra i principi fondamentali della Repubblica e imprimendo all'intero ordinamento un vincolo finalistico orientato alla sostenibilità intergenerazionale. La clausola "anche nell'interesse delle future generazioni" non è mera retorica costituzionale, ma esprime un parametro di legittimità delle scelte legislative e amministrative, come confermato dalla giurisprudenza costituzionale e dalla più recente riflessione dottrinale. Alla luce del nuovo art. 9 Cost., letto in continuità con l'orientamento che qualifica l'ambiente come valore primario ma non gerarchicamente assoluto, spetta al legislatore e al giudice operare un contemperamento caso per caso tra la tutela dell'ambiente – anche nell'ottica intergenerazionale – e gli altri diritti e interessi costituzionalmente

«produzione» all'ambiente «protezione». Per la prospettiva storica dell'evoluzione del concetto di paesaggio, v. A. PREDIERI, *Paesaggio (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXXI, 1981, 503 ss. Sull'impatto della recente riforma costituzionale, v. F. ALBIONE, *I nuovi equilibri giuridici tra ambiente e paesaggio sullo sfondo della transizione ecologica*, in *Riv. giur. edilizia*, 2023, 231 ss. Per un'analisi della nozione di paesaggio come «forma del territorio» che incorpora la dimensione percettiva e identitaria, v. P. CARPENTIERI, *Natura giuridica del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 1 ss.

[4] In alcuni casi le aree sono sottratte al vincolo ai sensi dell'art. 142, co. 2, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42

[5] In argomento mi sia concesso di rinviare a U. PATRONI GRIFFI - T. VESPASIANI, *La questione della tutela paesaggistica nei porti: una criticità ancora irrisolta*, DPERAS, 2025, p. 1 ss.

[6] L. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, in G.U. n. 44 del 22 febbraio 2022. In arg. cfr. M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 2022, 127 ss.; G. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, 1 ss.; T. MONTANARI, *Costituzione italiana: articolo 9*, Nuova edizione aggiornata, Roma, 2025; M. CARTABIA -- N. LUPO, *The Constitution of Italy. A Contextual Analysis*, Oxford, Hart, 2022, 89 ss.; G. SEVERINI - P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in Giustiziainsieme.it, 2021. Per un inquadramento del paesaggio come «valore primario» già prima della riforma, v. Corte cost., sent. 14 dicembre 2007, n. 367 in *Giur. cost.*, 2007, 4075 con note di D. TRAINA, *Il paesaggio come valore costituzionale assoluto*, *ivi*, 4108 ss.; E. FURNO, *La Corte costituzionale «salva» la cogestione in materia paesaggistica, ma non scioglie il nodo dei rapporti tra stato e regioni*, *ivi*, 4119 ss.

ISSN 2036-7821

protetti[7]. Contestualmente, la medesima riforma ha novellato l'art. 41 della Costituzione, aggiungendo tra i limiti all'iniziativa economica il divieto di recar danno «all'ambiente» e precisando che i programmi di indirizzo e coordinamento dell'attività economica devono perseguire anche «fini ambientali». La lettura congiunta degli artt. 9 e 41 nella loro nuova formulazione delinea un quadro in cui la tutela dell'ambiente non è più un interesse settoriale affidato alla legislazione ordinaria, ma un principio strutturale dell'ordinamento che condiziona tanto l'esercizio dei diritti economici quanto l'azione amministrativa in materia di governo del territorio[8].

È essenziale comprendere che il novellato art. 9 non introduce una gerarchia tra ambiente e paesaggio. Non stabilisce che la transizione energetica prevalga sulla conservazione del patrimonio paesaggistico e culturale, né il contrario. Ciò che impone è un contemperamento continuo tra interessi costituzionali pari ordinati, un bilanciamento che non può essere risolto una volta per tutte in astratto ma deve essere operato caso per caso, con riguardo alle specificità del contesto territoriale, alla natura dell'intervento progettato e alle alternative concretamente praticabili[9]. Il legislatore costituzionale ha compiuto una scelta di metodo prima ancora che di merito: ha rifiutato la logica della prevalenza automatica e ha imposto quella della composizione ragionata. In questo senso, la riforma del 2022 non ha semplicemente «aggiunto l'ambiente» ai principi fondamentali, ma ha modificato la struttura stessa del giudizio di bilanciamento, rendendo costituzionalmente illegittimo qualsiasi approccio che sacrifichi integralmente uno dei due valori senza neppure verificare la possibilità di una composizione[10].

---

[7] A. BARTOLINI, *Dilemmi amministrativi e innovazione tecnologica*, in *Dir. amm.*, 2025, 677 ss., spec. 714 ss.

[8] Per l'inquadramento sistematico della riforma degli artt. 9 e 41 Cost. e la sua incidenza sull'azione amministrativa, v. F. ALBIONE, *I nuovi equilibri giuridici tra ambiente e paesaggio sullo sfondo della transizione ecologica*, cit., 231 ss. Sul nesso tra riforma costituzionale e principio di proporzionalità nelle valutazioni paesaggistiche, cfr. altresì M. SANTINI, *Ambiente e paesaggio tra conflitti valoriali ed istituzionali*, in *Urb. e app.*, 2020, 301 ss., che già prima della riforma individuava nella tecnica del bilanciamento in concreto lo strumento necessario per comporre il conflitto tra interessi di pari rango costituzionale.

[9] Secondo l'interpretazione di Giancarlo Montedoro in (G. MONTEDORO, *Costituzione ed ambiente. Effetti sulla divisione dei poteri di una riforma costituzionale largamente condivisa*, 14 marzo 2022, in apertacontrada.it) infatti, la valutazione degli interessi dovrebbe essere fatta su ogni singolo progetto di trasformazione in rapporto allo "specifico" paesaggio

[10] Il principio è enunciato con chiarezza da Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, in *Riv. giur. ed.*, 2022, *1480,* secondo cui «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, ma non ne legittima una concezione 'totalizzante' come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato - dal legislatore nella statuizione delle

ISSN 2036-7821

In questa prospettiva, la più recente dottrina amministrativistica ha efficacemente chiarito che nella Costituzione «non esistono diritti tiranni» e che valori come tutela del patrimonio culturale, ambiente e transizione ecologica non possono essere concepiti come interessi assolutamente prevalenti, ma devono essere perseguiti in un rapporto di integrazione reciproca[11]. Bisogna dunque abbandonare *tanto* la tentazione di una gerarchia rigida, *quanto* la rassicurante ma inefficiente logica del bilanciamento solo «caso per caso», spostando il baricentro verso un bilanciamento preventivo in sede di pianificazione e programmazione, nel quale i conflitti tra paesaggio, fonti energetiche rinnovabili e sviluppo sostenibile siano affrontati *ex ante* secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza[12].

È in questo contesto normativo rinnovato che il bilanciamento tra tutela del paesaggio, produzione di energia da fonti rinnovabili e sviluppo sostenibile è diventato il terreno elettivo del conflitto amministrativo. L'installazione di pannelli fotovoltaici (anche sugli edifici) - segnatamente in aree sottoposte a vincolo paesaggistico - rappresenta oggi il banco di prova più frequente e più problematico di tale bilanciamento, come dimostra l'imponente contenzioso sviluppatosi dinanzi ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato negli ultimi anni. La materia è attraversata da una contraddizione strutturale: da un lato l'ordinamento qualifica gli impianti da fonti rinnovabili come opere di pubblica utilità, indifferibili e urgenti, ne promuove la diffusione attraverso incentivi economici e semplificazioni procedimentali, e ne riconosce la funzione strategica ai fini del raggiungimento degli

---

norme, dall'Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo - secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza». In senso conforme, v. anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624, in ildirittoamministrativo.it, che richiede una «valutazione equilibrata e pluralistica degli interessi» e, più di recente, Cons. St., sez. IV, 28 maggio 2024, n. 4766, in dirittifondamentali.it e in *Queste istituzioni*, 2023, con nota di C. AGLIATA, che afferma che la tutela paesaggistica non può indiscutibilmente prevalere sugli altri interessi. Sul principio per cui nella Costituzione «non esistono diritti tiranni», v. Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58 (c.d. caso Ilva), richiamata da A. BARTOLINI, cit., 717 ss

[11] A. BARTOLINI, cit., 717 ss., che - richiamata la nota formula della Corte cost. secondo cui «nella nostra Costituzione non esistono diritti tiranni» - sviluppa questa premessa per argomentare che anche la tutela del patrimonio culturale, pur costituzionalmente primaria, deve essere bilanciata con gli interessi alla transizione ecologica e all'innovazione tecnologica, senza poter aspirare a una posizione di prevalenza assoluta. Sul «dilemma» tra conservazione e innovazione nel settore dei beni culturali, v. A. BARTOLINI, ivi, 738 ss., ove si sottolinea come la digitalizzazione e l'IA pongano sfide specifiche alla governance del patrimonio culturale che richiedono nuovi strumenti concettuali e procedurali. Per una riflessione sul limite che la dignità umana pone all'impiego dell'IA nella funzione amministrativa, v. G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzione amministrativa*, Milano, 2023, 41 ss.

[12] A. BARTOLINI, cit., spec. 718 ss., sul bilanciamento preventivo in sede di pianificazione, anche alla luce dell'art. 3 d.lgs. 25 novembre 2024, n. 190 (interesse pubblico prevalente degli impianti FER, ma non in senso assoluto). Per la proposta di spostare il baricentro del bilanciamento dalla sede procedimentale a quella pianificatoria, v. S. AMOROSINO, *La "compressione" del governo del territorio tra infrastrutture strategiche, energie rinnovabili e tutela del paesaggio*, in *Urb. e app.*, 2023, p. 429 ss., che propone la pianificazione delle «aree idonee» come strumento di *governance* preventiva del conflitto tra FER e paesaggio, riducendo l'incertezza dei procedimenti autorizzatori caso per caso. In senso analogo, v. G. PEDUTO, *La pianificazione delle aree idonee per le fonti rinnovabili*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2024, p. 699 ss., che analizza il cambio di paradigma dal sistema delle «aree non idonee» a quello delle «aree idonee» introdotto dal d.lgs. 199/2021

obiettivi europei di decarbonizzazione; dall'altro, il medesimo ordinamento mantiene un sistema di tutela del paesaggio fondato sulla discrezionalità tecnica di organi ministeriali il cui giudizio, per sua natura, tende alla conservazione dell'esistente e alla diffidenza verso ogni elemento di novità nel contesto tutelato[13].
Questa contraddizione è stata ulteriormente accentuata dall'art. 3 d.lgs. 25 novembre 2024, n. 190, che ha introdotto nell'ordinamento italiano - sulla scorta dell'art. 16-*septies* della Direttiva (UE) 2023/2413 (c.d. RED III) - il principio dell'«interesse pubblico prevalente» alla realizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili[14]. Il principio si applica «in sede di ponderazione degli interessi, nei singoli casi e salvo giudizio negativo di compatibilità ambientale o prove evidenti che tali progetti abbiano effetti negativi significativi sull'ambiente, sulla tutela della biodiversità, sul paesaggio, sul patrimonio culturale e sul settore agricolo». Si tratta di un bilanciamento che la più attenta dottrina ha qualificato come «asimmetrico», nel quale l'interesse alla realizzazione degli impianti FER può divenire recessivo soltanto a fronte di «prove evidenti» di effetti negativi significativi, con un onere dimostrativo che grava sull'amministrazione contraria alla realizzazione dell'intervento. L'introduzione di questo principio modifica significativamente il quadro del contemperamento. La Soprintendenza che intenda opporre un diniego deve ora produrre quelle «prove evidenti» che giustifichino il sacrificio di un interesse qualificato come prevalente dal legislatore. Ed è precisamente nella capacità

[13] La contraddizione strutturale tra *favor* normativo per le FER e sistema di tutela paesaggistica fondato sulla discrezionalità conservativa è analizzata da S. AMOROSINO, *La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili*, cit., 261 ss. Per il «trend normativo sempre più favorevole e incentivante all'utilizzo delle fonti rinnovabili», v. Cons. St., sez. IV, 11 settembre 2023, n. 8258, in ambientediritto.it.

[14] D.lgs. 25 novembre 2024, n. 190, art. 3, attuativo dell'art. 16-*septies* della Dir. (UE) 2023/2413 (c.d. RED III), che ha modificato la Dir. (UE) 2018/2001 introducendo il principio dell'«interesse pubblico prevalente» alla realizzazione degli impianti FER. Per un inquadramento sistematico, v. F. ALBISINNI, *Il bilanciamento tra produzione di energia rinnovabile e tutela del paesaggio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2025, p. 467 ss., che qualifica il bilanciamento introdotto dal d.lgs. 190/2024 come «asimmetrico» e ne analizza le implicazioni sull'onere dimostrativo in capo all'amministrazione dissenziente. Sul punto v. altresì D. SIMEOLI, *Valori costituzionali e bilanciamento nei conflitti "ambientali"*, in A. Anselmo - G. Lemme - M. Midiri (a cura di), *Il patrimonio culturale. Tutele, innovazione digitale, transizione ecologica*, Milano, 2025, 233-264; P. PANTALONE, *La disciplina introdotta dal Decreto legislativo 25 novembre 2024, n. 190, in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in www.giustizia-amministrativa.it. Per una lettura critica della riforma costituzionale del 2022 come strumento di apertura alla *green economy* a potenziale scapito della tutela paesaggistica, v. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Sulla concezione crociana del paesaggio contemporaneo* (commento al contributo del prof. Carlo Iannello), in *giustizia-amministrativa.it*, 2024, che - nel riprendere e commentare la tesi di C. IANNELLO, *La concezione crociana di paesaggio nell'art. 9 della Costituzione repubblicana scritto da Aldo Moro e Concetto Marchesi*, in AA.VV., *La concezione crociana di paesaggio nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2023, 25 ss. - osserva che l'inserimento della tutela ambientale nell'art. 9 Cost. «presenta un chiaro scopo politico, quello di eliminare ogni ostacolo alla piena diffusione delle tecnologie prodotte dal potentissimo settore della *green economy*» e che un paese «scriteriatamente disseminato di pale eoliche e di pannelli fotovoltaici» finirebbe per compromettere irrimediabilmente i valori culturali del paesaggio. In questa chiave, il supporto algoritmico - che il presente saggio propone come strumento di oggettivazione dell'istruttoria paesaggistica - potrebbe paradossalmente assumere la funzione di presidio del paesaggio, consentendo alla Soprintendenza di produrre quelle «prove evidenti» di effetto negativo significativo che l'art. 3 del d.lgs. 190/2024 richiede per resistere alla prevalenza dell'interesse energetico.

di produrre o di contestare tali «prove evidenti» che il supporto algoritmico rivela, come si dirà, la sua funzione più pregnante.

2. La discrezionalità tecnica delle Soprintendenze: garanzia o freno?

Nel sistema delineato dal Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42), la Soprintendenza occupa una posizione peculiare nel procedimento di autorizzazione paesaggistica[15]. Il suo parere, obbligatorio e vincolante ai sensi dell'art. 146, co. 5, del Codice, non è un mero atto consultivo ma l'espressione di un potere di «cogestione attiva del vincolo paesaggistico», come il Consiglio di Stato ha definitivamente chiarito con la sentenza della Sezione IV del 2 ottobre 2023, n. 8610[16]. In quella pronuncia, il giudice amministrativo ha rimeditato l'orientamento tradizionale che qualificava il parere soprintendizio come mero controllo di legittimità sull'atto autorizzatorio dell'ente locale, affermando che la Soprintendenza esercita una valutazione di merito amministrativo, partecipa attivamente alla formazione del provvedimento finale e co-determina il contenuto della decisione in materia paesaggistica.

Questa qualificazione del parere soprintendizio come espressione di discrezionalità tecnica ha una conseguenza processuale di primaria importanza: il sindacato del giudice amministrativo sulla valutazione della Soprintendenza è circoscritto ai vizi di manifesta illogicità, travisamento dei fatti e difetto di istruttoria[17]. Il giudice non può sostituire la propria valutazione estetica a quella dell'organo tecnico, ma può verificare se il giudizio espresso sia coerente con i presupposti di fatto, adeguatamente motivato e logicamente argomentato. Questo assetto ha rappresentato per lungo tempo una garanzia di effettività della tutela paesaggistica, in quanto sottraeva il giudizio sulla compatibilità dell'intervento con il vincolo alla disponibilità dell'ente locale, spesso più sensibile alle pressioni dello sviluppo edilizio, e lo affidava all'organo ministeriale specializzato nella tutela dei valori

[15] D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, art. 146. Per un'analisi aggiornata del ruolo delle Soprintendenze nel sistema di tutela paesaggistica, cfr. M. LUNARDELLI, *Le soprintendenze archeologia, belle arti e paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, p. 1115 ss., che ricostruisce la posizione istituzionale delle Soprintendenze come organi di tutela statale dotati di una competenza tecnico-scientifica specializzata, non riducibile al mero controllo di legittimità.

[16] Cons. St., sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610, in *Foro amm.*, 2023, 2156; per un commento critico alla sentenza v. E. DE VITO, *Silenzio-assenso orizzontale tra interpretazione giuridica, certezza del diritto e la semplificazione come "valore"*, in *Giust. amm.*, 2024

[17] Cons. St., sez. IV, 19 luglio 2024, n. 6515, in lexambiente.it. La pronuncia precisa che la discrezionalità tecnica in materia paesaggistica è sindacabile «solo per manifesta illogicità, incoerenza, incompletezza e difetto di motivazione»; in tal senso cfr. anche Cons. St., Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5, in cameraamministrativa.it con nota di E. FOLIERO, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva del processo amministrativo di annullamento*. La «decisione pluristrutturata» - in cui più amministrazioni concorrono alla formazione del provvedimento finale - è ricondotta ai medesimi limiti del sindacato giurisdizionale da Cons. St., sez. IV, 17 aprile 2025, n. 4855, in giustiziainsieme.it, 2025, con nota di V. BRIGANTE, *Rigenerazione urbana e discrezionalità amministrativa*

culturali e ambientali. Esso, tuttavia, si presta ad una critica strutturale che la più recente giurisprudenza amministrativa ha reso esplicita. La discrezionalità tecnica non governata da parametri condivisi e verificabili degenera in arbitrio, minando la parità di trattamento dei cittadini e la prevedibilità delle decisioni.

La giurisprudenza più attenta ha peraltro chiarito come questa discrezionalità operi su due piani distinti. Vi sono ipotesi in cui il fatto complesso è preso in considerazione nella sua dimensione oggettiva di «fatto storico», accertabile direttamente dal giudice, e ipotesi in cui la fattispecie normativa rinvia a «nozioni scientifiche e tecniche controvertibili o non scientificamente verificabili», trattando gli elementi valutativi non come «fatto storico» ma come «fatto mediato» dalla valutazione casistica delegata all'Amministrazione[18]. Questa distinzione processuale, come si vedrà, assume un rilievo del tutto peculiare quando l'istruttoria sia condotta con il supporto di strumenti algoritmici, perché la digitalizzazione ha la potenzialità di trasformare molti «fatti mediati» - quali le impressioni percettive sulla visibilità di un impianto o sul suo impatto cromatico - in «fatti storici» documentati e (oggettivamente) misurabili, con un conseguente ampliamento dello spazio del sindacato giurisdizionale.

La giurisprudenza più recente ha segnato un significativo cambio di paradigma, determinato dalla necessità di coniugare la tutela paesaggistica con il crescente favore dell'ordinamento per le fonti rinnovabili[19]. Il Consiglio di Stato, nella recente sentenza della Sezione IV del 2 aprile 2025, n. 2808, ha affrontato un caso emblematico: due privati cittadini avevano richiesto l'autorizzazione paesaggistica per l'installazione di pannelli fotovoltaici su un fabbricato situato nel centro storico di Firenze, in area sottoposta a vincolo paesaggistico ai sensi del decreto ministeriale 23 dicembre 1952. La Commissione locale per il paesaggio aveva espresso parere favorevole condizionato all'integrazione cromatica dei pannelli nel manto di copertura. La Soprintendenza, invece, aveva formulato un parere vincolante negativo, ritenendo i pannelli «elemento estraneo e non compatibile con il contesto storico e paesaggistico». Il giudice di primo grado aveva respinto il ricorso,

[18] Sulla distinzione tra «fatto storico» e «fatto mediato» nella valutazione paesaggistica nella giurisprudenza del Consiglio di Stato v. G. MONTEDORO, *Osservatorio sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di beni culturali e paesaggistici*, 2023, 394 ss. Per le implicazioni di questa distinzione sull'uso dell'IA nell'istruttoria paesaggistica, v. *infra* § 4.

[19] Per il «trend normativo sempre più favorevole e incentivante all'utilizzo delle fonti rinnovabili», v. Cons. St., sez. IV, 11 settembre 2023, n. 8258, cit. Il bilanciamento tra tutela paesaggistica e produzione di FER è analizzato in S. AMOROSINO, *La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili*, cit., 261 ss.; ID., *La "compressione" del governo del territorio tra infrastrutture strategiche, energie rinnovabili e tutela del paesaggio*, cit., 429 ss.; F. ALBIONE, *I nuovi equilibri giuridici tra ambiente e paesaggio sullo sfondo della transizione ecologica*, cit., 231 ss. Per l'evoluzione della giurisprudenza sul fotovoltaico in area vincolata, v. altresì Cons. St., n. 4766/2024, cit. - sentenza definita «punto di svolta» dalla dottrina in quanto afferma che la tutela paesaggistica «non può indiscutibilmente prevalere sugli altri interessi» - e Cons. St., n. 10624/2022, cit. e Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, in giustiziainsieme.it, con nota di A. PERSICO, *Promozione dell'energia rinnovabile e tutela del patrimonio culturale: verso l'integrazione delle tutele,* che richiedono una «valutazione equilibrata e pluralistica degli interessi».

riconoscendo la legittimità della valutazione soprintendentizia nell'esercizio della sua ampia discrezionalità tecnica.

Il Consiglio di Stato ha ribaltato la decisione, enunciando principi destinati a incidere profondamente sulla prassi amministrativa[20]. Ha affermato, in primo luogo, che il diniego dell'autorizzazione paesaggistica per l'installazione di impianti fotovoltaici deve essere «adeguatamente giustificato» con riferimento a elementi specifici e concreti, e non può fondarsi su valutazioni generiche di incompatibilità estetica. In secondo luogo, ha stabilito che «non è più possibile applicare ai pannelli fotovoltaici categorie estetiche tradizionali» che li qualificherebbero inevitabilmente come intrusioni visive, posto che la diffusione di tali impianti risponde a un interesse pubblico di rango costituzionale. In terzo luogo, ha precisato che «le motivazioni del diniego devono essere particolarmente stringenti» quando gli impianti sono qualificati, come in questo caso, come opere di pubblica utilità[21], richiamando un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la produzione di energia elettrica da fonte solare «è essa stessa attività che contribuisce, sia pur indirettamente, alla salvaguardia dei valori paesaggistici»[22]. Quest'ultimo passaggio argomentativo è di particolare finezza: il giudice non contrappone energia e paesaggio come valori antagonisti, ma suggerisce che la produzione di energia pulita sia essa stessa una forma di tutela ambientale, e dunque di tutela del paesaggio inteso come ecosistema vivente e non come scenografia immutabile[23].

Di particolare rilievo sistematico è il principio di «dissenso costruttivo» enunciato

[20] Cons. St., sez. IV, 2 aprile 2025, n. 2808, cit.

[21] Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2020, n. 3696, in fiscalitadellenergia.it. Il principio delle «motivazioni particolarmente stringenti» per il diniego di autorizzazione paesaggistica di impianti da FER è ribadito da Consiglio di Stato, sez. VI, 18 giugno 2025, n. 5325, che censura le «motivazioni generiche» basate sulla mera «fruibilità panoramica» senza bilanciamento effettivo. La tesi è altresì coerente con l'orientamento di Cons. St. n. cit., 4766/2024, per cui «il diniego non adeguatamente sorretto da comparazione di interessi» è illegittimo

[22] Cons. St., sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1201, in lexambiente.it. Il principio è coerente con l'interpretazione sistematica del novellato art. 9 Cost., che lega indissolubilmente paesaggio e tutela ambientale: cfr. 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*, 2022.

[23] Per il nesso tra produzione di energia rinnovabile, tutela dell'ambiente e paesaggio come ecosistema vivente (e non come «scenografia immutabile»), cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 14 gennaio 2024, n. 472, in *Foro. Amm*., 2024, 1, II, 18; Cons. Stato, Sez. IV, 21 luglio 2025, n. 6434, in *Guida al diritto,* 2025, 39. In dottrina P. CARPENTIERI, *Paesaggio contro Ambiente*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 931 ss, che per primo sistematizza il conflitto tra le due diverse declinazioni dell'ambientalismo - la visione «industrialista globalizzante» e la visione «paesaggista tradizionale» - nel contesto degli impianti a fonti rinnovabili; ID., *Relazioni e conflitti tra ambiente e paesaggio*, relazione in *giustizia-amministrativa.it*; ID., *Il concetto giuridico di «paesaggio» tra polisemia e specificità ordinamentale*, Lectio magistralis, Bologna, 5 aprile 2024, in spec.unibo.it; ID., *La tutela del paesaggio e dell'ambiente nel contesto del cambiamento climatico*, relazione, Trento, luglio 2025, in giustizia-amministrativa.it. V. altresì V. PADOVANI, *Alla ricerca del punto di equilibrio tra paesaggio ed energie rinnovabili*, in *federalismi.it*, 2025, che analizza il ruolo nomofilattico e nomopoietico della giurisprudenza nella definizione del bilanciamento; nonché Althesys, *Paesaggio e rinnovabili: una convivenza possibile*, Rapporto, dicembre 2024. Per la dimensione convenzionale europea, cfr. artt. 5 e 6 della Convenzione europea del paesaggio (Firenze, 20 ottobre 2000), ratificata con l. 9 gennaio 2006, n. 14, il cui approccio olistico - che include paesaggi vincolati e non vincolati - costituisce il fondamento sopranazionale della concezione del paesaggio come «ecosistema vivente», non come «scenografia immutabile».

nella medesima sentenza[24]. Il Consiglio di Stato ha censurato la Soprintendenza per non aver indicato, a fronte del diniego, le modifiche progettuali indispensabili affinché l'intervento potesse essere approvato, come imposto dall'art. 11, co. 7, del d.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31. La sentenza n. 5325 del 2025 della Sezione VI ha confermato e approfondito questo indirizzo in un caso altrettanto significativo. Si trattava dell'installazione di pannelli fotovoltaici sulla falda di un edificio situato in un'area di pregio paesaggistico affacciata su un lago. La Soprintendenza aveva prescritto che i pannelli non fossero collocati sulla falda rivolta verso il lago, per non «pregiudicare le visuali panoramiche percepibili da luoghi privilegiati di osservazione del paesaggio». Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello del privato, rilevando che la Soprintendenza si era «limitata a prendere atto della necessità che sia assicurata la fruibilità naturalistica secondo l'impronta visiva del territorio dal lago», senza operare alcun bilanciamento concreto con l'interesse alla produzione di energia rinnovabile e senza considerare le caratteristiche effettive del progetto, che prevedeva pannelli integrati e cromaticamente armonizzati con la copertura[25].

Da queste pronunce emerge un dato di sistema. Il giudice amministrativo chiede alla Soprintendenza non meno discrezionalità ma più discrezionalità, intesa però come esercizio razionale e verificabile del potere di valutazione, fondato su parametri oggettivi, su un'analisi concreta del caso e su un bilanciamento trasparente degli interessi in gioco. È proprio in questo spazio che si apre la questione dell'intelligenza artificiale come strumento di supporto alla discrezionalità tecnica. La giurisprudenza segnala, con crescente frequenza, casi in cui le medesime tipologie di intervento, su edifici analoghi e in contesti paesaggistici comparabili, ricevono trattamenti radicalmente diversi da Soprintendenze diverse, o persino dalla stessa Soprintendenza in momenti diversi. L'assenza di parametri condivisi di valutazione produce una «lotteria paesaggistica» che mina la certezza del diritto e la parità di trattamento dei cittadini[26]. Una dinamica che la più recente dottrina ha colto con lucidità quando osserva che «l'ansia conservativa unita ad una certa cultura che predomina soprattutto il mondo delle soprintendenze tende ad assolutizzare il valore della conservazione rispetto a quello dell'innovazione», generando un

[24] Cons. St., sez. IV, 2 aprile 2025, n. 2808, in giustizia-amministrativa.it. Il principio del «dissenso costruttivo» si inscrive nel più ampio dovere di «istruttoria adeguata» desumibile dall'art. 6, l. 7 agosto 1990, n. 241, e dall'art. 146, co. 8, d.lgs. 42/2004. Sul procedimento semplificato ex d.P.R. 31/2017 e il coordinamento con la riforma Madia, v. M. SINISI, *L'autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione (d.P.R. 13 febbraio 2017 n. 31*), in Riv. giur. edilizia, 4/2017, 235 ss.; G. FRANCHINA, *silenzio assenso e procedimenti di Autorizzazione paesaggistica tra giudice delle leggi e giudice amministrativo,* in ambientedirittoit, 2021, 1 ss.

[25] Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2025, n. 5325, in de jure. La sentenza censura il difetto di bilanciamento effettivo nella motivazione della Soprintendenza, che si era limitata ad evocare la «fruibilità naturalistica secondo l'impronta visiva del territorio dal lago» senza considerare le caratteristiche specifiche del progetto. In senso conforme, v. Cons. St., n. 10624/2022, cit., e n. 8167/2022, cit.

[26] Il problema della disomogeneità applicativa delle Soprintendenze è documentato da M. LUNARDELLI, *Le soprintendenze archeologia, belle arti e paesaggio*, cit., p. 1115 ss.

ISSN 2036-7821

atteggiamento culturale che divide l'opinione pubblica e paralizza le decisioni[27]. Il problema assume dimensioni ancora più acute nei procedimenti portuali, nei quali la moltiplicazione dei centri decisionali (AdSP, Regione, Soprintendenza, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti) amplifica il rischio di decisioni contraddittorie e paralizza la pianificazione strategica delle infrastrutture.

3. Il gemello digitale come infrastruttura cognitiva della decisione amministrativa

Il caso olandese merita un approfondimento che vada oltre l'aneddoto giornalistico. Il *dataset* «3D BAG», sviluppato dal gruppo di ricerca 3D Geoinformation della Technische Universiteit Delft, è un ecosistema di dati aperto e liberamente accessibile che contiene i modelli tridimensionali, periodicamente aggiornati, di tutti gli edifici dei Paesi Bassi, circa 10 milioni di costruzioni, a molteplici livelli di dettaglio[28]. La ricostruzione tridimensionale si fonda su dati catastali integrati con rilievi altimetrici ad alta risoluzione e produce modelli semantici in formato CityGML che distinguono automaticamente le superfici di copertura per pendenza, orientamento, area netta e morfologia. Applicato alla questione dell'energia solare, il modello consente di calcolare per ciascun tetto il potenziale fotovoltaico considerando non soltanto le caratteristiche geometriche della copertura ma anche gli effetti di ombreggiatura generati dal contesto costruito e naturale circostante, la radiazione solare diffusa e diretta, e la capacità di assorbimento della rete elettrica locale.

Ciò che rende il modello olandese rilevante per il discorso giuridico non è la sua sofisticazione tecnica in sé, ma la funzione che svolge nel procedimento decisionale. Il 3D BAG non decide al posto dell'amministrazione, ma fornisce ad essa un'infrastruttura cognitiva che rende la decisione più informata, più coerente e più verificabile. Quando l'ingegnere di Amsterdam vede il tetto lampeggiare rosso, non sta ricevendo un ordine dall'algoritmo, ma sta ricevendo un'informazione strutturata - questo tetto è visibile da un punto panoramico - che dovrà poi essere valutata nel contesto del procedimento autorizzatorio. L'algoritmo oggettiva un dato di fatto (la visibilità), elimina la soggettività della percezione individuale e rende il dato confrontabile con quello di tutti gli altri edifici della città. La decisione resta umana, ma il suo presupposto fattuale è diventato verificabile, replicabile e impugnabile. La medesima architettura - separazione tra istruttoria algoritmica e decisione umana - è quella che la dottrina più sensibile al tema portuale ha indicato come modello per la

[27] A. BARTOLINI, *Dilemmi amministrativi e innovazione tecnologica*, cit., 714-715, ove l'A. analizza il dilemma conservazione *versus* innovazione nel patrimonio culturale come il luogo paradigmatico dello scontro tra due poli opposti, osservando che la cultura prevalente nelle soprintendenze tende ad assolutizzare il valore della conservazione. L'A. richiama, a tal proposito, le note vicende del ponte di Calatrava a Venezia, del progetto di Meier per l'Ara Pacis a Roma e dell'albero di Natale di Cattelan in piazza Duomo a Milano.

[28] Sul progetto 3D BAG della TU Delft, v. il portale ufficiale 3dbag.nl e la documentazione tecnica in TU Delft Research Portal research.tudelft.nl. Per una trattazione dello stato dell'arte nella gestione digitale dei terminal portuali, v. L. HEILIG - R. STAHLBOCK - S. VOß, cit.

pianificazione del «paesaggio portuale smart», riconoscendo nel *digital twin* lo strumento in grado di coniugare esigenze di efficienza energetica e carattere identitario del fronte portuale.

Il *digital twin* va dunque inteso non soltanto come sofisticata modellazione tridimensionale, ma come componente di una più ampia «città digitale», intesa dalla dottrina come ecosistema informativo e temporale in capace di registrare, correlare e interpretare i micro-eventi urbani in tempo (quasi) reale[29]. In questo quadro l'intelligenza artificiale non governa al posto dell'amministrazione, ma allinea la città materiale con la sua rappresentazione digitale, riduce lo scarto tra ciò che accade e ciò che viene compreso e fornisce al decisore pubblico una base istruttoria più continua, integrata e verificabile[30].

Secondo i dati pubblicati dalla TU Delft e dall'AMS Institute nel dicembre 2024, Amsterdam è sulla buona strada per raggiungere il suo obiettivo 2030 di 550 MW di capacità fotovoltaica installata, con 315 MW già operativi e un potenziale residuo che potrebbe coprire quasi la metà del fabbisogno elettrico complessivo della città, equivalente a una produzione annua di oltre 6,9 petajoule (1,917 TWh) [31]. L'efficacia del modello risiede nel fatto che non si limita a individuare le superfici tecnicamente idonee, ma integra i vincoli normativi - aree storiche protette, visuali da punti panoramici, prescrizioni urbanistiche - nel calcolo stesso del potenziale, producendo una mappa in cui idoneità tecnica e compatibilità normativa sono già sintetizzate. La politica del «nessun tetto inutilizzato» (*no roof unused*) adottata dal Comune di Amsterdam ha trovato nell'infrastruttura digitale lo strumento per passare dallo *slogan* alla pianificazione. È significativo che lo stesso principio di integrazione tra vincoli normativi e pianificazione operativa sia stato proposto, per il contesto italiano, come modello di governance dei waterfront portuali: il piano paesaggistico portuale regionale, la co-pianificazione permanente tra Autorità di sistema portuale, Regione e Ministero della Cultura, la VAS rafforzata con indicatori digitali condivisi, sono tutti strumenti che presuppongono esattamente quell'infrastruttura cognitiva che il caso olandese dimostra essere tecnicamente praticabile.

L'Italia non è estranea a questo orizzonte tecnologico. Il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (MASE) ha affidato a Leonardo S.p.A., attraverso la controllata e-GEOS e con la collaborazione di più atenei, la realizzazione del

[29] A. QUARANTA, *Dalla città digitale alla smart city: ripensare il governo urbano*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2026, 31 ss., sulla città come ecosistema informativo e sulla «metacittà» digitale. L'A. analizza le condizioni giuridiche e organizzative perché le piattaforme di intelligenza artificiale urbana possano diventare strumenti di governance effettiva e non meri sistemi di raccolta dati, con particolare attenzione al tema delle competenze come «vero limite e vera leva della smart city» (ivi, 34 ss.). Per un inquadramento giuridico più ampio della *smart city*, v. C. LAURI, *L'ordinamento giuridico della smart city. Sovranità e autonomie urbane*, Napoli, 2023

[30] A. QUARANTA, cit., 33 ss., sul ruolo dell'IA come strumento di allineamento tra città materiale e città digitale, e non di sostituzione del decisore umano.

[31] TU Delft - AMS Institute, Report dicembre 2024. I dati di produzione (6,9 PJ/anno) e di capacità installata (315 MW al 2024) sono tratti dalla medesima fonte.

ISSN 2036-7821

«gemello digitale del suolo italiano» nell'ambito della Missione 2, Componente 4, Investimento 1.1 del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza[32]. Il progetto prevede la creazione di una riproduzione virtuale ad alta risoluzione dell'intero territorio nazionale, basata su tecnologie LiDAR per la rilevazione della morfologia del suolo, delle infrastrutture e delle superfici, e su dati aerogravimetrici per la definizione del nuovo modello di geoide italiano. Il modello digitale costituirà uno dei fondamenti del sistema integrato di monitoraggio e sorveglianza a lungo termine, a supporto della pianificazione territoriale e degli interventi di protezione ambientale, con un'importanza cruciale per le aree costiere, prima linea del cambiamento climatico, che includono – come si è anticipato - in larga parte anche le aree portuali soggette al vincolo paesaggistico della fascia dei 300 metri.

Su scala urbana, l'esperienza più avanzata è quella del Digital Twin di Bologna, sviluppato da un consorzio pubblico composto dal Comune di Bologna (coordinatore strategico), dal CINECA, dalla Fondazione Bruno Kessler, dall'Università di Bologna e dalla Fondazione IU Rusconi Ghigi, con un arco temporale che va dall'ottobre 2023 al dicembre 2026[33]. Il progetto mira a creare uno strumento virtuale che lavora in simbiosi con la città per analizzare, correlare e visualizzare dati al fine di facilitare la comprensione dei fenomeni urbani, prevederne l'evoluzione attraverso la costruzione di scenari ipotetici e la simulazione della loro evoluzione temporale, e monitorare gli effetti delle azioni di governo. A questa esperienza si affiancano le sperimentazioni condotte dal CNR in collaborazione con l'Istituto Nazionale di Urbanistica nelle città di Matera e Catania, che stanno testando l'impiego di Urban Digital Twin per la pianificazione urbanistica in contesti del Mezzogiorno[34], mentre a livello europeo la prima esperienza sistematica applicata alla pianificazione è quella

[32] Missione 2, Componente 4, Investimento 1.1 del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Il progetto Gemello digitale del suolo italiano, affidato a Leonardo S.p.A. tramite la controllata e-GEOS, in partenariato con l'Università di Pavia, l'Università di Roma La Sapienza e il Politecnico di Milano, è stato annunciato nell'agosto 2025. Esso prevede rilievi LiDAR su scala nazionale e la restituzione di un Modello Digitale del Terreno (MDT) in quote ortometriche, utilizzabile come base per applicazioni di pianificazione territoriale, monitoraggio ambientale e autorizzazione di infrastrutture. Per info www.fondazioneleonardo.com/stories/gemello-digitale-del-suolo-dati-satellitari-conoscere-salvaguardare-territorio

[33] Digital Twin di Bologna: progetto finanziato nell'ambito del programma europeo PNRR/PRIN 2022, con capofila il Comune di Bologna e partner CINECA, Fondazione Bruno Kessler, Università di Bologna e Fondazione IU Rusconi Ghigi (ottobre 2023 - dicembre 2026). Il modello simulativo adottato per la governance urbana di Bologna replica, su scala municipale, l'architettura decisionale sviluppata per i sistemi portuali nei Paesi Bassi: separazione tra istruttoria algoritmica e decisione umana, trasparenza dei parametri di input e tracciabilità degli output. Questo modello istituzionale è compatibile con i requisiti imposti dall'art. 14, l. 23 settembre 2025, n. 132, sull'uso dell'intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni. Per info fondazioneinnovazioneurbana.it/progetto/gemellodigitale

[34] Sulle sperimentazioni di Urban Digital Twin a Matera e Catania, condotte dal CNR in collaborazione con l'Istituto Nazionale di Urbanistica (INU), e sull'esperienza pionieristica di Zurigo come prima applicazione sistematica alla pianificazione urbanistica, v. A. BARRESI, *Urban Digital Twin e pianificazione urbana per la città sostenibile*, in *Techne*, 2023, 78; G. CASTELLI *et al.*, *Urban Intelligence: Toward the Digital Twin of Matera and Catania*, in AA.VV., *2022 Workshop on Blockchain for Renewables Integration (BLORIN)*, Palermo, 2022, pp. 132 ss.

di Zurigo[35]. La scelta di queste città di investire nella tecnologia del gemello digitale come strumento di supporto alle decisioni e di coinvolgimento dei cittadini nella *governance* urbana segnala la tendenza, destinata a consolidarsi, della transizione dalla mera digitalizzazione dei servizi a una vera e propria trasformazione del modello decisionale.

Il dibattito italiano su questi temi ha trovato una sintesi particolarmente efficace nell'edizione 2025 di Urbanpromo, la rassegna nazionale degli urbanisti svoltasi a Firenze nel novembre 2025, dove Michele Talia, presidente dell'Istituto Nazionale di Urbanistica e docente dell'Università di Camerino, ha parlato di «rivoluzione senza precedenti» a proposito delle Digital Twins applicate alla pianificazione urbana[36]. Talia ha descritto le città gemelle digitali come «ambienti simulati che consentono di testare politiche pubbliche, valutare impatti ambientali, ottimizzare la gestione dei servizi», definendole «città parallele dove si può sbagliare senza conseguenze, per poi agire con maggiore consapevolezza nel mondo reale». La metafora dello «sbagliare senza conseguenze» coglie un punto essenziale per il diritto amministrativo. La simulazione digitale consente di anticipare il conflitto tra interessi diversi nella fase istruttoria, prima che il provvedimento sia adottato e prima che il contenzioso sia instaurato, riducendo il costo sociale dell'errore amministrativo e il carico del contenzioso giurisdizionale. Nel settore portuale (come in genere delle infrastrutture pubbliche strategiche), ove i tempi di realizzazione delle infrastrutture si misurano in anni e il contenzioso paesaggistico può bloccare opere di rilevanza nazionale, questo beneficio assume un valore economico e strategico di primo piano. Va peraltro segnalato, come è stato osservato, che l'impiego dei Digital Twin genera dilemmi di non poco momento in ordine alla *privacy*, all'attendibilità dei dati e alla responsabilità delle decisioni assunte dall'amministrazione sulla base di previsioni eventualmente errate[37].

4. L'intelligenza artificiale come strumento di oggettivazione della discrezionalità

L'argomento centrale di questo saggio può ora essere formulato con precisione.

---

[35] G. VAN MAREN, *Creating the Digital Twin of Zürich, Switzerland,* storymaps.arcgis.com; I. REBECCHI, *Zurigo e la sua digital twin*, 2025, smartbuildingitalia.it

[36] M. TALIA, *Digital Twins per la pianificazione urbana: una rivoluzione senza precedenti*, relazione svolta a Urbanpromo 2025, Firenze, novembre 2025. Talia, presidente dell'Istituto Nazionale di Urbanistica (INU) e docente dell'Università di Camerino, ha inquadrato la transizione digitale della pianificazione nel più ampio contesto della governance sostenibile del territorio, con esplicito riferimento alla necessità di superare la discrezionalità «impressionistica» nella valutazione degli impatti paesaggistici

[37] A. BARTOLINI, cit., 713-714, che segnala i «dilemmi in ordine alla *privacy* e all'attendibilità dei dati impiegati» generati dall'uso dei Digital Twin e i «rilevanti problemi giuridici in ordine alla responsabilità delle decisioni prese dall'amministrazione sulla base di previsioni errate (bias)». Per un quadro più ampio della trasformazione digitale dell'amministrazione, v. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, II ed., Bologna, 2025; G. GARDINI, *Dall'amministrazione analogica all'amministrazione per algoritmi. Varianti e invarianti di un processo evolutivo*, in *Dir. amm.*, 2025, p. 740 ss.; M. SIMONCINI, *Lo Stato digitale. L'agire provvedimentale dell'amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, p. 529 ss.

L'intelligenza artificiale non elimina la discrezionalità tecnica della Soprintendenza. Non la sostituisce. La struttura (e la integra). La rende verificabile, impugnabile, riproducibile e confrontabile. Un algoritmo che analizza la visibilità di un impianto fotovoltaico da punti panoramici predefiniti, che calcola l'impatto cromatico della nuova superficie rispetto al contesto esistente, che valuta i fattori di integrazione architettonica sulla base di parametri misurabili, produce output che sono controllabili in misura incomparabilmente maggiore rispetto a un giudizio estetico soggettivo espresso da un funzionario sulla base della propria sensibilità personale.

Non si tratta di contrapporre la macchina all'uomo, né di sostenere che l'algoritmo sia infallibile o neutrale. Si tratta di riconoscere che il tipo di valutazione che la giurisprudenza chiede oggi alla Soprintendenza - concreta, specifica, fondata su elementi oggettivi, capace di bilanciare interessi diversi e di indicare alternative progettuali - è esattamente il tipo di output che un sistema di intelligenza artificiale è in grado di produrre con un grado di coerenza, completezza e verificabilità che il giudizio umano non assistito non può garantire. Si pensi alla semplice operazione di verificare la visibilità di un impianto dai «luoghi privilegiati di osservazione del paesaggio» richiamati nella sentenza n. 5325 del 2025: un funzionario può visitare alcuni di questi punti, nelle condizioni meteorologiche e di luce del giorno della visita; un gemello digitale può simulare la visibilità da tutti i punti catalogati, in tutte le stagioni, a tutte le ore del giorno, con diverse condizioni atmosferiche. La differenza non è solo quantitativa ma qualitativa: riguarda l'affidabilità e la completezza dell'istruttoria.

Si consideri, a titolo esemplificativo, il principio di «dissenso costruttivo» enunciato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 2808 del 2025[38]. La Soprintendenza, quando esprime parere negativo, deve indicare non soltanto le ragioni del diniego ma le modifiche indispensabili affinché l'intervento sia approvabile. Questo tipo di *output* - dato un progetto, quali varianti progettuali lo renderebbero compatibile con il vincolo - è strutturalmente un problema di ottimizzazione vincolata, cioè precisamente il tipo di compito in cui l'intelligenza artificiale eccelle. Un sistema alimentato con il modello tridimensionale dell'edificio e del suo contesto, con i parametri del vincolo paesaggistico e con le specifiche tecniche dei pannelli disponibili sul mercato, è in grado di generare automaticamente le alternative progettuali che minimizzano l'impatto visivo massimizzando la produzione energetica, indicando per ciascuna alternativa i valori di visibilità dai punti di osservazione rilevanti, l'impatto cromatico, il rapporto superficie-produzione e il grado di integrazione architettonica. Nei procedimenti portuali, ove il «dissenso

[38] Il dovere di «dissenso costruttivo» si connette all'obbligo di motivazione adeguata del diniego, la cui inosservanza è causa di illegittimità: cfr. Cons. St., n. 2808/2025, cit.; Cons. St., n. 5325/2025, cit. Sul coordinamento tra d.P.R. 31/2017 e riforma Madia, con particolare riguardo al silenzio-assenso nel procedimento semplificato, v. M. SINISI, cit., p. 250 ss.

ISSN 2036-7821

costruttivo» dovrebbe essere la norma piuttosto che l'eccezione - atteso che le opere portuali raramente possono essere semplicemente negate senza conseguenze per la catena logistica nazionale - questa capacità propositiva del sistema algoritmico assume un rilievo ancora più stringente.

L'obiezione immediata a questo argomento è che la valutazione paesaggistica non è riducibile a parametri quantitativi. Il paesaggio, si osserva, è un valore culturale, percettivo, identitario, che sfugge alla misurazione e richiede un giudizio di gusto. Questa obiezione, per quanto comprensibile, confonde due piani distinti. Nessuno sostiene che un algoritmo deve decidere se un paesaggio è «bello» o se un intervento è «armonioso». Ciò che l'algoritmo può fare è misurare i presupposti fattuali del giudizio: la percentuale di superficie modificata visibile da ciascun punto di osservazione significativo, il contrasto cromatico tra i nuovi elementi e il contesto esistente, l'alterazione della skyline percepibile da distanze determinate, il rapporto tra la superficie occupata dall'impianto e la superficie complessiva della copertura. Su questi presupposti fattuali, misurabili e verificabili, si innesta poi il giudizio umano di valore, che resta insostituibile ma che, quando è fondato su dati oggettivi anziché su impressioni soggettive, diventa a sua volta più trasparente, più argomentabile e più sindacabile in sede giurisdizionale[39]. Del resto, la dimensione culturale e identitaria del paesaggio - che nella ricostruzione della tradizione crociana è stata qualificata come «rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale», sicché il paesaggio è il «volto della Patria» così come il volto di una persona ne custodisce l'individualità - non è affatto negata dal ricorso all'intelligenza artificiale, ma ne è anzi presupposta e salvaguardata[40]. L'algoritmo non pretende di

[39] Sul tema della misurazione oggettiva dei presupposti fattuali del giudizio paesaggistico e della sua rilevanza per il sindacato giurisdizionale, v. R. CAVALLO PERIN - G.M. RACCA, *Intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni: principi costituzionali e garanzie,* in *Dir. amm*., 2025, p. 1051 ss., che analizzano le condizioni alle quali l'utilizzo di sistemi algoritmici nella pubblica amministrazione è compatibile con i principi costituzionali di imparzialità, buon andamento e tutela dei diritti fondamentali. Gli AA. sottolineano che l'IA può contribuire a rendere la discrezionalità tecnica più trasparente e verificabile, a condizione che i parametri algoritmici siano pubblici, i dati di addestramento siano rappresentativi e la supervisione umana sia effettiva. Per la necessità di un sindacato giurisdizionale «rafforzato» in ipotesi di utilizzo di sistemi di IA nell'attività amministrativa, v. G. TERRACCIANO, *I sistemi di intelligenza artificiale, l'attività amministrativa e il sindacato giurisdizionale, in considerazione della legge n. 132 del 2025*, in *Amministrativamente*, 2025, 814 ss., spec. 818, il quale rileva che il giudice amministrativo «deve essere dotato di un potere di sindacato rafforzato, proprio in ragione della maggiore complessità tecnologica, che rende difficilmente conoscibili o impenetrabili i meccanismi volitivi», e propone che la necessità di verifica della correttezza della decisione amministrativa abbia come perimetro l'intero «procedimento algoritmico» e non il solo algoritmo in sé, con attribuzione al giudice di un potere sindacatorio più penetrante anche sul piano del merito.

[40] La ricostruzione del paesaggio come valore culturale identitario, in continuità con la legge Croce del 1922 e l'art. 131 del d.lgs. 42/2004, è svolta con particolare efficacia da V. CAPUTI JAMBRENGHI, cit., il quale rimarca che il paesaggio non è «una vuota forma da riempire, ma la più alta espressione dell'identità» territoriale, i cui tratti e caratteri «custodiscono l'identità di ciascuno di noi come si è venuta formando attraverso gli anni», e che la tutela del codice vigente riguarda «quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali». Per il percorso che ha condotto all'affrancamento del paesaggio dal ruolo ancillare rispetto all'urbanistica e all'ambiente, con la qualificazione di

catturare il valore identitario del territorio: si limita a oggettivare i presupposti fattuali sui quali il giudizio culturale si fonda, rendendo quel giudizio non meno profondo ma più trasparente e verificabile. È qui che la distinzione processuale tra «fatto storico» e «fatto mediato», richiamata nel paragrafo precedente, assume una valenza sistematica nuova: la digitalizzazione dell'istruttoria trasforma progressivamente i «fatti mediati» della valutazione paesaggistica - le impressioni percettive, le intuizioni estetiche, le valutazioni soggettive sull'armonia del contesto - in «fatti storici» documentati, misurabili e accertabili dal giudice. Se la visibilità di un impianto da un determinato punto di osservazione non è più un'impressione del funzionario ma un dato calcolato dal gemello digitale, il giudice amministrativo non è più chiamato a deferire tale accertamento alla discrezionalità dell'amministrazione ma può verificarlo direttamente. L'impiego di strumenti algoritmici nell'istruttoria paesaggistica potrebbe dunque condurre, nel tempo, a un significativo allargamento del sindacato giurisdizionale sulla valutazione della Soprintendenza, con conseguenze di primaria importanza per l'effettività della tutela giurisdizionale del cittadino.

Il quadro normativo europeo e nazionale sull'intelligenza artificiale fornisce la cornice giuridica entro cui collocare l'utilizzo di questi strumenti nella pubblica amministrazione. Il Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, comunemente noto come AI Act, adotta un approccio basato sul rischio e classifica i sistemi di intelligenza artificiale in categorie di rischio crescente, con obblighi proporzionati[41]. I sistemi destinati a essere utilizzati come componente di sicurezza o in ambiti che incidono su diritti fondamentali - tra cui, potenzialmente, il diritto di proprietà e il diritto all'iniziativa economica - sono classificati come sistemi ad alto rischio e assoggettati a requisiti stringenti di trasparenza, tracciabilità, robustezza tecnica e supervisione umana. Le norme per i sistemi ad alto rischio sono destinate ad applicarsi, in via piena, a partire dall'agosto 2026, imponendo una riorganizzazione significativa dei processi decisionali delle amministrazioni che intendano avvalersi dell'intelligenza artificiale.

Sul piano nazionale, la legge 23 settembre 2025, n. 132, recante «Disposizioni e

«bene-valore» autonomo tutelato dalla Costituzione, v. già A. ANGIULI, *Diritto e processo nella tutela del paesaggio. Percorso di una integrazione tra ordinamenti*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. II, Napoli, 2011, 1009 ss.

[41] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 («AI Act»), in GUUE L, 12 luglio 2024. I sistemi di IA utilizzati da autorità pubbliche per decisioni che incidono su diritti fondamentali (ivi compresi il diritto di proprietà e l'iniziativa economica) sono classificati come sistemi ad alto rischio ai sensi dell'Allegato III del Regolamento. L'art. 14 impone «misure di supervisione umana» proporzionate al rischio. Le disposizioni sugli usi ad alto rischio sono diventate applicabili nell'agosto 2026. Per una prima ricostruzione sistematica dell'approccio «risk-based» dell'AI Act e dei suoi riflessi sull'azione amministrativa, v. A. BARTOLINI, cit., 719 ss. Sulla dimensione umana dell'impiego delle macchine come presidio della dignità, v. D.U. GALETTA - H.H.C. HOFMANN - J. ZILLER, *Automazione, Intelligenza Artificiale e pubblica amministrazione, fra diritto interno e diritto UE*, in R. Cavallo Perin - D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, II ed., Torino, 2025, 136 ss.

deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale», ha introdotto un quadro organico che declina i principi dell'AI Act nella specifica realtà ordinamentale italiana[42]. Di particolare rilievo per il nostro discorso è l'art. 14 della legge, che enuncia il principio di non sostituzione dell'uomo da parte dell'IA nell'attività provvedimentale: le decisioni amministrative che incidono su diritti e interessi dei privati devono essere adottate da un essere umano, che si assume la responsabilità del provvedimento anche quando l'istruttoria è stata condotta con il supporto di sistemi algoritmici. Questo principio si salda con quello, più generale, di «non esclusività della decisione algoritmica» (c.d. *human in the loop*) già sancito, in ambito contrattuale, dall'art. 30, co. 3, lett. b), del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici), il quale impone la presenza nel processo decisionale di «un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata»[43]. Entrambe le disposizioni non costituiscono un ostacolo all'utilizzo dell'intelligenza artificiale nella valutazione paesaggistica: ne sono piuttosto la garanzia che tale utilizzo avvenga in modo costituzionalmente corretto, preservando la responsabilità del funzionario e la sindacabilità della decisione.

La dottrina più recente ha d'altronde segnalato come l'impiego dell'intelligenza artificiale nell'esercizio della funzione pubblica non possa relegarsi alla sola fase decisionale, investendo piuttosto l'intero *iter* procedimentale dalla fase di iniziativa a quella dispositiva, con la conseguenza che anche il presupposto fattuale risulta «algoritmizzato» e l'istruttoria finisce per essere simultanea alla decisione, in modo

[42] L. 23 settembre 2025, n. 132, *Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale*, in G.U. n. 230 del 2 ottobre 2025. Per un primo commento, si rinvia a R. C. Perin – D.U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, 2025, spec. cap. IV (D.U. GALETTA-H.C. HOFMANN-J. ZILLER, *Automazione, Intelligenza Artificiale e pubblica amministrazione, fra diritto interno e diritto UE*), pp. 109 ss.; G. PANUCCI, *Guida pratica all'adozione dell'Intelligenza Artificiale nella Pubblica Amministrazione*, Bologna, 2025; G. FINOCCHIARO, *Diritto dell'intelligenza artificiale*, Bologna, 2025; nonché, per l'inquadramento preesistente alla riforma, M. CLARICH, *Il procedimento algoritmico*, in *Dir. amm.*, 2021, fasc. 3; F. CINTIOLI, *La prova del fatto algoritmico*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3, pp. 609 ss. Sul principio di responsabilità del funzionario che utilizza l'output algoritmico, cfr. già - ante l. 132/2025 - Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270 (caso algoritmo MIUR per le graduatorie docenti), secondo cui «l'algoritmo deve essere conoscibile e sindacabile» e la scelta discrezionale dell'Amministrazione non può rifluire nell'opacità del codice; TAR Lazio, Roma, Sez. III-bis, 27 maggio 2019, n. 6659, su cui R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale,* in *Dir. amm*, 2019, 773 ss. In dottrina, sulle implicazioni di queste sentenze, v. anche A. CONTIERI, *Algoritmi, procedimento amministrativo e giudice*, in *Giustiziainsieme.it*, 2025. Cfr. altresì Corte di giustizia UE, art. 22 Reg. (UE) 2016/679 (GDPR), che vieta le decisioni basate esclusivamente su trattamenti automatizzati; norma che l'art. 14, co. 2, l. 132/2025 eleva a principio costitutivo del diritto amministrativo digitale italiano.

[43] Art. 14, l. 23 settembre 2025, n. 132, che afferma il principio di non sostituzione dell'uomo da parte dell'IA nell'attività provvedimentale. Per il principio di «non esclusività della decisione algoritmica» (*human in the loop*) nel Codice dei contratti pubblici, v. art. 30, co. 3, lett. b), d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, e P. BENANTI, *Human in the loop. Decisioni umane e intelligenze artificiali*, Milano, 2022. Sul collegamento tra questi principi e i requisiti di supervisione umana imposti dall'AI Act, v. R. CAVALLO PERIN - G.M. RACCA, CIT., p. 1060 ss., che sottolineano come la supervisione umana effettiva non sia un mero adempimento formale ma una condizione sostanziale di legittimità del provvedimento algoritmicamente assistito.

difficilmente scindibile[44]. Per questo si è proposta la nozione di «Intelligenza Artificiale Amministrativa» (IAA), a designare un fenomeno che permea il procedimento nel suo complesso e che esige la costruzione di regole specifiche di *governance algoritmica*, fondate non soltanto sui principi di trasparenza e tracciabilità già codificati dall'art. 14 della l. 132/2025, ma anche su criteri ulteriori di onestà, fiducia, risultato e comprensibilità, con il riconoscimento al cittadino amministrato di un vero e proprio «diritto di spiegazione» dell'*output* algoritmico. Nella prospettiva paesaggistica qui considerata, questa impostazione rafforza la tesi secondo cui l'istruttoria condotta con il supporto del gemello digitale non è un mero atto preparatorio della decisione del Soprintendente, ma è essa stessa parte integrante della formazione della volontà amministrativa e, come tale, deve rispondere ai medesimi requisiti di legalità, verificabilità e sindacabilità che l'ordinamento impone al provvedimento finale.

5. Il contesto portuale come banco di prova paradigmatico

La tutela paesaggistica nei porti costituisce il banco di prova più severo - e insieme più rivelatore - dei limiti del sistema attuale e delle potenzialità del modello proposto. I porti italiani insistono per definizione sulla fascia costiera dei 300 metri, soggetta sovente al vincolo paesaggistico ex art. 142, co. 1, lett. a), del d.lgs. 42/2004. Essi sono al tempo stesso infrastrutture strategiche di interesse nazionale - governate dall'Autorità di sistema portuale (AdSP) ai sensi della l. 28 gennaio 1994, n. 84 e s.m. - e luoghi di frontiera tra la pianificazione portuale (Piano regolatore portuale, PRP) e la pianificazione paesaggistica regionale, tra la competenza statale sulle infrastrutture e quella concorrente sulla tutela del paesaggio.

La stessa esperienza delle *smart cities* mette però in guardia dal rischio di un approccio puramente tecnologico. L'infrastruttura digitale resta inefficace se non è accompagnata da adeguate competenze interne e da una *governance* capace di assicurare interoperabilità tra sistemi e continuità del flusso informativo[45].

Il conflitto normativo che ne risulta ha le caratteristiche del «nodo gordiano»: due sistemi normativi - quello della specialità portuale e quello della generalità della tutela paesaggistica - si applicano contemporaneamente allo stesso territorio, con logiche e finalità in tensione strutturale. Il sistema portuale richiede rapidità decisionale, certezza dei tempi, capacità di adattamento alle esigenze logistiche e

[44] G. TERRACCIANO, cit., 814 ss., spec. 822, che introduce la nozione di IAA come impiego dell'IA nell'ambito dell'esercizio della funzione pubblica lungo l'intero procedimento, dalla fase di iniziativa a quella decisoria. L'Autore evidenzia che «tutte le fasi del processo di formazione della volontà amministrativa possono essere interessate e condotte attraverso moduli algoritmici».

[45] A. QUARANTA, cit., 34 ss., sulle competenze come vero limite e vera leva della smart city. Per le implicazioni organizzative della transizione digitale sulle Soprintendenze, v. M. LUNARDELLI, *Le soprintendenze archeologia, belle arti e paesaggio*, cit., p. 1115 ss., che sottolinea la necessità di integrare le competenze tradizionali con quelle informatiche e ingegneristiche. In senso analogo, sulla necessità di un approccio «umano e umanistico» all'intelligenza artificiale nella PA, v. C. LAURI, *L'ordinamento giuridico della smart city*, cit., passim.

tecnologiche in continua evoluzione; la tutela paesaggistica è per sua natura conservativa, orientata alla preservazione dell'esistente e diffidente verso ogni elemento di novità nel paesaggio tutelato. La transizione energetica - con la necessità di installare impianti fotovoltaici, stazioni di ricarica per navi elettriche, infrastrutture per il *cold ironing* e sistemi di produzione di idrogeno verde nelle aree portuali - ha acuito questa tensione al punto da renderla, in molti casi, quasi impossibile da gestire con gli strumenti tradizionali[46].

Sotto il profilo procedimentale, il modello del *digital twin* portuale si innesta nel meccanismo della conferenza di servizi disciplinato dall'art. 14-*quinquies* della l. 7 agosto 1990, n. 241, e nelle procedure di superamento del dissenso paesaggistico[47]. La «decisione pluristrutturata» - nella quale la valutazione paesaggistica è il frutto di una composizione strutturata di competenze istituzionali diverse piuttosto che del giudizio unilaterale di un singolo organo - è il modello al quale la giurisprudenza più recente sembra orientarsi, ed è altresì il modello funzionalmente più compatibile con l'utilizzo di strumenti algoritmici condivisi tra le amministrazioni partecipanti alla conferenza. Se tutte le amministrazioni coinvolte - AdSP, Soprintendenza, Regione, Comune - condividono il medesimo modello digitale del territorio portuale e i medesimi parametri di valutazione dell'impatto paesaggistico, la conferenza di servizi si trasforma da arena di conflitto tra posizioni preconcette a luogo di confronto su dati verificabili e alternative misurabili. Il «dissenso costruttivo» cessa di essere una petizione di principio giurisprudenziale e diventa una procedura tecnica. La Soprintendenza che dissente non deve più limitarsi a formulare un giudizio negativo ma può - e deve - indicare, sulla base del modello condiviso, le varianti progettuali compatibili con il vincolo paesaggistico.

Un primo banco di prova concreto, in chiave italiana, è rappresentato dal progetto «BE:TWIN», avviato l'8 luglio 2025 presso l'Autorità di sistema portuale del Mar Ionio – Porto di Taranto, in partenariato con il porto di Patrasso e con centri di ricerca italiani e greci, nell'ambito del Programma Interreg VI-A Grecia-Italia 2021-2027[48]. Il

[46] Sul conflitto tra specialità portuale e generalità del vincolo paesaggistico, con riguardo alla transizione energetica nei porti, v. U. PATRONI GRIFFI - T. VESPASIANI, cit., pp. 28-30 i quali tra l'altro suggeriscono (sul modello già previsto dal PNRR) l'istituzione di una Soprintendenza speciale multidisciplinare - dove storici dell'arte e architetti siano affiancati da ingegneri, *data scientist* ed esperti di pianificazione digitale – sia in grado di rispondere a questa esigenza di «capacità operativa» dell'amministrazione paesaggistica. Per la qualificazione di questo conflitto come «nodo gordiano», v. ivi, p. 24. Sul tema più generale della «compressione» del governo del territorio tra infrastrutture strategiche, energie rinnovabili e tutela del paesaggio, v. S. AMOROSINO, *La "compressione" del governo del territorio*, cit., 429 ss.

[47] Art. 14-*quinquies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, che disciplina il superamento del dissenso qualificato in sede di appello alla Presidenza del Consiglio dei ministri. Per le implicazioni portuali, v. U. PATRONI GRIFFI - T. VESPASIANI, CIT., pp. 33-35. Cfr. altresì Cons. St., 5 agosto 2024, n. 6966, sui termini della conferenza di servizi come perentori.

[48] Cfr. il *kickoff meeting* del progetto BE: TWIN, ospitato dall'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ionio in data 8 luglio 2025, nell'ambito del Programma Interreg VI-A Grecia-Italia 2021-2027. Sul contenuto tecnico del progetto (piattaforma Digital Twin, IoT, IA, simulazioni e analisi dati per la gestione integrata di banchine, infrastrutture e

progetto, finanziato con un *budget* superiore ai 2 milioni di euro, mira a introdurre una piattaforma Digital Twin in grado di riprodurre in modo tridimensionale e dinamico le infrastrutture portuali, integrando dati IoT, simulazioni avanzate, intelligenza artificiale e analisi predittiva per ottimizzare la gestione operativa, ridurre l'impatto ambientale e supportare decisioni strategiche di lungo periodo.
In questa prospettiva il porto di Taranto, già interessato dal programma «Taranto Digital Port» per la digitalizzazione dei processi autorizzativi e logistici, si colloca tra i casi pilota di un modello di «smart port» in cui il gemello digitale non serve soltanto alla manutenzione o all'efficienza operativa, ma si presta a diventare l'infrastruttura cognitiva condivisa su cui innestare - *de iure condito* e *de iure condendo* - anche le valutazioni paesaggistiche e i procedimenti di co-pianificazione con Regione e Ministeri competenti.

6. Verso un nuovo modello di governo del paesaggio

Il contemperamento degli interessi imposto dal novellato art. 9 della Costituzione non è un'operazione intuitiva. È un bilanciamento razionale che richiede dati, simulazioni e alternative progettuali. La giurisprudenza del Consiglio di Stato, nei due arresti fondamentali del 2025 che si sono esaminati, chiede alla Soprintendenza esattamente questo: non un giudizio impressionistico, ma un'analisi concreta, fondata su elementi specifici, capace di articolare le ragioni del diniego in termini verificabili e di indicare le condizioni della compatibilità. L'intelligenza artificiale, e in particolare la tecnologia dei gemelli digitali, offre gli strumenti per soddisfare queste esigenze in modo sistematico.
Il primo e più immediato contributo è la trasformazione del giudizio paesaggistico da valutazione impressionistica a istruttoria tecnica strutturata. Un gemello digitale del territorio, integrato con i dati del vincolo paesaggistico e con il modello tridimensionale dell'intervento progettato, consente di simulare l'impatto visivo dell'installazione da tutti i punti di osservazione significativi; non soltanto quelli che il funzionario ricorda o visita di persona, ma quelli certificati e catalogati nel piano paesaggistico. La simulazione produce immagini confrontabili dell'ante e del post, calcola il rapporto tra la superficie modificata e il campo visivo complessivo da ciascun punto di osservazione, e misura il contrasto cromatico tra gli elementi nuovi e il contesto esistente. Ogni parametro è documentato, replicabile e contestabile. Il giudizio paesaggistico non cessa di essere discrezionale, ma la sua base istruttoria diventa oggettiva e contendibile nel contraddittorio procedimentale e processuale.
Una parte crescente della dottrina ha evidenziato come l'attuale disciplina

servizi portuali) v. la scheda di presentazione BE: TWIN e la relativa rassegna stampa. Per il progetto «Taranto Digital Port», finanziato nell'ambito del PON-IR per la digitalizzazione della logistica portuale, v. i *workflow* autorizzativi informatizzati e l'interoperabilità tra sistemi.

paesaggistica, specie nella rigida formulazione degli artt. 146 e 167 del Codice, rischi di divenire insostenibile di fronte alle esigenze di riqualificazione del patrimonio edilizio e agli obiettivi di decarbonizzazione, se non si aprono spazi a forme di accertamento e verifica di compatibilità automatica e semplificata[49]. In questa prospettiva, l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale, saldamente incardinati nel principio di non sostituzione e di supervisione umana sancito dal legislatore nazionale, può contribuire a una tutela paesaggistica «dinamica». Più esigente sul piano dei dati e della motivazione, ma al tempo stesso più sostenibile sul piano dei costi amministrativi e coerente con il nuovo equilibrio costituzionale tra paesaggio, ambiente e transizione ecologica.

Il secondo contributo, forse ancora più significativo sul piano giuridico, è la generazione automatica di alternative progettuali compatibili. Il «dissenso costruttivo» imposto dalla giurisprudenza presuppone che la Soprintendenza sia in grado di indicare soluzioni alternative. Nella prassi corrente, questa capacità propositiva è limitata dall'esperienza personale del funzionario e dalla sua conoscenza delle soluzioni tecnologiche disponibili. Un sistema di intelligenza artificiale può generare centinaia di configurazioni diverse per la medesima installazione - variando il posizionamento, l'orientamento, la cromia, il tipo di integrazione architettonica dei pannelli - e classificarle per grado di impatto visivo e per efficienza energetica, offrendo al funzionario un ventaglio di soluzioni tra cui scegliere anziché lasciarlo solo di fronte all'alternativa secca tra approvazione e diniego.

Il terzo contributo è l'omogeneità applicativa. Se tutte le Soprintendenze utilizzassero lo stesso modello di simulazione e gli stessi parametri di valutazione, il problema della disomogeneità segnalato dalla giurisprudenza sarebbe drasticamente ridimensionato. Un proprietario che intende installare pannelli fotovoltaici saprebbe, prima ancora di presentare l'istanza, quale grado di impatto visivo il suo intervento produrrebbe e quali soluzioni progettuali avrebbero maggiori probabilità di ottenere l'approvazione. La certezza del diritto ne trarrebbe un beneficio evidente, e con essa l'efficienza complessiva del sistema amministrativo, oggi gravato da un contenzioso che è in larga parte il prodotto dell'opacità e dell'imprevedibilità dei criteri di valutazione. L'uniforme applicazione di parametri algoritmici condivisi nei procedimenti portuali, in particolare, eliminerebbe le asimmetrie oggi esistenti tra porti gestiti da Soprintendenze diverse, che si trovano in una condizione di

[49] V. il quadro critico in M. SANTINI, *Ambiente e paesaggio tra conflitti valoriali ed istituzionali*, cit., 301 ss., dove si sottolinea la necessità di rendere «burocraticamente ed economicamente sopportabile» l'accertamento dello stato legittimo edilizio e paesaggistico anche attraverso l'uso di strumenti digitali. Sul tema più generale della semplificazione dell'autorizzazione paesaggistica e del suo rapporto con la tutela degli interessi sensibili, v. M. SINISI, cit., p. 253 ss., che conclude nel senso che «il quadro di riferimento, pur avendo ad oggetto interessi sensibili, segue la direzione della semplificazione, pur con le criticità evidenziate».

concorrenza regolatoria de facto che penalizza i sistemi portuali più soggetti a un orientamento conservativo dell'organo di tutela.

Il parallelo con la Valutazione di Impatto Ambientale (VIA) è illuminante. Già oggi la VIA, disciplinata dalla Parte Seconda del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, si avvale sistematicamente di modelli matematici, simulazioni acustiche, studi visuali, analisi idrologiche e modellizzazioni della dispersione degli inquinanti. Nessuno contesta che la VIA sia un procedimento in cui la discrezionalità tecnica dell'amministrazione si fonda su dati oggettivi elaborati con strumenti scientifici. Il paradosso è che la valutazione paesaggistica, che è anch'essa una valutazione tecnica complessa che incide su interessi costituzionalmente protetti, resti affidata al solo giudizio estetico del funzionario, senza che l'ordinamento imponga il ricorso a strumenti di analisi oggettiva comparabili a quelli utilizzati nella VIA. La riforma del Codice dei beni culturali e del paesaggio dovrebbe colmare questa lacuna, prevedendo l'obbligo di istruttoria digitale per le installazioni che superano determinate soglie dimensionali, la pubblicità degli algoritmi utilizzati e l'adozione di parametri oggettivi di valutazione condivisi a livello nazionale.

È tuttavia necessario segnalare con uguale forza il rischio, opposto, della cosiddetta «tirannia dell'algoritmo». Un sistema di intelligenza artificiale non è neutrale. È costruito su dati che riflettono scelte pregresse, su modelli che incorporano assunzioni, su parametri che privilegiano alcune dimensioni del valore paesaggistico e ne trascurano altre. Il rischio che la comodità dell'*output* algoritmico induca il funzionario ad abdicare alla propria responsabilità di giudizio - quello che la letteratura specialistica chiama «automation bias» - è reale e deve essere fronteggiato con strumenti giuridici adeguati[50]. La trasparenza del modello, la supervisione umana effettiva e la possibilità per il cittadino di contestare non soltanto la decisione finale ma anche la correttezza e l'adeguatezza dello strumento algoritmico utilizzato nell'istruttoria sono i tre presidi essenziali. L'AI Act e la legge 132/2025 forniscono le basi normative per tutti e tre: trasparenza, supervisione e *accountability*. La proposta di co-pianificazione attraverso tavoli tecnici permanenti - MiC, Regione, e per le aeree portuali AdSP - si inserisce precisamente in questo quadro, garantendo che il

[50] Sul rischio di *automation bias* nell'utilizzo di sistemi algoritmici da parte della pubblica amministrazione, v. R. CAVALLO PERIN - G.M. RACCA, cit. p. 1055 ss., che propongono come rimedi la trasparenza algoritmica, la tracciabilità delle decisioni e la formazione del personale amministrativo all'uso critico degli strumenti di IA. Per una riflessione sistematica sui «dilemmi amministrativi» posti dall'innovazione tecnologica, con particolare riguardo alla governance dei beni culturali e del paesaggio, v. A. BARTOLINI, cit., 717 ss. Sul limite della dignità umana all'impiego dell'IA, v. G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzione amministrativa*, cit., 50 ss.; D.U. GALETTA - H.H.C. HOFMANN - J. ZILLER, cit., 136 ss. Sulla «trappola della semplicità di utilizzo a fronte della incomprensibilità delle regole di funzionamento» come rischio specifico dell'impiego dell'IA nella pubblica amministrazione, v. G. TERRACCIANO, cit., 817, il quale ricorda, altresì, che le intelligenze artificiali «sono comunque artefatti creati per finalità determinate, e quindi non sono "neutri o neutrali"», con la conseguenza che il controllo dei risultati dell'azione amministrativa algoritmica deve investire non solo la conformità ai parametri legali, «ma soprattutto il perseguimento "giusto" dell'interesse pubblico».

modello digitale condiviso non sia costruito unilateralmente da un'amministrazione ma sia il frutto di un processo partecipato che incorpora la pluralità degli interessi costituzionalmente rilevanti.

In una prospettiva più ambiziosa, si è proposta l'adozione di una vera e propria «Carta dei principi e criteri di azione amministrativa algoritmica», ad integrazione delle disposizioni della l. 241/1990, che fissi regole operative per l'utilizzo di modelli automatizzati nell'esercizio della funzione pubblica, con protocolli procedurali che assicurino contraddittorio e diritto di difesa e, soprattutto, che consentano una effettiva verificabilità e sindacabilità in termini di corretto perseguimento dell'interesse pubblico[51]. La proposta muove dalla constatazione che i principi e criteri legislativi che attualmente regolano l'azione delle pubbliche amministrazioni attraverso procedimenti «analogici» non sono sufficienti a garantire legalità e democraticità quando il procedimento sia caratterizzato dall'impiego di algoritmi di autoapprendimento che rendono la *black box* indecifrabile per natura. È una constatazione che, nel contesto paesaggistico qui esaminato, assume un rilievo concreto: se il gemello digitale del territorio è alimentato da dati e modelli la cui logica sfugge alla comprensione del funzionario, la tutela del paesaggio richiede non soltanto la trasparenza dell'algoritmo - che può rivelarsi meramente formale - ma il riconoscimento al cittadino di un diritto di spiegazione sostanziale, cioè della possibilità di comprendere perché la simulazione ha prodotto un determinato esito e su quali dati e assunzioni esso si fonda.

Anche la questione del silenzio-assenso - tra le più dibattute della recente giurisprudenza amministrativa in materia paesaggistica - assume una diversa configurazione alla luce degli strumenti digitali[52]. Nei procedimenti ordinari, il silenzio-assenso orizzontale ex art. 17-*bis*, l. 241/1990 tende a *bypassare* il problema della discrezionalità tecnica: se la Soprintendenza non si pronuncia nel termine, il parere si intende reso in senso favorevole e l'autorizzazione può essere rilasciata. Ciò è tanto più vero nel caso in cui l'opera ricada nella Zes Unica[53] o in una Zls[54].

[51] G. TERRACCIANO, cit., 831-832

[52] Per il nesso tra silenzio-assenso orizzontale (art. 17-bis, l. 241/1990) e procedimenti paesaggistici v. *ex multis* Cons. St., sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610; Cons. St., 2 febbraio 2024, n. 1093; Cons. St., 15 maggio 2024, n. 4948 (parere tardivo irrilevante, formazione del silenzio-assenso); Corte cost. n. 246/2018 (silenzio-assenso applicabile nei procedimenti con conferenza di servizi); Cons. St., 9 aprile 2025, n. 3051; TAR Sardegna, 10 gennaio 2025, n. 571 (parere tardivo Soprintendenza tamquam non esset); TAR Sicilia, 1° aprile 2025, n. 717 (non vincolatività del parere Soprintendenza in procedimento autorizzatorio unico regionale). Per una rassegna critica, v. F. SCALIA, *La controversa relazione tra il silenzio endoprocedimentale ed autorizzazione paesaggistica*, in *Riv. giur. edilizia*, 2024, 125 ss., che ripercorre le oscillazioni del Consiglio di Stato e il parere della Commissione speciale n. 1640 del 2016; P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?* in *Riv. giur. edilizia*, 2022, 77 ss.; E. GIOVANNELLI, *Contributo allo studio del silenzio-assenso orizzontale. Questioni irrisolte, sviluppi e prospettive*, in *Dir. amm.*, 2024, p. 1111 ss.

[53] U. PATRONI GRIFFI, *L'autorizzazione unica Zes tra semplificazione amministrativa e tutela degli interessi pubblici, profili critici e orientamenti giurisprudenziali, in I Battelli del Reno,* 2025

Tuttavia, il silenzio-assenso non è (sempre) una soluzione soddisfacente, perché spesso è segno di una rinuncia (di fatto) alla valutazione senza sostituirla con nulla. L'istruttoria algoritmica preventiva - condotta sul gemello digitale del territorio portuale e resa disponibile a tutte le amministrazioni competenti prima dell'avvio formale del procedimento - può rovesciare questa logica. Assegnando al silenzio il significato (proprio) di compartecipazione. La Soprintendenza che si pronuncia non lo fa più in assenza di dati oggettivi, ma sulla base di un'analisi tecnica condivisa e verificabile. Il silenzio-assenso diventa così non un espediente per aggirare la tutela paesaggistica ma la conferma tacita di una valutazione già istruita algoritmicamente.
La questione della pianificazione delle aree idonee per le fonti rinnovabili - uno dei nodi più controversi del diritto dell'energia e del paesaggio - offre un ulteriore banco di prova per il modello proposto[55]. Il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, attuativo della direttiva RED II, ha introdotto il meccanismo delle «aree idonee» e «non idonee» per l'installazione di impianti FER, affidando alle Regioni il compito di individuarle con legge. La recente giurisprudenza ha chiarito che la classificazione di un'area come «non idonea» non costituisce un divieto assoluto di installazione, ma segnala soltanto una «elevata probabilità di esito negativo» delle valutazioni in sede di autorizzazione. Pertanto, anche nelle aree non idonee le amministrazioni coinvolte devono apprezzare in concreto l'impatto dei progetti proposti, comparando i contrapposti interessi in gioco[56]. Questo approccio - che preserva la valutazione in concreto pur nell'ambito di una pianificazione *ex ante* - è esattamente quello che il modello del gemello digitale può supportare. La pianificazione delle aree idonee diventa il momento in cui i parametri algoritmici vengono definiti e condivisi, mentre la valutazione in concreto del singolo progetto è il momento in cui tali parametri vengono applicati al caso specifico, con la supervisione umana che la legge impone. In questa direzione, è significativa l'esperienza della Regione Friuli-Venezia Giulia, che ha adottato una legge regionale sulle aree idonee e non idonee per le FER prevedendo una piattaforma geografica WebGIS (Eagle.fvg) per la consultazione della cartografia delle superfici classificate, realizzando un primo esempio - pur

[54] U. PATRONI GRIFFI, *L'autorizzazione unica nelle Zone Economiche Speciali e nelle Zone Logistiche Semplificate, analisi comparata e prospettive di riforma,* in *I battelli del Reno,* 2025

[55] G. PEDUTO, cit., p. 699 ss., che analizza il cambio di paradigma dal sistema delle «aree non idonee» a quello delle «aree idonee» introdotto dal d.lgs. 199/2021, sottolineando come la pianificazione ex ante delle aree idonee riduca l'incertezza dei procedimenti autorizzatori e consenta un bilanciamento più razionale tra FER e paesaggio. Per la Corte costituzionale sul punto, v. Corte cost., sent. n. 28/2025 e n. 103/2024, che hanno precisato i limiti della competenza regionale nell'individuazione delle aree idonee e non idonee, nel rispetto dei principi fondamentali fissati dalla legislazione statale.

[56] TAR Lazio, Roma, Sez. III, 13 maggio 2025, n. 9155, in *Urb. e app.*, 2025, p. 615 ss. La sentenza chiarisce che, anche nel nuovo regime introdotto dal d.lgs. 199/2021 e dal D.M. 21 giugno 2024, la classificazione di un'area come «non idonea» non costituisce un divieto assoluto di installazione di impianti FER, ma segnala soltanto una «elevata probabilità di esito negativo delle valutazioni, in sede di autorizzazione». Anche nelle aree non idonee, le amministrazioni coinvolte devono apprezzare in concreto l'impatto dei progetti proposti sulle esigenze di tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e dei beni culturali, comparando i contrapposti interessi in gioco.

ancora parziale - di integrazione tra strumenti digitali e pianificazione energetica territoriale (in prospettiva anche come *digital twin*[57] territoriale) [58].

Su un piano connesso ma distinto, merita attenzione la proposta dottrinale di riconoscere nuove forme di «errore digitale scusabile» del funzionario pubblico, da correlare all'osservanza degli esiti dell'istruttoria digitale e delle elaborazioni del sistema di supporto algoritmico[59]. Se il funzionario della Soprintendenza si conforma all'*output* del gemello digitale e tale *output* si rivela poi errato o incompleto, la questione della responsabilità personale del funzionario deve essere rimeditata alla luce del principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.), che oggi può essere attuato - secondo la dottrina più avanzata - monitorando in tempo reale i servizi e i procedimenti e correggendo con immediatezza gli scostamenti, grazie a piattaforme che acquisiscono dati automaticamente e lasciano alla supervisione umana la correzione delle ingiustizie o delle disfunzioni. L'istruttoria algoritmica, in questa prospettiva, non esonera il funzionario dalla responsabilità del provvedimento, ma ne modifica i presupposti soggettivi di imputazione.

La governance umana dei modelli predittivi è una sfida che trascende la materia paesaggistica e investe l'intero diritto amministrativo dell'era digitale[60]. Essa richiede competenze nuove nella pubblica amministrazione: non soltanto giuridiche e storico-artistiche, ma anche informatiche, statistiche e ingegneristiche. Richiede una formazione adeguata del personale delle Soprintendenze, che deve essere messo in condizione di utilizzare criticamente gli strumenti digitali e non di subirli passivamente. E richiede, infine, una riflessione istituzionale sul modello

[57] In prospettiva, la combinazione tra WebGIS regionale, basi cartografiche numeriche, dati ambientali e infrastrutturali e la mappatura geo-riferita delle configurazioni di autoconsumo e delle CER consente alla Regione di avvicinarsi a una logica di *digital twin* territoriale, inteso come modello digitale dinamico del territorio utile per simulare gli impatti localizzativi e autorizzativi degli impianti FER. Un esempio in tal senso è dato dall'aggiornamento automatico dei *layer* relativi alle aree idonee e non idonee, che permette di avere sempre una rappresentazione coerente con le modifiche normative e con le variazioni dei vincoli, facilitando sia gli operatori sia le amministrazioni procedenti nella valutazione dei progetti

[58] Cfr. la legge regionale del Friuli-Venezia Giulia sulle aree idonee e non idonee per l'installazione di impianti FER, adottata in attuazione dell'art. 20, comma 4, d.lgs. 199/2021 e del D.M. ambiente 21 giugno 2024. La legge prevede, tra l'altro, criteri di valutazione dei progetti che tengano conto della localizzazione nelle aree, del contenimento del consumo di suolo, di soluzioni progettuali sperimentali e innovative e della distanza dai centri abitati, con consultazione della cartografia tramite la piattaforma geografica WebGIS Eagle.fvg

[59] R. CAVALLO PERIN - G.M. RACCA, cit., p. 1058, ove gli AA. propongono «nuove forme di 'errore digitale scusabile' del funzionario pubblico, da correlare all'osservanza degli esiti dell'istruttoria digitale e delle elaborazioni del 'copilot'». Sul principio di buon andamento (art. 97 Cost.) come fondamento dell'impiego sistematico dell'IA nel monitoraggio delle funzioni pubbliche, v. ivi, p. 1058, e R. CAVALLO PERIN, *L'amministrazione pubblica al tempo dell'IA*, in rivistailmulino.it, 2025

[60] Per una riflessione sistematica sui «dilemmi amministrativi» posti dall'innovazione tecnologica, con particolare riguardo alla governance dei beni culturali e del paesaggio, v. A. BARTOLINI, cit., 717 ss., che individua nelle competenze multidisciplinari delle amministrazioni di tutela la condizione necessaria per un utilizzo corretto degli strumenti algoritmici. Sul tema della formazione del personale delle Soprintendenze e dell'integrazione tra competenze tradizionali e competenze digitali, v. anche R. CAVALLO PERIN - G.M. RACCA, cit., p. 1065 ss.

organizzativo delle Soprintendenze stesse, che dovranno integrare le competenze tradizionali con quelle necessarie all'era del gemello digitale. La proposta di una Soprintendenza speciale per i porti, multidisciplinare per composizione, risponde precisamente a questa esigenza: non è solo una proposta di riforma organizzativa, ma una proposta di riforma culturale, che riconosce nella multidisciplinarità la condizione necessaria per l'esercizio effettivo del «dissenso costruttivo» algoritmicamente assistito.

7. Conclusioni

Il novellato art. 9 della Costituzione esprime una tensione costitutiva, non risolvibile una volta per tutte, tra conservazione e trasformazione, tra identità e futuro. Il terzo comma, con il suo richiamo all'ambiente, alla biodiversità, agli ecosistemi e all'interesse delle future generazioni, non sopprime la tutela del paesaggio sancita dal secondo comma ma la pone in relazione dinamica con essa, esigendo che ogni decisione concreta sia il frutto di un bilanciamento razionale e trasparente tra valori di pari rango. Questa tensione non è un difetto dell'ordinamento ma la sua ricchezza: è ciò che impedisce sia la fossilizzazione del territorio in nome della conservazione sia la sua devastazione in nome del progresso.

L'intelligenza artificiale non risolve questa tensione. Non può risolverla, perché la composizione di valori costituzionali è un compito intrinsecamente politico e giuridico, che presuppone scelte di valore irriducibili al calcolo. Ciò che l'intelligenza artificiale può fare è portare alla luce questa tensione, renderla oggetto di confronto razionale tra soggetti istituzionali diversi - il Comune, la Soprintendenza, l'Autorità di sistema portuale, il giudice amministrativo, il cittadino - anziché affidarla alla sensibilità del singolo funzionario. L'oggettivazione dell'istruttoria non è la meccanizzazione della decisione: è la premessa della sua democratizzazione.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato del 2025, con le sentenze nn. 2808 e 5325, ha tracciato la direzione di marcia con una chiarezza che non lascia spazio a equivoci. Il giudice amministrativo chiede alla Soprintendenza concretezza, specificità, bilanciamento effettivo e dissenso costruttivo. Chiede, in una parola, razionalità. E l'intelligenza artificiale è, prima di tutto, uno strumento di razionalizzazione dell'azione amministrativa. Le tecnologie del gemello digitale, già operative nei Paesi Bassi e in fase di sviluppo in Italia, offrono la possibilità concreta di trasformare il procedimento di autorizzazione paesaggistica da arena di conflitto tra intuizioni contrapposte a luogo di confronto su dati verificabili e alternative misurabili.

Nella prospettiva più ampia che comprende i contesti portuali, ove il conflitto tra specialità infrastrutturale e generalità del vincolo paesaggistico è più acuto e le conseguenze della paralisi decisionale più gravi, le proposte che emergono dall'analisi convergono su un modello istituzionale coerente: una Soprintendenza speciale per i porti multidisciplinare e dotata di strumenti digitali adeguati; un

ISSN 2036-7821

sistema di co-pianificazione permanente che produca un piano paesaggistico portuale regionale fondato su un gemello digitale condiviso; un'estensione del regime di semplificazione ZES che incorpori, anziché escludere, la valutazione paesaggistica condotta con parametri oggettivi; un fondo di compensazione paesaggistica che finanzi il recupero delle aree costiere degradate con le risorse generate dagli operatori portuali. Queste proposte non sono utopie tecnologiche: sono la traduzione operativa, nel contesto portuale, del mandato costituzionale di contemperamento che l'art. 9 impone e che la giurisprudenza amministrativa chiede con crescente insistenza.

La città di Amsterdam si guarda allo specchio algoritmico per decidere dove può crescere senza smettere di essere sé stessa. Il tetto che lampeggia rosso nel Jordaan non è un divieto imposto dalla macchina all'uomo: è un'informazione che la macchina offre all'uomo perché la decisione sia più consapevole. L'Italia dispone oggi degli strumenti normativi necessari a compiere un percorso analogo: il novellato art. 9 della Costituzione fornisce la cornice assiologica, l'AI Act e la legge 132/2025 definiscono il quadro regolatorio, il PNRR finanzia le infrastrutture tecnologiche, il gemello digitale del suolo italiano è in fase di realizzazione, la giurisprudenza amministrativa è sempre più esigente nella richiesta di motivazioni oggettive e verificabili.

Ciò che ancora manca è la volontà politica di costruire quella infrastruttura cognitiva condivisa che trasformi il contemperamento degli interessi da formula retorica in procedura amministrativa verificabile. Serve una riforma del Codice dei beni culturali e del paesaggio che inserisca l'obbligo di istruttoria digitale nel procedimento di autorizzazione paesaggistica per le grandi installazioni. Serve l'adozione di parametri oggettivi di valutazione a livello nazionale, capaci di ridurre la lotteria della discrezionalità senza sopprimerla. Serve la formazione di una nuova generazione di funzionari che sappia dialogare con gli strumenti dell'intelligenza artificiale senza esserne dominata. Serve l'istituzione di una Soprintendenza speciale per i porti che incarni, nella sua stessa composizione multidisciplinare, il modello del «dissenso costruttivo» algoritmicamente assistito. E serve, soprattutto, la consapevolezza che la tutela del paesaggio nell'era della transizione energetica non è una battaglia tra passato e futuro, ma un esercizio di intelligenza istituzionale che richiede tutti gli strumenti di cui la ragione dispone - quelli umani e quelli artificiali, ciascuno nel suo ruolo, ciascuno nei suoi limiti, ciascuno al servizio di un disegno costituzionale che è, insieme, conservazione e trasformazione, memoria e progetto, identità e divenire.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La libertà educativa in Spagna: educazione differenziata, diritti dei genitori e superiore interesse del minore

di Víctor Moreno Soler

(Profesor Ayudante Doctor di Diritto Ecclesiastico dello Stato, Universitat de València)

Sommario

1. Introduzione. 2. La configurazione giuridica della libertà educativa in Spagna. 2.1. Il contenuto della libertà di insegnamento: la dottrina della STC 5/1981. 2.2. Il diritto dei docenti: la libertà di cattedra. 2.3. Il diritto dei genitori nella scelta dell'educazione. 2.4. Il diritto di creazione di centri educativi con *ideario* proprio. 2.5. Il quadro internazionale: il Relatore Speciale delle Nazioni Unite e la giurisprudenza della Corte EDU. 3. L'educazione differenziata o segregata. 3.1. Nozione e quadro giuridico internazionale. 3.2. Le costanti riforme in ambito educativo. 3.3. L'educazione differenziata o segregata come manifestazione di queste riforme. 4. Conflitti nella responsabilità genitoriale in materia di educazione differenziata o segregata. 4.1. Il minore come titolare del diritto di libertà religiosa e la responsabilità genitoriale. 4.2. I diritti dei genitori nell'educazione dei figli. 4.3. La risoluzione dei conflitti tra genitori. 4.4. L'applicazione di questi criteri alla scelta tra educazione mista ed educazione differenziata. 5. Alcune considerazioni finali.

Abstract

This article reconstructs the legal configuration of educational freedom in Spain — the rights of teachers, parents and school founders — set within a regulatory environment far more volatile than its Italian counterpart. It examines the constitutionality of single-sex education, a model that in Italy survives only residually, and applies Constitutional Court case law on parental disputes over children's upbringing to the specific conflict of choosing between mixed and single-sex schooling, guided by the best interests of the child.

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

1. Introduzione.

La questione educativa costituisce, in tutto il mondo, un terreno particolarmente delicato, nel quale convergono interessi diversi e talvolta contrapposti: quello dello Stato, quello dei genitori e quello dei minori. Sebbene le problematiche concrete assumano contorni diversi a seconda dell'ordinamento giuridico considerato, è possibile individuare alcuni nuclei tematici ricorrenti nel dibattito pubblico e giuridico dei diversi Paesi: il rapporto tra educazione pubblica e privata; il finanziamento delle scuole confessionali; i criteri di ammissione degli alunni; la libertà di insegnamento, tanto nella scuola privata quanto in quella pubblica; il diritto dei genitori di scegliere l'educazione da impartire ai propri figli; l'interesse pubblico affinché l'educazione risulti conforme ai principi democratici e ai diritti fondamentali; la configurazione della materia di religione; l'inserimento di contenuti di natura morale o etica nei curricula scolastici; e, non da ultimo, il fenomeno dell'istruzione parentale (*homeschooling*).

Anche l'ordinamento italiano non è estraneo a queste tensioni. Ne è un esempio recente il Disegno di Legge, Atto Senato n. 1735, recante «Disposizioni in materia di consenso informato in ambito scolastico», approvato definitivamente dal Senato il 4 giugno 2026[1], che introduce l'obbligo del consenso informato preventivo dei genitori — o degli studenti maggiorenni — per la partecipazione ad attività didattiche riguardanti l'educazione sessuale e affettiva, vietando peraltro qualsiasi iniziativa di tale natura nella scuola dell'infanzia e nella scuola primaria. Si tratta di un provvedimento che, pur riguardando un ambito specifico e un differente contesto ordinamentale, si inserisce nel medesimo alveo di questioni relative al ruolo dei genitori nell'educazione dei figli e al bilanciamento tra la funzione pedagogica della scuola e la responsabilità genitoriale, che costituisce l'oggetto del presente contributo con riferimento all'ordinamento spagnolo.

Diverso, e per certi versi meno acceso, è invece in Italia il dibattito relativo all'educazione differenziata o segregata per sesso, che costituirà l'esempio

---

* Il presente contributo trae origine dalla pubblicazione «El interés superior del menor en la educación: entre el Estado y los derechos de los progenitores», tradotto in italiano e ampliato nel corso di un soggiorno di ricerca svolto all'Università di Bologna tra gennaio e giugno 2026.

Il lavoro si inserisce altresì nel progetto di ricerca «Cuestiones controvertidas en relación con el ejercicio de la capacidad jurídica por los y las menores de edad», rif. CIGE/2023/071, finanziato dalla Conselleria de Educación, Universidades y Empleo della Generalitat Valenciana, di cui è Investigador Principal il Prof. Pedro Chaparro Matamoros.

Si ringrazia il collega Alessandro Negri, Ricercatore a Tempo Determinato presso l'Università degli Studi di Milano, per l'attenta revisione linguistica del testo in lingua italiana.

[1] Disegno di Legge, Atto Senato n. 1735, XIX Legislatura, «Disposizioni in materia di consenso informato in ambito scolastico», presentato dal Ministro dell'istruzione e del merito Giuseppe Valditara, approvato dalla Camera dei deputati il 3 dicembre 2025 e definitivamente dal Senato il 4 giugno 2026. Il provvedimento distingue tra la scuola dell'infanzia e la scuola primaria — per le quali è previsto un divieto assoluto di attività didattiche riguardanti la sessualità — e la scuola secondaria, per la quale è invece richiesto il consenso informato scritto e preventivo delle famiglie o degli studenti maggiorenni.

paradigmatico del presente contributo. Dopo l'abbandono delle classi separate per sesso nella scuola pubblica italiana, avvenuto nel corso degli anni Sessanta del secolo scorso, tale modello sopravvive oggi solamente in un numero assai ristretto di istituti privati — meno di venti, per circa quattromila alunni complessivamente. Si tratta, in ogni caso, di istituti che non hanno mai originato un contenzioso costituzionale paragonabile a quello sviluppatosi in Spagna, né la loro eventuale esclusione dal regime delle scuole paritarie è mai stata oggetto di un dibattito politico e giuridico assimilabile a quello spagnolo. Tale circostanza rende, a nostro avviso, ancora più significativo l'approfondimento del caso spagnolo quale laboratorio giuridico in cui il conflitto tra libertà di insegnamento, principio di uguaglianza e superiore interesse del minore ha trovato un'articolazione compiuta e, come si vedrà, non priva di contraddizioni.

Il presente lavoro si concentra, in particolare, sull'ordinamento giuridico spagnolo, nel quale la questione educativa presenta proprie specificità storiche, normative e giurisprudenziali, che verranno esaminate nelle pagine che seguono, prendendo come esempio paradigmatico il caso dell'educazione differenziata o segregata per sesso.

2. *La configurazione giuridica della libertà educativa in Spagna*.

Prima di addentrarsi nell'analisi dell'educazione differenziata e dei conflitti che la sua scelta può generare tra i genitori, è opportuno ricostruire brevemente il contenuto della libertà di insegnamento riconosciuta dall'articolo 27 della Costituzione spagnola, quale presupposto imprescindibile per comprendere il ruolo che in essa svolgono lo Stato, i titolari dei centri, i docenti e i genitori.

2.1 Il contenuto della libertà di insegnamento: la dottrina della STC 5/1981.

Il punto di partenza obbligato in questa materia è costituito dalla STC 5/1981, del 13 febbraio — la prima e più rilevante pronuncia del Tribunale Costituzionale sull'articolo 27 CE, di cui si offre qui di seguito una traduzione italiana dei commi rilevanti[2] —, che ha delineato il contenuto complesso della libertà di insegnamento

[2] Traduzione italiana dei commi dell'articolo 27 della Costituzione spagnola più rilevanti ai fini del presente contributo. Art. 27.1: «Tutti hanno diritto all'istruzione. Si riconosce la libertà di insegnamento». Art. 27.2: «L'istruzione avrà per oggetto il pieno sviluppo della personalità umana nel rispetto dei principi democratici di convivenza e dei diritti e delle libertà fondamentali». Art. 27.3: «I pubblici poteri garantiscono il diritto spettante ai genitori affinché i loro figli ricevano la formazione religiosa e morale conforme alle proprie convinzioni». Art. 27.4: «L'istruzione di base è obbligatoria e gratuita». Art. 27.6: «Si riconosce alle persone fisiche e giuridiche la libertà di fondare centri educativi, nel rispetto dei principi costituzionali». Art. 27.7: «I docenti, i genitori e, se del caso, gli alunni parteciperanno al controllo e alla gestione di tutti i centri sostenuti dall'Amministrazione con fondi pubblici, nei termini che la legge stabilisca». Art. 27.9: «I pubblici poteri aiuteranno i centri docenti che riuniscano i requisiti che la legge stabilisca». Art. 20.1.c) CE: «Si riconoscono e si tutelano i diritti [...] alla libertà di cattedra».

ISSN 2036-7821

riconosciuta dal primo comma di tale articolo[3]. Secondo questa storica sentenza, la libertà di insegnamento comporta, da un lato, il diritto di fondare istituti educativi (articolo 27.6 CE) e, dall'altro, il diritto di coloro che svolgono personalmente la funzione docente di svilupparla in libertà, entro i limiti propri del posto di lavoro che occupano — ossia la libertà di cattedra, riconosciuta in via generale dall'articolo 20.1 c) CE. A ciò si aggiunge, quale ulteriore manifestazione della libertà di insegnamento, il diritto dei genitori di scegliere la formazione religiosa e morale che desiderano per i propri figli, riconosciuto dall'articolo 27.3 CE.
Si tratta, dunque, di un fascio di diritti — creazione di centri, libertà di cattedra, diritto dei genitori — che, pur distinti, risultano intimamente connessi e in costante tensione reciproca, poiché l'esercizio di ciascuno di essi può limitare, condizionare o entrare in conflitto con l'esercizio degli altri. È proprio in questo triangolo di diritti — titolari e docenti dei centri, genitori, e in ultima istanza lo Stato quale garante del pluralismo educativo — che si inserisce la questione dell'educazione differenziata, come si vedrà nel prosieguo.

2.2 Il diritto dei docenti: la libertà di cattedra.

La libertà di cattedra, riconosciuta dall'articolo 20.1.c) CE nel contesto della libertà di espressione, spetta a tutti i docenti abilitati all'esercizio dell'insegnamento, indipendentemente dal livello educativo in cui operano. Come ha precisato lo stesso Tribunale Costituzionale, «sebbene tradizionalmente per libertà di cattedra si sia intesa una libertà propria solo dei docenti dell'istruzione superiore [...] il costituente del 1978 ha voluto attribuire tale libertà a tutti i docenti, quale che sia il livello di insegnamento in cui operano»[4]. Tale diritto risulta tuttavia «necessariamente modulato dalle caratteristiche proprie del posto docente [...] determinate, fondamentalmente, dall'azione combinata di due fattori: la natura pubblica o privata dell'istituto, in primo luogo, e il livello o grado educativo cui tale posto corrisponde, in secondo luogo»[5]. Conviene pertanto esaminare separatamente il contenuto di tale

[3] STC 5/1981, del 13 febbraio, FJ 7º: «la libertad de enseñanza [...] implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas (artículo 27.6) y, de otra, el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan (artículo 20.1.c). Del principio de libertad de enseñanza deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (artículo 27.3)». Traduzione: «la libertà di insegnamento [...] implica, da un lato, il diritto di fondare istituzioni educative (articolo 27.6) e, dall'altro, il diritto di coloro che svolgono personalmente la funzione di insegnare, di svilupparla in libertà entro i limiti propri del posto docente che occupano (articolo 20.1.c). Dal principio di libertà di insegnamento deriva anche il diritto dei genitori di scegliere la formazione religiosa e morale che desiderano per i propri figli (articolo 27.3)».

[4] Cfr. C. Odriozola Igual, «El derecho a la educación como mecanismo de control en los conflictos entre ideario y libertad de cátedra», *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, n. 3, 2003, ISSN 1696-6937.

[5] STC 5/1981, del 13 febbraio, FJ 8º: «se ve necesariamente modulado por las características propias del puesto docente o cátedra cuya ocupación titula para el ejercicio de esa libertad. Tales características vienen determinadas, fundamentalmente, por la acción combinada de dos factores: la naturaleza pública o privada del centro docente en primer término, y el nivel o grado educativo al que tal puesto docente corresponde, en segundo lugar».

libertà nei istituti pubblici e in quelli privati dotati di un proprio *ideario* — nozione assimilabile, nell'esperienza italiana, a quella di "istituto di tendenza", e qui intesa quale sistema coerente di principi e orientamenti che il titolare dell'istituto imprime al progetto educativo in uso della libertà di creazione di istituti riconosciuta dall'articolo 27.6 CE.

Negli istituti pubblici, la libertà di cattedra si coniuga con il dovere di neutralità ideologica che grava sui docenti, quale contropartita della titolarità statale dell'istituto. Il Tribunale Costituzionale ha chiarito che tale neutralità «è una caratteristica necessaria di ciascuno dei posti docenti integrati nell'istituto, e non l'ipotetico risultato della casuale coincidenza, nello stesso istituto e di fronte agli stessi alunni, di docenti di diverso orientamento ideologico i cui insegnamenti si neutralizzino reciprocamente»[6]. Ne consegue che il docente della scuola pubblica è tenuto a rinunciare a qualsiasi forma di indottrinamento ideologico o religioso, quale unico atteggiamento compatibile con il rispetto della libertà delle famiglie che, per libera scelta o per necessità, non hanno optato per un istituto dotato di un orientamento ideologico determinato ed esplicito[7]. Tale neutralità, tuttavia, non va intesa come indifferenza rispetto ai valori costituzionali: essa si traduce, piuttosto, nel divieto di indottrinamento, non essendo la scuola pubblica esonerata dal perseguire le finalità educative dell'articolo 27.2 CE.

Nei centri privati dotati di un proprio *ideario* la libertà di cattedra trova invece un limite ulteriore, rappresentato per l'appunto dal rispetto dovuto a tale *ideario*. Il Tribunale Costituzionale ha tuttavia precisato che tale rispetto «non equivale a venerazione o acquiescenza, bensì a considerazione, attenzione o discrezione»[8]: non costituiscono violazione del dovere di rispetto le semplici e isolate discrepanze su singoli aspetti dell'*ideario*, purché manifestate in modo ragionato, con opportunità e nella forma adeguata all'età e al grado di maturità degli alunni; né vi è violazione quando il docente si astenga, con discrezione, dal collaborare a pratiche religiose o ideologiche con cui non si identifichi. La libertà del docente non lo autorizza, però, a dirigere attacchi aperti o dissimulati contro l'*ideario* stesso.

Il conflitto tra libertà di cattedra e *ideario* dell'istituto si manifesta, in particolare, quando il docente assume, nell'esercizio della propria funzione, un atteggiamento contrario ai principi dell'*ideario*, di cui era a conoscenza — e che aveva liberamente accettato — al momento della propria incorporazione all'istituto. In tali ipotesi, il Tribunale Costituzionale ha ammesso la legittimità del licenziamento del docente per slealtà verso l'istituto, sebbene tale conseguenza risulti circoscritta ai soli casi in cui la

[6] STC 5/1981, del 13 febbraio, FJ 9º.

[7] STC 5/1981, del 13 febbraio, FJ 9º: «es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita».

[8] STC 5/1981, del 13 febbraio, FJ 9º. Cfr. altresì R. Palomino Lozano, *Manual Breve de Derecho Eclesiástico del Estado*, 10ª ed., Universidad Complutense, Madrid, 2026, 158-159, di cui si segue qui l'esposizione.

ISSN 2036-7821

condotta contraria all'*ideario* risulti effettivamente incompatibile con il carattere proprio dell'istituto, senza tradursi in un'indebita compressione della libertà di espressione o di coscienza del docente stesso[9].

2.3 Il diritto dei genitori nella scelta dell'educazione.

Il diritto dei genitori di scegliere per i figli la formazione religiosa e morale conforme alle proprie convinzioni, sancito dall'articolo 27.3 CE, costituisce una delle manifestazioni più rilevanti della libertà di insegnamento e trova origine, sul piano internazionale, nell'articolo 26.3 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 e nell'articolo 2 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Come ha rilevato la dottrina, tale diritto costituzionale è strettamente connesso al mandato di cui all'articolo 16.3 CE, che impone ai poteri pubblici di tenere in considerazione le credenze religiose della società spagnola e di mantenere le conseguenti relazioni di cooperazione[10].

Questo diritto si esercita, in via principale, attraverso la libera scelta dell'istituto educativo — pubblico, privato o privato convenzionato, con o senza *ideario* religioso — e, in via sussidiaria, attraverso la partecipazione a insegnamenti di libera frequenza organizzati negli istituti pubblici, quale è, nell'ordinamento spagnolo, la materia di religione. Tale diritto non è tuttavia incondizionato, ma deve essere esercitato in cooperazione con il minore e nel rispetto del superiore interesse di quest'ultimo, conformemente a quanto disposto dall'articolo 154 del Codice civile spagnolo.

Proprio la configurazione della materia di religione nella scuola pubblica illustra bene la complessità pratica di questo diritto. L'Accordo del 1979 tra Spagna e Santa Sede sull'insegnamento e gli affari culturali impose l'inclusione dell'insegnamento della religione cattolica in tutti i centri educativi, in condizioni equiparabili alle altre discipline fondamentali[11], impegno esteso in seguito, tramite appositi accordi di cooperazione, alle confessioni evangelica, ebraica e islamica. Ne è derivato un modello — tuttora vigente, sebbene ripetutamente modificato — in cui la materia di religione è di offerta obbligatoria per gli istituti e di libera scelta per gli alunni, è valutabile e computa nella media del corso, ma non incide sulle prove di valutazione finale né sui concorsi pubblici; il contenuto didattico e i libri di testo restano di competenza delle rispettive confessioni religiose[12]. Le successive riforme legislative

[9] C. Odriozola Igual, «El derecho a la educación como mecanismo de control en los conflictos entre ideario y libertad de cátedra», cit.

[10] Cfr. A. Rodríguez Moya, A., «El mandato del artículo 16.3 de la Constitución a los poderes públicos y escuela: más allá de la instrucción. Reflexiones con ocasión de la LOMLOE», *Estudios Eclesiásticos*, vol. 96, n. 379, dicembre 2021, 687-726.

[11] Art. 2 dell'Accordo tra il Regno di Spagna e la Santa Sede sull'insegnamento e gli affari culturali, del 3 gennaio 1979.

[12] Cfr. Disposizione Addizionale Seconda della Ley Orgánica 2/2006, del 3 maggio, di Educazione. Sul punto, si veda R. Palomino Lozano, *Manual Breve de Derecho Eclesiástico del Estado*, cit., 151-155.

hanno inciso in modo significativo sulla questione, sinora irrisolta, dell'esistenza di una materia alternativa per chi non opti per l'insegnamento religioso: mentre nella scuola secondaria tale alternativa è stata generalmente prevista — sotto forma, a seconda della legge vigente, di una materia autonoma o della semplice esenzione —, nella scuola primaria essa è stata talvolta del tutto assente, esponendo così la questione a un'ulteriore fonte di instabilità normativa che ben si inserisce nel fenomeno delle costanti riforme educative[13].

2.4 Il diritto di creazione di centri educativi con ideario proprio.

Il terzo pilastro della libertà di insegnamento è costituito dal diritto di fondare istituti educativi, riconosciuto dall'articolo 27.6 CE, che «implica il diritto di garantire il rispetto del proprio carattere e di assumere in ultima istanza la responsabilità della gestione»[14]. Tale diritto abilita il titolare dell'istituto a dotarlo di un *ideario* proprio — nozione che, secondo la giurisprudenza costituzionale, equivale alla possibilità di dotare un istituto di un carattere o di un orientamento propri, e che non si limita agli aspetti religiosi o morali dell'attività educativa, potendo estendersi anche ad aspetti pedagogici e organizzativi, quale è, per l'appunto, l'opzione per un modello di educazione differenziata o segregata[15]. L'esistenza di un *ideario* deve tuttavia essere pubblica, affinché i genitori possano verificarne la coincidenza con le proprie convinzioni prima dell'iscrizione dei figli, e deve in ogni caso rispettare i fini educativi costituzionalmente imposti dall'articolo 27.2 CE.

2.5 Il quadro internazionale: il Relatore Speciale delle Nazioni Unite e la giurisprudenza della Corte EDU.

Il diritto dei genitori sinora ricostruito trova un solido riscontro anche nel diritto internazionale dei diritti umani, sia nella prassi delle Nazioni Unite sia nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che meritano un breve approfondimento data la loro rilevanza per l'interpretazione dell'articolo 27.3 CE, ai sensi dell'articolo 10.2 della Costituzione spagnola.

Il Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla libertà di religione o di credo, nel suo rapporto presentato all'Assemblea Generale nel 2015, ha affrontato specificamente il tema dell'educazione religiosa dei minori, chiarendo un punto spesso frainteso:

[13] Sull'assenza di una materia alternativa nella scuola primaria a fronte della sua previsione nella scuola secondaria, cfr. Disposizione Addizionale Prima del Real Decreto 1513/2006, del 7 dicembre, e Disposizione Addizionale Seconda del Real Decreto 1631/2006, del 29 dicembre. Sull'evoluzione successiva, si veda altresì R. Valencia Candalija, cit.

[14] STC 77/1985, del 27 giugno, FJ 20º.

[15] Cfr. M. Rodríguez Blanco, «Educación diferenciada y Constitución», *Nueva Revista*, 9 dicembre 2022; Mª Á. García Sánchez, «De nuevo con la educación diferenciada», cit.

l'obbligo di neutralità religiosa grava sullo Stato, non sui genitori[16]. Lo Stato non può, cioè, pretendere che le famiglie educhino i figli in un ambiente neutrale dal punto di vista religioso, né imporre loro un simile modello come standard generale: ciò costituirebbe un'ingerenza sproporzionata nella responsabilità genitoriale, la quale comprende il diritto-dovere dei genitori di orientare il figlio nell'esercizio della propria libertà religiosa, in modo peraltro coerente con l'evoluzione delle sue capacità e con il suo diritto a mutare, in futuro, le proprie convinzioni[17]. Il Relatore precisa, inoltre, che l'eventuale intervento statale a tutela del minore resta giustificato unicamente in presenza di un pregiudizio concreto — quale l'abbandono, la violenza domestica o pratiche nocive —, non già come strumento per imporre un modello educativo alternativo a quello scelto dai genitori.

Sul versante europeo, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha elaborato, a partire dal caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Danimarca* (1976), una formula divenuta classica: nell'assolvere le funzioni assunte in materia di istruzione, lo Stato deve trasmettere le informazioni e le conoscenze incluse nei programmi scolastici in maniera obiettiva, critica e pluralista, essendogli vietato perseguire finalità di indottrinamento che non rispettino le convinzioni religiose e filosofiche dei genitori[18]. Tale principio è stato ribadito testualmente dalla Grande Camera in *Folgerø e altri c. Norvegia* (2007), la quale ha altresì precisato che il termine «rispetto», di cui all'articolo 2 del Protocollo n. 1 CEDU, implica non un mero obbligo negativo di astensione, bensì anche un obbligo positivo a carico dello Stato di garantire il pluralismo educativo[19]. Nel caso *Lautsi e altri c. Italia* (2011), la Grande Camera ha ricondotto tale dovere di neutralità e imparzialità dello Stato all'articolo 9 CEDU, pur distinguendo — con riguardo alla presenza del crocifisso nelle aule scolastiche italiane — tra simboli passivi e condotte didattiche attive, ritenendo che i primi non abbiano un'influenza sugli alunni paragonabile a quella dell'insegnamento o della partecipazione ad attività religiose[20]. La sentenza *Perovy c. Russia* (2020) ha successivamente ribadito lo stesso standard, precisando i criteri di imputazione allo Stato di un eventuale indottrinamento[21].

3. L'educazione differenziata o segregata.

3.1 Nozione e quadro giuridico internazionale.

[16] Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite, Rapporto del Relatore Speciale sulla libertà di religione o di credo, Heiner Bielefeldt, A/70/286, presentato all'Assemblea Generale il 5 agosto 2015, § 36: la neutralità religiosa può essere legittimamente richiesta allo Stato, ma non può essere imposta ai genitori nell'educazione dei figli.

[17] Ibidem, §§ 33-34 e 37-40.

[18] Corte EDU, Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Danimarca, sentenza del 7 dicembre 1976 (Serie A n. 23), § 53, dottrina ribadita testualmente dalla Grande Camera in Folgerø e altri c. Norvegia, § 84 d).

[19] Corte EDU [GC], Folgerø e altri c. Norvegia, sentenza del 29 giugno 2007 (n. 15472/02), § 84 b).

[20] Corte EDU [GC], Lautsi e altri c. Italia, sentenza del 18 marzo 2011 (n. 30814/06), §§ 60 e 72.

[21] Corte EDU, Perovy c. Russia, sentenza del 20 ottobre 2020 (n. 47429/09), §§ 54-57.

Prima di ricostruire l'evoluzione normativa e giurisprudenziale spagnola in materia di educazione differenziata o segregata per sesso, conviene chiarire in che cosa consista tale modello pedagogico e quale sia il suo inquadramento nel diritto internazionale, che stabilisce la sua liceità purché siano rispettati determinati criteri di equivalenza tra i due sessi.

La Convenzione dell'UNESCO relativa alla lotta contro le discriminazioni nella sfera dell'insegnamento, del 1960, costituisce il primo strumento internazionale vincolante interamente dedicato al diritto all'istruzione, e svolge un ruolo determinante nella legittimazione dell'educazione differenziata, a condizione che siano soddisfatti alcuni requisiti[22]. Essa stabilisce, anzitutto, che l'istituzione o il mantenimento di sistemi o istituti di insegnamento separati per alunni e alunne non costituisce discriminazione; ne fissa, tuttavia, le condizioni di liceità, richiedendo che tali sistemi o istituti offrano un accesso equivalente all'istruzione, personale docente di pari qualificazione, locali e attrezzature di qualità comparabile, e la possibilità di seguire gli stessi programmi di studio o programmi equivalenti[23]. Questione distinta — e direttamente rilevante ai fini del presente contributo — è se l'educazione differenziata possa reclamare un diritto al finanziamento pubblico: su questo punto la Convenzione tace, non contenendo alcuna disposizione in materia.

Anche la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro la donna (CEDAW), del 1979, pur non vietando l'educazione differenziata, mostra una preferenza per la coeducazione, incoraggiando gli Stati a promuovere «la coeducazione e altri tipi di insegnamento che contribuiscano a raggiungere questo obiettivo», ossia l'eliminazione di ogni concezione stereotipata dei ruoli maschile e femminile[24]. Indipendentemente dal modello prescelto, la Convenzione impone comunque agli Stati parte di adottare tutte le misure appropriate per garantire condizioni di parità nell'accesso all'istruzione — inclusi programmi, esami, personale docente, attrezzature e borse di studio —, requisiti che si applicano anche agli istituti a educazione differenziata, i quali potranno dimostrare che il proprio modello non compromette, nella sostanza e nei risultati, l'uguaglianza di genere[25]. Anche in questo caso, nessuna disposizione della Convenzione affronta la questione del finanziamento pubblico dell'educazione differenziata, restando ciascuno Stato libero di decidere se finanziarla o meno.

3.2 Le costanti riforme in ambito educativo.

Una delle caratteristiche più evidenti del sistema educativo spagnolo, e che

[22] Convenzione dell'UNESCO relativa alla lotta contro le discriminazioni nella sfera dell'insegnamento, adottata il 14 dicembre 1960, ratificata dalla Spagna il 20 agosto 1969.

[23] Art. 2, lett. a), della Convenzione UNESCO del 1960.

[24] Art. 10, lett. c), della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro la donna (CEDAW), adottata il 18 dicembre 1979, ratificata dalla Spagna il 16 dicembre 1983.

[25] Artt. 1 e 10 CEDAW.

costituisce il primo elemento da tenere in considerazione per comprendere la vicenda dell'educazione differenziata, è la straordinaria frequenza con cui l'ordinamento giuridico in materia viene modificato. Non è casuale che la normativa sull'istruzione sia spesso tra le prime che i nuovi Governi intendono riformare non appena assumono l'incarico[26], determinando un avvicendamento di leggi organiche che si succedono con un ritmo difficilmente riscontrabile in altri settori dell'ordinamento. Tali riforme non sempre concentrano la propria attenzione sul miglioramento dell'insegnamento, sulla promozione dell'eccellenza o sull'adeguamento a esigenze sopravvenute — quali le nuove tecnologie o l'insegnamento delle lingue —: non di rado, gli interventi legislativi si concentrano su aspetti di natura morale, religiosa o filosofica[27].

Tale instabilità normativa contrasta nettamente con la situazione italiana, ove il sistema scolastico non universitario ha conosciuto, negli ultimi trent'anni, un numero assai più contenuto di riforme organiche di carattere generale. Se si prescinde dalla progressiva attuazione dell'autonomia scolastica avviata con la legge n. 59/1997 e il D.P.R. n. 275/1999, le riforme di sistema di maggiore portata si riducono, in sostanza, alla c.d. Riforma Moratti (legge n. 53/2003) e alla c.d. Buona Scuola (legge n. 107/2015) — quest'ultima peraltro concentrata soprattutto sul reclutamento e sulla valutazione del personale docente, più che sull'architettura complessiva del sistema educativo. Manca, in altre parole, nell'esperienza italiana quel susseguirsi ravvicinato di leggi organiche di segno politico opposto — spesso approvate e poi riformate al primo cambio di maggioranza parlamentare — che caratterizza invece l'esperienza spagnola sin dal 1980, e che ha fatto sì che questioni come l'educazione differenziata, l'insegnamento della religione o il regime di finanziamento delle scuole non statali siano stati oggetto, in Spagna, di un contenzioso costituzionale ricorrente e di soluzioni normative reciprocamente contraddittorie a seconda del segno politico del Governo del momento.

In questo senso, la religione si erige come uno dei ricorrenti temi di discussione ogni volta che ha luogo una riforma educativa. Così, si realizzano emendamenti rispetto alla configurazione della relativa materia[28], ma anche rispetto all'offerta di diversi

[26] Basti osservare il numero di leggi in materia di istruzione promosse in Spagna durante la democrazia. Un totale di 8 norme approvate dal 1980: Ley Orgánica por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares (LOECE), nel 1980; Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (LODE), nel 1985; Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), nel 1990; Ley Orgánica de Participación, Evaluación y Gobierno de los Centros Docentes (LOPEG), nel 1995; Ley Orgánica de Calidad de la Educación (LOCE), nel 2002; Ley Orgánica de Educación (LOE), nel 2006; Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE), nel 2013; e Ley Orgánica de Modificación de la LOE (LOMLOE), nel 2020.

[27] Cfr. R. Valencia Candalija, *La implantación de educación para la ciudadanía en el Sistema Educativo Español*, Dykinson, Madrid, 2013.

[28] Ciò si può constatare dalla maggiore o minore rilevanza che ciascuna riforma attribuisce a questa materia, stabilendone la valutazione e/o il computo a diversi effetti e la determinazione dell'«alternativa» alla materia di religione, tra l'altro. Nell'ultima riforma, si elimina l'obbligo di seguire una materia alternativa, poiché scompare

modelli educativi[29] o all'incorporazione di contenuti di natura morale o filosofica che possono entrare in collisione con le convinzioni morali e religiose dei genitori, sia attraverso l'introduzione di nuove materie[30], sia attraverso la loro inclusione trasversale in tutte le materie impartite[31].

Va rilevato che l'articolo 27 della Costituzione, che disciplina la libertà di insegnamento in Spagna, presenta già nella sua estensione una certa ambiguità, probabilmente necessaria affinché potesse raccogliere il consenso dei costituenti. A nessuno sfugge che la redazione di questo articolo fu il frutto di concessioni tra rappresentanti di sensibilità diverse, e che nel processo di elaborazione alcuni deputati arrivarono persino ad alzarsi dal tavolo di discussione[32]. Tuttavia, è indubbio che uno dei pilastri su cui si fonda la configurazione della libertà di insegnamento sia la libertà di scelta dei genitori riguardo alla formazione religiosa e morale dei figli, come stabilisce l'articolo 27.3 CE[33].

È vero che il modello di scuole convenzionate (*conciertos educativos*) promosso dalla *Ley Orgánica* 1/1990, del 3 ottobre, di Ordinamento Generale del Sistema Educativo[34], è servito da base per le successive legislazioni approvate. Questo tipo di istituto si caratterizza solitamente per essere dotato di un proprio *ideario*, che deve essere pubblico[35], affinché i genitori possano verificare che esso coincida con le proprie convinzioni prima dell'iscrizione dei figli all'istituto. Pertanto, il diritto di fondare istituti scolastici, previsto dall'articolo 27.6 CE, «implica il diritto di garantire il

---

dall'articolo 18 della precedente norma educativa (LOMCE), che prevedeva la materia alternativa «Valores Sociales y Cívicos».

[29] In questo senso, la LOMLOE elimina la «domanda sociale» come criterio per la pianificazione scolastica, prevista dall'art. 109 della precedente legge sull'istruzione, e stabilisce che le amministrazioni educative «promuoveranno un incremento progressivo dei posti scolastici nella rete di istituti di titolarità pubblica». Inoltre, la versione riformata della D.A. venticinquesima introduce come novità l'impossibilità per gli istituti a educazione differenziata di accedere alle convenzioni educative.

[30] Un esempio è la materia di Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos, introdotta dalla LOE, oppure la materia Educación en Valores Cívicos y Éticos, introdotta dalla LOMLOE, sia nella scuola primaria sia nella scuola secondaria inferiore.

[31] Per citare l'ultima manifestazione, la vigente legge sull'istruzione stabilisce che verrà promossa in modo trasversale l'«educazione affettivo-sessuale», poiché essa compare tra i principi dell'istruzione (articolo 1); nell'organizzazione di tutti i corsi della Scuola Secondaria, dove sarà promossa «in modo trasversale» (articoli 24 e 25); nonché tra gli obiettivi del Bachillerato: «consolidare una maturità personale, affettivo-sessuale» (articolo 33). È altresì prevista la necessità che la comunità educativa abbia «conoscenza della storia della democrazia in Spagna», nella sua D.A. 41ª.

[32] Fu questo il caso dei deputati del Partido Socialista Obrero Español, come è stato più volte evidenziato. Un esempio è l'ex ministro Alfredo Pérez-Rubalcaba, che ne parlò a Valencia in un evento nell'ambito del 40º anniversario della Costituzione spagnola. Vid. https://www.religiondigital.org/espana/Canizares-Rubalcaba-Echo-ministro-Educacion_0_2055094493.html (ultima consultazione: 25/06/2025).

[33] L'articolo 27.3 CE stabilisce: «I pubblici poteri garantiscono il diritto spettante ai genitori affinché i loro figli ricevano la formazione religiosa e morale conforme alle proprie convinzioni».

[34] «BOE» n. 238, del 4 ottobre 1990, 28927-28942.

[35] L'articolo 105.2 LOE: «Il carattere proprio dell'istituto deve essere portato a conoscenza, da parte del titolare dell'istituto, dei diversi settori della comunità educativa, nonché di chiunque possa essere interessato ad accedervi».

rispetto del proprio carattere e di assumere in ultima istanza la responsabilità della gestione»[36]. Per questo motivo, la definizione di un proprio *ideario* dell'istituto rientra nella libertà di fondare istituzioni educative. Anzi, tale libertà è intimamente legata alla libertà di insegnamento dei genitori, garantita dall'articolo 27.3 CE.

In questo modo, il fatto che convivano diversi modelli educativi a disposizione di bambini e genitori — o, meglio, il fatto che questa diversità nell'offerta educativa riceva fondi pubblici — consente di rimuovere, o quantomeno ridurre, gli ostacoli affinché gli individui — i bambini e i genitori — possano godere pienamente del diritto fondamentale sancito dall'articolo 27.3 CE. Ciò non contraddice in alcun modo la neutralità che lo Stato deve mantenere; anzi, come si afferma, «la neutralità statale implica in ogni caso che questi modelli educativi diversi dalla scuola pubblica possano essere oggetto di tutela nell'ambito di una società plurale»[37]. Vi è chi arriva persino a sostenere che questa diversità dell'offerta educativa dovrebbe essere garantita anche alle scuole a educazione differenziata[38].

Ciononostante, la configurazione degli istituti convenzionati ha subito numerosi aggiustamenti legislativi e l'azione dei tribunali si è rivelata determinante nella configurazione di questo diritto. Il Tribunale Costituzionale, quale massimo garante dei diritti e delle libertà, ha risolto più di una controversia relativa alle riforme legislative promosse dai diversi governi nazionali. Le sentenze più recenti del Tribunale Costituzionale relative alle ultime riforme educative sono state la STC 31/2018, del 10 aprile 2018[39], la STC 34/2023, del 18 aprile 2023[40], e la STC 49/2023, del 10 maggio 2023[41]. In esse sono state risolte questioni impugnate da un gruppo di minimo cinquanta deputati mediante ricorso di incostituzionalità[42]. Le tre sentenze si pronunciano rispetto alle ultime due riforme legislative approvate in Spagna, la *Ley Orgánica* 8/2013, del 9 dicembre, per il miglioramento della qualità educativa (LOMCE)[43], e la *Ley Orgánica* 3/2020, del 29 dicembre, che modifica la *Ley Orgánica* 2/2006, del 3 maggio, sull'Istruzione (LOMLOE)[44].

3.3 L'educazione differenziata o segregata come manifestazione di queste riforme.

Al fine di mostrare in che modo si vada delineando l'articolazione della libertà

[36] STC 77/1985, del 27 giugno, FJ 20º.

[37] S. Meseguer Velasco, «Neutralidad religiosa y enseñanza privada en España», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 29, 2013, p. 146.

[38] M. Calvo Charro, «Los colegios diferenciados por sexo en Estados Unidos: constitucionalidad y actualidad de una tendencia imparable», *Revista de Derecho Político*, n. 86, 2013, 159-194.

[39] Recurso de inconstitucionalidad 1406-2014. «BOE» n. 124, del 22 maggio 2018, 53548-53638.

[40] Recurso de inconstitucionalidad 1760-2021. «BOE» n. 121, del 22 maggio 2023, 70644-70711.

[41] Recurso de inconstitucionalidad 1828-2021. «BOE» n. 139, del 12 giugno 2023, 83865-83889.

[42] Ciò in virtù dell'articolo 162.1 della Costituzione spagnola, che stabilisce: «Sono legittimati: a) A proporre il ricorso di incostituzionalità, il Presidente del Governo, il Defensor del Pueblo, 50 deputati, 50 senatori, gli organi collegiali esecutivi delle Comunità Autonome e, se del caso, le rispettive Assemblee».

[43] «BOE» n. 295, del 10 dicembre 2013, 97858-97921.

[44] «BOE» n. 340, del 30 dicembre 2020, 122868-122953.

educativa in Spagna, possiamo guardare l'evoluzione dell'educazione differenziata[45]. La LOMLOE riformava l'articolo 84.3 della legge sull'istruzione stabilendo che la scelta dell'educazione differenziata non potesse comportare un trattamento meno favorevole al momento della stipula di convenzioni con le Amministrazioni educative[46]. Con l'approvazione della nuova riforma della LOMLOE, invece, l'articolato è ben diverso. La nuova formulazione della disposizione addizionale venticinquesima limita il finanziamento pubblico — e, dunque, la possibilità di stipulare convenzioni educative — ai soli istituti a educazione mista[47]. Il Tribunale Costituzionale, nel decidere i menzionati ricorsi di incostituzionalità, ha dovuto prendere posizione, tra le altre questioni, sul trattamento giuridico riservato a questo tipo di istituti[48].

Nel primo dei ricorsi (contro la LOMCE), i ricorrenti sostenevano che la norma era incostituzionale in quanto incorreva in una discriminazione vietata dall'articolo 14 CE, in relazione all'articolo 27 CE. In altre parole, la differenza di trattamento non risultava sufficientemente giustificata. Inoltre, si richiamava il contenuto dei trattati e accordi internazionali ratificati dalla Spagna, poiché l'interpretazione dei diritti previsti dall'articolo 27 conformemente a tali trattati sottoscritti e ratificati è, come noto, imprescindibile, in virtù di quanto disposto dall'articolo 10.2 CE. D'altro canto,

[45] Per un'analisi critica della costituzionalità dell'educazione differenziata per sesso e del suo finanziamento pubblico nell'ordinamento spagnolo, con particolare attenzione all'evoluzione legislativa e alla giurisprudenza del Tribunale Costituzionale e del Tribunale Supremo, si veda M.M. Navas Sánchez, «La educación diferenciada por razón de sexo ante el derecho constitucional. Un debate con múltiples voces: legislación, doctrina y jurisprudencia», *IgualdadES*, n. 4, 2021, 239-253. Sul progressivo mutamento della giurisprudenza costituzionale in materia, e in particolare sul contrasto tra la STC 31/2018 e le successive STC 34/2023 e STC 49/2023, cfr. altresì M.Á., García Sánchez, «De nuevo con la educación diferenciada», *Anales de Derecho*, n. 41, 2024, 101-124; O. Celador Angón, «El modelo de educación diferenciada en la reciente doctrina constitucional», *Derechos y Libertades*, n. 42, Época II, enero 2020, 27-60. M. Eiros Bachiller, «La educación diferenciada en España tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/2023 de 18 de abril», in García García, S. - Hernández López, A. (dirs.), *Derecho en evolución: perspectivas de una nueva generación de juristas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 57-70; F. Simón Yarza, «Los conciertos en la LOMLOE. Ruptura de un consenso constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 35, 2021.

[46] Il menzionato precetto era così formulato: «In nessun caso vi sarà discriminazione per motivi di nascita, razza, sesso, religione, opinione o qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale. Non costituisce discriminazione l'ammissione di alunni e alunne o l'organizzazione dell'insegnamento differenziato per sesso, purché l'insegnamento impartito si svolga conformemente a quanto disposto dall'articolo 2 della Convenzione relativa alla lotta contro le discriminazioni nel campo dell'insegnamento, approvata dalla Conferenza Generale dell'UNESCO il 14 dicembre 1960. In nessun caso la scelta dell'educazione differenziata per sesso potrà comportare, per le famiglie, gli alunni e le alunne e gli istituti corrispondenti, un trattamento meno favorevole, né uno svantaggio, al momento di stipulare convenzioni con le Amministrazioni educative o sotto qualsiasi altro aspetto. A tal fine, gli istituti dovranno esporre nel proprio progetto educativo le ragioni educative della scelta di tale sistema, nonché le misure accademiche adottate per favorire l'uguaglianza».

[47] «Al fine di favorire l'uguaglianza di diritti e opportunità e promuovere l'uguaglianza effettiva tra uomini e donne, gli istituti sostenuti parzialmente o totalmente con fondi pubblici svilupperanno il principio di coeducazione in tutte le fasi educative, conformemente a quanto disposto dalla Ley Orgánica 3/2007, del 22 marzo, per l'uguaglianza effettiva tra donne e uomini, e non separeranno gli alunni in base al genere».

[48] Per un commento più approfondito di queste pronunce si veda M. Vivancos Comes, «Neutralidad religiosa y enseñanza privada en España», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 40, 2024, 415-444.

si argomentava anche che l'esistenza di un *ideario* educativo dovesse essere posta in relazione con i limiti costituiti dai principi superiori dell'ordinamento giuridico — in questo caso, l'uguaglianza — e dal contenuto dell'articolo 27.2 CE: «L'educazione avrà per oggetto il pieno sviluppo della personalità umana nel rispetto dei principi democratici di convivenza e dei diritti e delle libertà fondamentali»[49].

Il Tribunale Costituzionale ha respinto il ricorso di incostituzionalità e, dunque, ha avallato la norma nei termini previsti. Il Plenum ha ritenuto che l'educazione differenziata costituisse «un sistema meramente strumentale e di carattere pedagogico, fondato sull'idea di ottimizzare le potenzialità proprie di ciascuno dei due sessi» (FJ 4º). Ciò comporterebbe l'esclusione dell'applicazione dell'articolo 27.3 CE, ossia impedirebbe che l'educazione differenziata rientrasse nel diritto dei genitori affinché i figli ricevano la formazione religiosa e morale conforme alle proprie convinzioni. Così ha argomentato lo stesso Tribunale, che nello stesso *fundamento jurídico* afferma che la tutela di tale precetto si applicherebbe «qualora si trattasse di una determinata concezione della vita o visione del mondo con un contenuto filosofico, morale o ideologico». Tuttavia, «la separazione tra alunni e alunne nell'ammissione e nell'organizzazione dell'insegnamento risponde a un modello concreto per il miglior conseguimento degli obiettivi perseguiti comuni a qualsiasi tipo di insegnamento». Il Tribunale ritiene che la differenza di trattamento sia sufficientemente giustificata, poiché il legislatore ordinario l'ha stabilita come obbligo applicabile a questi istituti educativi[50] e, pertanto, non ci si trova di fronte a nessuna ipotesi riconducibile all'articolo 14 CE. Inoltre, si appoggia a quanto disposto dai trattati internazionali invocati dai ricorrenti per affermare che nessuno di essi viene violato[51]. Per questo motivo, conclude che «il modello pedagogico dell'educazione differenziata non è discriminatorio *per se*» (FJ 4º). E aggiunge: «non esiste alcun elemento che conduca ad attribuire all'educazione differenziata un'incapacità strutturale di conseguire gli obiettivi educativi fissati costituzionalmente» (FJ 4º). Per tutto ciò, il Tribunale conclude:

«gli istituti a educazione differenziata potranno accedere al sistema di finanziamento pubblico in condizioni di parità con il resto degli istituti educativi; tale accesso sarà condizionato dal rispetto dei criteri o requisiti stabiliti dalla legislazione ordinaria, ma senza che il carattere

[49] Questo precetto, secondo la dottrina dello stesso Tribunale, non opera come mero limite esterno, ma impone che «l'insegnamento debba servire a determinati valori che non svolgono una funzione meramente limitativa, bensì di ispirazione positiva». Cfr. STC 5/1981, del 13 febbraio, FJ 7º.

[50] A tal fine si richiama l'articolo 83.4 della norma, che obbliga questo tipo di istituti a «esporre nel proprio progetto educativo le ragioni educative della scelta di tale sistema, nonché le misure accademiche adottate per favorire l'uguaglianza».

[51] Ad esempio, si argomenta che la stessa Convenzione relativa alla lotta contro le discriminazioni nel campo dell'insegnamento del 1960 stabilisce, al suo articolo 2, che «l'insegnamento separato di bambini e bambine non costituisce discriminazione in base al sesso... purché tali sistemi e istituti offrano condizioni equivalenti di accesso all'insegnamento, dispongano di personale docente egualmente qualificato, nonché di locali scolastici e attrezzature di pari qualità che permettano di seguire gli stessi programmi di studio o programmi equivalenti».

dell'istituto come istituto a educazione differenziata possa costituire un ostacolo a tale accesso».

Riguardo al secondo dei ricorsi (in questo caso, contro la LOMLOE), i ricorrenti fondano l'incostituzionalità della norma sul divieto di convenzionare l'educazione differenziata per sesso. Il Tribunale respinge tale pretesa e afferma che dalla Costituzione deriva «un modello educativo pluralista», ma non che «tutti i modelli educativi debbano ricevere aiuti», né «un diritto soggettivo alla prestazione pubblica». D'altra parte, il Tribunale esamina se il divieto di finanziare pubblicamente l'educazione differenziata sia «contrario all'uguaglianza o ad alcuno dei diritti educativi sanciti dall'articolo 27», e conclude di no: «la differenza di trattamento stabilita dal primo comma della disposizione addizionale 25 della *Ley Orgánica de Educación* tra gli istituti educativi che separano gli alunni per genere, ai fini del finanziamento totale o parziale con fondi pubblici, risponde a una concezione ideologica del sistema educativo che non solo non può essere qualificata come arbitraria, ma che, anzi, è ispirata a valori costituzionali».

Pertanto, il Tribunale delle Garanzie ritiene che l'educazione differenziata sia un'opzione educativa possibile. Inoltre, il legislatore ordinario può scegliere di stabilire, nella norma educativa, che tali istituti possano accedere alle convenzioni. Tuttavia, egli — afferma il Tribunale — può limitare le convenzioni educative alla coeducazione o educazione mista. Ciò, secondo il Tribunale, rientrerebbe perfettamente nel quadro costituzionale, poiché la coesistenza di diversi modelli non implica che tutti debbano ricevere aiuti pubblici e, al contempo, la misura adottata dal legislatore di vietare il finanziamento pubblico non solo non potrebbe essere qualificata come arbitraria, ma sarebbe anzi «ispirata a valori costituzionali».

Per tutto ciò, riteniamo che alcuni di questi cambiamenti legislativi, che si verificano con relativa frequenza ad ogni cambio di Governo, comportino anche una sorta di intervento, in un senso o nell'altro, sul terreno educativo e, tra l'altro, sul diritto dei genitori di scegliere il tipo di educazione per i propri figli. Questo delinea anche il modo in cui viene inteso il superiore interesse del minore, poiché il legislatore ordinario condiziona in misura maggiore o minore l'accesso a questo tipo di educazione. Ciò deve servire da esempio per altre questioni relative al ruolo che la scuola convenzionata deve svolgere nel sistema educativo spagnolo o alla configurazione della materia di religione, tra le altre.

4. Conflitti nella responsabilità genitoriale in materia di educazione differenziata o segregata.

Chiarita la configurazione costituzionale dell'educazione differenziata quale opzione pedagogica legittima al pari della coeducazione, occorre ora esaminare le implicazioni che tale configurazione produce quando la scelta tra i due modelli diventa oggetto di disaccordo tra i genitori nell'esercizio della responsabilità

genitoriale. A tal fine, è necessario preliminarmente ricostruire il quadro giuridico relativo alla titolarità del minore e ai diritti dei genitori in questa materia, per poi applicare tali criteri, unitamente alla giurisprudenza costituzionale sinora elaborata in tema di conflitti genitoriali sull'educazione, alla specifica ipotesi del disaccordo tra genitori circa la scelta tra un istituto a educazione mista e uno a educazione differenziata.

4.1 Il minore come titolare del diritto di libertà religiosa e la responsabilità genitoriale.

Il riconoscimento del minore quale soggetto titolare di diritti e, dunque, non più mero oggetto della proprietà statale o paterna, ha rappresentato un progresso significativo nella sua tutela giuridica. Tale traguardo non fu facile da raggiungere, poiché richiese la formazione di un consenso nella Comunità Internazionale[52].

Addentrandoci nell'ordinamento giuridico spagnolo, occorre menzionare in primo luogo l'articolo 16 della Costituzione spagnola, che garantisce il diritto di libertà religiosa a «individui e comunità». Sarà la *Ley Orgánica* 5/1980 di Libertà Religiosa a confermare tale criterio, riconoscendo tale diritto a «ogni persona» nel suo articolo 2.1.

Inoltre, come stabilito dall'articolo 10.2 della nostra Costituzione, i diritti fondamentali si interpretano conformemente ai trattati internazionali ratificati dalla Spagna. Per cui, in questo caso, è opportuno richiamare la Convenzione sui Diritti del Fanciullo, che al suo articolo 14.1 obbliga gli Stati al rispetto del «diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione», fatti salvi «i diritti e i doveri dei genitori e, se del caso, dei rappresentanti legali, di guidare il fanciullo nell'esercizio del suo diritto in maniera conforme allo sviluppo delle sue capacità».

Nell'ordinamento giuridico spagnolo è essenziale considerare la *Ley Orgánica* 1/1996, del 15 gennaio, di Tutela Giuridica del Minore[53], che al suo articolo 3 stabilisce che i minori godranno dei diritti riconosciuti dalla Costituzione e dai Trattati Internazionali di cui la Spagna è parte, in particolare la Convenzione sui Diritti del Fanciullo appena menzionata.

Tuttavia, il legislatore ordinario — forse per la rilevanza che la questione religiosa riveste nello sviluppo della personalità e nell'esercizio di altri diritti — esplicita il diritto alla libertà religiosa. E, a tal fine, decide di dedicare integralmente un articolo — il sesto — a questa libertà. I primi due commi sviluppano il contenuto previsto dall'articolo 16.1 CE, destinandolo specificamente a questa categoria di soggetti. Il primo enuncia che il minore ha diritto alla libertà di ideologia, coscienza e religione. La terminologia impiegata, pur non coincidendo esattamente con quella della

[52] Questa evoluzione può essere ben apprezzata in S. Angeletti, *I minori tra diritto e religione. Libertà religiosa, best interests, educazione*, Il Mulino, Bologna, 2022.

[53] «BOE» n. 15, del 17/01/1996.

Costituzione — che parla di libertà religiosa, ideologica e di culto — è in realtà più fedele a quella impiegata nei testi internazionali, che tutelano la libertà di pensiero, di coscienza e di religione[54]. Il secondo comma, invece, ricorda che tale diritto conosce dei limiti, sebbene essi si riducano unicamente a quelli prescritti dalla legge, oltre al rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali altrui.
Senza dubbio, la questione che solleva più interrogativi è quella relativa all'esercizio del diritto, poiché, come si vede, la titolarità genera meno dubbi. Per rispondere a ciò occorre far riferimento al terzo e ultimo comma dell'articolo sesto, che stabilisce che «i genitori o i tutori hanno il diritto e il dovere di cooperare affinché il minore eserciti tale libertà in modo da contribuire al suo sviluppo integrale».
Da questo comma possiamo trarre due considerazioni fondamentali. In primo luogo, si tratta al contempo di una facoltà e di un obbligo. In altre parole, i genitori non hanno altra scelta: devono cooperare con il minore. La seconda considerazione è che l'obiettivo è che tale cooperazione contribuisca al suo sviluppo integrale. Naturalmente, qui le questioni si complicano. Quale capacità di agire deve avere il minore in un ambito tanto intimo come quello delle credenze? Ci troviamo di fronte al dilemma di come debba agire lo Stato. Esso non può ignorare la necessità di proteggere il minore, poiché è la parte vulnerabile che non può difendersi da sola. Ma non può nemmeno eccedere nell'intervenire nei rapporti tra genitori e figli, poiché altrimenti assumerebbe un ruolo che non gli compete.
Una delle soluzioni offerte dall'ordinamento giuridico spagnolo si trova nell'articolo 154 del Codice Civile spagnolo, che disciplina l'istituto della responsabilità genitoriale (*patria potestad*), intesa come l'insieme dei diritti e dei doveri che i genitori hanno nei confronti dei figli. Ebbene, questo stesso precetto stabilisce che tale responsabilità genitoriale «si eserciterà sempre nell'interesse dei figli e delle figlie, conformemente alla loro personalità, e nel rispetto dei loro diritti, della loro integrità fisica e mentale».
Pertanto, si parla dell'interesse dei figli e delle figlie e del modo in cui esso va perseguito — conformemente alla loro personalità e nel rispetto dei loro diritti e della loro integrità fisica e mentale —, il che offre già alcune linee guida per l'esercizio pratico di tali diritti e doveri genitoriali. Tra l'elenco di diritti, doveri e facoltà contenuti in tale precetto vi è quello di «educarli e assicurare loro una formazione integrale».

4.2 I diritti dei genitori nell'educazione dei figli.

Va ricordato che i genitori restano titolari di un diritto fondamentale, sancito in particolare dagli articoli 16 e 27 della Costituzione. E ciò conviene ricordarlo poiché,

[54] Si veda l'articolo 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, l'articolo 18 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, l'articolo 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, oppure l'articolo 9 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

oltre alla tutela specifica offerta dall'articolo 27 in materia di libertà educativa, già analizzata, anche la *Ley Orgánica* 7/1980, del 5 luglio, di Libertà Religiosa[55], che sviluppa il contenuto di tale diritto, offre chiarimenti in merito. In particolare, alla lettera c) del suo articolo 2.1, stabilisce che la libertà religiosa comprende anche il diritto di scegliere per i minori non emancipati, «dentro e fuori dall'ambito scolastico, l'educazione religiosa e morale conforme alle proprie convinzioni».

Per questo motivo, non vi è dubbio che la libertà religiosa non riguardi soltanto il minore, ma che anche i genitori esercitino diritti fondamentali nello scegliere l'educazione dei propri figli, sia dentro sia fuori dall'ambito scolastico. Tuttavia, tale scelta deve essere esercitata in cooperazione con il minore, e nell'esercitarla si deve agire sempre nell'interesse dei figli o delle figlie. Il superiore interesse del minore, pertanto, dovrà sempre essere prioritario in qualsiasi questione relativa a questa materia. I genitori devono promuovere l'autonomia e lo sviluppo della personalità del minore. Logicamente, occorre tenere conto della maturità del minore, poiché con la sua evoluzione si modula il diritto dei genitori. La questione — tutt'altro che semplice — consiste nel determinare a partire da quale momento il minore possieda una maturità sufficiente, potendosi stabilire un'età a partire dalla quale tale diritto può essere esercitato oppure verificarla caso per caso[56].

Ciò che in uno scenario ideale si caratterizza per un clima favorevole affinché i genitori e il minore mantengano un rapporto che consenta loro di procedere di pari passo nell'educazione — anche religiosa — può, al contrario, costituire una causa di disaccordo tra loro quando le posizioni dei genitori — nell'ipotesi in cui essi stessi coincidano — vengano percepite come antagoniste o incompatibili con quelle sostenute dal minore.

I minori sono pienamente titolari di tale diritto fondamentale. E ciò a cui assisteremo sarà una capacità progressiva di esercitare i propri diritti. Man mano che acquisisce un maggior grado di maturità o sviluppo evolutivo (capacità naturale), il minore sarà in grado di prendere decisioni che riguardano la propria formazione. In altre parole, quanto maggiore è la capacità di comprensione e di giudizio necessaria per capire la portata e le conseguenze dell'atto, tanto maggiore sarà l'autonomia del minore.

Di conseguenza, l'esercizio della responsabilità genitoriale risulterà limitato. Pertanto, qualora il minore possieda una maturità sufficiente per comprendere ed esprimere le proprie convinzioni, non si parlerà di conflitto di diritti tra il minore e i genitori, bensì di un eccesso nell'esercizio della responsabilità genitoriale. Nell'esercizio di questa responsabilità— con la corrispondente funzione dei genitori di cooperare e guidare il minore nell'esercizio della sua libertà — essi non potranno imporre le proprie convinzioni ai figli, poiché questi hanno già sviluppato le proprie

[55] «BOE» n. 177, del 24/07/1980.

[56] M. J. Redondo Andrés, «La libertad religiosa del menor», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 20, 2004, 138.

credenze.
Ciò non impedisce che i genitori siano legittimati ad agire a tutela dell'interesse dei figli — anche quando ciò comporti contravvenire alle loro decisioni — quando vi sia un impatto sul loro benessere fisico, emotivo, morale o educativo, purché tale intervento sia giustificato in base al principio del superiore interesse del minore. Ci troviamo qui di fronte a una bilancia che deve cercare di raggiungere un punto di equilibrio tra un paternalismo eccessivo — che annulla l'autonomia progressiva del minore con il pretesto della protezione — e una falsa concezione della libertà — che confonde la capacità naturale con un'emancipazione assoluta, ignorando i rischi che possono derivare da contesti coercitivi o settari. È facile immaginare il rischio delle sette distruttive, incluso il problema della radicalizzazione. In questi casi, occorre valutare se sia in pericolo — reale, non potenziale — la dignità, la libertà, la salute o lo sviluppo integrale del minore.
È vero che non esiste una giurisprudenza consolidata che consenta di trarre le linee guida di base per risolvere questo tipo di conflitti. Le controversie che giungono ai tribunali si concentrano solitamente sui conflitti tra genitori, e non tra genitori e figlio. Ciò, tuttavia, non impedisce di prendere coscienza della rilevanza di interpretare correttamente il ruolo dei genitori nell'esercizio della responsabilità genitoriale.
Ciò che in nessun caso può essere ammesso è che uno dei genitori invochi la libertà religiosa per compiere atti contrari ai diritti del minore. Ferma restando la considerazione che le credenze dei genitori non possono servire, *per se*, da causa per la privazione o l'attribuzione dell'affidamento o per la soppressione del regime di visita, tuttavia, qualora tali credenze possano incidere in qualche modo sul minore, il giudice dovrà tenerne conto per determinarne la portata rispetto al superiore interesse del minore. A tal fine, verrà applicato un giudizio di proporzionalità tra il fine perseguito e le misure richieste.

4.3 La risoluzione dei conflitti tra genitori.

Dopo aver esaminato la rilevanza che l'educazione riveste per lo Stato e il ruolo svolto dai genitori nel garantire ai figli una formazione integrale, è il momento di approfondire cosa accade quando coloro che sono chiamati a scegliere l'educazione religiosa e morale del minore non riescono a raggiungere un accordo. In altre parole, come si risolve la controversia tra genitori riguardo all'educazione dei figli, specialmente in contesti di separazione o divorzio.
L'ipotesi in esame è quella in cui entrambi i genitori esercitino la responsabilità genitoriale congiunta, per cui le decisioni relative all'educazione debbano essere adottate di comune accordo. Alcune delle decisioni che sono solitamente oggetto di disaccordo tra i genitori sono:
a) La scelta tra un istituto pubblico, convenzionato o privato.

b) La preferenza per un istituto con *ideario* religioso o laico.
c) L'iscrizione o meno alla materia di religione.
d) La partecipazione ad attività extracurricolari di contenuto morale o ideologico.
In assenza di accordo, il conflitto può essere portato in giudizio, qualora uno dei genitori decida di rivolgersi al *Juzgado de Primera Instancia* per richiedere l'intervento di un giudice al fine di risolvere la controversia.
Va ricordato che esiste una chiara distinzione tra gli atti di ordinaria amministrazione della responsabilità genitoriale e quelli di straordinaria amministrazione. Ed è facile immaginare che questi ultimi richiedano il consenso di entrambi i genitori. Diverso è il caso di altri atti di minore rilevanza, come la partecipazione a una gita scolastica o la decisione che il figlio resti a mensa a mezzogiorno. Le decisioni sopra elencate, invece, rientrano tra gli atti di straordinaria amministrazione, per la rilevanza e gli effetti che producono sullo sviluppo integrale del minore.
Nel caso in cui non vi sia accordo tra i genitori, e uno di essi o entrambi decidano di rivolgersi al giudice, quest'ultimo non si sostituirà a loro. In altre parole, il giudice non deciderà al posto loro l'opzione educativa, ma attribuirà tale facoltà decisionale a uno dei due. In questo modo, sarà quel genitore ad essere legittimato a effettuare la scelta. Come dovrà decidere il giudice? Sulla base del superiore interesse del minore, ossia di ciò che risulta più vantaggioso per quella persona, tenendo conto di tutte le particolarità del caso[57].
Una delle conseguenze del fatto che questi conflitti debbano essere affrontati *ad casum* è che non esiste un criterio uniforme nella giurisprudenza, il che può generare una certa incertezza giuridica. Tuttavia, il criterio che sembra presente nella risoluzione di queste controversie è quello della continuità nell'educazione ricevuta. Tale criterio consiste, più che nel tenere conto delle credenze professate dai genitori al momento della controversia, nel prendere in considerazione le convinzioni che fino a quel momento i genitori avevano scelto per il minore. In questo modo, si cerca di mantenere la stabilità del minore ed evitargli turbamenti dovuti a bruschi cambiamenti di orientamento religioso.
Una delle cause che talvolta origina disaccordi tra genitori è la scelta dell'istituto. Quando si tratta di optare per un istituto educativo piuttosto che per un altro, gli argomenti possono essere numerosi e vari: la vicinanza al luogo di residenza dei genitori — che può coincidere anche con la residenza del minore, in caso di affidamento condiviso —; il carattere pubblico, privato o privato convenzionato; l'*ideario* dell'istituto — specialmente se si tratta di un *ideario* religioso —; il ruolo

[57] Come afferma B. Rodrigo Lara, «Il superiore interesse del minore si riferisce a un individuo concreto e, inoltre, le misure adottate a tale riguardo saranno modulabili e adattabili a nuove circostanze che possano sopravvenire». Cfr. B. Rodrigo Lara, «El menor de edad y su derecho de libertad religiosa como agentes determinantes del interés superior del niño», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 35, 2019, 376.

attribuito alla tecnologia in aula; la formazione linguistica e persino l'educazione bilingue o multilingue; il costo economico; l'uso dell'uniforme; le attività extrascolastiche; e molte altre ancora.

L'educazione impartita in un istituto piuttosto che in un altro talvolta influenza — quando non determina — lo sviluppo del bambino in diverse sue sfaccettature. E può inoltre comportare oneri che i genitori non riescono a sostenere, sia sotto forma di difficoltà nell'adempiere ai propri doveri genitoriali di accompagnamento e ritiro del figlio, sia quanto alle spese economiche derivanti dall'iscrizione e ad altre spese dirette e indirette. Per questo motivo, si tratta di una decisione importante, tanto per ciò che condiziona i genitori quanto per il figlio stesso.

Una delle questioni da risolvere qui è: quale ruolo vogliamo che la religione svolga nell'educazione scolastica del figlio? E questa è, naturalmente, una decisione che spetta ai genitori, sempre in conformità a quanto già spiegato riguardo alla capacità naturale del minore. E cosa accade se i genitori non riescono a raggiungere un accordo? Sappiamo che sarà il giudice a concedere tale facoltà di scelta a uno dei due genitori. Allora, la questione che rimane è: come deve prendere la decisione? Ebbene, come nel resto dei casi già esposti in queste pagine, sulla base del superiore interesse del minore, ossia ciò che più conviene a quella persona in particolare, tenendo conto delle circostanze del caso concreto.

Proprio per questo, occorrerà considerare — tra gli altri fattori — l'età del minore. Ciò costituirà un indicatore — sebbene non necessario — per sapere se il minore debba essere ascoltato o meno. Andrà poi valutato il principio di continuità, nei termini esposti *supra*. La questione risulta più semplice quando del minore si conosce un percorso di studi pregresso, per aver già frequentato in precedenza una fase educativa. Le difficoltà aumentano man mano che si conosce meno l'educazione ricevuta fino a quel momento dal minore. Ciò accade, in particolare, quando si tratta della decisione di iscrivere per la prima volta il bambino a scuola. Ciò comporta che il giudice non possa sapere quale istituto educativo il minore stesse frequentando fino a quel momento. Pertanto, risulta meno agevole il compito di determinare quale sia la scelta più in linea con l'educazione precedentemente ricevuta.

Ciononostante, esistono alcuni indicatori che possono contribuire a conoscere l'educazione del minore. Sarebbe utile approfondire se i genitori abbiano praticato la fede insieme al bambino. Un indicatore potrebbe essere anche il fatto che — nel caso della religione cattolica — il minore sia stato battezzato. Pertanto, sebbene sia vero che non riveste la stessa semplicità l'ipotesi di un minore che sta già frequentando gli studi secondari rispetto a quella di un minore che non è ancora stato iscritto ad alcun istituto scolastico, il giudice deve trovare i mezzi per adottare la decisione migliore per quel bambino.

Successivamente al provvedimento (*Auto*) del *Juzgado de Primera Instancia*, i genitori possono ricorrere all'*Audiencia Provincial*. E, naturalmente, possono sempre rivolgersi

al Tribunale Costituzionale con un ricorso di *amparo*. Di recente, infatti, si sono registrate due importanti sentenze in questa materia. Da un lato, la Sentencia 119/2025, del 26 maggio 2025, sebbene essa riguardi più propriamente l'educazione al di fuori dell'ambito scolastico — o il proselitismo — esercitata da uno dei genitori sul minore. Dall'altro lato, la Sentencia 26/2024, del 14 febbraio 2024, che affronta precisamente la scelta dell'istituto scolastico[58]. In quest'ultimo caso, si tratta di un disaccordo in cui entrambi i genitori adducono ragioni che li portano a considerare la propria opzione come la migliore. La madre voleva iscrivere la figlia in un istituto pubblico e laico. Il padre, invece, in un istituto privato convenzionato con *ideario* cattolico. Sia il *Juzgado* sia l'*Audiencia* concordano sul fatto che la soluzione più vantaggiosa per la figlia fosse l'istituto convenzionato. E ciò perché ritengono che tale istituto riunisca una serie di vantaggi che lo rendevano la scelta migliore. In questo senso, si apprezza in particolare il fatto che l'istituto copra tutti i cicli formativi, eroghi l'insegnamento di una seconda lingua straniera dopo il completamento della scuola primaria, diverse lezioni in inglese e attività come il nuoto; si valutano inoltre la vicinanza all'abitazione paterna e il sostegno familiare di cui questa dispone, l'offerta di strutture e di attività extrascolastiche e un costo economico ritenuto moderato.

Il Tribunale Costituzionale ha accolto il ricorso di *amparo* proposto dalla madre per violazione del suo diritto affinché la figlia ricevesse la formazione religiosa e morale conforme alle proprie convinzioni (art. 27.3 CE). E ciò nonostante il giudice avesse anche stabilito che, pur iscrivendola in quell'istituto con *ideario* religioso, la bambina non partecipasse alla materia di religione. Il Tribunale, infatti, ha ritenuto che sia il *Juzgado de Primera Instancia* sia l'*Audiencia Provincial* non avessero effettuato una corretta ponderazione degli interessi in gioco, non avendo attribuito sufficiente rilievo alla libertà religiosa della madre. Per questo motivo, dopo aver svolto il giudizio di bilanciamento, è giunto alla conclusione che tali pronunce non avessero correttamente individuato l'oggetto del contendere.

Va segnalato che questa sentenza è corredata da un voto particolare concorrente, formulato da un singolo magistrato, e da un voto particolare dissenziente, formulato da diversi membri del collegio giudicante, la cui lettura risulta di grande interesse, poiché mette in luce alcune questioni rilevanti, sia di forma sia di sostanza, argomentando perché il ricorso di *amparo* avrebbe dovuto essere respinto, come la soluzione adottata non sia coerente con le premesse su cui si fonda, e come la giurisprudenza della Corte EDU richiamata non sia coerente con le circostanze del caso in questione.

Occorrerà osservare quale impatto avranno queste sentenze sulla giurisprudenza

[58] A questo proposito è molto consigliabile la lettura di B. Rodrigo Lara, «Discrepancia de los padres sobre la educación religiosa de los hijos: marco jurídico y jurisprudencia constitucional (STC 26/2024, de 14 de febrero de 2024)», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 28, 2024.

costituzionale spagnola, alla luce dell'interpretazione che il Tribunale offre dell'aconfessionalità dello Stato e delle conseguenze che ne deriverebbero nei conflitti tra genitori riguardo alle decisioni che riguardano l'educazione del minore.

4.4 L'applicazione di questi criteri alla scelta tra educazione mista ed educazione differenziata.

Se applichiamo quanto sin qui esposto all'ipotesi — non ancora affrontata dalla giurisprudenza spagnola — di un disaccordo tra genitori circa la scelta tra un istituto a educazione mista e uno a educazione differenziata o segregata per sesso, occorre partire da una premessa fondamentale: dopo la STC 31/2018 e la successiva conferma nelle STC 34/2023 e STC 49/2023, l'educazione differenziata costituisce, al pari della coeducazione, un'opzione pedagogica pienamente legittima e costituzionalmente ammissibile, priva di qualsiasi carattere discriminatorio *per se*. Ne consegue che, diversamente da quanto può accadere quando il disaccordo riguardi l'appartenenza religiosa o l'*ideario* confessionale di un istituto — ambiti nei quali entra in gioco direttamente la libertà religiosa di uno dei genitori, come chiarito dalla STC 26/2024 — la scelta tra educazione mista e educazione differenziata si colloca, in linea di principio, su un piano di parità pedagogica: nessuno dei due modelli gode di una presunzione di preferibilità costituzionale, né il giudice potrà fondare la propria decisione sulla mera preferenza personale per l'uno o per l'altro modello.

Il giudice chiamato a dirimere il disaccordo dovrà dunque applicare il medesimo criterio guida illustrato in precedenza: il superiore interesse del minore, valutato caso per caso, e non un giudizio astratto sulla presunta superiorità pedagogica di un modello rispetto all'altro — giudizio che, del resto, lo stesso Tribunale Costituzionale ha escluso di poter formulare, lasciando la questione al margine di apprezzamento del legislatore e, correlativamente, alla libertà di scelta pedagogica dei titolari degli istituti e dei genitori. A tal fine, risulteranno rilevanti gli stessi indicatori individuati *supra* a proposito del criterio di continuità: l'eventuale percorso educativo già intrapreso dal minore in un istituto dell'uno o dell'altro modello; l'età e il grado di maturità del minore, specialmente man mano che ci si avvicini alla pubertà e all'adolescenza — fasi nelle quali gli argomenti relativi allo sviluppo psico-affettivo differenziato tra i sessi, invocati dai sostenitori dell'educazione differenziata, assumono maggiore rilievo pratico[59] —; la vicinanza dell'istituto al domicilio del genitore affidatario; l'offerta educativa e le attività extrascolastiche disponibili in ciascun istituto; nonché, ove disponibile, il parere del minore stesso, se dotato di sufficiente capacità naturale di discernimento.

[59] In tal senso, si veda M. Calvo Charro, «Los colegios diferenciados por sexo en Estados Unidos: constitucionalidad y actualidad de una tendencia imparable», cit., che raccoglie ampiamente gli argomenti relativi alle differenze di maturazione psicobiologica tra i sessi invocati a sostegno dell'educazione differenziata; per una posizione critica su tali argomenti, cfr. i voti particolari dei magistrati Valdés Dal-Ré e Balaguer Callejón alla STC 31/2018, citati supra.

Va peraltro rilevato un elemento ulteriore, proprio di questo tipo di conflitto e privo di un vero equivalente nelle controversie relative alla materia di religione: mentre la scelta tra un istituto con o senza *ideario* religioso riguarda, in linea di principio, un'unica decisione di fondo che non pregiudica necessariamente il proseguimento degli studi in un istituto di segno opposto, il passaggio da un modello di educazione differenziata a uno di educazione mista — o viceversa — nel corso della scolarizzazione può presentare maggiori complessità pratiche, dato il diverso assetto organizzativo dei due modelli. Tale circostanza dovrà essere debitamente ponderata dal giudice, poiché un cambiamento di modello a metà di un ciclo educativo potrebbe incidere negativamente sulla stabilità del minore, elemento che — come si è visto — il criterio di continuità mira precisamente a salvaguardare.
Infine, non può escludersi che, sebbene l'educazione differenziata non sia di per sé discriminatoria, uno dei genitori invochi, a sostegno della propria posizione, argomenti relativi alla parità di genere o alla necessità di un'educazione in un contesto di convivenza tra i sessi. In tale ipotesi, spetterà al giudice valutare se tali argomenti — pur legittimi sul piano del dibattito pedagogico e sociale generale — risultino concretamente rilevanti per l'interesse del minore nel caso specifico, evitando di trasformare la controversia familiare in una sede impropria per la discussione, in astratto, sulla bontà relativa dei due modelli educativi: questione che, come si è visto, il Tribunale Costituzionale ha ritenuto rientrare nel margine di apprezzamento del legislatore e non in quello del giudice ordinario.

5. Alcune considerazioni finali.

In queste pagine si è cercato di ricostruire l'articolazione della libertà educativa in Spagna, assumendo quale esempio paradigmatico la vicenda dell'educazione differenziata o segregata per sesso, al fine di verificare in che modo il superiore interesse del minore debba orientare tanto le scelte del legislatore quanto quelle dei genitori e, in ultima istanza, dei giudici chiamati a dirimerne i conflitti.
Un primo dato emerge con chiarezza dall'analisi svolta: la cronica instabilità del sistema educativo spagnolo, testimoniata dalle otto leggi organiche succedutesi dal 1980 a oggi, ha inciso ripetutamente proprio sui profili — la configurazione della materia di religione, il regime di finanziamento della scuola convenzionata, il trattamento dell'educazione differenziata — in cui il diritto dei genitori di scegliere la formazione religiosa e morale dei figli, sancito dall'articolo 27.3 CE, entra più direttamente in gioco. Il caso dell'educazione differenziata ne costituisce un esempio emblematico: da opzione pedagogica tutelata contro trattamenti sfavorevoli nella LOMCE, essa è divenuta, con la riforma della LOMLOE, un modello escluso dal finanziamento pubblico, sebbene il Tribunale Costituzionale, nelle sentenze STC 31/2018, 34/2023 e 49/2023, abbia ritenuto che tale modello non sia discriminatorio *per se* e resti un'opzione pedagogica legittima, la cui esclusione dai *conciertos* rientrerebbe

nel margine di apprezzamento del legislatore ordinario.

Da questa premessa discende un ulteriore aspetto, finora non affrontato dalla giurisprudenza spagnola: se si assume — nei termini in cui lo ha fatto il Tribunale Costituzionale — che l'educazione differenziata costituisca un'opzione pedagogica legittima al pari della coeducazione, un eventuale disaccordo tra genitori circa la scelta tra i due modelli difficilmente potrebbe fondarsi su una pretesa superiorità pedagogica dell'uno o dell'altro, né sulla libertà religiosa di uno dei genitori. Il giudice sembrerebbe piuttosto chiamato ad applicare i medesimi criteri già elaborati dalla giurisprudenza costituzionale in tema di conflitti genitoriali — il superiore interesse del minore valutato *ad casum*, il criterio di continuità nell'educazione già ricevuta, l'età e la maturità del minore —, evitando che la controversia familiare divenga sede impropria per discutere, in astratto, la bontà relativa dei due modelli educativi.

Emerge, infine, un secondo profilo trasversale a tutto il contributo: la tutela del minore in materia educativa si gioca su un piano verticale, nel rapporto tra lo Stato e le famiglie e nelle oscillazioni della politica legislativa, e su un piano orizzontale, nel rapporto tra genitori quando le loro posizioni divengono inconciliabili. In entrambi i casi, il criterio del superiore interesse del minore, per quanto ormai consolidato nell'ordinamento spagnolo a livello di principio, non sembra che offra soluzioni predeterminate, ma richiede una valutazione caso per caso che tenga conto della capacità naturale del minore, della stabilità del suo percorso educativo e dell'effettiva incidenza, sul suo sviluppo integrale, delle scelte in gioco. È in questo margine di apprezzamento, ineliminabile e per certi versi fisiologico, che risiede tanto la ricchezza quanto la persistente incertezza della materia qui esaminata.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il tempo nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici e nel contenzioso in materia elettorale

di **Renata Spagnuolo Vigorita**

(Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II)

Sommario

1. Per una breve introduzione: il senso del tempo nei riti speciali – 2. Il valore tempo tra procedimento e processo. – 3. Contratti pubblici e fattore tempo: garanzia del principio di effettività della tutela e ragioni di interesse generale. – 4. Il tempo nel contenzioso in materia elettorale.

Abstract

Without claiming to be exhaustive, the investigation to be conducted will focus on the areas best suited to clearly demonstrating the fundamental importance of procedural institutions to fully grasping the relational dynamics inherent in administrative law. This is why we have selected the provisions of the Administrative Procedure Code that are believed to offer the most insights for reconstructing an overall framework. If time must be considered the defining feature of most special procedures (which are such due to the acceleration of the trial process, from the initiation of proceedings to the final decision, even in precautionary proceedings), the cases of the awarding of public contracts and electoral litigation provide a paradigmatic perspective.

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

1. Per una breve introduzione: il senso del tempo nei riti speciali.

Senza alcuna ambizione di esaustività, l'indagine a farsi verrà concentrata sui settori che meglio si prestano a rendere con chiarezza quanto gli istituti processuali siano di fondamentale importanza per cogliere appieno le dinamiche relazionali proprie del diritto amministrativo. E'questa la ragione per cui si sono selezionate le disposizioni del codice del processo amministrativo che più di altre si ritiene offrano spunti per una ricostruzione di un quadro di insieme. Se il tempo deve assumersi come il tratto caratterizzante della maggior parte dei riti speciali, (che tali sono per l'accelerazione impressa ai tempi del giudizio, a partire da quelli di instaurazione per arrivare a quelli di definizione, anche in sede cautelare) le fattispecie dell'affidamento dei contratti pubblici e del contenzioso in materia elettorale ne forniscono una prospettiva paradigmatica.

Il libro quarto del codice del processo amministrativo contiene infatti disposizioni che restituiscono in maniera quasi plastica il ruolo del giudice amministrativo nelle dinamiche economiche[1] e sociali. Da questo punto di vista, emblematica è la lettura dell'elenco delle speciali controversie sottoposte a rito abbreviato. L'articolo 119 enumera materie[2] tra loro eterogenee, e tuttavia accumunate dall'essere di grande

∗ Lo scritto riproduce, con modifiche minime, un lavoro pubblicato nel volume F. Liguori, A. Di Martino, (a cura di) Il tempo della pubblica amministrazione. Coordinate sostanziali e implicazioni processuali, Napoli, 2025.

[1] G. MONTEDORO, *Processo economico, sindacato giurisdizionale ed autonomia dell'amministrazione: la questione del merito amministrativo*, in *ApertaContrada*, 6 ottobre 2014; A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2015, 952 ss.; ID, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5-6, 2013, 951 ss.; G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2011, 677 ss.; L. TORCHIA, *Giustizia ed economia*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2014, 337 ss.; M. CLARICH, *Giustizia amministrativa e processi economici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2020, 19 ss.

[2] L'art. 119 introduce il "rito abbreviato comune" per un catalogo tassativo di materie ritenute sensibili per l'interesse pubblico e per le quali il legislatore ha voluto accelerare la tutela giurisdizionale. Rientrano, tra le altre, i provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti, le privatizzazioni e dismissioni, le nomine previa delibera del Consiglio dei ministri, gli scioglimenti degli enti locali, le espropriazioni, gli atti del CONI e delle federazioni sportive, le ordinanze in emergenza di protezione civile, nonché ambiti "strategici" come i poteri speciali di golden power e talune infrastrutture energetiche e di rete, aggiunti nel tempo con interventi successivi. In materia di affidamenti pubblici, la lettera a) rinvia però alle regole speciali degli artt. 120 e seguenti.

Il rito abbreviato comune consiste, come noto, nel dimezzamento dei termini processuali ordinari, con eccezione – nel primo grado – dei termini per notificare il ricorso introduttivo, l'eventuale ricorso incidentale e i motivi aggiunti, oltre a quelli espressamente esclusi (art. 62, comma 1, sull'appello cautelare). La disciplina si applica anche ai giudizi di appello, revocazione e opposizione di terzo.

In sede cautelare il TAR, sempre che riscontri l'esistenza del fumus e del periculum, accertata l'integrità del contraddittorio, fissa direttamente la discussione del merito alla prima udienza utile successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dal deposito dell'ordinanza. Nel caso in cui il Consiglio di Stato respinga l'istanza cautelare, la causa viene rimessa al TAR per la sollecita fissazione del merito.

Su dichiarazione di almeno una parte, è poi prevista la pubblicazione anticipata del dispositivo entro sette giorni, dall'udienza di discussione cui può seguire un appello c.d. "cautelare" al Consiglio di Stato per chiedere la sospensione dell'esecutività del dispositivo entro trenta giorni dalla sua pubblicazione, con riserva dei motivi da proporre entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza o entro tre mesi dalla sua pubblicazione. La mancata richiesta di sospensione del dispositivo non preclude la proposizione di una successiva istanza cautelare avverso la sentenza una volta pubblicati i motivi.

ISSN 2036-7821

rilevanza sotto il profilo economico, per l'attività di vigilanza sui mercati, di assetto del territorio, di pianificazione, di funzionamento degli organi, di gestione delle emergenze. E dunque essenziali allo sviluppo del paese. Il processo si struttura così, almeno in questi settori, per gestire dinamiche essenziali nei rapporti tra pubblico e privato che investono il giudice in tutta la loro complessità. Una complessità peraltro propria di una economia di mercato che con i tempi del mercato si misura. E allora il processo, come luogo di produzione del diritto, che come noto contribuisce a dare forma all'economia[3], asseconda quelle logiche con una difficile operazione equilibratrice a tutela del privato ma anche dell'interesse pubblico. Operazione certo non nuova, ma che l'evoluzione del processo amministrativo, da processo sull'atto a processo sul rapporto[4], da processo a tutela dell'interesse pubblico a processo a tutela delle posizioni giuridiche soggettive[5] impone di rivedere alla luce dei mutati contesti[6]. Se queste sono le coordinate di fondo, è comprensibile il senso della specialità dei riti relativi ad alcune controversie[7]. Il problema è intercettare di caso in caso quale dei due interessi, privato o pubblico, sia quello che le norme sulle quali si discorre individuano come oggetto di tutela. Le materie che ai fini del discorso presentano indubbiamente il più evidente valore paradigmatico sono quelle relative al giudizio elettorale ed a quello sui contratti pubblici. Quest'ultimo sembra invero il settore che meglio si presta al genere di riflessioni che si vuole condurre. Nella contrattualistica pubblica, infatti, il fattore tempo è determinante, nell'assetto della contemporaneità che si è brevemente descritto, per tutte le parti del rapporto: operatore economico, amministrazioni, collettività. Questo dato, come si avrà modo di meglio specificare più avanti, consente di leggere le norme sul rito contratti attenuandone le aporie, che possono e vengono riscontrate, tra effettività della tutela e brevità del giudizio e che si sostanziano nel rischio di una dequotazione del diritto di difesa e di un processo compiutamente istruito.

Ancora su un piano generale, e ancora traendo spunto dalla peculiarità delle materie ricomprese tra quelle sottoposte a rito speciale, merita qualche riflessione l'estensione di riti abbreviati e speciali a così tante controversie. Anzitutto, l'"implosione"[8] dei riti speciali richiederebbe di chiarire i termini tra forme ordinaria e differenziata di

In sintesi l'articolo 119 c.p.a. è disposizione attraverso cui si assicura una rapida trattazione del merito fin dalla fase cautelare.

[3] Nello studio dei rapporti tra diritto ed economia rimangono fondamentali, nella loro attualità, gli studi di V. SPAGNUOLO VIGORITA, ora raccolti in *Opere Giuridiche*, Napoli, 2001.

[4] *Ex multis*, sul tema, cfr. A. POLICE, *Il cumulo di domande nei "riti speciali" e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2014, 1197 ss., nonché G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. soc.*, 2, 2016, 203 ss.

[5] F. PATRONI GRIFFI, *Sulla giustizia amministrativa. Riflessioni sparse di un suo Presidente*, Napoli,2025, 44.

[6] E.M. MARENGHI, *Processo senza modello e giustizia semplificata*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2012, 885, per riflessioni sul tempo nella società complessa e sulla semplificazione dei modelli processuali.

[7] Per considerazioni di carattere generale sulle istanze da cui traggono alimento le previsioni dei riti speciali, cfr. M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2014, 709.

[8] M.P. CHITI, *Verso l'implosione dei riti speciali e delle forme di tutela differenziata, Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2009, 381.

tutela; in secondo luogo, al di là del valore delle controversie, che si desume dagli ambiti settoriali, il raggio di estensione della specialità, se così può definirsi, sembra indicare la scarsa fiducia in strumenti di risoluzione alternativa delle controversie[9]. Eppure, la composizione della controversia prima e fuori dal processo assicurerebbe in sé tempi brevi. Non solo. Percorsi alternativi di composizione dei conflitti[10] avrebbero un indubbio effetto deflattivo del contenzioso giurisdizionale, alleggerendone il carico: il processo dinnanzi al giudice amministrativo conoscerebbe per questa via un'accelerazione dei tempi di risoluzione delle controversie tale da garantire, senza il ricorso massivo a riti speciali, tempi sostenibili e ragionevoli. Verrebbe così raggiunto esattamente lo scopo cui le norme sui diversi riti speciali mirano. La scelta del legislatore si muove invece molto chiaramente nella direzione di privilegiare il ricorso al giudice, al punto di consentire in uno stesso giudizio due velocità, come è evidente in tutte le ipotesi in cui si renda necessaria la conversione del rito. È questione nota che la nostra tradizione giuridica sia incentrata, storicamente, sulla giurisdizione e sul processo. Può essere paradigmatica in tal senso la vicenda della istituzione del Collegio consultivo tecnico, su cui il legislatore è intervenuto con il nuovo correttivo del codice dei contratti.[11]

Il tema dei riti speciali nel processo amministrativo, come ben si vede, intercetta temi e problemi di vario genere. Che vanno bene al di là di quelli già brevemente evidenziati.

La specialità dei riti, anche se il rilievo non vale per la totalità delle materie interessate, rintraccia problematiche vecchie e nuove del processo innanzi agli organi di giustizia amministrativa. Ci si riferisce, in particolare, al tema della legittimazione ad agire e a quello del confine tra controllo di legittimità e di merito. La prima delle questioni si rinviene a partire dal contenzioso in materia elettorale; in quello sui contratti pubblici, a partire dalla legittimazione di cui è stata munita l'Autorità nazionale anticorruzione[12]. La seconda, sempre nell'ambito dei riti speciali, nel ricorso avverso il silenzio e, più in particolare, attraverso l'esame dei poteri in ordine

[9] Sono ancora le considerazioni di M.P. CHITI, *op.cit.*

[10] Sia consentito il rinvio, sul tema, a R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il conflitto tra pubblica amministrazione e privati. Modelli per la composizione*, Napoli, 2018. recentemente P. OTRANTO, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico*, Napoli, 2023.

[11] Decreto legislativo n. 209/2024. L' articolo 215 si occupa di disciplinare l'istituto del Collegio consultivo tecnico, nella logica di una più significativa deflazione del contenzioso. Per un primo commento sulla norma, cfr. I. MARRONE, *Il collegio tecnico,* in G.F. CARTEI, D. IARIA, (a cura di) *Commentario al codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Napoli, 2025, 2022; L. CORDÌ, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di) *Codice dei contratti pubblici*, II ed., Napoli, 2025, 1000.

[12] Sulla legittimazione processuale dell'ANAC, in dottrina, si vedano W. GIULIETTI, *La vigilanza dell'a.n.a.c. in materia di contratti pubblici tra potere ispettivo e speciale legittimazione ad agire in giudizio*, in *Riv. giur. ed.*, 2, 2022, 99 ss., nonché S. TUCCILLO, *La legittimazione processuale delle autorità indipendenti. Il caso ANAC*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2019, 185 ss.

all'esecuzione di cui in quel caso il giudice è munito già in fase di cognizione[13].
In conclusione, il tema oggetto di ricerca si presta a muoversi su piani diversi e può scomporsi in tante indagini quanti sono i quesiti che pone. Ma in coerenza con l'impianto che si intende dare al lavoro e con le linee di ricerca del progetto, la prospettiva di analisi verrà circoscritta alle questioni legate alla dimensione che il fattore tempo assume nei riti speciali relativi ai contratti pubblici ed alle controversie in tema elettorale, anche allo scopo di individuare e di evidenziare aspetti problematici.

2. Il valore tempo tra procedimento e processo.

Uno studio sui riti speciali disciplinati dal codice del processo amministrativo non può non dedicare almeno un accenno, per quanto ridotto, alle ragioni per cui in determinati ambiti lo spazio riconosciuto al fattore tempo diventa determinante nei rapporti retti dal diritto amministrativo. Per tali intendendosi non solo quelli oggetto di procedimento ma anche quelli che trovano nel processo e attraverso il processo il loro criterio ordinatore. Il tempo della amministrazione e della sua azione rappresenta ormai, e pacificamente, un valore in sé, anzi un bene della vita come tale oggetto di specifica tutela[14]. Allora il tempo dell'amministrazione deve includere quello del suo giudice che sugli assetti degli interessi va ad incidere con la sua pronuncia[15]. Del resto, è così che si spiega l'innesto di norme di carattere processuale in disposizioni volte a disciplinare l'esercizio della funzione. Si pensi alle disposizioni in forza delle quali l'atto viziato non è annullabile ai sensi dell'articolo 21-*octies*; alla comunicazione di motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza e alle conseguenze della pronuncia del giudice sulla successiva attività della pubblica amministrazione; alla norma che impone un termine di 30 giorni per la stipula del contratto con tutte le ricadute sul piano processuale; alla legittimazione straordinaria dell'ANAC, tanto per fare degli esempi. Nel campo che ci occupa il legame tra procedimento e processo risulta evidente, almeno, prendendo a riferimento e a caso paradigmatico il rito avverso il silenzio e quello sui contratti pubblici, (ma il discorso potrebbe estendersi a quasi tutte le controversie soggette a rito abbreviato e speciale). Nel rito avverso il silenzio il parallelo è di tutta evidenza; in quello sui contratti il legame si deduce da più angolazioni. Ad esempio, dalla richiesta di indicazione del CIG negli atti processuali, dalla disposizione che individua il momento di decorrenza del termine a ricorrere dalla messa a conoscenza degli atti, e dalla centralità, più in

[13] F. LIGUORI, *Variazioni sul fattore tempo nel codice del processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2011, 1 ss. Sulla questione sia consentito rinviare R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La tutela giuridica amministrativa dell'ambiente attraverso il giudizio avverso il silenzio inadempimento: considerazioni a margine di una recente sentenza del Consiglio di Stato*, in *Ambientediritto.it*, 4, 2024, 424 ss.

[14] Cfr. M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *Federalismi.it*, 18, 2014.

[15] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, nonché, più recentemente, F. APERIO BELLA, *Il tempo nel processo sull'atto ai tempi del processo sul rapporto*, Napoli, 2023.

generale, del sistema degli oneri comunicativi, dalla citata previsione di un termine per la stipulazione del contratto cui viene condizionato il termine di impugnazione.
Se il processo è una ideale continuazione del procedimento, va però indagato se e quanto le istanze di celerità e certezza dei rapporti basati sul diritto pubblico, che ricevono tutela già a partire dal procedimento, trovino una corrispondenza in quelle che sorreggono l'impianto processuale dei riti speciali. Vanno in altri termini evidenziate nella corretta prospettiva le differenze e gli scopi cui tendono le politiche di semplificazione procedimentale rispetto a quelli che guidano la celerità di alcuni riti del processo amministrativo. A partire dalla considerazione in ordine al fatto che mentre gli interventi in chiave semplificatoria dell'attività delle pubbliche amministrazioni si susseguono con una intensità inversamente proporzionale al risultato di alleggerire il carico delle amministrazioni fornendo un quadro normativo stabile e chiaro[16], la codificazione del procedimento giurisdizionale, e con essa la materia dei riti speciali, sembra avere una tenuta maggiore. Se si escludono alcune disposizioni relative al rito sui contratti, che in alcune sue parti ha subito negli scorsi anni numerose modifiche in chiave acceleratoria[17], l'impianto del titolo del codice del

[16] Sulla semplificazione amministrativa, la bibliografia è sterminata: *ex multis*, B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi: molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011, F. SALVIA, *La semplificazione amministrativa tra scorciatoie procedimentali e semplicismi mediatici*, in *Nuove aut.*, 2008, 3-4, 447 ss., B.G. MATTARELLA, *La semplificazione per la ripresa economica*, in G. VESPERINI (a cura di), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa*, Milano, 2006, 46; M.A. SANDULLI, *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole: una panoramica generale*, in *Nuove aut.*, 2005, 1-2, 9; S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 4, 699 ss.; Sull'idea per cui la semplificazione costituisca un problema del legislatore più che dell'amministrazione, cfr., per tutti, F. MERUSI, *La semplificazione: problema amministrativo o legislativo?*, in *Dir. amm.*, 2007, 4, 668. In precedenza, cfr. G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 3, 660; ancora, sul punto, cfr. F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a. – s.c.i.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 4, 1223; M. AINIS, *La semplificazione complicante*, in *Federalismi.it*, 2014, 18; R. FERRARA, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 2, 323; M. OCCHIENA, *Il coraggio di semplificare*, in *Dir. econ.*, 2020, 2; B.G. MATTARELLA, *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico*, in *Rassegna Astrid*, 2018, 6; sia infine consentito rinviare a R. SPAGNUOLO VIGORITA *Semplificazione e sostituzione dalla legge "madia" al decreto legge n. 76/2020*, in *Munus*, 2, 2020, 347 ss.

[17] L'assetto originario del rito appalti è stato infatti profondamente inciso dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che, all'art. 204, ha innestato nell'art. 120 c.p.a. i commi 2-*bis* e 6-*bis*. Il comma 2-bis ha introdotto l'onere di immediata impugnazione, entro 30 giorni, del provvedimento che dispone ammissioni ed esclusioni, decorrenti dalla pubblicazione degli esiti della gara sul profilo del committente, secondo quanto disposto dall'art. ex 29 d.lgs. 50/2016. Contestualmente, ha previsto che la mancata impugnazione nei suddetti termini precludesse la possibilità di far valere vizi "derivati" in sede di successiva impugnazione dell'aggiudicazione (anche con ricorso incidentale). Il comma *6-bis* ha invece previsto una compressione dei termini della decisione (camera di consiglio in tempi ravvicinati, definizione celere su richiesta anche in pubblica udienza). Tanto al fine di anticipare e concentrare il contenzioso sulla "porta d'accesso" alla gara, deflazionando il giudizio sull'aggiudicazione (T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 20 settembre 2017, n. 252, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Le summenzionate disposizioni hanno generato un vivace dibattito sia in ordine alla compatibilità eurounitaria che in ordine al sistema delle garanzie difensive. Dopo le pronunce della CGUE, che ha ritenuto ammissibile la previsione di un termine breve e anticipato a condizione che l'atto notificato/pubblicato consentisse al concorrente di conoscere i motivi della lesione (C.G.U.E., 14 febbraio 2019, C-54/18), e della Corte costituzionale, che ha ritenuto compatibile il quadro normativo offerto dalle disposizioni in questione (Corte cost., 13 dicembre 2019, n. 271. In dottrina, cfr. L. BERTONAZZI, *La Corte costituzionale si pronuncia sull'art. 120, comma 2-bis, c.p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2020, 185 ss.),

processo dedicato ai riti speciali è rimasto invariato. Al di là di questo dato, tempi del procedimento e tempi del processo credo possano dirsi differenziarsi sotto atro e più significativo profilo.

Mentre gli interventi di semplificazione, ancorché originariamente previsti per arginare l'incapacità dell'amministrazione[18], mirano a contenere i tempi nell'ottica di far conseguire al privato il risultato atteso (cioè la decisione, di qualunque segno sia), la riduzione dei tempi del processo, che si tenta di realizzare attraverso le previsioni di alcuni dei riti speciali, sembra maggiormente orientata alla tutela di esigenze più immediatamente connesse alla soddisfazione di un interesse pubblico. Si vuol dire, in altri termini, che in alcune disposizioni relative ai riti speciali la logica di accelerazione sembra essere invertita rispetto a quella che anima la riduzione dei termini del procedimento. Tale questione, su cui si tornerà più avanti, interessa, come si vedrà, in particolar modo il processo sui contratti pubblici.

3. Contratti pubblici e fattore tempo: garanzia del principio di effettività della tutela e ragioni di interesse generale.

Se è innegabile che il processo amministrativo rappresenti una storia di tutele[19], e che trovi oggi il suo baricentro nella tutela accordata al privato, non può non rilevarsi che nelle controversie elettorali ed in quelle sui contratti pubblici residuino tratti della più risalente concezione del processo ammnistrativo come processo di tutela dell'interesse pubblico. Del resto, i riti speciali sono stabiliti dal legislatore per ragioni di interesse generale e hanno una applicazione oggettiva[20].

La questione della rilevanza dell'interesse pubblico[21] come criterio di guida per il

---

con il d.l. 18 aprile 2019, n. 32 ("Sblocca cantieri"), il legislatore ha abrogato i commi 2-*bis* e 6-*bis* dell'art. 120 c.p.a. Per le questioni sorte per l'applicazione della norma cfr., Cons. Stato, Sez. V, 3 dicembre 2020, n. 7669, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[18] Un esempio di tale prospettiva è rappresentato dall'istituto del silenzio assenso, che secondo una parte della dottrina andrebbe configurato come una sanzione rispetto ad una colpevole inerzia della pubblica amministrazione. In questi termini, A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, in *Foro Amm.*, 2-3, 1993, 607. Negli stessi termini, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedimentali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. amm.*, 1, 1993, 71, secondo il quale l'inerzia rappresenta sempre e comunque una patologia amministrativa. Di recente, aderisce alla ricostruzione del silenzio assenso come sanzione "consistente nella perdita del potere di esercitare la funzione di amministrazione attiva, M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*, 10, 2020, 38. Diversamente, vi è comunque chi ritiene che il silenzio assenso costituisca una fisiologica "forma dell'attività diretta al soddisfacimento dell'interesse pubblico". Così, F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 184.

[19] Sono parole di F. PATRONI GRIFFI, *Dal Consiglio di Stato all'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali: una lunga storia di tutele contro il potere arbitrario*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021.

[20] Cons. Stato, Sez. IV, 1° febbraio 2024, n. 1029, nonché Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2023, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*. In tema, cfr. già Cons. Stato, Ad. plen., 9 agosto 2012, n. 32, in *Foro Amm. (C.d.S.)*, 7-8, 2012, 1822.

[21] Sulle dinamiche dei rapporti nel processo amministrativo tra interesse pubblico e individuale, cfr., *ex multis*, A. ROMANO, *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive*, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, vol. II, Napoli, 2010, 406.

giudice amministrativo è affrontata dalla giurisprudenza e rintracciata anche in assenza di espresse indicazioni di legge. Essa interseca il tema della certezza dell'azione amministrativa, che è la risultante, come accennato, del procedimento e del processo[22]. È infatti sull'altare del valore della certezza che alcune delle norme sui riti speciali arrivano a sacrificare, o comunque a minare, la pienezza della tutela offerta dal processo stesso, l'effettività della tutela giurisdizionale. Non è questa la sede in cui affrontare il complesso tema della certezza nelle sue diverse accezioni, ritenendo che ai fini del discorso sia sufficiente porre l'accento sulla riconducibilità a sistema di disposizioni che per così dire autorizzino a certe condizioni (non sempre determinate, come nel caso del rito sui contratti, si veda l'articolo 121 c.p.a.) di ritenere prevalente l'interesse pubblico anche a fronte della violazione dei principi dettati a presidio di una buona amministrazione e dell'effettività della tutela come complessivamente deducibile a partire dal dettato costituzionale di cui l'articolo 1 del codice del processo amministrativo rappresenta applicazione. Più che il rito elettorale, dove il giudizio di prevalenza può predicarsi a partire dalla peculiare natura delle valutazioni rimesse al giudice, non senza dimenticare si tratti di materia in cui la cognizione del giudice è estesa al merito, poiché, come evidenziato[23], oggetto di sindacato è un procedimento che non lascia margini di discrezionalità, la questione cui si discute assume contorni più problematici nel rito sui contratti pubblici. La tempistica del processo è stringente, a partire dal termine di decadenza per la proposizione del ricorso, passando per i tempi di fissazione dell'udienza e arrivando a quelli previsti per il deposito della sentenza, che peraltro può anche conoscere la forma di quella semplificata[24]. Se il risultato cui disposizioni di tal fatta è la ragionevole durata del processo, la questione della individuazione della prevalenza di interessi va affrontata in una prospettiva diversa, nella misura in cui la durata del processo non è ad esclusivo favore dell'amministrazione. Perché un processo celebrato in tempi ragionevoli soddisfa gli interessi del mondo imprenditoriale come della collettività, garantendo quella stabilità dei rapporti che favorisce lo sviluppo e il mercato, dal cui corretto funzionamento la collettività trae vantaggio. Se si accetta tale ricostruzione, la tensione tra esigenze economiche ed

[22] Sul tema della certezza nel diritto amministrativo, cfr. F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 4, 2002, 527 ss.; A. POLICE, *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 4, 1996, p. 697 ss.; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; C. CARIA, *Certezza del diritto e prevedibilità. Una riflessione sul tema*, in *www.dirittoestoria.it*, 14, 2016; L. LONGHI, *Certezza del diritto e diritto vivente*, in *Federalismi.it*, 5, 2018; G. TROPEA, *(In)certezza del diritto e Stato giurisdizionale: il caso dell'abuso del diritto e del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2017, p. 1063 ss.; F. MANGANARO, *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in *Dir. e proc. amm.*, 1, 2019, p. 297 ss.; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 28, 1951, 146 ss.

[23] F. LIGUORI, *Sulla sopravvivenza della giurisdizione di merito*, in G. Leone (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 2019, 860.

[24] Art. 74 c.p.a. Cfr. in tema, F. CORTESE, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Firenze, 2021, 125.

esigenza di giustizia, o meglio garanzia della effettività della tutela, appare ridotta[25]. Con questo non si vuole negare che dall'accelerazione dei tempi del processo non derivi l'esistenza di una oggettiva difficoltà nella preparazione delle difese, nella tenuta di un contraddittorio pieno, quanto semplicemente sottolineare che seppure il rito in materia di contratti dovesse considerarsi a vantaggio dell'amministrazione, del vantaggio non beneficia la sola pubblica amministrazione, perché pubblico non è l'interesse della stazione appaltante ma quello della collettività. La questione si sposta sulla congruità di una disciplina unica che vale per tutte le controversie: così come il procedimento di aggiudicazione varia a seconda del valore del contratto, anche i tempi, ristretti, del giudizio potrebbero essere tarati in ragione della natura intrinseca della controversia. Attraverso cioè la previsione di termini a difesa, ma anche di resa della decisione, che si dimostrino ragionevoli[26] rispetto alla complessità delle questioni prospettate. Va poi evidenziato che in materia di contratti pubblici non manchino disposizioni che privilegiano la legalità sostanziale, a dimostrazione che la legalità sostanziale non venga sempre considerata cedevole rispetto alle esigenze di celerità e stabilità. Non si spiegherebbero del resto le previsioni che accordano alla Autorità Nazionale Anticorruzione la speciale legittimazione ad agire nei casi di provvedimenti adottati in violazione delle norme in tema di contratti pubblici[27]. In questo caso, come da alcuni segnalato[28], sembra addirittura trovarsi di fronte ad un caso di ricorso nell'interesse della legge. Quello che è innegabile è che si tratti di una fattispecie in cui è prevalente il giudizio sull'interesse pubblico al ripristino della legalità violata. Per recuperare la quale si consente ad un soggetto estraneo al rapporto amministrativo, l'Anac, e intestatario di un interesse pubblico di tipo condizionale[29], di instaurare un giudizio al fine di assicurare il rispetto di norme mirate alla tenuta di un assetto concorrenziale del mercato. Non è questa la sede per affrontare l'ulteriore questione posta dalla previsione di un simile tipo di legittimazione e che riguarda una ipotesi di "spostamento" del processo

[25] Sul tema, anche per una ricognizione della giurisprudenza della Corte costituzionale, si veda anche lo scritto di A. DI MARTINO, *La ragionevole durata del processo amministrativo: possibili declinazioni*, pubblicato in questo *Volume*.

[26] M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, in *Federalismi.it*, 17, 2018, 1 ss.

[27] Ci si riferisce all'art. 220 del d.lgs. n. 36 del 2023, ove al comma 2 si legge espressamente che l'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

[28] Sulla natura oggettiva del processo amministrativo che si instaurerebbe sulla scorta della previsione che legittima l'ANAC ad impugnare i bandi di gara, cfr. E. ROMANI, *La legittimazione straordinaria dell'Anac: un frammento di giurisdizione oggettiva nel processo di parti. Riflessioni a margine del parere del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 1119*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2019, 261 ss. In termini, si veda anche E. TEDESCHI, *La legittimazione attiva dell'Anac. Profili oggettivi della giurisdizione o legittimazione straordinaria ad agire?*, in *Riv. Corte Conti*, 2, 2021, 93 ss.; inoltre, cfr. S. TUCCILLO, *op. cit.*, 197.

[29] L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992.

ISSN 2036-7821

amministrativo in senso oggettivo. Ai limitati fini dell'indagine essa depone nel senso di ritenere che anche quando è la legalità a prevalere, l'interesse è pur sempre quello legato alla garanzia della concorrenza, e di riflesso della collettività, come si è cercato di argomentare nelle pagine precedenti[30].

Dinamica parzialmente diversa, ma pure orientata, già a partire dal piano letterale, sul versante della tutela dell'interesse pubblico, si rintraccia nelle previsioni di cui all'articolo 121, comma 2 del codice del processo amministrativo: qui il giudizio di prevalenza di un interesse pubblico[31], peraltro non pienamente individuato, neutralizza il potere conferito al giudice di pronunciarsi sulla efficacia di un contratto stipulato all'esito di una procedura di evidenza pubblica rivelatasi illegittima[32]. Misura ancora più radicale da questo punto di vista è quella che si legge nell'articolo 125 del codice del processo amministrativo[33]. Pur se riferita alle controversie relative

[30] Le riflessioni, sul tema, sono numerose. In particolare, cfr. M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania, Contributi per un confronto, Milano*, 2017, 143 ss.; S. Mirate, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: un'analisi alla luce della dicotomia giurisdizione soggettiva/giurisdizione oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2020, 602 ss.; N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del Codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2020, 237 ss.; fondamentale, sul tema, è poi lo studio di V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 341 ss., il quale chiarisce come la previsione di alcuni casi di legittimazione ad agire 'oggettiva' non implichino l'automatica riconduzione del processo all'interno delle dinamiche del giudizio di tipo oggettivo.

[31] Cfr. V. DOMENICHELLI, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2018, 36, secondo cui la disciplina prevista dall'art. 121, comma 2, c.p.a. configura una giurisdizione di tipo oggettivo, sul rilievo che la pronuncia sulla efficacia del contratto assicuri interessi che sono estranei alle parti del giudizio. In termini differenti, cfr. S. VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex art. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2015, 255 ss., il quale ritiene che la privazione degli effetti del contratto costituiscano una "misura processuale satisfattoria" in linea con i caratteri di una giurisdizione di diritto soggettivo.

[32] R. D'AGOSTINO, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto. Del potere del giudice amministrativo di modulare l'efficacia dell'annullamento "ex tunc", "ex nunc" o "a die crastino"*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2022, 512 ss.; F. LUCIANI, *Considerazioni sui rapporti tra invalidità dell'aggiudicazione ed efficacia del contratto pubblico*, in *Nuove aut.*, 2, 2020, 305 ss.; 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.it*, 2012; S. BACCARINI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 9, 2009, 2189 ss.; F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2, 2007, 797 ss.

[33] L'art. 125 c.p.a. disciplina un regime speciale per le controversie su infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi. Il testo, collocato nel Titolo V sui riti abbreviati, introduce regole peculiari con l'effetto di privilegiare il contratto già stipulato: fatti salvi i casi di cui agli artt. 121 e 123 c.p.a., la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comportano la caducazione del contratto. Il rimedio resta così il solo risarcimento per equivalente, con richiamo all'art. 34, comma 3 c.p.a. che consente una pronuncia di illegittimità ai soli fini risarcitori quando l'annullamento non è più utile. Ne risulta una gerarchia delle tutele: inefficacia del contratto solo nelle ipotesi "gravi" tipizzate dall'art. 121 o, in alternativa, applicazione delle sanzioni di cui all'art. 123; al di fuori di questi binari, il contratto resta efficace e l'operatore economico ottiene, al più, il danno per equivalente.

Il comma 4 estende espressamente il regime del comma 3 ad alcuni ambiti contigui (es. procedure ex art. 140 d.lgs. 163/2006, interventi inseriti nei Contratti Istituzionali di Sviluppo, opere "legge 111/2011"). Benché il rinvio originario sia al d.lgs. 163/2006, la dottrina e i repertori aggiornati leggono tali richiami in coordinamento con il successivo Codice dei contratti pubblici, prima il d.lgs. 50/2016 e oggi il d.lgs. 36/2023, subentrato a regime dal 1° luglio 2023 (con correttivi 2024/2025). L'idea di fondo non cambia: preservare l'operatività dei cantieri strategici, limitando le caducazioni del vincolo contrattuale alle ipotesi più gravi.

ad infrastrutture strategiche, la norma, come è noto, impone al giudice in fase cautelare di soppesare l'elargizione della misura con l'esistenza di un interesse preminente alla sollecita realizzazione dell'opera.
La medesima norma, al comma 3, individua poi nella posta risarcitoria il mezzo di tutela alternativo a quella ricavabile attraverso una sentenza di annullamento, dunque all'effetto ripristinatorio[34]. Come ben si vede, la natura delle opere a farsi incide sul grado di tutela offerto dal processo in nome del conseguimento di un risultato altrimenti ritenuto non raggiungibile nei tempi dall'amministrazione. E si tratta anche qui di un interesse non dell'amministrazione, ma della collettività. Certo, la realizzazione dell'opera non va aprioristicamente ritenuta preminente, perché la qualità dell'opera, e prima ancora la scelta del miglior contraente possibile, è una componente che concorre, in modo ineludibile, alla soddisfazione del medesimo interesse pubblico. Il problema in questo caso non è dunque quello di ristabilire, come si è tentato di fare, i termini del rapporto tra gli interessi coinvolti, quanto di scomporre l'interesse pubblico prevalente nelle sue molteplici implicazioni.[35]E dunque di verificare, di volta in volta, quali siano le esigenze imperative[36] connesse ad un interesse generale, come dispone l'articolo 121 del codice del processo amministrativo e quali quelle sussumibili nella categoria di un interesse nazionale preminente alla sollecita definizione dell'opera, come disposto dall'articolo 125. In conclusione, sembra potersi dire che le procedure di affidamento ricevano un trattamento processuale congegnato intorno alle esigenze di effettività della disciplina.

4. Il tempo nel contenzioso in materia elettorale.

La tensione tra effettività della tutela e garanzia dell'interesse pubblico si coglie appieno, come anticipato, nelle disposizioni dedicate al contenzioso in materia

---

In prospettiva applicativa recente, la clausola di bilanciamento e lo "scudo" del contratto sono stati richiamati anche nel contesto PNRR: il d.l. 77/2021 ha utilizzato l'art. 125 come architrave per accelerare e stabilizzare gli affidamenti finanziati, secondo letture che ne hanno valorizzato la compatibilità con la direttiva ricorsi 2007/66/CE, la quale consente, in presenza di esigenze imperative di interesse generale, il mantenimento del contratto con tutela risarcitoria alternativa. Si tratta, però, di una deroga relativa e non assoluta: restano intatti i poteri di dichiarare l'inefficacia nei casi "gravi" e di applicare sanzioni alternative, nonché i presidi procedimentali (ad es. stand still), che fanno sì che l'art. 125 operi in via residuale rispetto agli artt. 121 e 123 c.p.a. In definitiva, l'art. 125 c.p.a. codifica una scelta di politica processuale: nelle liti sulle grandi opere la regola è la continuità dell'esecuzione e la compensazione monetaria, mentre l'arresto del contratto è l'eccezione tassativa. cfr. A AVERARDI, *Art. 125*, in G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI, (a cura di) *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Padova, 2021, 125.

[34] Cfr. G. GRECO, *Coronavirus e appalti (a proposito dell'art. 125 c.p.a.)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3, 2020, 517, per l'individuazione nel momento antecedente alla stipula del contratto dello spazio per la tutela riparatoria.

[35] Cfr. M.A. SANDULLI, *Il rito speciale sui contratti pubblici nel primo decennio del c.p.a.: tra progresso e involuzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2021, 197.

[36] In tema, M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, in *Federalismi.it*, 5, 2017; M.A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici*, in *Federalismi.it*, 11, 2018.

elettorale. Il processo elettorale, infatti, ancorché rappresenti, come acutamente osservato, un "microsistema rimasto pressoché indenne ai profondi mutamenti subiti dal processo amministrativo"[37], si presta, come anticipato nelle pagine precedenti, ad approfondire alcune delle questioni già individuate in via generale. Come per il rito sui contratti pubblici, si confrontano nel giudizio elettorale esigenze di tutela di segno diverso. Da un lato, le istanze di protezione dell'interesse dei singoli partecipanti alla competizione elettorale, dall'altro la protezione del principio di democraticità e del regolare funzionamento delle istituzioni a base elettiva[38]. A differenza delle disposizioni sul processo nel contenzioso dei contratti, però, il peso e lo spazio assegnato alla tutela dell'interesse pubblico risulta di più immediata comprensione: in altri termini, lo sbilanciamento che i tempi ristretti del giudizio pone a favore della certezza dei risultati si rinviene in esigenze di carattere oggettivo.[39] Diversamente dalla materia dei contratti, ove il processo si configura come un processo a tutela del privato e la preminenza accordata all'interesse pubblico è limitata a fattispecie specifiche (che comunque richiedono operazioni di bilanciamento), le questioni legate all'esercizio della sovranità popolare attraverso il procedimento elettorale, incatenano, per così dire, il relativo processo in sede giurisdizionale a tempi velocissimi. In questo caso anche il parallelismo che si è tentato di individuare, ponendone in rilievo le differenze, con le ragioni a sostegno delle logiche semplificatorie del procedimento e quelle di massima accelerazione dei tempi del processo sui contratti, va declinato in maniera diversa. Poiché nel rito sul contenzioso in materia elettorale il processo è ancora più orientato a dare applicazione concreta all'articolo 97 della Costituzione, finendo per risultare strutturato intorno al principio che guarda all'efficienza della giustizia intesa come servizio più che al giusto processo[40]. Inoltre, la contrazione della tempistica processuale a tutto vantaggio degli interessi pubblici preminenti si spiega con il tipo di sindacato riconosciuto al giudice, che a sua volta trova fondamento nel tipo di attività rimessa all'amministrazione nelle operazioni elettorali. "Quella elettorale è invero una materia in cui ogni valutazione di opportunità sarebbe una aberrazione e dove di poteri discrezionali non si può scorgere neppure l'ombra: qui si tratta di registrare fedelmente la volontà del corpo elettorale, nell'ambito di un procedimento che non lascia margini valutativi ma impone l'esecuzione della legge agli uffici elettorali".[41] Se si accetta una simile ricostruzione, risulta più agevole giustificare la

[37] P.M VIPIANA, *Contenzioso elettorale amministrativo*, in *Dig. disc. Pubbl.*, IV, Torino, 1989, 14.

[38] G.A. PRIMERANO, *Il contenzioso elettorale davanti al giudice amministrativo nella recente evoluzione normativa e giurisprudenziale (a margine di Adunanza Plenaria n. 22 del 2013)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 913 ss.

[39] Cfr. sul tema, G. TAGLIANETTI, *Il processo amministrativo tra giustizia e certezza. Le regole dell'equilibrio tra l'effettività della tutela giurisdizionale e la stabilità delle decisioni pubbliche*, Milano, 2023.

[40] F. LIGUORI, *Variazioni sul fattore tempo nel codice del processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 30 giugno 2011, con riferimento più generale ai rapporti tra procedimento e processo.

[41] Così, F. LIGUORI, *op. cit.*, 860.

scelta di politica legislativa di contrarre il diritto di difesa ai limiti della possibilità stessa della difesa: la mancanza di qualsiasi forma di esercizio discrezionale del potere, e dunque l'assenza di ogni operazione di bilanciamento, si riflette sull'attività richiesta al giudice che è quella di verificare i dati. Le controversie in materia elettorale sono del resto espressamente ricondotte, dall'articolo 134 del codice del processo amministrativo, nel novero della giurisdizione di merito: il giudice amministrativo, infatti, accerta la validità delle operazioni elettorali potendo adottare determinazioni sostitutive e del caso correggere le risultanze delle operazioni. Il potere del giudice deriva dalla natura anche essa vincolata dell'attività che è chiamato a svolgere, nella misura in cui essa è estranea ad ogni valutazione di opportunità. Il giudice è dunque chiamato a rendere la decisione avendo a riferimento l'interesse, pubblico, alla corretta espressione della democrazia rappresentativa. Anche la legittimazione popolare, per certi aspetti, conferma si tratti di un giudizio chiaramente rivolto in prima battuta all'interesse pubblico. E ciò deriva da una diversa impostazione del giudizio elettorale, meglio dalla sua natura, che è rimasta sostanzialmente quella di tipo impugnatorio: da questo punto di vista risulta confermata la sostanziale immunità del processo in materia elettorale ai percorsi evolutivi lungo cui si è andato snodando il processo amministrativo. In altri termini, mentre quest'ultimo si è sostanzialmente evoluto in un giudizio sul rapporto, il giudizio elettorale ha mantenuto i tratti caratterizzanti del giudizio di tipo impugnatorio[42].

La speciale disciplina processuale[43] ora delineata dal Titolo VI del Libro IV del codice del processo amministrativo (artt. 126-132) si caratterizza inoltre per la peculiarità delle situazioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio e che rilevano non solo sul già riscontrato versante delle garanzie in ordine alla effettività della loro tutela alla luce del tempo di celebrazione del processo, ma sotto il profilo, allo stesso momento noto ed esemplare, del tipo di azione. Ci si riferisce all'azione con oggetto tutti gli atti del procedimento elettorale, pertanto anche dell'esito proprio delle elezioni. In questo caso la tutela, definita anche successiva o differita, può essere richiesta oltre che dai candidati non eletti da qualsiasi elettore. Si tratta di un caso di c.d. azione popolare[44] che rimarca la centralità dell'interesse pubblico, come ne sono prova i termini decadenziali anche per motivi aggiunti, la natura documentale dell'accertamento di regolarità. Pur nella diversità dei due ordini di contenzioso, la specificità della materia tutta appare segnata da accelerazioni ed inversioni processuali[45] e dalla esistenza di un intreccio di questioni legate non solo all'equilibrio tra effettività della tutela e certezza, come si è visto a proposito della

[42] E. LEHNER, *Azione popolare e giustizia elettorale*, in E. Catelani, F. Donati, M.C. Grisolia (a cura di), *La giustizia elettorale*, Napoli, 2013, pp. 101-103.

[43] O. MORCAVALLO, *I ricorsi elettorali*, Napoli, 2002; N. SAITTA, *I giudizi elettorali*, Milano, 2010.

[44] F. LIGUORI, *Azione popolare e tutela del diritto di voto nel processo amministrativo*, Napoli, 1993.

[45] Cfr. art. 130 c.p.a.

dimensione degli interessi in gioco nel processo amministrativo, ma anche alla individuazione dell'atto lesivo da impugnare[46], del riparto di giurisdizione[47].

[46] Cfr. Corte cost., 7 luglio 2010, n. 236.

[47] A. POLICE, *Lezioni sul processo amministrativo*, II ed., Napoli, 2023, 338; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2024, 390 ss.; M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2023, 258.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

El deber policial de protección y la coacción policial como deber en España. Especial referencia a las *zonas de seguridad* como alternativa al uso de las armas

di David Antonio Cuesta Bárcena

(Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo en la Universidad de Cantabria)

Sommario

1. El deber policial de protección: la coacción policial como deber. – 2. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: misión, funciones y principios básicos de actuación. – 2.1. La garantía de la seguridad ciudadana como misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. – 2.2. Las funciones y los principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. – 3. El uso debido de las armas por los agentes de policía: supuestos y límites. – 3.1. Los supuestos en los que los agentes de policía deben usar las armas. – 3.1.1. La dedicación profesional de los agentes de policía. – 3.2. Congruencia y proporcionalidad en el uso de las armas por los agentes de policía. – 3.2.1. El principio de congruencia. – 3.2.2. El principio de proporcionalidad. – 3.3. El uso de las armas de fuego en legítima defensa. – 4. El deber policial de usar las armas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo. – 4.1. El deber policial de usar las armas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. – 4.2. El deber policial de usar las armas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. – 5. El deber policial de usar las armas en contexto. Especial referencia a las *zonas de seguridad*. – 6. La responsabilidad patrimonial de la Administración pública por el no uso (debido) de las armas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Abstract

The State holds a monopoly on the legitimate use of physical force in return for its duty to protect citizens. Within this framework, police coercion—particularly the use of weapons by law enforcement officers—may constitute the fulfilment of a legal duty in the face of serious threats to public security. The exercise of such power is governed by the principle of proportionality, which requires that priority be given to alternative measures that are effective while being less intrusive. Among these measures are restrictions on freedom of movement, such as the establishment of security zones, which aim to prevent attacks by separating potential aggressors and victims. Failure to comply with this duty of protection may give rise to the patrimonial liability of the Public Administration.

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

1. El deber policial de protección: la coacción policial como deber.

Max Weber señaló que el rasgo característico del Estado, el medio específico que permitía definirlo sociológicamente, era el monopolio de la violencia física. Afirmaba, incluso, que si solamente existieran configuraciones sociales que ignorasen la violencia, desaparecería el concepto de Estado y se instauraría la anarquía[1]. El Estado ostenta el monopolio de la violencia porque los ciudadanos han renunciado a ejercer este poder en su favor. Hobbes afirmaba que de ello derivaba el compromiso del Estado de proteger a los súbditos. La violencia física era un poder que el Estado no sólo *podía* ejercer contra los ciudadanos, sino que *debía* hacerlo para protegerles de sus semejantes y garantizar así su seguridad[2].

El filósofo inglés defendía una visión muy amplia de este compromiso de garantizar la seguridad, entendiendo por tal, no la simple conservación de la vida sino también de todas las excelencias que el hombre podía adquirir para sí mismo por medio de una actividad legal, sin peligro ni daño para el Estado[3]. Empero, las situaciones en las que la renuncia a la violencia se ve comprometida más críticamente son aquellas en las se pone en peligro, precisamente, la vida o, por la menos, la integridad personal de los ciudadanos. Es en esos momentos en los que el ciudadano más espera la protección del Estado.

La protección frente a estas agresiones no requiere, en todo caso, el ejercicio de la violencia. Hay situaciones en las que resulta posible una intervención no violenta dirigida a evitarlas. Empero, la realidad es que la dinámica criminal provoca inevitablemente episodios en los que la violencia es la única forma posible de proteger la vida o la integridad personal de las víctimas. Es entonces cuando el compromiso del Estado de proteger a los súbditos señalado por Hobbes tiene que manifestarse violentamente.

Estas consideraciones nos sitúan frente a una vertiente incómoda de la seguridad, especialmente en los Estados que han estado sometidos a regímenes totalitarios, pero que es necesario afrontar: el *deber* del Estado de recurrir a la coacción contra algunos de sus ciudadanos para proteger a otros de las agresiones que puedan lesionar su vida o integridad personal. Ello ha de hacerse aplicando los instrumentos jurídicos de los que nos hemos ido dotando en nuestro continente en el extenso bagaje europeo en el reconocimiento y la defensa de los derechos fundamentales. No debe caerse en discursos maniqueístas ni demagogos. La regulación de la fuerza pública tiene que basarse, necesariamente, en los valores y principios propios del Estado de Derecho. Al respecto, resulta especialmente valiosa la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que mantiene una doctrina altamente garantista,

[1] Estas ideas están recogidas en el célebre trabajo *La política como vocación*, consultado en la obra *El político y el científico*, Alizanza Editorial, Madrid, 1975, p. 83.

[2] T. HOBBES, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 1984, p. 275.

[3] *Ibid.*, p. 275.

ISSN 2036-7821

pero equilibrada, en estos asuntos. En España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo también contiene referencias en la materia, si bien menos continuas y completas.

Históricamente, la institución estatal que ha ostentado el uso de la fuerza para garantizar la seguridad interior ha sido la policía: el deber del Estado de usar la fuerza para proteger a los ciudadanos es, principalmente, un deber policial. En consecuencia, su análisis jurídico tiene que basarse en las normas jurídicas nacionales e internacionales por las que se rigen los cuerpos policiales.

Las siguientes páginas están dedicadas a realizar una aproximación a esta materia, llena de aristas y matices. En ellas, se hará una introducción a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como policía española (apdo. 2) y se estudiarán los supuestos en que los agentes deben hacer uso de las armas y los límites a esta potestad (apdo. 3), el reconocimiento jurisprudencial de este deber (apdo. 4), la importancia del *contexto* en la valoración de las actuaciones policiales (apdo. 5) y, finalmente, la responsabilidad patrimonial en la que puede incurrir la Administración pública por la falta de protección a los ciudadanos (apdo. 6).

2. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: misión, funciones y principios básicos de actuación

La Constitución española de 1978 (CE) se caracterizó por impulsar una fuerte descentralización del Estado. En este proceso resultó clave la creación de unas unidades territoriales de nuevo cuño dotadas de autonomía política: las comunidades autónomas. Esta descentralización afectó a materias en las que los intereses regionales eran predominantes y evidentes, como el urbanismo, pero también a otras que respondían a una perspectiva nacional, como la sanidad, la educación o la policía. Acertado o no el Constituyente, la descentralización policial en España quedó consolidada con la aprobación de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS), la primera ley democrática reguladora de la policía. La norma estableció las bases del modelo policial español, previendo cuerpos estatales, autonómicos y municipales. Así, tras su desarrollo, la policía española quedó configurada como con una pluralidad de cuerpos, bajo la denominación inorgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, compuesta por: el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil, que integran las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 9 LOFCS); los Mossos d'Esquadra (Cataluña), la Ertzaintza (País Vasco), la Policía Foral de Navarra (Navarra) y el Cuerpo General de la Policía Canaria (Islas Canarias); y un alto número de cuerpos municipales[4].

La Constitución, además, sienta los cimientos institucionales de las Fuerzas y

[4] En relación con el modelo policial español, pueden consultarse las siguientes obras de J. BARCELONA LLOP: *Policía y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1997, y *Sobre el modelo policial y sus posibles reformas,* Fundación Alternativas, Madrid, 2006.

Cuerpos de Seguridad en el artículo 104. Este precepto declara su dependencia del Gobierno, que debe ser entendida de forma inespecífica, como alusiva a un órgano de gobierno[5]; establece su misión: garantizar la seguridad ciudadana; y reserva a la ley orgánica materias estratégicas, principalmente, la determinación de sus funciones y sus principios básicos de actuación[6].

2.1. La garantía de la seguridad ciudadana como misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

El artículo 104.1 CE establece que la misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es «proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana». La primera parte del enunciado es relativamente clara, pero la segunda no lo es tanto y ello porque el concepto «seguridad ciudadana» es notablemente abierto. Además, la Constitución sólo lo utiliza en este punto, lo que complica su interpretación. El Tribunal Constitucional ha definido este término en la Sentencia 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 3, en la que señala que «la seguridad ciudadana se puede entender como el estado en el que el conjunto de la ciudadanía goza de una situación de tranquilidad y estabilidad en la convivencia que le permite el libre y pacífico ejercicio de los derechos y libertades que la Constitución y la Ley les reconocen». A la luz de esta definición, parece claro que la garantía de la seguridad ciudadana comprende la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades. Así, evitando perífrasis innecesarias, puede concluirse que la misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es garantizar el estado en el que el conjunto de la ciudadanía goza de una situación de tranquilidad y estabilidad en la convivencia que le permite el libre y pacífico ejercicio de sus derechos y libertades. La explicación a la referencia a la protección de los derechos y libertades parece encontrarse en la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1990, de 28 de marzo (Pleno), FJ 5, en la que se apunta que este inciso, sin extender la misión policial más allá de la garantía de la seguridad ciudadana, viene a subrayar la sujeción de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad al Estado de Derecho.

2.2. Las funciones y los principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

El artículo 104.2 CE reserva a la ley orgánica la determinación de las funciones y los

[5] J. BARCELONA LLOP, *Artículo 104*, en M. E. CASAS BAHAMONDE y M. RODRÍGUEZ PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. Tomo II*, Fundación Wolters Kluwer España-Tribunal Constitucional, Madrid, 2018, p. 474.

[6] La ley orgánica, prevista y regulada en el artículo 81 CE, es un tipo de ley que sólo puede aprobar el Estado (no las comunidades autónomas) y que se caracteriza porque su aprobación exige mayoría absoluta del Congreso de los Diputados en una votación final sobre el conjunto del proyecto y por tener un ámbito material limitado, pero exclusivo: la ley orgánica sólo puede regular las materias reservadas a la misma por la Constitución y estas materias sólo pueden regularse por ley orgánica.

principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Esta reserva se cumplió mediante la aprobación de la Ley Orgánica de Fuerza y Cuerpos de Seguridad, que estableció dichas funciones y principios.

La Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad un conjunto amplio y heterogéneo de funciones que no contiene, únicamente, funciones de *policía de seguridad*, las propias de la misión que les encomienda el artículo 104.1 CE, sino que incluye, también, funciones de policía administrativa. Este marco funcional presenta una singularidad digna de un sucinto comentario: la Guardia Civil puede desempeñar funciones militares (arts. 7.3, 9 b), 14.3 y 15.1). Esta no es una cuestión menor, ya que según ejerza funciones de esta naturaleza o policiales tendrá, o no, la consideración de Fuerzas Armadas (art. 7.3) y dependerá del Ministerio de Defensa o del Ministerio de Interior (art. 9 b)). La atribución concreta de las funciones militares a la Guardia Civil se realiza por real decreto del Gobierno de la Nación (arts. 9 b) LOFCS y 24 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional)[7].

La Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sienta una serie de principios básicos de actuación comunes a los cuerpos policiales estatales, autonómicos y locales, inspirados en el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, de las Naciones Unidas, y en la Declaración sobre la Policía, del Consejo de Europa (preámbulo, punto II, párr. 2). A ello dedica el artículo 5. Entre ellos se encuentran los relativos al uso de las armas (apdo. 2 d)), la dedicación profesional (apdo. 4) y la responsabilidad (apdo. 6). Estos principios deben interpretarse a la luz de los derechos fundamentales. Especialmente, los relativos al uso de las armas, pues el uso o no uso de estos medios puede afectar al derecho a la vida y a la integridad personal, reconocidos en el artículo 15 CE. A estos efectos, resulta esencial el artículo 10.2 CE, según el cual «[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Este precepto supone la integración de este acervo internacional en el contenido mínimo de los derechos fundamentales (SSTC 36/1991, de 14 de febrero [Pleno], FJ 5, y 91/2000, de 30 de marzo [Pleno], FJ 7[8]). En particular, la integración de los artículos 2 (derecho a la vida) y 3 (prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). El artículo 10.2 CE también incluye la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8; 119/2001, de 24 de mayo [Pleno], FJ

[7] Para un estudio más detallado de las funciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la reserva de ley orgánica en la materia, pueden consultarse la obra del autor: *El uso potencialmente letal de las armas por las fuerzas de policía*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2025, pp. 108 a 115.

[8] STC/SSTC: Sentencia/s del Tribunal Constitucional.

6; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 87/2020, de 20 de julio [Pleno], FJ 3; y 166/2021, de 4 de octubre, FJ 3).

3. El uso debido de las armas por los agentes de policía: supuestos y límites

El artículo 5.2 c) LOFCS impone a los miembros de las Fuerzos y Cuerpos de Seguridad el deber de actuar, en el ejercicio de sus funciones, con la decisión necesaria y, cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable, sin demora. En el presupuesto de hecho de este precepto cabe una gran casuística, por lo que el tipo de actuación esperable queda, igualmente, abierto. De hecho, en el inciso final se indica que, en cumplimiento de este deber, los agentes utilizarán «los medios a su alcance» conforme a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad.

Habrá ocasiones en las que los policías se encuentren ante un «riesgo […] grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas» o un «grave riesgo para la seguridad ciudadana». En estos casos, el artículo 5.2 d) LOFCS complementa al anterior y establece que el deber de actuar es un deber de intervención armada: los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad «[s]olamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana». En todo caso, resultarán de aplicación los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad apuntados.

Este precepto establece, por tanto, un deber policial de utilización de las armas en determinados supuestos en los que la seguridad ciudadana se ve gravemente amenazada. Empero, no es una carta blanca a los agentes que les permite recurrir a estos medios libremente: únicamente podrán hacerlo si y en la medida en que su actuación resulta congruente, oportuna y proporcionada.

3.1. Los supuestos en los que los agentes de policía deben usar las armas

El artículo 5.2 d) LOFCS impone a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el deber de utilizar las armas en los supuestos en que exista un riesgo grave para la vida o integridad física propia o ajena o para la seguridad ciudadana.

Los riesgos graves para la vida o integridad física propia o ajena son relativamente sencillos de identificar. En cambio, determinar con certeza qué circunstancias presentan un riesgo grave para la seguridad ciudadana resulta más difícil. Y es que la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no ofrece un concepto de *seguridad ciudadana*, a pesar de que haga referencia a ella en diez ocasiones. Tampoco lo hacen otras leyes materialmente afines. La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC) hace referencia a este término en setenta y una ocasiones, sin ofrecer una definición que permita determinar con

precisión el alcance de sus normas. Lo más razonable parece, entonces, tomar la definición de la Sentencia del Tribunal Constitucional 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 3 (apdo. 2.1). Así entendida, esta noción engloba fácilmente los riesgos para la vida o integridad física propia o ajena, de manera que, evitando perífrasis innecesarias, puede concluirse que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deben utilizar sus armas ante riesgos graves para la seguridad ciudadana o, más detalladamente, ante riesgos graves para el estado en el que la ciudadanía goza de una situación de tranquilidad y estabilidad en la convivencia que le permite el libre y pacífico ejercicio de sus derechos y libertades.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos permite acotar la previsión del artículo 5.2 d) LOFCS, restringiendo los supuestos en los que la policía debe utilizar las armas. El artículo 2, tras establecer en el apartado primero que «[n]adie podrá ser privado de su vida intencionadamente», prevé en el apartado segundo tres excepciones a esta regla: la defensa de una persona contra una agresión ilegítima, la práctica de una detención o el impedimento de la evasión de un preso o detenido y la represión de revueltas o insurrecciones. Es una lista taxativa (SSTEDH [2001] *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania* [Gran Sala], § 96, y [2001] *K.-H.W. c. Alemania* [Gran Sala], § 98[9]). Además, estas situaciones tienen que interpretarse de manera estricta (SSTEDH [2000] *İlhan c. Turquía* [Gran Sala], § 73; [2005] *Natchova y otros c. Bulgaria* [Gran Sala], § 94; y [2011] *Giuliani y Gaggio c. Italia* [Gran Sala], § 177). La interpretación *contrario sensu* del artículo 2 CEDH permitiría sostener que el precepto no prohíbe las muertes provocadas de manera no intencionada. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha alejado de una interpretación literal de la norma y ha sentado que puede haber lugar a responsabilidad del Estado, también, en casos de muertes involuntarias (SS. [2000] *İlhan c. Turquía* [Gran Sala], § 74, y [2000] *Demiray c. Turquía*, § 41) y que, en consecuencia, las excepciones meritadas abarcan las muertes producidas voluntaria e involuntariamente (SS. [1995] *McCann y otros c. Reino Unido* [Gran Sala], § 148; [2000] *İlhan c. Turquía* [Gran Sala], § 74; [2007] *Ramsahai y otros c. Países Bajos* [Gran Sala], § 286; [2011] *Al-Skeini y otros c. Reino Unido* [Gran Sala], § 162; [2017] *Tagayeva y otros c. Rusia*, § 601; [2025] *Fraisse y otros c. Francia*, § 107; y [2025] *Almukhlas y Al-Maliki c. Grecia*, § 132). Así, el deber policial de usar las armas ante riesgos graves para la seguridad ciudadana ex artículo 5.2 d) LOFCS, es un deber *a priori* de hacer un uso de las armas que no afecte a la vida de la víctima, pues este nivel de coacción está limitado a los supuestos de legítima defensa, detenciones y revueltas o insurrecciones.

Ello plantea la cuestión de qué actuaciones entran en el ámbito de aplicación del artículo 2 CEDH por afectar al derecho a la vida. En principio, la utilización de las armas por la policía afecta a la integridad personal. En caso de que la actuación sea innecesaria, será constitutiva de torturas o de tratos inhumanos o degradantes,

[9] STEDH/SSTEDH: Sentencia/s del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ISSN 2036-7821

proscritos por el artículo 3 CEDH. El Tribunal de Estrasburgo ha situado la frontera entre la integridad personal y la vida en la potencialidad letal: afectan al derecho a la vida las acciones potencialmente letales. No es necesaria la muerte de quienes hayan sido objeto de las mismas para que sean valoradas desde esta perspectiva (SS. [2000] *İlhan c. Turquía* [Gran Sala], §§ 74 a 78, y [2004] *Makaratzis c. Grecia* [Gran Sala], §§ 49 a 55).

La utilización de armas de fuego se considera potencialmente letal. El Tribunal lo ha expresado así en asuntos muy diversos. En la mayoría, las víctimas vieron comprometido su pronóstico vital. En estos casos, el hecho de que no existiera intención de matarlas por parte de los agentes resultaba intrascendente (SS. [2004] *Makaratzis c. Grecia* [Gran Sala], §§ 49 a 55, y [2011] *Soare y otros c. Rumanía*, §§ 108 a 110). No obstante, también se han considerado potencialmente letales ataques con armas de fuego a resultas de los cuales las víctimas sufrieron lesiones que no comprometieron su pronóstico vital (SS. [2008] *Evrim Öktem c. Turquía*, §§ 41 a 43; [2011] *Trévalec c. Bélgica*, §§ 57 a 61; y [2019] *Chebab c. Francia*, §§ 55 a 58).

Asimismo, el Tribunal se ha pronunciado sobre el carácter potencialmente mortal de intervenciones policiales con dispositivos electrónicos de control. A pesar de que en los primeros asuntos no se planteó el potencial letal de esos instrumentos (SS. [2014] *Anzhelo Georgiev y otros c. Bulgaria* y [2018] *Konstantinopoulus y otros c. Grecia (nº 2)*), su jurisprudencia ha ido evolucionando. La Sentencia (2023) *V. c. la República Checa* reconoce que el uso de dispositivos electrónicos de control entraña un cierto nivel de riesgo para el derecho a la vida (§ 102). Actualmente es mucho lo que se desconoce sobre estas armas y su potencial letal. No están determinados con la suficiente precisión los factores que pueden ocasionar la muerte a un sujeto como consecuencia de un ataque con las mismas, si bien se conoce que esta posibilidad existe[10].

3.1.1. La dedicación profesional de los agentes de policía

El deber de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de proteger a los ciudadanos frente a ataques de terceras personas no se limita a la jornada de servicio ordinaria. El artículo 5.4 LOFCS establece que «[d]eberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana». Este régimen, conocido impropiamente como *servicio permanente*, impone a los policías, en el cumplimiento de las funciones que les correspondan en calidad de tales, intervenir ante perturbaciones o amenazas a la seguridad ciudadana de que tengan conocimiento, con independencia de que estén de servicio o francos del mismo y del

[10] S. CASEY-MASLEN y S. CONNOLLY: *Police Use Of Force Under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 168 a 170; C. BOYLSTEIN: *When Police Use Force. Context, Methods, Outcomes*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, 2018, pp. 113 a 118; y T. BAKER: *Law Enforcement-Perpetrated Homicides. Accidents to murder*, Lexington Books, Lanham-Boulder-Nueva York-Londres, 2020, pp. 77 a 92.

lugar en que se encuentren. No obstante, el precepto no concreta en qué tiene que consistir esta intervención. En función de la perturbación o amenaza a que se enfrenten, los agentes deberán ajustar la intensidad y medios de su respuesta. En algunos casos bastará con una labor de vigilancia, de identificación, de mediación o de ejercicio de fuerza no armada. Empero, en otros casos las armas resultarán necesarias. En este sentido, resulta importante destacar que los miembros del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil no tienen prohibido portar el arma de fuego reglamentaria fuera de servicio. Asimismo, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, especialmente aquellos en servicio activo o disponible, están habilitados a poseer armas de fuego privadas (art. 118 del Reglamento de Armas, aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero), que pueden portar cuando estén fuera de servicio.

3.2. Congruencia y proporcionalidad en el uso de las armas por los agentes de policía

En caso de que un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se encuentre ante un riesgo grave para la seguridad ciudadana, debe intervenir, ex artículo 5.2 d) LOFCS, haciendo uso de las armas. No obstante, el ejercicio de esta potestad está sujeto a una serie de límites que lo restringen y garantizan el respeto debido a los derechos fundamentales. En un Estado de Derecho, las actuaciones de la policía tienen que estar sujetas a exigencias y limitaciones que impidan que se convierta en un fin en sí misma. En otro caso, se estará en un Estado Policial. Los límites previstos en el artículo 5.2 d) LOFCS se condensan en dos principios: congruencia y proporcionalidad. El artículo 5.2 d) LOFCS remite, asimismo, al principio de oportunidad. No obstante, este principio no es más que una expresión del principio de proporcionalidad en sentido negativo: remarca que el mandato de proporcionalidad impone, en ocasiones, a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad abstenerse de usar las armas (vid. apdo. 4.2)[11].

3.2.1. El principio de congruencia

El artículo 5.2 d) LOFCS supedita el uso de las armas por parte de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad al principio de congruencia. La noción de congruencia apela a la idea de coherencia o relación lógica entre dos elementos. En este contexto, parece que se apela a una coherencia o relación lógica entre el supuesto en el que nace el deber de usar las armas y el ejercicio de esta potestad. El Legislador, con la referencia a este principio, parece que ha querido hacer hincapié en que pesa sobre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en relación con la fuerza armada y como

[11] Esta noción de oportunidad ha sido asumida en la Instrucción 1/2024 de la Secretaría de Estado de Seguridad por la que se aprueba el "procedimiento integral de la detención policial". En ella se afirma que «[p]or oportunidad debe entenderse la necesidad o no de recurrir a la coacción física en la detención, de acuerdo con los datos conocidos sobre la situación y el sujeto en cuestión».

parte que son de la Administración pública, el mismo deber general que pesa sobre ésta de ejercer las potestades que le atribuye el ordenamiento jurídico para dar cumplimiento a los fines que justifican esta atribución (art. 106.1 CE). Así, el principio de congruencia se traduce en el imperativo de la utilización de las armas para, y sólo para, neutralizar los riesgos graves que amenacen la seguridad ciudadana. En estos términos, este principio puede parecer algo redundante, pero no lo es tanto si se considera que la congruencia se recoge en la letra d) del artículo 5.2 LOFCS por remisión a la letra c), en la que se establecen los principios que deben seguir los agentes de policía, con carácter general, en su actuación. En esta previsión, tan amplia, no parece descabellado recordar que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad están sujetas, en su labor, a los mismos principios que rigen, con carácter transversal, para todos los sectores de la Administración pública.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es de escasa ayuda en la definición del principio de congruencia. Y es que, salvo en casos muy groseros, acostumbra a dar por hecho el cumplimiento del mismo y a centrarse en el principio de proporcionalidad. No obstante, en alguna resolución, excepcionalmente, pueden encontrarse referencias a la congruencia que la interpretan en el sentido apuntado (S. de la Sala de lo C.-a.[12] de 18 de enero de 1982, FJ 3, y S. de la Sala de lo Penal, 380/2017, de 25 de mayo, FJ 1).

3.2.2. El principio de proporcionalidad

El artículo 5.2 d) LOFCS supedita el uso de las armas por parte de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, también, al principio de proporcionalidad. Esta idea, con otros términos, está igualmente presente en los artículos 2 y 3 CEDH. Ello ha dado lugar a varias líneas jurisprudenciales que, si bien coinciden en lo esencial, se basan en términos y criterios diferentes.

El artículo 2.2 CEDH exige que el recurso a la fuerza potencialmente letal por parte del Estado, en los supuestos que prevé, sea «absolutamente necesario». Desde la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1995) *McCann y otros c. Reino Unido* (Gran Sala), § 149, se viene interpretando esta expresión como proporcionalidad estricta, en el en el sentido de que la fuerza utilizada debe ser estrictamente proporcionada a las amenazas contempladas en el precepto[13]. En la Sentencia (2011) *Giuliani y Gaggio c. Italia* (Gran Sala), § 214, se afirma, además, que la necesidad absoluta impone escoger, entre los medios disponibles para alcanzar un

[12] Sala de lo C.-a.: Sala de lo Contencioso-administrativo.

[13] La Sentencia (1995) *McCann y otros c. Reino Unido* (Gran Sala) es la primera que analiza la fuerza armada policial desde el artículo 2 CEDH y lo declara vulnerado por un Estado. Las referencias a la misma son recurrentes en, prácticamente, la totalidad de las sentencias del Tribunal sobre la materia. Esta doctrina está presente, entre otras muchas, en las Sentencias (1999) *Oğur c. Turquía* (Gran Sala), § 78; (2007) *Ramsahai y otros c. Países Bajos* (Gran Sala), §§ 286 y 287; (2011) *Giuliani y Gaggio c. Italia* (Gran Sala), § 176; (2014) *Jaloud c. Países Bajos* (Gran Sala), § 199; y (2025) *Ghaoui c. Francia*, § 99.

mismo objetivo, el que comporte un menor riesgo para la vida ajena. Si se efectúa un paralelismo con el test de proporcionalidad acuñado por el Tribunal de Estrasburgo para las restricciones a los derechos reconocidos en los artículos 8 a 11 CEDH, pueden apreciarse importantes similitudes, a pesar de que, en este punto, se aleja expresamente del mismo[14]. La obligación de elegir, entre los medios disponibles, el menos lesivo, puede identificarse con la imposición a la fuerza potencialmente letal de las condiciones de idoneidad y necesidad[15]. La proporcionalidad en sentido estricto, o ponderación de daños, está implícita en la misma noción de necesidad absoluta acuñada en *McCann y otros c. Reino Unido*[16].

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha deducido de la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes del artículo 3 CEDH, la exigencia de que la utilización de las armas por la policía, aún en los casos en que no sea potencialmente letal, resulte proporcionada o no exceda de lo estrictamente necesario[17]. Esta necesidad estricta presenta el mismo sentido que la absoluta necesidad que el artículo 2.2 CEDH exige a la fuerza potencialmente mortal (SS. [2005] *Günaydin c. Turquía*, §§ 30 a 33; [2013] *Dembele c. Suiza*, §§ 41 a 49; [2013] *Gutsanovi c. Bulgaria*, §§ 126 a 130; [2014] *Anzhelo Georgiev y otros c. Bulgaria*, §§ 66 y 70 a 78; y [2015] *Cestaro c. Italia*, §§ 182 a 190). El objetivo, la intención y la motivación con la que se ejercen los malos tratos policiales son intranscendentes en la aplicación del artículo 3 CEDH (SS. [1999] *V. c. Reino Unido*, § 71; [2000] *Labita c. Italia*, § 120; [2005] *Moldovan y otros c. Rumanía (nº 2)*, § 101; y [2018] *Burlya y otros c. Ucrania*, § 120).

A nivel nacional, el Tribunal Supremo, como instancia más próxima al enjuiciamiento de las actuaciones policiales, ha elaborado su propia jurisprudencia en relación con el principio de proporcionalidad y el uso de las armas por los

[14] Cfr. la jurisprudencia citada en la nota anterior. En particular, en la Sentencia (1995) *McCann y otros c. Reino Unido* (Gran Sala), § 149, puede leerse que el término «absolutamente necesario» empleado en el artículo 2.2 CEDH indica que debe aplicarse un criterio de necesidad más estricto e imperioso que el normalmente empleado para determinar si la intervención del Estado es necesaria en una sociedad democrática, de conformidad con el apartado 2 de los artículos 8 a 11 CEDH.

[15] Para más información sobre esta cuestión, puede consultarse la obra del autor: *El uso potencialmente letal de las armas por las fuerzas de policía*, *op. cit.*, pp. 224 a 226 y 233 a 237.

[16] En relación con el principio de proporcionalidad y las restricciones a los derechos reconocidos en los artículos 8 a 11 CEDH, con análisis de los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, puede consultarse: L. LÓPEZ GUERRA, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 53 a 59.

[17] En relación con el principio de proporcionalidad en el artículo 3 CEDH, puede consultarse: J. CALLEWAERT, *L'article 3 de la Convention europeenne: une norme relativement absolue ou absolument relative?*, en *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant-LGDJ, Bruselas-París, 1995, pp. 25 a 28; J. BARCELONA LLOP, *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 256 a 264; B. PASTRE-BELDA, *La protection à géométrie variable de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2016, 107, pp. 610 a 612; y D. A. CUESTA BÁRCENA, *El uso no letal y el no uso de las armas por los agentes de policía*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2025, pp. 126 a 135.

miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Ello lo ha hecho al hilo del artículo 5.2 d) LOFCS y en dos grandes frentes: las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración pública (Sala de lo C.-a.) y la responsabilidad penal de los agentes (Sala de lo Penal)[18]. En cada uno de estos frentes se ha desarrollado una jurisprudencia propia, si bien ambas líneas presentan una gran afinidad. También resultan afines con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al menos en lo esencial.

La Sala de lo C.-a. del Tribunal Supremo ha fijado una interpretación propia del artículo 5.2 d) LOFCS para determinar si el funcionamiento de la Administración, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ha sido normal o anormal. Una de las primeras resoluciones que abordó la noción de proporcionalidad aplicada a la actuación armada policial fue la Sentencia de 18 de enero de 1982, FJ 3. En ella se afirma que a los agentes les es exigible que

«empleen sus armas de fuego solamente en aquellos casos en que [las circunstancias concurrentes] hagan racionalmente presumir una situación de peligro o riesgo real para ellos o terceras personas, únicamente superable mediante esa utilización, y lo hagan en la forma adecuada para evitar consecuencias irreparables que no vengan justificadas por la gravedad del contexto de hecho en que se encuentran, pues en otro caso su acción resultará desproporcionada con la importancia y naturaleza de la conducta ilícita que tratan de reprimir, si a consecuencia del uso de sus armas ocasionan al responsable de ella un daño que excede de aquél que normalmente debe sufrir por el hecho de la puesta en movimiento de las fuerzas de policía».

En el fondo, se sigue un planteamiento coincidente con el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, descomponiendo la noción general de proporcionalidad en los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La exigencia de utilizar las armas de fuego como *ultima ratio* y en la forma menos lesiva posible bien puede identificarse con las condiciones de idoneidad y necesidad. La

[18] Existe una larga serie bibliográfica dedicada a ambas líneas jurisprudenciales; puede destacarse: J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *El policía y la Ley*, Plaza & Janés, Esplugues de Llobregat (Barcelona), 1986, pp. 106 a 116 y 224 a 244; J. BARCELONA LLOP, *El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica*, *Revista de Administración Pública*, 1987, 113, pp. 104 a 120; M. I. SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad. Análisis particular del ejercicio de la coacción directa por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en materia de seguridad y orden públicos*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1995, pp. 287 a 317; J. BARCELONA LLOP, *Responsabilidad patrimonial por daños causados por, o sufridos por, los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad*, en T. QUINTANA LÓPEZ (dir.) y A. CASARES MARCOS (coord.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales. Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; V. TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, *Responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 71 a 337; J. M. NACARINO LORENTE, *La fuerza policial en el cumplimiento del deber. Análisis de la eximente contenida en el art. 20.7º del Código Penal*, Sepín, Madrid, 2017, pp. 199 a 306; J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Intervención policial lesiva y cumplimiento de un deber como causa de justificación*, en L. R. RUIZ RODRÍGUEZ (dir.), *La formación policial como clave de bóveda de la seguridad pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 144 a 158; y D. A. CUESTA BÁRCENA, *El uso potencialmente letal de las armas por las fuerzas de policía* y *El uso no letal y el no uso de las armas por los agentes de policía*, *op. cit.*

ISSN 2036-7821

proporcionalidad en sentido estricto, o ponderación de daños, también puede considerarse presente, como un añadido a estos requisitos, en la indicación de que las consecuencias del uso de las armas deban ser las justificadas por la gravedad del contexto de hecho[19]. Pocos años después, la Sentencia de 18 de diciembre de 1985 retomó esta resolución y aclaró, en relación con la proporcionalidad en sentido estricto, que el empleo de las armas de fuego cabía, únicamente, en caso de peligro grave real e inminente para la vida o integridad física de los agentes de policía implicados o de terceras personas (FFJJ 2 y 4).

La Sala no ha conocido en demasiadas ocasiones de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por actuaciones armadas no potencialmente letales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. La mayoría de las reclamaciones están relacionadas con armas de fuego. No obstante, la Sentencia de 21 de noviembre de 1995, FJ 4, muestra la coincidencia entre la jurisprudencia expuesta y la relativa a las intervenciones no potencialmente letales. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad intervinieron para disolver una manifestación prohibida por el Gobierno Civil de La Coruña después de ser requeridos varias veces los manifestantes para ello. En esta operación efectuaron cargas con las defensas sobre el grupo de manifestantes, que lanzaban a los agentes objetos contundentes. Uno de esos manifestantes sufrió lesiones en un ojo. En la resolución puede leerse que:

«[E]n el caso enjuiciado no cabe entender concurrentes los requisitos exigidos por el ordenamiento para dar lugar a la indemnización solicitada, […] no cabe entender que se ha producido "una lesión en el sentido técnico jurídico […]", toda vez que el deber jurídico de soportar el daño […] "existe cuando el lesionado se ha colocado en una situación de riesgo, tomando parte voluntariamente en una manifestación ilegal y violenta, lo que motiva una respuesta proporcionada en medios, modos y circunstancias por parte de las fuerzas policiales...; cuando el ciudadano crea la situación de riesgo […] no puede estimarse que ha sufrido un daño antijurídico como consecuencia de la utilización de los normales medios antidisturbios, siempre que su actuación se ajuste a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad […]" y como en el concreto caso […] se nos manifiestan como respetados los aludidos principios, en cuanto la actitud de los manifestantes determinó el empleo legítimo de las defensas, cuyo uso no resulta arbitrario ni desproporcionado, es por lo que no cabe calificar como antijurídica la actuación de los agentes del orden, y, consecuentemente, deviene improcedente la indemnización pretendida».

Resulta particularmente significativa la referencia a que la fuerza debe ser proporcionada en «medios, modos y circunstancias». La proporcionalidad en medios y en modos parece aludir al juicio de necesidad. La proporcionalidad en circunstancias parece hacerlo a la proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad,

[19] Esta interpretación de la propocionalidad parece asumir, en este ámbito, del clásico test de proporcionalidad establecido para las restricciones de derechos fundamentales (vid. apdo. 5).

como *prius* lógico de estos criterios, puede entenderse implícita en el razonamiento. No obstante, el elemento central de la *ratio* de la Sala fue la necesidad, se basó en que «la actitud de los manifestantes determinó el empleo legítimo de las defensas». La proporcionalidad en sentido estricto parece que se dio por supuesta. Ello es comprensible, habida cuenta de la importancia de la función policial para la seguridad ciudadana. Es difícil imaginar supuestos en los que se pueda concluir que una actuación armada de la policía, idónea y necesaria, resulte antijurídica por no ponderada.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en el marco de procesos penales por posibles delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el uso de las armas, tanto al valorar la concurrencia de la causa de justificación de cumplimiento de un deber como al analizar la existencia de infracciones de normas de cuidado, ha ido elaborando una doctrina propia interpretativa del artículo 5.2 d) LOFCS y de la exigencia de proporcionalidad que, a estos efectos, impone. La Sentencia 1284/1999, de 21 de septiembre, FJ 6, ofrece una explicación clara y sistemática de su interpretación de la proporcionalidad en el uso policial de la fuerza, incluida, pero no sólo, la fuerza armada. En esta resolución se establece que, conforme al artículo 5.2 c) LOFCS, es necesario que cumpla tres condiciones: i) necesidad en abstracto, ii) necesidad en concreto y iii) proporcionalidad. La necesidad en abstracto supone la necesidad de hacer uso de la fuerza porque sin ella no sería posible cumplir con la labor que, en ese momento, incumbe al agente. La necesidad en concreto impone que la fuerza concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, que se utilice el medio menos peligroso y que ese medio se use del modo menos lesivo posible. La proporcionalidad, en relación con la situación que origina la intervención, remite a la idea de que «la levedad del caso […] a veces justifica la no intervención o impide la utilización de un determinado medio demasiado peligroso cuando se carece de otro de inferior lesividad o éste aparece como ineficaz, mientras que la gravedad de la situación sólo autoriza para obrar de un modo ponderado y prudente en relación a tal gravedad […], sin poner trabas a operaciones que pueden exigir el actuar con la decisión necesaria y sin demora, […] pero al mismo tiempo sin conceder franquicias a actuaciones excesivas o inhumanas»[20]. En suma, se asume una noción de proporcionalidad compuesta de una serie de elementos coincidentes, en el fondo, con los establecidos por el Tribunal de Estrasburgo. Las ideas de necesidad en abstracto y

[20] En la misma línea: Sentencias de 2 de junio de 1994, FJ 5; de 30 de septiembre de 1994, FJ 5; 1218/2004, de 2 de noviembre, FJ 6; 1436/2004, de 13 de diciembre, FJ 5; 778/2007, de 9 de octubre, FJ 9; 922/2009, de 30 de septiembre, FJ 4; 26/2010, de 25 de enero, FJ 1; 153/2013, de 6 de marzo, FJ 10; y 684/2024, de 27 de junio, FJ 2. Esta formulación tan peculiar puede atribuirse a la necesidad de diferenciar, dentro de la causa de justificación de cumplimiento de un deber, entre justificación completa e incompleta. Al aplicar el artículo 5.2 d) LOFCS en el marco de delitos impudentes, en calidad de norma de cuidado, la Sala emplea un grado de detalle menor, recurriendo a razonamientos más vagos.

en concreto se confunden con las exigencias de idoneidad y necesidad europeas. La noción de proporcionalidad es, en sustancia, igual que la de proporcionalidad en sentido estricto.

3.3. El uso de las armas de fuego en legítima defensa

El supuesto en el que los policías se ven compelidos más poderosamente a usar las armas para proteger a los ciudadanos es aquel en el que deben actuar en defensa de su vida o integridad física. La legítima defensa representa el supuesto prototípico en el que el deber policial de protección se manifiesta coactivamente. En este contexto, la utilización normal de la defensa no plantea grandes complicaciones, por su escaso potencial lesivo. Empero, el recurso a las armas de fuego tiene una trascendencia y complejidad mucho mayor. Y es que estas situaciones pueden escalar a un nivel en la que los agentes tengan que plantearse el empleo de estos medios. Ello ha dado lugar a una jurisprudencia rica y detallada por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo cuyas líneas principales merecen una especial referencia[21].

El primer supuesto en que el Convenio Europeo de Derechos Humanos permite la fuerza armada policial potencialmente letal es la «defensa de una persona contra una agresión ilegítima» (art. 2.2 a)). La Decisión (2018) *Mendy c. Francia*, § 33, ilustra bien cómo analiza el Tribunal de Estrasburgo estos asuntos. En ella se contiene el principio básico que vertebra su jurisprudencia: la fuerza potencialmente letal es conforme al artículo 2 CEDH cuando esté en riesgo la vida de otra persona por una agresión ilegítima, presente o inminente, y no haya otro medio menos lesivo para impedir que se materialice este riesgo[22].

Esta jurisprudencia coincide, en lo esencial, con la del Tribunal Supremo, salvo por una cuestión que, sin la deseada claridad y contundencia, ha sido resuelta de manera diferente: se considera proporcionado el uso de armas de fuego en defensa de una agresión cuando ésta amenaza única, pero gravemente, la integridad física de la víctima (S. de la Sala de lo C.-a. de 16 de marzo de 2011 y SS. de la Sala de lo Penal de

[21] En la obra del autor, *El uso potencialmente letal de las armas por las fuerzas de policía*, *op. cit.*, pp. 251 a 265, puede encontrarse un estudio detallado de esta jurisprudencia.

[22] La exigencia de un riesgo para la vida de otra persona presenta un particular interés porque plantea interrogantes sobre los que convendría una profunda reflexión. El Tribunal sostiene que el daño que supone acabar con la vida de un agresor sólo se considera superado por el beneficio que supone eliminar la amenaza mortal que encarna el sujeto. ¿La vida de un agresor vale lo mismo que la de una víctima? ¿Y si la víctima es un niño? En casos tumultuarios, ¿cuántas vidas de agresores valen la de una víctima? Esta máxima de ponderación excluye que pueda emplearse la fuerza potencialmente letal para evitar lesiones a la mera integridad física (J. A. HESSBRUEGGE, *Human Rights and Personal Self-Defense in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 172 y 173), ¿es razonable? En el caso de lesiones menores, es un principio difícilmente controvertible, pero ofrece más dudas en casos de lesiones graves, como mutilaciones o deformaciones. La fuerza potencialmente letal está admitida por el Tribunal para detener a sujetos que entrañen un riesgo a la integridad física de las personas (SS. [2005] *Natchova y otros c. Bulgaria* [Gran Sala], §§ 95 y 108; [2018] *Toubache c. Francia*, § 36; y [2025] *Almukhlas y Al-Maliki c. Grecia*, § 134), ¿tiene sentido esta diferencia?

9 de diciembre de 1986, 6 de marzo de 1989 y 20 de octubre de 1993).

4. El deber policial de usar las armas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Supremo no tienen una jurisprudencia específica en relación con el uso debido de las armas por la policía. Los asuntos que llegan a estas instancias acostumbran a plantearse en términos más amplios: normalmente, la desprotección de las víctimas se debe a la concurrencia de distintos factores. Empero, ello no significa que no haya referencias valiosas entre los pronunciamientos de estos Tribunales. Ambos han formado una jurisprudencia bien consolidada sobre la protección de las víctimas frente a actuaciones de terceros que perturben la seguridad ciudadana. Este *corpus* permite fundamentar, entre otras ideas, la obligación de la policía de recurrir a la fuerza, incluida la fuerza armada, para proteger a los ciudadanos. Ello, siempre, en el marco de los supuestos y límites expuestos en el apartado 3.

4.1. El deber policial de usar las armas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha formado un cuerpo doctrinal amplio y ambicioso sobre la obligación de los Estados de proteger el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción frente a agresiones de terceros. La frontera entre la vida y la integridad personal es la misma que la trazada para las acciones policiales: los ataques perpetrados por unos ciudadanos contra otros afectan al derecho a la vida cuando resultan potencialmente mortales (SS. [2009] *Denis Vasilyev c. Rusia*, §§ 92 a 96; [2016] *Sakir c. Grecia*, §§ 31 a 33; [2017] *Talpis c. Italia*, §§ 107 a 110; [2020] *A. y B. c. Rumanía*, §119; y [2020] *Tërshana c. Albania*, §§ 131 y 132)[23].

El Tribunal de Estrasburgo ha desarrollado el derecho a la protección de la vida como rama del derecho a la vida reconocido en el artículo 2 CEDH, afirmando una serie de obligaciones para los Estados dirigidas a proteger este bien jurídico frente a ataques de terceras personas. Entre ellas se encuentra la obligación de adoptar, preventivamente, medidas operativas para proteger al individuo cuya vida es

[23] La jurisprudencia estrasburguesa ofrece una amplia variedad de supuestos que ilustran este criterio, desde casos evidentes de muertes por armas de fuego (SS. [1998] *Osman c. Reino Unido* [Gran Sala], §§ 115 a 122, y [2020] *Kotilainen y otros c. Finlandia*, §§ 66 a 90) o por apuñalamientos (S. [2017] *Talpis c. Italia*, §§ 95 a 125) hasta supuestos más fronterizos en los que la víctima no fallece. En esta línea, se han analizado desde el derecho a la vida ataques a los que las víctimas sobrevivieron con armas de fuego (SS. [1998] *Osman c. Reino Unido* [Gran Sala], §§ 115 a 122), cuchillos (S. [2017] *Talpis c. Italia*, §§ 95 a 125), martillos (S. [2016] *Kitanovska Stanojkovic y otros c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, § 22) o ácido (S. [2020] *Tërshana c. Albania*, §§ 131, 132 y 147 a 152) y, desde el derecho a la integridad personal, lesiones causadas por cuchillos (SS. [2016] *Sakir c. Grecia*, §§ 31 a 33, y [2010] *Milanović c. Serbia*, §§ 82 a 91), hachas (S. [2007] *Macovei y otros c. Rumanía*, § 50) u objetos contundentes (SS. [2009] *Denis Vasilyev c. Rusia*, §§ 92 a 96, y [2007] *Šečić c. Croacia*, §§ 49 a 52).

amenazada por actos criminales de terceros (SS. [1998] *Osman c. Reino Unido* [Gran Sala], § 115; [2002] *Mastromatteo c. Italia* [Gran Sala], § 67; [2007] *Kontrová c. Eslovaquia*, § 49; [2009] *Branko Tomašic y otros c. Croacia*, §§ 49 y 50; [2009] *Opuz c. Turquía*, § 128; [2012] *Choreftakis y Choreftaki c. Grecia*, §§ 44 y 45; [2017] *Talpis c. Italia*, §§ 100 y 101; [2020] *Tërshana c. Albania*, § 147; [2021] *Kurt c. Austria* [Gran Sala], § 157; y [2025] *N.D. c. Suiza*, § 59)[24]. Esta jurisprudencia tiene su origen en la Sentencia (1998) *Osman c. Reino Unido* (Gran Sala). Ali Osman fue asesinado por el antiguo profesor de su hijo, Ahmed Osman, quien resultó gravemente herido en el mismo incidente. Cuando Ahmed Osman, de 14 años de edad, era alumno de la Homerton House School, en Londres, uno de sus profesores, Paul Paget-Lewis, sintió por él un cariño obsesivo, que dio lugar a episodios de gran gravedad contra el niño y su entorno (v. gr. toma de fotografías a Ahmed; seguimiento hasta la casa de la familia; realización, en las cercanías de la escuela, de un graffiti de carácter sexual; lanzamiento de un ladrillo contra una ventana del domicilio familiar; o choque, con su coche, a una camioneta en la que se encontraba un antiguo amigo de la escuela de Ahmed del que se sentía celoso). A pesar de que las autoridades tenían conocimiento de la situación, no se tomaron medidas efectivas de protección contra el señor Paget-Lewis quien, un día, se dirigió al hogar de los Osman y disparó sobre Ali y Ahmed, matando al primero e hiriendo al segundo. El Tribunal, en el § 115, señaló lo siguiente:

«La Cour note que la première phrase de l'article 2 § 1 astreint l'Etat non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction […]. Nul ne conteste que l'obligation de l'Etat à cet égard va au-delà du devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations. Aussi les comparants acceptent-ils que l'article 2 de la Convention puisse, dans certaines circonstances bien définies, mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui».

Esta obligación de prevenir la comisión de actos criminales debe interpretarse de manera que no imponga a las autoridades nacionales una carga insoportable o

[24] F. TULKENS, *Le droit à la vie et le champ des obligations des États dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme*, en *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan. Vol. II*, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 1610 a 1623; J. BARCELONA LLOP, *La garantía europea del derecho a la vida…*, *op. cit.*, pp. 114 a 128; F. SUDRE, *Le droit à la protection de la vie ou la version* light *du droit a la vie*", en M. LEVINET (dir.), *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, Bruselas, 2010, pp. 291 a 309; y D. XENOS, *The Protection Against Crime as a Human Right: Positive Obligations of the Police*, en R. ALLEWELDT y G. FICKENSCHER (eds.), *The Police and International Human Rights Law*, Springer, Leyden-Boston, 2018.

excesiva; hay que tener en cuenta las dificultades de la policía para ejercer sus funciones en las sociedades contemporáneas, la imprevisibilidad del comportamiento humano y la necesidad de tomar decisiones operativas en términos de prioridades y recursos. Así, las autoridades nacionales están obligadas a tomar las medidas que razonablemente puedan impedir la materialización de las amenazas reales e inmediatas para la vida de las personas por actos criminales de terceros que conozcan o deban conocer, lo que depende de las circunstancias de cada caso (SSTEDH [1998] *Osman c. Reino Unido* [Gran Sala], § 116; [2021] *Kurt c. Austria* [Gran Sala], § 158; y [2025] *N.D. c. Suiza*, § 60). Ello incluye la obligación de evaluar adecuadamente la naturaleza y el nivel de las amenazas (SSTEDH [2021] *Kurt c. Austria* [Gran Sala], § 159, y [2025] *N.D. c. Suiza*, § 62). En definitiva, se trata de una obligación de medios, no de resultado (SSTEDH [2021] *Kurt c. Austria* [Gran Sala], § 159, y [2025] *N.D. c. Suiza*, § 62), cuyo cumplimiento debe valorarse desde punto de vista de lo que era conocido por las autoridades en el momento en que se desarrollaron los hechos (STEDH [2021] *Kurt c. Austria* [Gran Sala], § 160).

Las circunstancias particulares del asunto *Osman c. Reino Unido* y la motivación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que terminó por declarar no vulnerado el artículo 2 CEDH (§§ 117 a 122), carecen de importancia a efectos del presente estudio, pues analizan la operativa policial desde una escala mucho mayor que la propia del uso de las armas. Lo que importa retener es la doctrina expuesta, que rige tanto para la protección de personas previamente identificadas como víctimas potenciales de una acción potencialmente mortal[25] como para la protección de personas no identificables previamente contra la acción potenciamente letal de un sujeto concreto[26].

Esta jurisprudencia ha sido trasladada a la integridad personal, dando lugar a la obligación de los Estados de proteger frente a la tortura y a los tratos inhumanos o degradantes, como rama de la prohibición de los mismos recogida en el artículo 3 CEDH (SSTEDH [2000] *Mahmut Kaya c. Turquía*, § 115 a 119; [2007] *Šečić c. Croacia*, § 52; [2009] *Opuz c. Turquía*, §§ 159 a 176; [2009] *Beganović c. Croacia*, §§ 69 a 87; [2009] *Denis Vasilyev c. Rusia*, §§ 97 a 99; [2010] *Milanović c. Serbia*, §§ 82 a 91; [2012] *Đorđević c. Croacia*, §§ 137 a 150; [2012] *E.M. c. Rumanía*, §§ 57 a 70; [2015] *M. y M. c. Croacia*, §§ 131 a 144 y 153 a 163; [2017] *Bălșan c. Rumanía*, §§ 57 a 71; [2018] *V.C. c. Italia*, §§ 88 a

[25] En la misma línea: SS. (1998) *Osman c. Reino Unido* (Gran Sala), §§ 113 a 123; (2000) *Mahmut Kaya c. Turquía*, §§ 85 a 101; (2007) *Kontrová c. Eslovaquia*, §§ 46 a 55; (2009) *Branko Tomašic y otros c. Croacia*, §§ 49 a 61; (2009) *Opuz c. Turquía*, §§ 128 a 149; (2010) *Rantsev c. Chipre y Rusia*, §§ 218 a 223; (2012) *Van Colle c. Reino Unido*, §§ 88 a 105; (2012) *R.R. y otros c. Hungría*, §§ 26 a 32; (2017) *Talpis c. Italia*, §§ 95 a 125; (2020) *Tërshana c. Albania*, §§ 147 a 152; y (2021) *Kurt c. Austria* (GS), §§ 157 a 213.

[26] En la misma línea: SS. (2002) *Mastromatteo c. Italia* (Gran Sala), §§ 67 a 79; (2009) *Maiorano y otros c. Italia*, §§ 103 a 122; (2012) *Choreftakis y Choreftaki c. Grecia*, §§ 44 a 61; (2014) *Bljakaj y otros c. Croacia*, §§ 104 a 134; (2017) *Tagayeva y otros c. Rusia*, §§ 481 a 493; y (2020) *Kotilainen y otros c. Finlandia*, §§ 66 a 90. Esta línea jurisprudencial ha sido criticada por R. PARIZOT (*Prévention du meurtre: la Cour européenne des droits de l'homme va-t-elle trop loin?*, *Recueil Dalloz*, 2013, 3).

113; [2018] *Burlya y otros c. Ucrania*, §§ 119 a 137; [2019] *Volodina c. Rusia*, §§ 71 a 77, 86 a 91 y 102; [2020] *Association Innocence en Danger y Association Enfance et Partage c. Francia*, §§ 156 a 176; y [2026] *Koffi c. Bulgaria*, §§ 155 y 156, 158 y 159 y 170 a 182). Los malos tratos perpetrados deben presentar un mínimo de gravedad (SSTEDH [2007] *Šečić c. Croacia*, §§ 50 y 51; [2009] *Opuz c. Turquía*, §§ 158, 160 y 161; [2009] *Beganović c. Croacia*, §§ 64 a 68; [2009] *Denis Vasilyev c. Rusia*, §§ 94, 95 y 114; [2015] *M. y M. c. Croacia*, §§ 131 a 135; [2016] *Sakir c. Grecia*, § 60; [2018] *V.C. c. Italia*, §§ 83 y 84; [2019] *Volodina c. Rusia*, §§ 73 y 74; y [2020] *Association Innocence en Danger y Association Enfance et Partage c. Francia*, §§ 156 y 159)[27].

La Sentencia (2026) *Koffi c. Bulgaria* resulta especialmente ilustrativa. En 2018, los dos principales clubes de fútbol de Bulgaria, el CSKA Sofía y el PFC Levski Sofía, disputaron un partido en el Estadio Nacional de Sofía. Para este evento, las autoridades diseñaron un plan de operaciones de seguridad que movilizó a 1 867 agentes de policía y calificaron el riesgo como «alto grado de peligro público». Terminado el encuentro, Leon François d'Assises Koffi, ciudadano británico, caminaba con dos amigos por los alrededores del estadio, en una zona que había sido previamente identificada por las autoridades como una «zona de conflicto probable». En concreto, camiban por una calle que, sin estar cerrada al público, estaba siendo utilizada por la policía como corredor para que los aficionados del PFC Levski Sofía abandonaran el estadio sin encontrarse con los del equipo rival. En estas circunstancias, varios aficionados del PFC Levski Sofía comenzaron a perseguir a Koffi y a sus amigos y agredieron brutalmente al primero. Aunque la agresión fue muy breve en el tiempo, menos de un minuto, gracias a la intervención espontánea de varias personas que acudieron a defender a la víctima, ésta sufrió lesionas graves. A penas un minuto después de que terminara la agresión, llegaron los primeros agentes de policía. El Tribunal de Estrasburgo consideró que las agresiones fueron suficientemente graves para entrar en el ámbito de aplicación del artículo 3 CEDH (§

[27] Las acciones policiales, para constituir malos tratos proscritos por el artículo 3 CEDH, deben alcanzar un mínimo de gravedad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció este requisito en su primera jurisprudencia, en la que lo observaba rigurosamente para determinar la aplicación del precepto (F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, París, 2023, pp. 482 y 483). Además, señaló que la valoración de esta gravedad mínima era relativa: dependía de todas las circunstancias del caso, tales como la duración de los malos tratos, los efectos físicos y mentales de los mismos o, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima (SS. [1978] *Irlanda c. Reino Unido*, § 162, y [2000] *İlhan c. Turquía* [Gran Sala], § 84). Esta jurisprudencia ha sido fuertemente modulada. El Tribunal de Estrasburgo ha señalado que el uso de la fuerza por la policía contra personas que se hallen en situación de inferioridad, como quienes se enfrentan a ella, si no resulta estrictamente necesaria, está prohibida por el artículo 3 CEDH, cualquiera que sea su impacto. Esta doctrina se basa en la dignidad humana como esencia misma del Convenio Europeo de Derechos Humanos: toda actuación de estas características supone un ataque a la dignidad humana y, por ello, una violación del artículo 3 CEDH (SS. [2004] *R.L. y M.-J.D. c. Francia*, § 61; [2008] *Rupa c. Rumanía (nº 1)*, § 94; [2013] *Dembele c. Suiza*, §§ 39 a 41; [2015] *Bouyid c. Bélgica* [Gran Sala], §§ 86 a 90; [2020] *Aghdgomelashvili y Japaridze c. Georgia*, § 42; [2021] *Ilievi y Ganchevi c. Bulgaria*, §§ 48 y 49; y [2023] *Verzilov y otros c. Rusia*, § 71). No obstante, la exigencia de una gravedad mínima sigue existiendo para los ataques de unos ciudadanos contra otros.

165), pero declaró que no se había vulnerado el mismo (§§ 170 a 182). Ello lo fundamentó con tal grado grado de detalle, que resulta especialmente interesante la reproducción de los pasajes principales.

En primer lugar, analizó el plan de seguridad diseñado por las autoridades búlgaras para el partido de fútbol y la evaluación, por éstas, del riesgo que suponía el evento:

«171. The Court observes that, in the run up to the football match of 29 September 2018, the authorities did not remain passive. Preliminary consultations appear to have taken place between the police and representatives of the two teams, as well as a briefing in which the police (together with other officials responsible for ensuring public safety in relation to the football match) participated. Thereafter, a comprehensive plan of operations was drawn up […]. The plan provided the deployment of a large overall number of officers; it clearly indicated exactly where they would be deployed, their chain of command and their tasks. While it cannot be concluded that the plan […] was sufficient to cover any and all situations that might have arisen by way of eliminating all risk of violence associated with the event, the related positive obligation under Article 3 does not include an obligation to prevent all potential violence that might occur at any point in time within the jurisdiction of a State […]. […] [T]he Court finds that the plan was sufficiently thorough to serve as a basis capable of providing effective protection of the general public in relation to the football match in question.

[…] 173. The authorities classified the risk associated with the event as constituting a "high danger to public order" […]. That conclusion was apparently reached following an analysis of the situations relating to previous matches between the two clubs and of the associated incidents that had occurred in the past. […] [T]he Court finds that […] the authorities performed an adequate assessment of the risk.

174. The Court observes that according to the plan of operations in place, a number of police officers had been planned to be stationed near the scene of the incident […]. Furthermore, it had been arranged for mobile units to be ready to react in the event that incidents arose […]. Those units had been tasked, *inter alia*, with immediately reporting via radio the location of large groups of fans and the direction of their movement. In the event that groups of fans formed up, those were to be escorted by officers. Under the plan, special attention was to be paid to a number of locations identified as vulnerable, key or conflict areas; those locations included the area of the incident […]. The teams were to be ready to form up "mobile reserve contingents" and to react, upon instruction, if an incident arose – including in neighbouring zones».

A continuación, detalló la actuación concreta de la policía, la ejecución del plan de seguridad, en relación con la agresión a Koffi:

«175. As is apparent from the facts of the case, the large group of fans in this case (around 150-200 people […]) was effectively being followed by a police van carrying

seven officers (including the officer who was driving the vehicle).
176. Other officers, who appear to have been assigned to the area in connection with the football match […], were either absent or took no action that was reported. […]
177. A temporary operations headquarters committee appears to have been set up for the purposes of managing the deployed police officers during the event […]. It has not been suggested that the headquarters committee was in any way involved before the assault, once the large group of fans had formed and had started moving outside the stadium […]. It does not appear that any of the deployed teams, which had been armed with rubber-bullet guns and gas-spraying devices, in accordance with the plan of operations […], were directed towards the group of fans in question, in order to prevent incidents occurring (or take action if the need arose).
178. In sum, it has not been shown that the planned operational measures were fully implemented in accordance with the authorities' own plan of operations. Nor does it appear that the authorities pursued additional measures in view of the fact that a sizeable group of fans had formed and had been moving through the city, that the officers escorting it from behind had no sufficient visibility and that there was apparently no police presence capable of monitoring the sides and front of the group.
179. Notwithstanding the above, the Court […] observes that the plan of operations concerned as many as 18 different zones and officers were to be spread – for the purposes of preventing and containing violence and other anti-social conduct – across a significant territory covering a major part of the city, where the potential for conflict erupting had been thought to be highly elevated. That included the spot where the assault took place. It has not been argued, and there is no reason to assume, that in effect a large number of officers had not been deployed across the city for the purposes outlined above».
Finalmente, valoró la actuación policial descrita, considerándola suficiente:
«180. The Court accepts that incidents might admittedly happen anywhere within the area covered by the authorities, at any point in time and that they may be set off by individuals in a random fashion or triggered by factors that are not possible to anticipate. Indeed, the applicant's walking through the area in question at that very point in time, and his coming across the big group of fans which happened to include individuals who violently assaulted him once they had come across him, could not have been known or expected in advance, bearing in mind the unpredictability of human conduct.
181. Furthermore, […] the Court finds that imminent threats emanating from that particular group of fans had not become apparent to the police before the assault was perpetrated on the applicant […]. Therefore, the special diligence obligation incumbent on the authorities in situations, in which they had been alerted to facts that give rise to concrete suspicions about particularly high level of risk to life […], was not triggered in the present case. […] Accordingly, it finds that a higher level of

ISSN 2036-7821

preventive operational response of the authorities – vis-à-vis this particular group of fans in advance of the incident – cannot be said to have been called for on the basis of the information available to the police at the time.
182. It follows that there has been no violation of the substantive limb of Article 3».

4.2. El deber policial de usar las armas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el deber de protección de los ciudadanos frente a actuaciones de terceros que perturben la seguridad ciudadana. La Sala de lo C.-a. y la Sala de lo Penal se han aproximado a esta cuestión por diferentes vías, llegando a conclusiones similares entre sí y a las alcanzadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Sala de lo C.-a. del Tribunal Supremo ha conocido, en varias ocasiones, de reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración pública por lesiones y daños causados por ataques de terceros frente a los cuales las víctimas se estimaron indebidamente desprotegidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Esto ha dado lugar a una jurisprudencia heterogénea que comprende ataques de muy diversa índole.

Entre los asuntos que presentan un interés directo, cabe destacar la Sentencia de 28 de octubre de 1986. Un grupo de manifestantes contra la legalización del aborto fue atacado por sujetos contrarios a este movimiento, a consecuencia de lo cual sufrieron diversos desperfectos en sus equipos. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad habían adoptado medidas para proteger la manifestación en las calles por las que iba a discurrir, pero no en la plaza donde terminaba, en la que estaba previsto que se concentrasen los participantes y se leyesen discursos difundidos a través de aparatos de megafonía. Fue precisamente en este lugar donde se produjeron los altercados. La Sala comienza el análisis de los hechos (FJ 4) fijando un presupuesto que merece ser transcrito:

«Ha de partirse de la evidencia de que constituye un servicio público […] el que tiene por finalidad el mantenimiento del Orden Público y la Protección de la libertad y seguridad ciudadanas, sin que esta última pueda entenderse limitada a la esfera estrictamente personal sino igualmente a la de los bienes y derechos personales, con mayor razón cuando éstos sean de los constitucionalmente consagrados […], y en tal sentido, no sólo ha de constituir objeto de ese servicio público la simple represión de cualquier conducta ilícita, ajena a quien lo presta, que impida de algún modo el libre ejercicio de aquéllos, sino también la más eficaz y oportuna actuación con la que se impida que dicha conducta se produzca, ya que esta prevención constituye la más efectiva garantía de esa seguridad ciudadana, y si bien es verdad que esta prevención es imposible o difícil cuando racionalmente no es esperable una acción que la ponga en peligro, por el contrario, la ausencia de medidas adecuadas para la consecución de aquella finalidad no puede ser excusable cuando, dadas las circunstancias de un

determinado caso, los Órganos de la Administración abriguen fundados temores de que la seguridad ciudadana se va a alterar o que alguien, a través de sus actos, pretende impedir el libre ejercicio de citados derechos».

Sentado este principio, resuelve que hubo un funcionamiento anormal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: existían razones «más que suficientes» para sospechar que podían surgir alborotos, ya que antes de que comenzase la manifestación habían tenido conocimiento de que un grupo de personas había colocado una pancarta en favor del aborto y contra la manifestación en un quiosco situado en la plaza, a pesar de lo cual no tomaron medidas para asegurar aquélla en la zona y evitar los enfrentamientos; resultó «inaceptable por ilógico e inconsecuente al no alcanzarse a comprender cómo, no obstante ser conocido […] que esa concentración en la Plaza formaba parte esencial de la manifestación y de tener que sospecharse que esa actitud hostil […] frente a aquélla era más que suficiente para producir los enfrentamientos, ni consta que se disolviera a los contramanifestantes con la debida antelación, ni que se retirara la pancarta, ni tampoco que se reforzase, o, al menos, se mantuviera en dicho punto la vigilancia de la Policía que había recibido la consigna de que aquéllos se evitaran, como evidentemente podían y debían haberse evitado» (FFJJ 6 y 7).

La Sala no afirma que, en este caso, fuera necesario recurrir a las armas para proteger a los manifestantes. Posiblemente, ello hubiera resultado desproporcionado; al menos, en un primer momento. No obstante, es fácil ver esta alternativa en el fondo del pronunciamiento. Asimismo, la Sentencia parece excluir una interpretación estricta y rigurosa del deber policial de protección de los ciudadanos, de manera que cualquier ataque del que no se les proteja constituya un incumplimiento del mismo, proponiendo otra más razonable y moderada, limitando este deber a los supuestos en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad puedan razonablemente evitar el ataque. Hay, por tanto, una evidente afinidad entre esta jurisprudencia y la estrasburguesa.

La Sentencia de 9 de junio de 1998 sigue la misma dirección. En un contexto de sequía, en un pueblo de Ciudad Real, un amplio grupo de vecinos rompe la línea eléctrica, e impide su posterior reparación, que permitía a una mercantil del lugar regar las cosechas allí plantadas, ocasionándole su pérdida. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no se enfrentaron a estos vecinos para impedir la destrucción y asegurar la reparación de la línea. La Sala señaló (FJ 5) lo siguiente:

«El retraso que se observa entre las primeras algaradas que originan la caída del tendido eléctrico (agosto de 1987) y la intervención efectiva de las fuerzas de seguridad (marzo de 1988) debe ser ponderado a la vista del carácter violento de la situación creada, de la existencia de una situación objetiva de sequía objetivamente grave y de transcendencia social innegable y de la indudable existencia de riesgo para las personas que la intervención de dichas fuerzas había de generar, pues se narra en la sentencia que los trabajadores encargados de la reparación de la línea

ISSN 2036-7821

fueron puestos en fuga en más de una ocasión por numerosas personas que hay que suponer irritadas por la situación de sequía existente en el Campo de Montiel y por el abuso que para ellas debía de significar la extracción para riego de un recurso natural indispensable para atender a otras necesidades más elementales. No parece que en esta situación pueda imputarse a anormal funcionamiento del servicio el haber procedido con prudencia en las intervenciones adecuadas al restablecimiento de la seguridad».

Éste era un asunto complejo, en el que concurrían distintas circunstancias que desactivaron el deber de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de intervenir, a pesar de existir una amenaza conocida y grave para la seguridad ciudadana. Entre ellas destacaba el daño a que daría lugar la actuación policial: un enfrenamiento de gran violencia hubiera sido más perjudicial que el daño que se pretendía neutralizar. El elemento central del razonamiento de la Sala fue la falta de proporcionalidad en sentido estricto de la intervención. Esta idea de proporcionalidad era, en puridad, una idea de oportunidad: una intervención, necesariamente armada, en ese contexto, hubiera casuado mayores daños que los que combatía, resultando, así, inoportuna. Éste es el verdadero significado del principio de oportunidad, una lectura del principio de proporcionalidad que indica a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que, cuando sus acciones vayan a provocar episodios más graves que los que puedan evitar, deben abstenerse de actuar.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por su parte, ha señalado en numerosas ocasiones que el artículo 5.2 d) LOFCS establece, para los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el «deber» de utilizar sus armas en los supuestos allí recogidos y conforme los principios que establece (SS. de 6 de noviembre de 1992, FFJJ 3 y 8; de 2 de junio de 1994, FJ 5; de 30 de septiembre de 1994, FJ 5; 421/1996, de 13 de mayo, FJ 2; 1284/1999, de 21 de septiembre, FJ 6; 1218/2004, de 2 de noviembre, FJ 6; 778/2007, de 9 de octubre, FJ 9; 26/2010, de 25 de enero, FJ 1; 153/2013, de 6 de marzo, FJ 10; y 860/2022, de 2 de noviembre, FJ 2). En esta jurisprudencia, aparece, también, el principio de oportunidad. Particularmente, la Sentencia 1284/1999, de 21 de septiembre, FJ 6, señala que «la levedad del caso […] a veces justifica la no intervención o impide la utilización de un determinado medio demasiado peligroso cuando se carece de otro de inferior lesividad o éste aparece como ineficaz». En el mismo sentido, la Sentencia 860/2022, de 2 de noviembre, FJ 2, establece que «es preciso realizar una ponderación de intereses en conflicto, una comparación de males, entre los causados por el empleo de la fuerza y los que se derivan de la pasividad policial, para así poder delimitar la actuación más acorde con el ordenamiento jurídico, pues éste se resiente tanto cuando no se actúa debiendo haberse actuado como cuando se actúa con desproporción»[28].

[28] En la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo también pueden encontrarse algunos asuntos, escasísimos, en los que miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad incurrieron en responsabilidad

5. El deber policial de usar las armas en contexto. Especial referencia a las zonas de seguridad

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia (1995) *McCann y otros c. Reino Unido* (Gran Sala), estableció que, para determinar si la fuerza potencialmente letal ejercida por el Estado era compatible con el artículo 2 CEDH, debía examinarse, no sólo si era proporcionada, sino también si la actuación fue preparada y controlada por las autoridades nacionales de manera que el recurso a la fuerza se redujera al mínimo posible (§§ 150 y 194). Esta resolución abrió una jurisprudencia que, desde entonces, ha ido desarrollándose y que actualmente se encuentra bien consolidada[29]. Así, el Tribunal puede examinar las actuaciones policiales exhaustivamente y, a fin de valorar si se ha vulnerado el derecho a la vida de las víctimas, analizar no sólo el momento puntual en el que se han usado las armas, sino todas las circunstancias en que este hecho se ha producido, su contexto. Esta doctrina se ha extendido, igualmente, a la preparación y control de las actuaciones que impliquen un uso no potencialmente letal de las armas, ex artículo 3 CEDH. Empero, los pronunciamientos son menos numerosos y completos, pues este tipo de actuaciones son, normalmente, espontáneas y más sencillas, por lo que no dan lugar a análisis tan exhaustivos. Al respecto, puede citarse la Sentencia (2020) *Castellani c. Francia*. En definitiva, impera un principio de precaución en relación con las operaciones policiales que impliquen el uso de armas[30] que lleva a que las mismas se preparen y controlen de manera que la proporcionalidad de este recurso quede garantizada, incluso en una perspectiva de largo recorrido que se retrotrae a su misma génesis. Los asuntos *McCann y otros c. Reino Unido* y *Castellani c. Francia* lo ilustran bien.

Las autoridades británicas, conocedoras de que el IRA (*Irish Republican Army*) planeaba un grave atentado en Gibraltar, organizaron una operación encomendada

penal por no proteger a un ciudadano frente a ataques de terceros. En la Sentencia de 5 de junio de 1995, se condenó a un agente por la agresión a un sujeto que acababa de ser detenido y era llevado hasta un vehículo policial para su traslado. El policía fue considerado responsable en comisión por omisión del delito no evitado. En la Sentencia 289/2010, de 30 de marzo, se conoció de la escasa intervención de un policía local ante el enfrentamiento, una mañana de año nuevo, entre unos individuos que pretendían entrar a una pista de hielo cerrada y el vigilante de seguridad de la misma, que terminó en la muerte de éste a manos de uno de aquéllos. El agente fue considerado autor de un delito del artículo 412.3 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) (CP), que castiga a la autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito o mal, se abstuviera de prestarlo.

[29] En la misma línea: SS. (1997) *Andronicou y Constantinou c. Chipre*, § 171; (1999) *Oğur c. Turquía* (Gran Sala), § 78; (2005) *Bubbins c. Reino Unido*, § 136; (2005) *Natchova y otros c. Bulgaria* (Gran Sala), § 93; (2007) *Bakan c. Turquía*, § 48; (2010) *Wasilewska y Kałucka c. Polonia*, §§ 41 y 46; (2011) *Giuliani y Gaggio c. Italia* (Gran Sala), § 249; (2011) *Finogenov y otros c. Rusia*, § 208; (2017) *Tagayeva y otros c. Rusia*, § 562; (2025) *Fraisse y otros c. Francia*, §§ 109 y 112; (2025) *Garand y otros c. Francia*, § 88; y (2025) *Almukhlas y Al-Maliki c. Grecia*, § 136.

[30] Barcelona Llop, J.: *La garantía europea del derecho a la vida…*, *op. cit.*, págs. 208 a 220; Casey-Maslen, S. y Connolly, S.: *Police Use Of Force Under International Law*, *op. cit.*, pág. 95; Skinner, S.: *Lethal Force, the Right to Life and the ECHR. Narratives of Death and Democracy*, *op. cit.*, págs. 80 a 83; y Sudre, F.: *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pág. 464.

al SAS (*Special Air Service*, unidad militar entrenada para combatir el terrorismo) para detener a los sujetos sospechosos de ir a efectuarlo (Daniel McCann, Mairead Farrell y Sean Savage) y, de este modo, evitarlo. Los agentes habían sido informados de la existencia de un coche bomba que cualquiera de estas personas podía accionar mediante un mando a distancia que podían llevar encima, de que podían hacerlo si se encontraban rodeados y de que iban armados y eran capaces de oponer resistencia a su detención. Los agentes del SAS, después de localizar un vehículo que podía ser el coche bomba esperado y a los sospechosos, se dispusieron a detenerlos. Durante la operación percibieron signos por parte de los terroristas que les llevaron a pensar que iban a hacer explotar el coche. En consecuencia, dispararon sobre ellos con la intención de matarlos, intención que se materializó en los tres. Posteriormente, se acreditó que Daniel McCann, Mairead Farrell y Sean Savage no iban armados, que no llevaban detonador alguno y que en el coche que las fuerzas británicas pensaban que había una bomba no la había. El Tribunal de Estrasburgo consideró que la ejecución de la operación no supuso una vulneración del artículo 2 CEDH por el Reino Unido. Sin embargo, sí estimó la violación de este precepto por las deficiencias en la preparación de aquélla, concretamente: por no haberse detenido a los terroristas antes de entrar en Gibraltar, lo que consideró un error estratégico; por no haberse considerado la posibilidad de que algunas de las apreciaciones en relación con el atentado pudieran ser erróneas; y por el recurso automático al uso letal de las armas, en lo que fue determinante la formación que habían recibido los agentes del SAS, entrenados para disparar a matar, y la información que se les había transmitido (S. [1995] *McCann y otros c. Reino Unido* [Gran Sala], §§ 202 a 214).

La policía de Niza, con el apoyo del GIPN (*Groupe d'Intervention de la Police Nationale*), procedió a la detención de Joseph Castellani, vinculado a un asunto de amenzas de muerte y coacción de testigos. La detención tuvo lugar en el domicilio del sospechoso, considerado peligroso, a las 6 a.m., estando presentes su pareja y su hija. En un primer momento, el sujeto opuso resistencía física a los agentes, agrediéndoles con una barra de hierro. Finalmente, fue reducido por la fuerza, sufriendo lesiones importantes. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la fuerza empleada excedió lo estrictamente necesario y que se había violado el artículo 3 CEDH, además, por la manera en que se había preparado la operación. En relación con este último aspecto, prestó una especial atención a la participación del GIPN. Al respecto, señaló que la intervención de unidades especiales, habituales en situaciones de extrema violencia o particularmente peligrosas que exigen reacciones rápidas y contundentes, puede comportar riesgos particulares de abuso de autoridad y violación de la dignidad humana, por lo que tiene que estar rodeada de garantías suficientes. En el asunto no se respetaron las garantías internas existentes. Asimismo, la justificación de la participación de la GIPN por el Estado se basó en la peligrosidad de Castellani, no acreditada más que

por las declaraciones de los policías que requirieron su intervención (S. [2020] *Castellani c. Francia*, §§ 58 a 63).

Estas ideas están íntimamente vinculadas con el deber policial de protección a los ciudadanos frente a agresiones por parte de terceros, lo que puede incluir el uso de la fuerza armada contra éstos. Y es que la preparación de las operaciones policiales puede comprender, en algunas situaciones, la adopción de medidas preventivas que eviten que se desencadenen dichas agresiones y, por tanto, el uso de las armas por la policía. Entre estas medidas, por las particularidades de las situaciones en que el uso policial de las armas resulta una actuación debida, puede destacarse la restricción del tránsito en las vías públicas. Hay un perfil de agresión que resulta relativamente predecible en el tiempo y en el espacio. Entre otras, pueden señalarse las agresiones que pueden tener lugar con ocasión del encuentro entre aficiones de clubes de fútbol rivales, la celebración de actos políticos o manifestaciones que puedan atraer a facciones radicales o grupos extremistas de signo contrario o la conmemoración de hechos o el homenaje a personas en torno a los cuales haya una alta polarización. La manera más intuitiva y eficaz de prevenirlas, sin recurrir a medidas más extremas, es restringir el acceso a esos lugares para evitar el encuentro entre potenciales víctimas y agresores.

En la medida que la restricción del tránsito en las vías públicas afecta a la libertad de circulación reconocida en el artículo 2 del Protocolo n.º 4 al CEDH, éste constituye el marco común europeo para este tipo de medidas de seguridad. El precepto, tras afirmar que «[t]oda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él» (apdo. 1), permite la restricción de este derecho cuando ello esté previsto por ley y sea necesario, «en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros» (apdo. 3). Entre estos requisitos, el más problemático, en la práctica, es el de la necesidad de la restricción en una sociedad democrática. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que una ingerencia en la libertad de circulación tiene esta consideración si responde a una «necesidad social imperiosa» y, en particular, si es proporcionada al fin perseguido y los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla resultan pertinentes y suficientes (SS. [2023] *Pagerie c. Francia*, § 193, y [2025] *Cimpaka Kapeta c. Bélgica*, § 67). En este sentido, ha afirmado que tienen que existir indicios claros de una verdadera exigencia de interés público que prevalezca sobre la libertad de ciculación del individuo (SS. [2016] *Popoviciu c. Rumanía*, § 91, y [2023] *Pagerie c. Francia*, § 194) y que la injerencia en este derecho no vaya más allá de lo necesario para conseguir el fin perseguido (S. [2006] *Bartik c. Rusia*, § 46). En todo caso, ha reconocido a las autoridades nacionales competentes un cierto margen de apreciación (SS. [2023] *Pagerie c. Francia*, § 193, y [2025] *Cimpaka Kapeta c. Bélgica*, §

67). En relación con la duración de la restricción, el Tribunal de Estrasburgo ha apuntado que la medida no puede durar más del tiempo necesario para la realización del objetivo perseguido (SS. [2021] *Timofeyev y Postupkin c. Rusia*, § 133, y [2025] *Cimpaka Kapeta c. Bélgica*, § 68) y que las autoridades nacionales no pueden prolongarla sin reexaminar periódicamente si está justificada (SS. [2014] *Battista c. Italia*, § 42, y [2023] *Pagerie c. Francia*, § 195). Asimismo, ha exigido que las medidas preventivas estén fundadas en elementos concretos y realmente reveladores de la existencia del riesgo cuya realización se dirigen a evitar (SS. [2023] *Pagerie c. Francia*, § 194, y [2025] *Cimpaka Kapeta c. Bélgica*, §§ 70 y 71). En caso de medidas preventivas individuales, deben adoptarse en base al comportamiento o los actos de la persona afectada, en una evaluación indivual y circunstanciada del riesgo considerado; evaluación que puede centrarse en los antecedentes de la persona, pero también en su pertenencia a un movimiento considerado peligroso o en su comportamiento en sociedad (SS. [2024] *Domenjoud c. Francia*, § 104, y [2025] *Cimpaka Kapeta c. Bélgica*, § 71).

Este marco europeo está alineado con el reconocimiento del derecho fundamental a la libertad de circulación en el artículo 19 CE, según el cual «[l]os españoles tienen derecho […] a circular por el territorio nacional»[31]. El Tribunal Constitucional ha afirmado que las restricciones de este derecho deben estar previstas por ley y superar el juicio de proporcionalidad a que están sometidas todas las restricciones de derechos fundamentales, que se concreta en tres requisitos o condiciones: la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (S. 169/2001, de 16 de julio, FJ 4)[32].

En este marco europeo y constitucional, la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, prevé la adopción, por la policía española, de medidas que impliquen la restricción del tránsito en las vías públicas en garantía de la seguridad

[31] El Tribunal Constitucional ha señalado que el hecho de que el artículo 19 CE no mencione expresamente a los extranjeros no significa que carezcan siempre y en todo caso del derecho a la libre circulación por el territorio español; los extranjeros pueden ser titulares de este derecho si se les reconoce en los tratados internacionales o en las leyes españolas (SS. 169/2001, de 16 de julio, FJ 4, y 72/2005, de 4 de abril, FJ 5). El artículo 5.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reconoce el derecho a la libertad de circulación por el territorio español a los extranjeros que se encuentren legalmente en España.

[32] Asimismo, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia constitucional española, aunque dista de ser clara y uniforme en este punto, tiende a exigir que las restricciones legales de derechos fundamentales persigan la salvaguardia de un interés que sea reconducible, directa o indirectamente, a un valor o bien jurídico constitucionalmente garantizado (L. Mª DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 116 a 118; con cita de las SSTC 28/1999, de 8 de marzo, y 201/1999, de 8 de noviembre).

ciudadana. El artículo 17.1 dispone que «[l]os agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y establecer zonas de seguridad en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana o de la pacífica convivencia, o cuando existan indicios racionales de que pueda producirse dicha alteración, por el tiempo imprescindible para su mantenimiento o restablecimiento». Esta norma hay que conectarla con el artículo 4.1 de la misma ley, según el cual, el ejercicio de esta potestad se rige, entre otros, por el principio de proporcionalidad y debe aplicarse del modo más favorable a la plena efectividad de los derechos fundamentales. Esta medida parece, en términos generales, conforme con los artículos 2 del Protocolo n.º 4 al CEDH y 19 CE. No obstante, hay algunos aspectos que merecen un sucinto comentario.

Primero. Los supuestos que habilitan a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a restringir el tránsito en las vías públicas son dos: la alteración de la seguridad ciudadana o de la pacífica convivencia y la existencia de indicios racionales de que pueda producirse esta alteración. En relación con el primero, vale la definición de seguridad ciudadana acuñada por el Tribunal Constitucional (apdo. 2.1), que incluye sin dificultad la pacífica convivencia. En relación con los «indicios racionales» de la alteración de la seguridad ciudadana, hay que tener en cuenta que el artículo 4.3 LOPSC señala que las actuaciones para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana previstas en los artículos 14 a 24 LOPSC deben justificarse «por la existencia de una amenaza concreta o de un comportamiento objetivamente peligroso que, razonablemente, sea susceptible de provocar un perjuicio real para la seguridad ciudadana y, en concreto, atentar contra los derechos y libertades individuales y colectivos o alterar el normal funcionamiento de las instituciones públicas». Esto es, tiene que haber indicios racionales de una «amenaza concreta […] susceptible de provocar un perjuicio real» a la seguridad ciudadana[33], no son suficientes riesgos abstractos y remotos[34]. A falta de referencias jurisprudenciales que precisen este supuesto, puede añadirse que tiene que tratarse de indicios surgidos de un proceso lógico y racional basado en criterios de experiencia a partir de datos

[33] En este sentido, M. REBOLLO PUIG aprecia una identidad entre los supuestos de hecho de los artículos 4.3 y 17.1 LOPSC (*La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana*, en M. IZQUIERDO CARRASCO y L. ALARCÓN SOTOMAYOR [dirs.], *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor [Navarra], 2019, pp. 96 y 115). En opinión del autor, el artículo 4.3 LOPSC tiene un valor hermenéutico mayor, pues permite precisar las características de los indicios racionales de la alteración de la seguridad ciudadana: la «amenaza concreta» y el «perjuicio real» para la seguridad ciudadana pueden estar implícitos en el artículo 17.1 LOPSC, pero el tenor literal del precepto es tan abierto que resulta conveniente una previsión expresa que lo concrete. J. BARCELONA LLOP también se apoya en el artículo 4.3 LOPSC para interpretar el artículo 17.1 LOPSC (*Actuaciones para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana: los principios de legalidad y de proporcionalidad*, en M. IZQUIERDO CARRASCO y L. ALARCÓN SOTOMAYOR [dirs.], *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, *op. cit.*, p. 647).

[34] M. REBOLLO PUIG, *La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana*, *op. cit.*, p. 99.

objetivos[35].

Segundo. Los supuestos anteriores están descritos en términos ciertamente vagos. La alteración de la seguridad ciudadana o de la pacífica convivencia y la existencia de indicios racionales de que pueda producirse esta alteración son fórmulas en las que cabe una amplia casuística. No obstante, ello no hace que el artículo 17.1 LOPSC vulnere *per se* la libertad de circulación. Al menos, el artículo 2 del Protocolo n.º 4 al CEDH. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido que no resultaría realista exigir al Legislador que enumerase exhaustivamente la lista de conductas que podrían justitifcar el ejercicio, por las autoridades nacionales, de sus potestades de policía (SS. [2015] *Kudrevičius y otros c. Lituania* [Gran Sala], § 113, y [2023] *Pagerie c. Francia*, § 184). La ley debe poder adaptarse a las distintas situaciones que se presenten, no puede prever todas las hipótesis posibles. En consecuencia, ha señalado, las leyes tienen que utilizar fórmulas más o menos vagas cuya interpretación y aplicación dependa de la práctica (SS. [2017] *Tommaso c. Italia* [Gran Sala], §§ 107 y 108, y [2023] *Pagerie c. Francia*, § 184). Ello resulta especialmente cierto cuando el Legislador tiene que regular *ex ante* las prerrogativas de la Administración para hacer frente a eventos de una gravedad excepcional y altamente imprevisibles y prevenir, con la mayor eficacia posible, la realización de riesgos mayores para la seguridad nacional, la seguridad pública y el orden público, garantizando así el respeto efectivo del derecho a la vida de la población (S. [2023] *Pagerie c. Francia*, § 185).

Tercero. El artículo 17.1 LOPSC habilita a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y establecer zonas de seguridad para mantener o restablecer la seguridad ciudadana.

La limitación o restricción de la circulación o permanencia en vías o lugares públicas no plantea grandes problemas interpretativos: se autoriza a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a prohibir el paso a y a ordenar la salida de vías o lugares públicos. Además, el principio de propocionalidad permite acotar esta potestad a las vías o lugares imprescindibles para mantener o restablecer la seguridad ciudadana, a aquellos en los que exista o pueda existir la amenaza para la misma.

En cambio, la determinación de las *zonas de seguridad* resulta más problemática, pues la Ley no define este término. El tenor literal del artículo 17.1 LOPSC da pie a pensar que se trata de una medida que supone algo más que la limitación o restricción de la circulación o permanencia en vías o lugares públicas[36]. En caso contrario, la

[35] J. BARCELONA LLOP, *Actuaciones para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana…*, *op. cit.*, pp. 646 y 647, y J. I. CUBERO MARCOS, *Restricción del tránsito, controles y registros en las vías públicas*, en I. LASAGABASTER HERRARTE, Mª N. ARRESE IRIONDO y J. I. CUBERO MARCOS (coords.), *Seguridad ciudadana y derechos fundamentales*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 156.

[36] En otro sentido, J. I. CUBERO MARCOS ha definido las zonas de seguridad en un doble sentido, negativo y positivo. Por un lado, ha señalado que las zonas de seguridad son espacios o lugares delimitados para impedir que las personas se aproximen a lugares determinados a causa de incidentes previos allí originados que

referencia a la misma sería redundante. No obstante, estas restricciones adicionales que podrían comportar las zonas de seguridad deben determinarse con la mayor cautela, pues en la medida en que afecten a derechos fundamentales tienen que estar previstas por ley. En consecuencia, las zonas de seguridad deben planetarse como espacios en los que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad puede limitar o restingir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y, en su caso, adoptar las demás medidas previstas en la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana que puedan resultar procedentes en función de las circunstancias. No parece aceptable una interpretación extensiva del término que lo lleve más allá. Ello vulneraría la libertad de circulación. El Tribunal de Estrasburgo exige que la ley que prevea la restricción de este derecho sea previsible, lo que implica que el contenido de las medidas preventivas que puedan adoptarse esté definido con la suficiente precisión y claridad (S. [2017] *Tommaso c. Italia* [Gran Sala], § 125). En la misma línea, si bien con menor precisión y contundencia, Tribunal Constitucional ha advertido de que la reserva de ley constituye el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y conlleva exigencias respecto del contenido de la ley que implican que el Legislador ha de hacer el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica o, dicho de otro modo, la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del Poder en aplicación del Derecho (SS. 49/1999, de 5 de abril, FJ 4; 70/2022, de 3 de abril, FJ 10; y 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5).

Cuarto. Las medidas previstas en el artículo 17.1 LOPSC pueden ser generales o individuales, dirigidas contra una persona o grupo de personas determinadas. En todo caso, su adopción debe responder a conductas o hechos perturbadores o peligrosos; no cabe la adopción de medidas preventivas basadas en las características personales de los sujetos que sean objeto de las mismas, como la apariencia física, la vestimenta o la pertenencia a un colectivo minoritario (v. g. religioso, racial o étnico). Así se despredende de la descripción de los supuestos de hecho del artículo 17.1 LOPSC: alteraciones de la seguridad ciudadana e indicios racionales de estos hechos. También el artículo 4.3 LOPSC es bastante claro al respecto al hablar de amenazas concretas o comportamientos objetivamente peligrosos[37]. En este aspecto, la ley española resulta más garantista que la jurisprudencia estrasburguesa, que acepta medidas preventivas individuales fundamentadas en los antecedentes de la persona objeto de las mismas, en su pertenencia a un movimiento considerado peligroso o en

amenacen su vida o integridad física (v. gr. incendios, avisos de bomba o situaciones violentas que amenacen de forma inminente a la seguridad ciudadana). Por otro lado, ha indicado que las zonas de seguridad también pueden ser recintos habilitados y delimitados para velar por la seguridad de las personas que se trasladen a ellas (si bien en este caso parece que no se vería restringida la libertad de circulación de estas personas). En ambos supuestos, las zonas de seguridad podrían encontrarse en el dominio público o afectar a ámbitos de titularidad privada (*Restricción del tránsito, controles y registros en las vías públicas*, *op. cit.*, pp. 152 y 153).

[37] M. REBOLLO PUIG, *La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana*, *op. cit.*, p. 102.

su comportamiento en sociedad. Ello parece remitir a una legislación administrativa de policía de autores, no de hechos.

La ley española se aleja también del decreto-legge italiano de 20 de febrero de 2017, n.º 14 (convertido en ley de 18 de abril de 2017, n.º 48). El reciente decreto-legge de 24 de febrero de 2026, n.º 23 (convertido en ley de 24 de abril de 2026, n.º 54), ha modificado los artículos 9 y 10 del primero para introducir las *zone a vigilanza rafforzata* o *zone rosse*. Esta nueva normativa permite al prefecto designar zonas urbanas específicas, caracterizadas por episodios graves o reiterados de delincuencia o ilegalidad, en las que se ordenará el alejamiento de las personas denunciadas en los últimos 5 años por una serie de delitos allí indicados (v. gr. delitos contra la persona o el patrimonio, tráfico de drogas o posesión de armas) y que mantengan, en las mismas, comportamientos violentos, amenazantes o persistentemente molestos que impidan su libre y pleno disfrute y determinen una situación de peligro real para la seguridad. La vigencia de estas órdenes cesará a las 48 horas desde la constatación de los hechos (arts. 9.3 bis y 10.1). El acierto de esta medida resulta dudoso, pues no resulta fácil de comprender por qué el alejamiento de las zonas indicadas se limita a las personas que hayan sido denunciadas en los 5 años anteriores por determinados delitos. La realización de comportamientos que determinen una situación de peligro real para la seguridad puede justificar *per se* una medida de este tipo, si es *necesaria en una sociedad democrática*, incluso cuando no haya mediado denuncia previa contra los autores por otros hechos. Además, la circunstancia de haber sido denunciado, sin necesidad de haber sido condenado, no parece un indicio de peligro real para la seguridad suficientemente cualificado para justificar la restricción de la libertad de circulación. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido medidas preventivas contra personas que todavía no habían sido condenadas, si bien para la prevención de delitos y tratándose de sujetos sospechos de pertenecer a la Mafia (SS. [1994] *Raimondo c. Italia*, § 39, y [2000] *Labita c. Italia* [Gran Sala], § 195). En definitiva, el decreto-legge italiano de 2017 parece haberse convertido en una legislación de hechos *y* de autores.

Quinto. La limitación o restricción de la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y el establecimiento de zonas de seguridad puede acordarse «por el tiempo imprescindible» para mantener o restablecer la seguridad ciudadana. Esta limitación presenta una gran importancia. El Tribunal de Estrasburgo tiene muy en cuenta la duración de las restricciones a la libertad de circulación al valorar la proporcionalidad de las mismas (SS. [2011] *Diamante y Pelliccioni c. San Marino*, § 210, y [2023] *Pagerie c. Francia*, § 195). Incluso, ha señalado que el mantenimiento automático de una restricción, inicialmente justificada, durante un largo periodo de tiempo puede hacer que la medida devenga desproporcionada (SS. [2011] *Makedonski c. Bulgaria*, § 45, y [2014] *Battista c. Italia*, § 41).

En este aspecto, la normativa española también se aleja de la italiana. El alejamiento

de las *zone rosse* se ordena por una duración fija y determinada, 48 horas, desvinculada de cómo evoluciona la seguridad en la zona. Esta restricción, de corta duración, parece pretender reducir el número medio de personas de un determinado perfil social y patrón de comportamientos antosociales en zonas especialmente castigadas por la delincuencia. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene reconociendo que, en caso de restricciones suficientemente justificadas, su corta duración favorece fuertemente que se consideren respetuosas con el artículo 2 del Protocolo n.º 4 al CEDH (SS. [2011] *Diamante y Pelliccioni c. San Marino*, § 214, y [2016] *Popoviciu c. Rumanía*, § 97). En particular, ha admitido la prohibición de entrar en una zona determinada de Génova, con ocasión de una reunión del G8, por una duración de 5 días (Decisión [2008] *Bigliazzi y otros c. Italia*).

Sexto. Las restricciones a la libertad de circulación adoptadas deben ser proporcionadas. Ello supone aplicar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, según los cuales, estas medidas han de ser necesarias y ponderadas, esto es, han de derivarse más beneficios para el interés público o general que perjuicios sobre la libertad de circulación y los demás bienes en conflicto.

Esta ponderación puede resultar especialmente compleja cuando la actuación policial pueda afectar a otros derechos fundamentales que la libertad de circulación. Así puede ocurrir cuando las medidas impidan a un comerciante acceder y abrir su negocio (libertad de empresa, art. 38 CE), a un trabajador ejercer como piquete informativo (derecho de huelga, art. 28 CE) o a un grupo de ciudadanos realizar una contramanifestación. Este último supuesto merece una sucinta referencia.

Las reuniones que se celebren en lugares de tránsito público, por su propia naturaleza de cauce de expresión del pluralismo político y social, es fácil que despierten el rechazo de grupos sociales opuestos a aquellos que organizan y participan en las mismas. Este rechazo, en ocasiones, puede llegar a traducirse en acciones dirigidas a impedir que dichas concentraciones tengan lugar o se desarrollen libremente y que supongan un riesgo grave para la seguridad ciudadana. En estos supuestos, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad están llamadas a hacerlas frente. La celebración y el desarrollo de concentraciones en lugares de tránsito público está protegida frente a ingerencias de particulares por el derecho de reunión (arts. 11 CEDH y 21 CE). El Tribunal de Estrasburgo ha señalado que las autoridades nacionales tienen el deber de tomar las medidas necesarias a fin de garantizar el buen desarrollo de toda reunión legal y la seguridad de todos los ciudadanos (SS. [2006] *Oya Ataman c. Turquía*, § 35, y [2013] *Gün y otros c. Turquía*, § 69). Es una obligación que no tiene carácter absoluto y para cuyo cumplimiento disponen de un amplio margen de elección de los métodos a emplear; de medios y no de resultado (SS. [1988] *Plataforma «Ärzte für das Leben» c. Austria*, § 34; [2009] *Protopapa c. Turquía*, § 108; [2011] *Giuliani y Gaggio c. Italia* [Gran Sala], § 251; y [2015] *Kudrevičius y otros c.*

Lituania [Gran Sala], § 159).

La celebración de reuniones en lugares de tránsito público es, por tanto, un ámbito en el que el deber de protección policial parece especialmente importante. Así se refleja en nuestro ordenamiento jurídico. Además de la previsión general del artículo 5.2 d) LOFCS, la protección de las reuniones en lugares de tránsito público está recogida, en los artículos 3.2 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, según el cual «[l]a autoridad gubernativa protegerá las reuniones y manifestaciones frente a quienes trataren de impedir, perturbar o menoscabar el lícito ejercicio de este derecho», y 23.1 LOPSC, que establece que las autoridades competentes en materia de seguridad ciudadana «adoptarán las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones y manifestaciones, impidiendo que se perturbe la seguridad ciudadana». Este deber puede traducirse en el uso de las armas contra los oponentes, pero antes de llegar a ese extremo, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán adoptar medidas preventivas más moderadas. En concreto, este contexto parece especialmente adecuado para la adopción de medidas de restricción de la libertad de circulación del artículo 17.1 LOPSC. Y es que la primera medida preventiva a tomar parece lógico que sea la de evitar el acceso a la reunión por los grupos que pretendan boicotearla. Este boicot puede ser violento, pero también puede ser pacífico: una contrareunión amparada, igualmente, en los artículos 11 CEDH y 21 CE. En estos casos, el Tribunal de Estrasburgo, si bien ha reconocido que el derecho de contrareunión no puede llegar a inhibir el ejercicio del derecho de reunión (S. [1988] *Plataforma «Ärzte für das Leben» c. Austria*, § 32), ha señalado que las autoridades tienen que proteger el derecho de reunión de los miembros de ambos grupos y aplicar las medidas menos restrictivas que permitan que ambas concentraciones tengan lugar (S. [2012] *Fáber c. Hungría*, §§ 40 y 43).

En consecuencia, la adopción de medidas de limitación o restricción de la circulación o permanencia en vías o lugares públicos, para proteger una reunión en un lugar de tránsito público frente a sus oponentes puede plantear el díficil equilibrio entre varios derechos fundamentales: por un lado, el derecho de reunión de los participantes e, incluso, su derecho a la integridad personal; y, por otro lado, la libertad de circulación y, fundamentalmente, el derecho de contrarreunión de los oponentes.

6. La responsabilidad patrimonial de la Administración pública por el no uso (debido) de las armas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

El incumplimiento del deber de protección por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en particular, su manifestación armada, puede tener importantes consecuencias jurídicas. Los agentes pueden incurrir en responsabilidad penal y disciplinaria. Además, las víctimas pueden reclamar la reparación de los daños sufridos. Estas responsabilidades están enmarcadas en el artículo 5.6 LOFCS, que declara que los

miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad «[s]on responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional llevaren a cabo, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios enunciados [en los apartados anteriores de este precepto], sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder a las Administraciones Públicas por las mismas».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la indemnización, a las víctimas, de los daños materiales y morales sufridos a consecuencia del uso indebido de las armas por los agentes de policía, como una obligación de los Estados derivada del derecho a la vida y a la integridad personal[38]. Esta indemnización, ha señalado, debe ser posible y estar incluida en la reparación que corresponde a tales víctimas por las violaciones de estos derechos (SS. [2009] *Iribarren Pinillos c. España*, § 52; [2011] *Asociación «21 Décembre 1989» y otros c. Rumanía*, § 144; [2015] *Cestaro c. Italia*, §§ 212 y 230; [2020] *Andreea-Marusia Dumitru c. Rumanía*, § 124; [2021] *Shmorgunov y otros c. Ucrania*, § 336; y [2021] *López Martínez c. España*, §§ 34 y 42). En el asunto *López Martínez c. España*, habla, más precisamente, del deber de conceder una indemnización o, al menos, de la posibilidad de solicitarla y obtenerla. Empero, no exige un modelo concreto y exclusivo para articular las indemnizaciones. Al contrario, ha mostrado su conformidad con vías tan diferentes como una acción de responsabilidad civil derivada de delito imbricada en el proceso penal contra el Estado y los crimalmente responsables (solidariamente) (S. [2015] *Cestaro c. Italia*, §§ 229 a 235) o una solicitud de responsabilidad patrimonial a la Administración pública (SS. [2009] *Iribarren Pinillos c. España*, §§ 51 a 57, y [2021] *López Martínez c. España*, §§ 34 a 45). Tampoco exige un régimen de responsabilidad patrimonial de las

[38] En el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la noción de víctima debe ser interpretada de manera autónoma (SSTEDH [2005] *Ceyhan Demir y otros c. Turquía*, § 83; [2015] *Lambert y otros c. Francia* [Gran Sala], § 89; y [2020] *Kotilainen y otros c. Finlandia*, § 51). Tal y como ha sido perfilada, resulta notablemente amplia, considerándose tal a quien esté concernido personalmente por la violación que se denuncia (SSTEDH [2005] *Ceyhan Demir y otros c. Turquía*, § 83, y [2011] *Asociación «21 Décembre 1989» y otros c. Rumanía*, § 183). Según lo estrecho del vínculo entre la víctima y la violación, se puede distinguir entre víctimas directas e indirectas (SSTEDH [2015] *Identoba y otros c. Georgia*, § 43, y [2018] *Burlya y otros c. Ucrania*, § 82). Tienen la condición de víctimas directas las personas que han sido directamente afectadas por la actuación de las autoridades estatales que se reputa contraria al Convenio (SSTEDH [2000] *İlhan c. Turquía* [Gran Sala], § 52; [2014] *Centro de Recursos Legales a nombre de Valentin Câmpeanu c. Rumanía* [Gran Sala], § 96; y [2015] *Lambert y otros c. Francia* [Gran Sala], § 89). Se consideran víctimas indirectas las personas que han sufrido un daño a causa de la violación de los derechos de otra persona (víctima directa) o que tienen un interés personal válido en que se ponga fin a dicha violación (STEDH [2015] *Identoba y otros c. Georgia*, § 43). En relación con la fuerza armada policial, en caso de muerte de la víctima directa, tienen la consideración de víctimas indirectas, las personas de su círculo familiar más próximo, como el cónyuge o persona con la que tenga *de facto* una relación marital, los hijos, los padres, los hermanos o los sobrinos (SSTEDH [1998] *Yaşa c. Turquía*, § 66; [2005] *Ceyhan Demir y otros c. Turquía*, §§ 84 y 85; [2011] *Finogenov y otros c. Rusia*, § 205; [2012] *Van Colle c. Reino Unido*, § 86; [2014] *Guerdner y otros c. Francia*, § 52; y [2020] *Kotilainen y otros c. Finlandia*, §§ 51 y 52). Si la víctima directa no ha fallecido, será ésta quien tenga la consideración de víctima, no sus parientes, ni como víctimas indirectas (SSTEDH [2011] *Finogenov y otros c. Rusia*, § 204, y [2017] *Fergec c. Croacia*, § 18).

autoridades nacionales de carácter objetivo, siendo respetuosos con el Convenio Europeo de Derechos Humanos aquellos basados en el dolo o la culpa (S. [2002] *Mastromatteo c. Italia* [Gran Sala], § 95). Esta jurisprudencia resulta de aplicación a las acciones, pero, también, a las omisiones policiales. El Tribunal de Estrasburgo ha llevado esta doctrina *mutatis mutandis* hasta los actos criminales sufridos por los ciudadanos a manos de otros particulares y que las autoridades nacionales debían impedir (S. [2002] *Mastromatteo c. Italia* [Gran Sala], §§ 88 a 96); lo que es aplicable, como aspecto concreto de esta obligación, al deber de los policías de usar las armas en protección de las víctimas.

Estas garantías se articulan, en el ordenamiento jurídico español, a través de una doble vía. Las víctimas pueden reclamar la indemnización procedente en el proceso penal en que, en su caso, se ventile la responsabilidad penal de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (responsabilidad civil derivada de delito, arts. 109 a 122, 125 y 126 CP) o ante la Administración pública correspondiente (responsabilidad patrimonial de la Administración pública). En el primer caso, el agente responderá en primer lugar y, subsidiariamente, lo hará la Administración (art. 121 CP). En el segundo, responderá directa y únicamente ésta[39].

La responsabilidad patrimonial de la Administración pública está prevista en los artículos 106.2 CE y 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), y articualada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas[40]. Esta vía puede ser alternativa a la penal, en caso de que no se incoe un proceso de esta naturaleza o, incoándose, los perjudicados se reserven las acciones civiles (arts. 109 CP y 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882), o consecutiva, si se inicia un proceso penal, los perjudicados no se reservan las acciones civiles *ex delicto*, pero no se realiza un pronunciamiento condenatorio en materia de responsabilidad civil porque falten los presupuestos penales para ello (v. gr. no haberse podido identificar al autor de los hechos o haber concurrido una causa de justificación).

El artículo 32.1 LRJSP establece el derecho de los particulares a ser indemnizados por

[39] En la obra del autor, *El uso no letal y el no uso de las armas por los agentes de policía*, *op. cit.*, pp. 260 a 283, se contiene un estudio completo de la tutela patrimonial de las víctimas ante el no uso debido de las armas por las fuerzas policiales. Asimismo, en *El uso potencialmente letal de las armas por las fuerzas de policía*, *op. cit.*, pp. 423 a 428, el autor analiza las relaciones ambas vías. Entre la escasa literatura que analiza estos supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, cabe destacar la monografía de V. TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, *Responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de seguridad ciudadana*, *op. cit.*, pp. 208 a 220.

[40] Los artículos 32 a 37 LRJSP no establecen el catálogo de personas con derecho a ser indemnizadas por el funcionamiento de la Administración pública. Lo tendrán todos aquellos que hayan sufrido una lesión en sus bienes y derechos. Ello incluye a la persona objeto de la actuación administrativa, pero, también, a otras personas de su círculo. La legislación administrativa se alinea, así, con la noción de víctima a efectos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las obligaciones indeminizatorias deducidas por el Tribunal de Estrasburgo.

las Administraciones públicas de las lesiones que sufran en sus bienes y derechos siempre que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. Esta segunda excepción se repite en el artículo 34.1 LRJSP. Así, se establece un sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración pública basado en dos grandes títulos de imputación de daños: el funcionamiento anormal y el funcionamiento normal. No obstante, en esta dicotomía, ambos elementos no se encuentran en igualdad. A pesar del tenor literal del artículo 32.1 LRJSP, el funcionamiento anormal de la Administración pública está reconocido como el título fundamental, reservándose la responsabilidad por funcionamiento normal a supuestos acotados y excepcionales[41].

La determinación de la normalidad o anormalidad del funcionamiento de la Administración pública se realiza en función de las normas de diligencia que se establezcan para ésta. En el caso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el uso de las armas por sus miembros, habrá que estar a las normas jurídicas nacionales e internacionales aplicables y a las instrucciones que, en su caso, las concreten[42]. La práctica del Tribunal Supremo es la de valorar la conducta policial atendiendo al artículo 5.2 d) LOFCS, aunque no siempre haga referencia expresa al mismo.

La Sentencia de 28 de octubre de 1986 de la Sala de lo C.-a. del Tribunal Supremo constituye la mejor referencia en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración pública por el funcionamiento anormal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en lo que a la protección de los ciudadanos se refiere (vid. apdo. 4.2). En ella puede leerse lo siguiente:

«5. [P]ara concluir [que la consecuencia lesiva se produjo por la prestación del servicio público] tan decisivo es que el servicio se hubiera prestado como que no se prestara cuando debía serlo adoptando, con la debida eficacia, las medidas correspondientes a su específico objeto, porque, tratándose de una responsabilidad puramente objetiva de la Administración, igual trascendencia tiene la simple omisión en la prestación del servicio que el acto de efectiva prestación, por integrantes ambos de un normal o anormal funcionamiento a tal punto que […] es "inoperante tener en cuenta quién fuera el autor material de los daños y perjuicios" cuando lo cierto es que los mismos "tuvieron su origen en la pasividad administrativa" del titular del

[41] O. MIR PUIGPELAT, *La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración*, *Revista de Administración Pública*, 2020, 213, pp. 32 a 36.

[42] O. MIR PUIGPELAT señala que el nivel de funcionamiento que cabe esperar de la Administración pública en sus distintos sectores de intervención debe medirse por los estándares que el Legislador puede (y debe) elaborar y que la Administración pública ha de poder concretar en el ejercicio de su potestad reglamentaria y de autoorganización (reglamentos, protocolos médicos y policiales, cartas de servicios, circulares internas, etcétera) (*La garantía constitucional de la responsabilidad…*, *op. cit.*, p. 45, y *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Edisofer-B de f, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2012, pp. 225 a 252). Igualmente, J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Sistema de fuentes del Derecho Administrativo*. *La dirección de la Administración a través del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 161.

servicio público, con tal de que medie "una causalidad próxima o una causalidad razonablemente previsible", de suerte que […] ha de responder la Administración cuando se aprecie "una falta de servicio", todo ello porque "la acción de la Administración Pública ha de estar siempre regida por criterios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad" […], factores todos ellos integrantes de una total adecuación y eficacia del servicio que se presta.

[…] 7. [A]unque la función represiva encomendada a la Fuerza Pública se hubiera producido con la eficacia que en […] [el informe policial] se explicaba, no ocurrió lo propio con aquélla otra de carácter preventivo que […] se le había ordenado realizar, que debió practicarse oportuna y eficazmente […], por lo que, en puridad, el resultado lesivo no derivó de la conducta de los alborotadores sino de la de quienes, llamados a impedir con su oportuna intervención que el designio de aquéllos se consumara, se limitaron a adoptar una actitud puramente pasiva sin la que el daño en cuestión no se habría producido».

En el mismo sentido, la Sentencia de 9 de junio de 1998, FFJJ 4 y 5, si bien en ella se consideró que había habido un funcionamiento normal del servicio público y se concluyó que no había lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración pública por falta de nexo causal entra la omisión administrativa y el daño producido (vid. apdo. 4.2).

Asimismo, fuera de la problemática de la coacción armada, resulta particularmente clara, en relación con la relación de causalidad en los comportamientos omisivos policiales, la Sentencia de 31 de marzo de 2009. En ella se conoce de un robo con fuerza en una joyería en el que el Cuerpo Nacional de Policía no intervino impidiendo su consumación. La Sala consideró que no había responsabilidad patrimonial de la Administración pública porque el cuerpo ni tuvo conocimiento de los hechos a tiempo de impedirlo ni concurrían elementos fácticos por los cuales debía razonablemente tenerlo. En el FJ 3 se explica que:

«[L]a relación de causalidad no opera del mismo modo en el supuesto de comportamiento activo que en el supuesto de comportamiento omisivo. Tratándose de una acción de la Administración, basta que la lesión sea lógicamente consecuencia de aquélla […]. [T]ratándose de una omisión de la Administración, no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación de causalidad: si así fuera, toda lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada por evitarla sería imputable a la propia Administración. […] [E]n el supuesto de comportamiento omisivo, no basta que la intervención de la Administración hubiera impedido la lesión, pues esto conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración; y ese dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar.

[…] [L]a Policía Nacional tiene un deber jurídico de hacer lo posible por evitar la comisión de delitos. Pero ese deber jurídico sólo se concreta y se hace efectivo cuando la Policía Nacional tiene noticia de que se está produciendo un hecho delictivo».

Estas sentencias permiten apreciar la tendencia advertida de excluir la responsabilidad de la Administración en los casos de funcionamiento normal, en este caso, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Incluso, la Sentencia de 9 de junio de 1998, FJ 4, afirma que «[e]n los casos de inactividad o pasividad de la Administración la existencia de responsabilidad patrimonial está vinculada normalmente […] al funcionamiento anormal del servicio o actividad administrativa, cifrado en la inactividad, pasividad o insuficiente eficacia en relación con los estándares normales y exigibles de rendimiento». Otra cosa convertiría a la Administración pública en una aseguradora universal frente al crimen.

El sujeto responsable patrimonialmente de la acción u omisión policial es la Administración pública en que se integre el cuerpo correspondiente (art. 32.1 LRJSP). El lesionado no podrá exigir al agente indemnización alguna (art. 36.1 LRJSP), sin perjuicio de que la Administración a la que éste perteneza, cuando haya indemnizado a aquél, deba exigirle de oficio, en vía administrativa, la responsabilidad en que hubiera incurrido por dolo o culpa o negligencia graves (art. 36.2 LRJSP). En el ejercicio de la acción de regreso, tanto para la exigencia de responsabilidad como para su cuantificación, se ponderarán, entre otros criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del agente y su relación con la producción del resultado dañoso (art. 36.2 LRJSP). Esta previsión resulta muy oportuna, pues traslada el peso indemnizatorio de la comunidad al autor del hecho lesivo sin dejar al perjudicado desamparado ante una eventual insolvencia de éste. Además, la flexibilidad con la que está configurada permite ajustar la carga trasladada a las circunstancias concretas del caso. A pesar de ello, la realidad es que, en la práctica administrativa, esta acción de repetición nunca se ejerce. La carga indemnizatoria es siempre asumida, en su integridad, por el erario público.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Amministrazione algoritmica: l'accesso al codice sorgente dal punto di vista del diritto spagnolo

di Federica Costagliola

(Profesora Ayudante Doctora, Universidad de Cantabria)

Sommario

1. Il processo di digitalizzazione dell'attività amministrativa e l'"amministrazione algoritmica": approccio generale e problematica dogmatica.- 1.1. Il fallimento del modello burocratico formale e la nascita dell'amministrazione 4.0.- 1.2. La definizione dei limiti dell'automazione nell'esercizio dei poteri amministrativi.- 1.3. La subordinazione della tecnica allo statuto delle garanzie del cittadino: la prospettiva analitica.- 2. Il quadro normativo dell'agire amministrativo automatizzato nel diritto spagnolo.- 2.1. L'articolo 41 della legge 40/2015: concettualizzazione e presupposti della decisione automatizzata in spagna.- 2.2. L'attribuzione delle competenze e la responsabilità amministrativa dell'organo programmatore.- 2.3. Gli obblighi di revisione tecnica del codice sorgente rispetto al modello dell'open source commerciale.- 3. Il principio di motivazione dell'atto amministrativo di fronte all'opacità delle "scatole nere": il codice sorgente come oggetto di controllo.- 3.1. La tensione tra il dovere di motivazione di cui all'articolo 35 della legge 39/2015 e l'inescrutabilità computazionale.- 3.2. Configurazione giuridica del codice sorgente: dal segreto commerciale alla condizione di elemento essenziale del procedimento.- 4. L'accoglienza giurisprudenziale della trasparenza algoritmica: il caso del programma bosco e la dottrina della corte suprema spagnola.- 4.1. Genesi del conflitto: il percorso amministrativo e giudiziario dell'applicazione bosco.- 4.2. La svolta dottrinale: l'inapplicabilità della proprietà intellettuale e della sicurezza pubblica agli algoritmi statali.- 4.3. La proclamazione dello standard della "motivazione parametrizzata" e la sua rilevanza processuale.- 5. Il quadro normativo dell'unione europea: il regolamento sull'intelligenza artificiale (regolamento (ue) 2024/1689) e il suo approccio asimmetrico basato sul rischio.- 5.1. L'approccio basato sul rischio come asse del modello europeo di governance tecnica.- 5.2. I sistemi algoritmici pubblici ad alto rischio: l'impatto sulle prestazioni sociali e sulla sicurezza dei cittadini.- 5.3. Il diritto alla spiegazione e la tensione procedurale con il segreto commerciale e industriale.- 6. Il contributo della giurisprudenza amministrativa italiana alla trasparenza algoritmica.- 6.1. L'algoritmo come atto amministrativo informatico nella dottrina della giustizia amministrativa italiana.- 6.2. I pilastri della trasparenza algoritmica: *conoscibilità* e *comprensibilità* di fronte alla tutela giurisdizionale effettiva. - 6.3. Convergenze normative tra europa e spagna: il principio di trasparenza fin dalla progettazione di fronte al segreto commerciale. - 7. Conclusioni e proposte di lege ferenda per una codifica che garantisca la procedura algoritmica.

Abstract

This paper analyzes judicial control of automated administrative decisions in Spain and Italy under the EU AI Act. It examines source code access as an essential procedural element and a key part of the duty to provide reasons. Through a study of the Spanish BOSCO case ruling, it argues that algorithmic opacity violates effective judicial protection, proposing "transparency by design" to submit digital power to the rule of law.

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

1. Il processo di digitalizzazione dell'attività amministrativa e l'"amministrazione algoritmica": approccio generale e problematica dogmatica.

1.1 Il fallimento del modello burocratico formale e la nascita dell'Amministrazione 4.0.

La progressiva implementazione di sistemi di intelligenza artificiale e di strumenti basati sull'elaborazione automatizzata dei dati per l'adozione di provvedimenti con effetti giuridici onerosi o benefici nei confronti dei cittadini costituisce una delle trasformazioni più profonde conosciute dal diritto pubblico continentale negli ultimi decenni[1] . Il fenomeno, uniformemente classificato dalla dottrina specializzata in diritto pubblico come l'emergere dell' «Amministrazione 4.0» o della governance algoritmica, va ben oltre la mera incorporazione di supporti di natura strumentale orientati alla semplificazione procedurale o alla riduzione degli oneri amministrativi degli uffici pubblici[2]. Non stiamo assistendo ad una semplice trasformazione dei canali tradizionali, quanto piuttosto ad un cambiamento di natura qualitativa e strutturale che altera radicalmente le basi teoriche su cui si fonda la formazione della volontà unilaterale del potere pubblico, nonché la presunzione di validità delle sue manifestazioni giuridiche.

Nel modello classico dell'organizzazione burocratica, la validità dell'atto amministrativo dipende da un processo strettamente intellettivo, volitivo e valutativo svolto da un funzionario pubblico, che, soggetto ai principi di imparzialità e obiettività, svolge un lavoro di riconduzione della realtà fattuale al presupposto astratto previsto dalla norma. Tale iter, come è noto, è soggetto a una serie di garanzie formali e materiali prestabilite in modo rigido dal legislatore ordinario.

[1] 2 S. DE LA SIERRA MORÓN, *L'impatto dell'intelligenza artificiale sul diritto amministrativo*. 2025 Cizur Menor: Aranzadi. L'autrice approfondisce il cambiamento di paradigma che comporta la sostituzione delle strutture burocratiche classiche con sistemi di supporto automatizzato. Sostiene che l'IA non possa essere analizzata come un mero strumento strumentale o di snellimento procedurale, ma come una forza trasformatrice che ridefinisce le fonti del Diritto Amministrativo, costringendo a riconfigurare concetti fondamentali quali l'invalidità degli atti, lo sviamento di potere e lo stesso controllo di legalità pretoriano di fronte alla graduale scomparsa del fattore umano nelle fasi istruttorie e decisionali.

[2] A questo proposito, è fondamentale fare riferimento allo studio di I. MARTÍN DELGADO, «Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada», Revista de Administración Pública, 2009, n. 180, pp. 353-386. L'autore delinea i presupposti dogmatici dell'automazione procedurale prima dell'avvento dei modelli di intelligenza artificiale generativa, analizzando la scomparsa della figura del funzionario istruttore umano e come le garanzie del procedimento ordinario debbano essere modulate per evitare che il software funga da muro di opacità nei confronti del cittadino. A questo proposito è interessante anche A. CERRILLO I MARTÍNEZ, «L'impatto dell'intelligenza artificiale nella Pubblica Amministrazione», *Revista General de Derecho Administrativo*, 2019, n. 50. L'autore offre una delle visioni generali più complete sul passaggio dai tradizionali sistemi elettronici informativi di gestione procedurale di massa alle tecnologie che incorporano l'apprendimento automatico. Sottolinea l'inevitabile necessità che la digitalizzazione strutturale mantenga il rispetto dei principi costituzionali inderogabili quali l'obiettività, il divieto di arbitrarietà dei poteri pubblici e la piena sottomissione alla legge, mettendo in guardia dal fatto che la cieca ricerca dell'efficienza economica e informatica non può legittimare l'opacità nel processo decisionale con impatto nei confronti del cittadino.

L'automazione procedurale contemporanea, al contrario, altera alla radice questo schema relazionale, sottraendo il fattore umano dalla fase decisionale e delegando ad applicazioni informatiche avanzate o a sistemi software predittivi la capacità di sussumere singoli casi di fatto nel presupposto normativo e di dedurne, in modo interamente meccanizzato e autonomo, la corrispondente conseguenza giuridica[3].
Questa spersonalizzazione dell'agire amministrativo genera tensioni che si inseriscono in modo piuttosto difficoltoso nelle categorie tradizionali del Diritto Amministrativo, specialmente se analizzate dalla prospettiva dell'ordinamento giuridico spagnolo, il cui parametro di costituzionalità obbliga a sottoporre l'agire delle Amministrazioni Pubbliche alle esigenze di obiettività, efficacia e pieno rispetto della legge e del Diritto.
La promessa tecnologica di una maggiore rapidità, la drastica riduzione dei tempi di attesa procedurali e un'astratta omogeneità e imparzialità matematica nel trattamento dei cittadini sono spesso addotte ripetutamente dai gestori pubblici come principali argomenti di legittimazione per accelerare questa transizione digitale forzata.
Tuttavia, l'esperienza pratica e la revisione critica della dottrina dimostrano che la sottomissione dell'attività amministrativa a criteri rigorosamente codificati secondo una logica binaria comporta il rischio latente di sfociare in una svalutazione occulta dello statuto delle garanzie dei cittadini. La legittima aspirazione a un'amministrazione più agile ed efficace si trasforma così in uno scenario indesiderabile di impenetrabilità tecnica che pretende di erigersi a baluardo invulnerabile ai normali meccanismi di controllo e di impugnazione in sede giudiziaria.

1.2 La delimitazione dei limiti dell'automazione nell'esercizio dei poteri amministrativi

Il dibattito dottrinale assume particolare rilevanza quando l'automazione abbandona il terreno pacifico dei poteri rigidamente regolamentati — dove il programma informatico si limita a eseguire un sillogismo logico elementare in cui vengono verificate
automaticamente condizioni numeriche prestabilite — e irrompe con forza nel complesso ambito dell'esercizio dei poteri discrezionali o nell'applicazione concreta di concetti giuridici indeterminati. In questi casi di maggiore complessità interpretativa, il lavoro di chi applica il diritto non è meramente meccanico né di corrispondenza univoca, ma richiede una delicata ponderazione degli interessi pubblici e privati in gioco, una valutazione ponderata delle circostanze del caso e la scelta della soluzione ottimale tra una pluralità di alternative giuridicamente valide.

[3] Cfr. I. Martín Delgado, Naturaleza, concepto… cit.

La traduzione di queste complesse operazioni di valutazione qualitativa in un linguaggio di programmazione strettamente matematico solleva l'interrogativo se un algoritmo sia materialmente in grado di riprodurre il discernimento valutativo richiesto dall'ordinamento al funzionario competente o se, al contrario, la parametrizzazione informatica snaturi l'essenza stessa del potere discrezionale[4] , cristallizzando i criteri decisionali nella rigidità del codice e privando il cittadino del suo legittimo diritto a ottenere una valutazione individualizzata, equa e umana della propria situazione giuridica.

Nel contesto dell'esperienza giuridica dello Stato spagnolo, queste frizioni teoriche hanno trovato un riflesso empirico di notevole rilevanza nell'implementazione e nello sviluppo del sistema informatico della Segreteria di Stato per la Sicurezza del Ministero dell'Interno, noto come Sistema di Monitoraggio Integrale nei Casi di Violenza di Genere (Sistema VIOGÉN). Le aspre controversie suscitate dal funzionamento interno di questo strumento automatizzato hanno evidenziato come le banche dati e i modelli predittivi impiegati dalle Forze dell'Ordine per determinare in modo automatizzato l'intensità della protezione pubblica di polizia che spetta a una vittima corrano il rischio di perpetuare, sistematizzare o amplificare pregiudizi cognitivi o discriminazioni strutturali potenzialmente presenti nei dati di addestramento originari del software[5] .

Ciò evidenzia che la presunta neutralità matematica e oggettiva della macchina non è tale, poiché ogni algoritmo incorpora necessariamente nella sua struttura logica le scelte di valore, i pregiudizi impliciti e i limiti ideologici o tecnici di coloro che ne hanno definito le specifiche e tradotto il mandato astratto della norma in righe di codice di programmazione[6] . Di conseguenza, l'automatizzazione incontrollata minaccia di spostare surrettiziamente il controllo di legalità dall'ambito formale e pubblico del procedimento amministrativo verso la fase nascosta e inaccessibile della progettazione

---

[4] J. PONCE SOLÉ, J, «Intelligenza artificiale, decisioni amministrative discrezionali totalmente automatizzate e portata del controllo giurisdizionale: indifferenza, insufficienza o deferenza?», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 2024, vol. 9, pp. 171-220, e si veda anche su questo tema

A. DI MARTINO, «More on algorithms and public administration», *European Review of Digital Administration & Law*, 2024, vol. 4, n. 1, pp. 307-312.

[5] L. COTINO HUESO, «Rischi e impatti dei big data, dell'intelligenza artificiale e della robotica. Approcci, modelli e principi della risposta del diritto», *Rivista Generale di Diritto Amministrativo*, 2019, n. 50.

[6] *Cfr.* D. SAN MARTÍN SEGURA, «Prevenzione algoritmica della violenza di genere: la discrezionalità di polizia come decisione tecnologica nel contesto di VIOGÉN», *Estudios Penales y Criminológicos*, 2023, vol. 44, pp. 1-46. L'autore esamina in modo critico i rischi derivanti dal delegare a modelli predittivi e matrici di valutazione automatizzata la stima del rischio delle vittime. Mette in guardia contro l'emergere di una «discrezionalità tecnica occulta», in cui i tradizionali criteri di polizia e giuridici di ponderazione individualizzata sono sostituiti dai pregiudizi di addestramento del *software*. Ciò genera una vulnerabilità materiale e un senso di impotenza nel cittadino, che non conosce gli indicatori specifici di ponderazione che giustificano l'intensità o il rifiuto delle misure di tutela pubblica applicate al suo caso.

ISSN 2036-7821

del software, sottraendo i motivi reali della decisione al successivo scrutinio dei tribunali.

1.3 La subordinazione della tecnica allo statuto delle garanzie del cittadino: la prospettiva analitica.

Di fronte a questo panorama di profonda trasformazione tecnica e concettuale, il presente studio adotta come oggetto centrale di ricerca il controllo giurisdizionale delle decisioni amministrative automatizzate basate su algoritmi nell'ordinamento spagnolo, limitando l'analisi in modo specifico alla problematica procedurale e sostanziale derivante dall'accesso al codice sorgente di tali sistemi informatici. La premessa di partenza è che le innovazioni derivanti dall'amministrazione elettronica e la progressiva introduzione di strumenti di intelligenza artificiale devono essere concepite invariabilmente come strumenti prestazionali al servizio del cittadino e dell'efficacia stessa dell'Amministrazione, senza che la loro implementazione possa legittimare una menomazione dello standard generale di garanzie costituzionali che lo Stato di diritto riconosce ai cittadini di fronte all'esercizio delle prerogative pubbliche. La digitalizzazione della burocrazia non dovrebbe tradursi in una riduzione delle garanzie riconosciute ai cittadini né determinare aree sottratte al controllo giurisdizionale.

Questa esigenza di indennità delle garanzie dei cittadini impone di riformulare concettualmente il principio di trasparenza nell'era digitale. I meccanismi tradizionali di accesso ai documenti e agli archivi pubblici, concepiti per un modello analogico di operatività basato sul supporto cartaceo e sulla firma autografa, risultano radicalmente inefficaci quando vengono applicati alle cosiddette "scatole nere" (*black boxes*) dei sistemi algoritmici contemporanei. La trasparenza amministrativa non può più essere soddisfatta formalmente mediante la mera notifica della decisione finale emessa dall'autorità competente, pretendendo che il cittadino accetti il verdetto della macchina come un dogma indiscutibile. Il nuovo paradigma richiede la configurazione dogmatica di un vero e proprio diritto alla trasparenza algoritmica[7] , inteso come la facoltà dell'interessato di conoscere, comprendere e verificare in modo effettivo il codice sorgente, le regole di inferenza logica, i criteri di ponderazione e i dati che sono serviti a predeterminare il senso dell'atto amministrativo[8] .

[7] A. CERRILLO I MARTÍNEZ, «La trasparenza degli algoritmi utilizzati dalle amministrazioni pubbliche», *Annuario della trasparenza locale*, 2020, n. 3, pp. 41-78.

[8] J. VALERO TORRIJOS, «Le garanzie giuridiche dell'intelligenza artificiale nell'attività amministrativa dal punto di vista della buona amministrazione», *Rivista Catalana di Diritto Pubblico*, 2019, n. 58, pp. 82-96. L'autore esamina in modo critico le implicazioni che l'utilizzo degli algoritmi comporta per il principio e il diritto fondamentale alla buona amministrazione. Sottolinea con particolare enfasi che le esigenze logiche di un giusto processo richiedono che il codice, i dati di addestramento e le formule parametriche applicate siano oggetto di una formalizzazione giuridica preventiva e trasparente, sostenendo che le applicazioni dovrebbero essere approvate formalmente mediante atti amministrativi dell'organo competente che siano pubblicati obbligatoriamente, per impedire che il *software* diventi una fonte incontrollabile di discrezionalità tecnica gravosa.

L'esame del modello spagnolo e della risposta che i suoi organi giurisdizionali stanno offrendo a queste sfide riveste un interesse dottrinale di prim'ordine per il lettore europeo. Attraverso un filo conduttore che analizza criticamente la giurisprudenza della Sezione Contenzioso-Amministrativo della Corte Suprema spagnola — con particolare attenzione alla sua storica sentenza dell'11 settembre 2025 nella causa relativa al programma BOSCO —, si svelerà come il rifiuto dell'Amministrazione di facilitare l'accesso al codice sorgente delle applicazioni che limitano o modificano i diritti del cittadino possa viziare il provvedimento adottato. L'analisi sarà messa in relazione con i criteri stabiliti dal Consiglio di Stato italiano in materia di *conoscibilità* e *comprensibilità* delle procedure robotizzate, dimostrando che il pieno controllo della logica computazionale dell'algoritmo costituisce uno strumento essenziale per garantire la sottoposizione del potere digitale al principio di legalità.

2. *Il quadro normativo dell'agire amministrativo automatizzato nel diritto spagnolo.*

2.1 L'articolo 41 della Legge 40/2015: concettualizzazione e presupposti della decisione automatizzata in Spagna.

Per l'osservatore che abbia familiarità con le categorie dogmatiche del diritto amministrativo italiano, l'esame del regime giuridico dell'amministrazione digitale in Spagna presenta un'indubbia peculiarità derivante dalla scelta legislativa adottata dal legislatore generale. A differenza di quanto avviene nell'ordinamento giuridico italiano, dove la decisione algoritmica era priva di una regolamentazione sistematica e d'insieme nel testo originario della *Legge 7 agosto 1990, n. 241* —circostanza che ha costretto la giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei Tribunali Amministrativi Regionali a dedurre i limiti dell'automazione a partire da principi costituzionali come quello del buon andamento (art. 97 Cost.) o mediante timide clausole procedurali sull'impiego di mezzi informatici introdotte in modo dispersivo—, il diritto positivo spagnolo ha espressamente sancito questa realtà. Lo ha fatto attraverso un disegno normativo articolato su due norme fondamentali: la Legge 39/2015, del 1° ottobre, sul Procedimento Amministrativo Comune delle Amministrazioni Pubbliche, e la Legge 40/2015, del 1° ottobre, sul Regime Giuridico del Settore Pubblico.

Il nucleo imperativo di questa regolamentazione si trova nell'articolo 41 della Legge 40/2015, il cui primo comma definisce l'«atto amministrativo automatizzato» in modo esaustivo, con l'intento di coprire l'intero fenomeno tecnologico applicabile alla gestione pubblica. La norma stabilisce che sarà considerato tale qualsiasi atto o

A questo proposito, vale la pena citare anche F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, 2025, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press.

azione compiuto interamente tramite mezzi elettronici da un'Amministrazione Pubblica nell'ambito di un procedimento amministrativo e in cui non sia intervenuto direttamente un dipendente pubblico. L'ordinamento spagnolo formalizza in questo modo l'esclusione assoluta del fattore umano nel processo decisionale immediato, consentendo la produzione in serie di atti giuridici unilaterali attraverso l'esecuzione autonoma di applicazioni informatiche. Esiste, dunque, una trasformazione nella tipologia degli atti pubblici, in cui l'intervento del funzionario o dell'autorità non si colloca più nella fase intermedia o finale di esame della decisione, ma si sposta verso una fase cronologicamente precedente: la progettazione, la programmazione, la parametrizzazione e la definizione delle regole logiche che compongono il sistema operativo[9] .

2.2 L'attribuzione delle competenze e la responsabilità amministrativa dell'organo di programmazione.

L'esclusione della persona fisica dall'iter procedurale immediato non opera nel sistema spagnolo come una patente di corso per la diluizione della responsabilità patrimoniale o giuridica della Pubblica Amministrazione, né comporta la consacrazione di una sorta di soggettività giuridica o autonomia della macchina. L'articolo 41.2 della Legge 40/2015 introduce un mandato di garanzie obbligatorie volto a neutralizzare il rischio di spersonalizzazione del potere pubblico. La norma richiede che si proceda alla determinazione preventiva e inequivocabile dell'organo o degli organi competenti per la definizione delle specifiche, la programmazione, la manutenzione, la supervisione e il controllo di qualità del sistema informatico, disponendo altresì l'obbligo di identificare espressamente l'organo responsabile di tale attività ai fini di un suo eventuale ricorso dinanzi alla giurisdizione contenzioso-amministrativa.

Questo requisito di identificare con precisione l'organo responsabile della parametrizzazione informatica presenta una stretta affinità funzionale con l'istituzione italiana del *responsabile del procedimento* disciplinata nel Capo II della *Legge 241/1990*. La dottrina ha espresso ripetutamente la propria preoccupazione di fronte alla possibilità che l'automazione del procedimento amministrativo generi un

[9] A. HUERGO LORA, «Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho administrativo». In A. HUERGO LORA, A. (dir). G.M. DÍAZ GONZÁLEZ, (coord.). *La Regulación de los Algoritmos*, 2020, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 23-87. Huergo Lora decostruisce la natura tecnica e operativa dell'algoritmo per attribuirgli un significato nel quadro del procedimento comune spagnolo. L'autore chiarisce con rigore analitico la distinzione sostanziale che esiste tra l'azione amministrativa puramente automatizzata dell'articolo 41 (secondo uno schema di sussunzione logica, formale e rigida dei dati) e l'irruzione di modelli predittivi ed euristici complessi di Intelligenza Artificiale che operano in un quadro giuridicamente meno controllato, delimitando le vie procedurali che consentono ed esigono il giudizio di questi sistemi da parte della giurisdizione contenziosa. Si veda anche, per approfondire l'argomento, Gamero Casado, E. e Fernández Ramos, S. (a cura di), *Manuale di base di Diritto Amministrativo digitale*, 2022, Valencia, Tirant lo Blanch.

vuoto di responsabilità, in cui il cittadino si trovi di fronte a una decisione priva di una comprensibile paternità umana. Il legislatore spagnolo cerca di risolvere questa tensione dogmatica mediante una finzione giuridica di attribuzione di competenza: il software non è titolare del potere amministrativo[10] ; il programma informatico è esclusivamente uno strumento esecutivo di un ordine preventivo, e l'atto risultante rimane integralmente imputabile all'organo che formalmente detiene la competenza sostanziva e che si è assunto la responsabilità della sua progettazione tecnica. In questo modo, l'introduzione di mezzi informatici all'interno del procedimento comune non altera i parametri tradizionali di invalidità degli atti, poiché la legalità o l'illegalità del provvedimento finale non è giustificata dal mero uso dell'applicazione, ma dalla stretta conformità all'ordinamento giuridico del contenuto da essa prodotto.
Gli obblighi di revisione tecnica del codice sorgente rispetto al modello dell'open source commerciale
Il contributo più rilevante del regime giuridico spagnolo risiede nell'imposizione legale di attività di controllo intrinseco sullo strumento informatico. L'articolo 41.2 della Legge 40/2015 non si limita a richiedere la supervisione del risultato finale fornito dall'applicazione, ma impone in modo imperativo il controllo di qualità e la "revisione del sistema informativo e del suo codice sorgente". Dal punto di vista analitico, tale disposizione implica un riconoscimento implicito del fatto che il codice sorgente — inteso come la rappresentazione scritta dell'algoritmo in un linguaggio di programmazione specifico e traducibile nella logica umana — non costituisce un mero elemento tecnico accessorio o un atto procedurale privo di rilevanza giuridica. Al contrario, costituisce elemento essenziale e costitutivo della stessa procedura amministrativa, in quanto rappresenta l'esatta trasposizione matematica della norma giuridica che abilita l'azione del potere pubblico.
Di conseguenza, il diritto spagnolo sposta il baricentro del dibattito: se la stessa legge dello Stato obbliga le Amministrazioni Pubbliche a verificare periodicamente la programmazione e il codice delle loro applicazioni, ne consegue inevitabilmente che tale codice sorgente debba far parte degli elementi che configurano il parametro di legalità dell'atto. Di conseguenza, qualsiasi pregiudizio, diniego o impossibilità di controllare tale logica computazionale da parte dei cittadini o dei tribunali non costituisce un mero inconveniente tecnico, ma una violazione diretta dell'ordinamento giuridico procedurale, aprendo la strada all'impugnazione dell'atto viziato da opacità algoritmica.

3. Il principio di motivazione dell'atto amministrativo di fronte all'opacità delle

[10] O. MIR PUIGPELAT, «Digitalizzazione, intelligenza artificiale e procedura amministrativa», in E. GAMERO CASADO, (dir.), TRATTATO DI PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO COMUNE E REGIME GIURIDICO DI BASE DEL SETTORE PUBBLICO, 2021, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 745-782.

"scatole nere": il codice sorgente come oggetto di controllo.

3.1 La tensione tra il dovere di motivazione di cui all'articolo 35 della Legge 39/2015 e l'inescrutabilità computazionale.

L'obbligo di motivare le decisioni che limitano diritti soggettivi o interessi legittimi costituisce uno dei pilastri fondamentali su cui si basa il sistema di garanzie del procedimento amministrativo comune in Spagna. L'articolo 35 della Legge 39/2015, del 1° ottobre, formalizza questo mandato esigendo che gli atti amministrativi contengano un riferimento espresso ai fatti e ai fondamenti di diritto che giustificano la decisione adottata. La motivazione non è concepita come un mero requisito formale di carattere facoltativo o estetico, ma come un requisito sostanziale indissolubilmente legato al diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva e al divieto di arbitrarietà dei poteri pubblici sancito dall'articolo 9.3 della Costituzione spagnola. Da un lato, essa consente al cittadino di conoscere le ragioni reali che hanno determinato l'incidenza sulla sua sfera giuridica per articolare la corrispondente strategia di difesa e, dall'altro, rende possibile che gli organi giurisdizionali esercitino un controllo pieno sulla legalità intrinseca dell'agire statale[11] .

Tuttavia, questo quadro garantistico subisce una frattura quando l'Amministrazione impiega nel procedimento sistemi algoritmici opachi, le cui linee guida operative rimangono nascoste sotto il fenomeno tecnico della cosiddetta scatola nera o *black box*. L'introduzione della logica binaria nell'attività decisionale altera sostanzialmente la fisionomia tradizionale del dovere di motivazione. Nel quadro dell'azione automatizzata, la giustificazione formale dell'atto si riduce spesso a una mera trasposizione del risultato fornito dal programma informatico.

Dal punto di vista del diritto pubblico spagnolo, tale pratica svuota di contenuto la norma dell'articolo 35 della Legge 39/2015. Non può essere considerata giuridicamente motivata quella decisione il cui *iter* logico risulta del tutto incomprensibile non solo per il cittadino interessato, ma anche per lo stesso funzionario che formalmente appare come titolare del potere. L'opacità tecnica trasforma la discrezionalità o l'attività regolamentata in una sorta di infallibilità della macchina che pretende di sottrarsi al controllo giurisdizionale, imponendo un dibattito dottrinale di profondo significato sulla necessità di riconfigurare la motivazione verso uno standard adattato all'era digitale: la motivazione parametrizzata o intelligibile del codice sorgente[12] .

---

[11] E. García DE ENTERRÍA, EDUARDO e T.R. FERNÁNDEZ, *Corso di Diritto Amministrativo*, 2022, vol. I, 20ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, pp. 620-628.

[12] A. BOIX PALOP, «Gli algoritmi sono regolamenti: la necessità di estendere le garanzie proprie delle norme regolamentari ai programmi utilizzati dall'Amministrazione per l'adozione delle decisioni», *Rivista di Diritto Pubblico: Teoria e Metodo*, 2020, n. 1, pp. 223-270.

3.2 Il quadro giuridico del codice sorgente: dal segreto commerciale allo status di elemento essenziale della procedura

La resistenza delle amministrazioni pubbliche a facilitare l'accesso al codice sorgente degli algoritmi che sostengono le loro decisioni automatizzate si è tradizionalmente basata su argomenti estranei alla logica del diritto pubblico, invocando spesso la protezione della proprietà intellettuale, il segreto commerciale o i potenziali rischi per la sicurezza dei sistemi informativi e la sicurezza informatica dello Stato. Questa posizione di opacità istituzionale mirava ad assimilare il software utilizzato dal potere pubblico a una merce soggetta a diritti di esclusiva industriale, partendo dal presupposto che il codice sorgente costituisse un semplice strumento tecnologico immune dal controllo del cittadino.

Tale impostazione appare difficilmente conciliabile con i principi di trasparenza e controllo dell'azione amministrativa: in effetti, il codice sorgente non è un mero supporto materiale privo di effetti giuridici, in quanto rappresenta la trasposizione informatica delle norme giuridiche e dei criteri politici di ponderazione che l'Amministrazione ha deciso di applicare in modo generalizzato a un insieme di cittadini. È, in senso stretto, la norma stessa tradotta in un linguaggio di programmazione, il che gli conferisce la natura giuridica di elemento essenziale e integrante del procedimento amministrativo.

Di conseguenza, il diniego di accesso al codice sorgente comporta una violazione assoluta dei principi di trasparenza e pubblicità. Pertanto, gli sviluppi dell'amministrazione elettronica non possono essere articolati secondo criteri di convenienza tecnica o commerciale a scapito della sfera dei diritti dei cittadini. Se la logica interna che determina la concessione o il rifiuto di una prestazione pubblica rimane inaccessibile, si finisce per consacrare uno spazio di impunità in cui l'Amministrazione può alterare la volontà del legislatore mediante una parametrizzazione informatica carente, senza che l'interessato possa nemmeno individuare l'errore o la distorsione che lo danneggia. La trasparenza algoritmica, dunque, sembra presupporre la conoscibilità del codice sorgente, privandolo di qualsiasi prerogativa di segreto commerciale quando la sua esecuzione incida direttamente sulla sfera dei diritti e degli interessi legittimi degli amministrati[13].

4. L'accoglienza giurisprudenziale della trasparenza algoritmica: il caso del

[13] *Cfr.* G. VESTRI, «L'intelligenza artificiale di fronte alla sfida della trasparenza algoritmica: un approccio dal punto di vista giuridico-amministrativo», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2021, n. 56, pp. 368-398. L'autore effettua un'analisi dettagliata degli ostacoli operativi che impediscono agli algoritmi pubblici di rispettare il principio di pubblicità. Secondo Vestri, la trasparenza algoritmica non deve essere concepita come un mero diritto di accesso reattivo a posteriori, ma come un obbligo di configurazione preventiva (*by design*) che costringa gli sviluppatori a costruire codici verificabili fin dalla fase di progettazione logica dell'applicazione informatica.

programma BOSCO e la dottrina della corte suprema spagnola

4.1 Genesi del conflitto: il percorso amministrativo e giudiziario dell'applicazione BOSCO.

L'esame della risposta giurisdizionale di fronte al segreto tecnologico degli enti pubblici trova nell'ordinamento spagnolo un importante punto di svolta attraverso il contenzioso sorto attorno al programma informatico BOSCO. Questa applicazione, progettata su incarico del Ministero per la *Transción Ecológica y el Reto Demográfico*, è stata concepita come uno strumento automatizzato destinato a verificare il rispetto dei requisiti legali richiesti ai cittadini per il riconoscimento e l'assegnazione del bonus sociale per l'elettricità, una prestazione pubblica di carattere assistenziale per le fasce vulnerabili della popolazione. La controversia è sorta quando la Fondazione Civica Civio ha presentato una richiesta formale di accesso al fine di conoscere le specifiche tecniche e, in particolare, il codice sorgente del suddetto software. La richiesta si basava sulla necessità di verificare se i criteri informatici di esclusione e concessione programmati corrispondessero fedelmente alle disposizioni della normativa di settore, dopo che erano stati rilevati presunti errori sistematici nel diniego indebito dell'aiuto a determinati richiedenti.

La risposta dell'Amministrazione dello Stato è stata il rifiuto di fornire le informazioni, una posizione inizialmente sostenuta dal Consiglio per la Trasparenza e il Buon Governo e, in una fase successiva, dal Tribunale Centrale Contenzioso-Amministrativo. Nel quadro di questa prima fase processuale, le argomentazioni dello Stato si sono allineate alle tesi dell'immunità tecnica, sostenendo che il codice sorgente costituisse un bene immateriale tutelato dai diritti di proprietà intellettuale dello Stato, la cui divulgazione comprometterebbe irrimediabilmente la sicurezza pubblica e il corretto funzionamento del sistema informatico. Tale impostazione è stata accolta dalla Sezione Contenzioso-Amministrativo dell'*Audiencia Nacional* nella sua sentenza del 30 dicembre 2022 (ric. 76/2021), ritenendo che le applicazioni software di proprietà pubblica rientrino nella natura dei diritti patrimoniali commerciali, rimanendo escluse dal regime generale del diritto di accesso in quanto soggette ai limiti della proprietà industriale e della sicurezza dello Stato previsti dalla Legge 19/2013, del 9 dicembre, sulla trasparenza, l'accesso alle informazioni pubbliche e il buon governo.

4.2 La svolta dottrinale: l'inapplicabilità della proprietà intellettuale e della sicurezza pubblica agli algoritmi statali.

L'interposizione del ricorso in cassazione dinanzi alla Corte Suprema ha permesso alla Terza Sezione di correggere in modo radicale la linea argomentativa dell'Audiencia Nacional, emettendo la significativa Sentenza n. 1119/2025, dell'11 settembre (Ricorso in cassazione 7878/2024), che altera sostanzialmente l'equilibrio di

forze tra le prerogative dell'Amministrazione digitale e i diritti dei cittadini[14] . La Corte Suprema si concentra sulla natura giuridica degli strumenti automatizzati del settore pubblico, escludendo esplicitamente che BOSCO costituisca un mero software di supporto informatico accessorio e affermando, a proposito della vera dimensione del programma che:

«[...] va nuovamente sottolineato che il programma BOSCO costituisce un atto amministrativo automatizzato dell'Amministrazione nell'esercizio delle sue competenze, attraverso il quale viene adottata una decisione che incide sulla sfera giuridica dei cittadini, per cui non è possibile dissociare la sua natura tecnica dalla sua considerazione come elemento essenziale del procedimento amministrativo di concessione del bonus sociale».

Partendo da questa premessa, la Terza Sezione procede ad esaminare la sussistenza dei limiti previsti dall'articolo 14 della Legge 19/2013, del 9 dicembre. Per quanto riguarda la pretesa immunità basata sulla proprietà intellettuale o commerciale dello Stato, la Corte Suprema determina nello stesso ottavo motivo di diritto l'inammissibilità di tale esclusione quando lo strumento serve a fini strettamente prestazionali:

«La proprietà intellettuale dei programmi per elaboratore creati dalla Pubblica Amministrazione o su suo incarico non può erigersi a limite assoluto e insuperabile al diritto di accesso all'informazione, in quanto i poteri pubblici non sono esercitati in regime di concorrenza di mercato né perseguono una finalità di sfruttamento commerciale che giustifichi il segreto, ma il servizio oggettivo agli interessi generali con piena sottomissione alla legge».

Allo stesso modo, la Corte smonta la cosiddetta tesi del timore di sabotaggio informatico basata su un generico richiamo alla sicurezza tecnica delle banche dati. L'Amministrazione, infatti, intendeva giustificare che la divulgazione del codice sorgente di BOSCO avrebbe messo a nudo le vulnerabilità del sistema elettronico del Ministero, un argomento che la Sezione respinge categoricamente esigendo un rischio certo, empirico e non congetturale, segnalando testualmente:

«[...] la sola invocazione del fatto che la divulgazione del codice sorgente aumenti in modo oggettivo la gravità delle vulnerabilità di qualsiasi applicazione informatica è, di per sé, insufficiente per escluderne l'accesso, tanto più quando la sicurezza stessa del sistema può e deve essere garantita mediante una progettazione tecnica robusta e non mediante l'occultamento delle regole logiche che regolano la decisione pubblica».

[14] È molto interessante l'analisi della sentenza citata effettuata da J.A. TAHIRÍ MORENO «La trasparenza algoritmica nella Pubblica Amministrazione: riflessioni a proposito della STS 1119/2025, dell'11 settembre (Caso Bosco)», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2025, n. 63-64, pp. 189-205. L'autore esamina in modo critico le implicazioni dirette di questa storica sentenza della Sezione Contenzioso-Amministrativa della Corte Suprema. Sottolinea che la dichiarazione del codice sorgente come elemento inscindibile del procedimento amministrativo vieta in modo definitivo allo Stato di utilizzare la proprietà intellettuale di terzi o ragioni generiche di sicurezza informatica come scudo per nascondere i criteri di concessione dei diritti pubblici e delle prestazioni sociali ai cittadini vulnerabili.

4.3 La proclamazione dello standard della «motivazione parametrizzata» e la sua rilevanza processuale.

Il nucleo dogmatico della giurisprudenza stabilita nella STS 1119/2025 risiede nella proclamazione che la gestione automatizzata dei diritti sociali, come quello in oggetto, richiede una trasparenza rafforzata, collegando direttamente il diritto di accesso alle informazioni con il concetto di democrazia digitale. L'Alta Corte stabilisce che quando una decisione viene adottata in modo interamente automatizzato ai sensi di quanto previsto dall'articolo 41 della Legge 40/2015, l'iter logico che giustifica il senso dell'atto non si trova nella concisa notifica inviata al cittadino, ma nell'architettura algoritmica che governa l'applicazione. Se il codice sorgente rimane precluso alla conoscenza delle parti nel processo, si verifica una violazione sostanziale del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva disciplinato dall'articolo 24 della Costituzione spagnola, poiché si priva il ricorrente della possibilità di contestare la regolarità tecnica dei parametri di esclusione e si impedisce al giudice di esercitare la sua funzione di pieno controllo.

La svalutazione della difesa del cittadino di fronte a una decisione emessa da un software imperscrutabile viene perciò corretta mediante l'esigenza di un controllo procedurale completo della logica computazionale. Il rifiuto dell'Amministrazione di facilitare l'accesso al codice sorgente o di fornire le specifiche dell'algoritmo durante l'iter del ricorso non costituisce una mera incongruenza formale o una prerogativa di riservatezza tecnica; può determinare un rischio di arbitrarietà che vizia la decisione impugnata per una totale assenza di motivazione comprensibile. La Corte Suprema sviluppa un orientamento particolarmente avanzato in materia di trasparenza algoritmica, stabilendo che l'opacità del software statale è incompatibile con lo Stato di diritto, obbligando le Amministrazioni Pubbliche a progettare i propri strumenti automatizzati secondo il principio della trasparenza fin dalla progettazione, assicurando che ogni logica computazionale applicata al cittadino sia verificabile, comprensibile e soggetta a piena revisione giurisdizionale.

5. Il quadro normativo dell'Unione europea: il regolamento sull'intelligenza artificiale (Regolamento (UE) 2024/1689) e il suo approccio asimmetrico basato sul rischio.

5.1 L'approccio basato sul rischio come asse del modello europeo di governance tecnica.

Sebbene il caso BOSCO non sia stato deciso sulla base del Regolamento (UE) 2024/1689, l'analisi del nuovo quadro europeo risulta utile per verificare se la soluzione accolta dalla Corte Suprema spagnola trovi conferma nella disciplina unionale dell'intelligenza artificiale, che ha raggiunto la sua massima espressione normativa con l'entrata in vigore del Regolamento sull'Intelligenza Artificiale

(Regolamento UE 2024/1689). Questa norma comunitaria costituisce il primo tentativo sistematico di disciplinare l'uso della tecnologia algoritmica attraverso una struttura vincolante di diritto pubblico. Tuttavia, per una corretta comprensione della norma, è di fondamentale importanza precisare che il legislatore europeo non ha configurato un principio di trasparenza algoritmica di carattere universale né un obbligo di pubblicità indiscriminata del codice sorgente per tutte le applicazioni software utilizzate dai poteri pubblici.

Al contrario, il Regolamento articola il proprio sistema di garanzie su un approccio strettamente asimmetrico basato sul rischio (*risk-based approach*)[15]. Questo modello classifica gli strumenti informatici in quattro livelli distinti: rischio inaccettabile (sistemi vietati di controllo o di valutazione sociale), rischio elevato, rischio specifico di trasparenza e rischio minimo o nullo. Le applicazioni software che le amministrazioni utilizzano abitualmente per l'elaborazione ordinaria, la gestione di fascicoli analogici digitalizzati o l'esecuzione di puri sillogismi regolamentati di carattere binario sono classificate in maggioranza al livello di rischio minimo o nullo. Di conseguenza, la normativa dell'Unione Europea le esenta dagli obblighi più onerosi di revisione esterna e trasparenza tecnica, partendo dal presupposto che il loro impatto sui diritti fondamentali dei cittadini sia residuale e che il controllo procedurale tradizionale degli Stati membri sia sufficiente a garantirne la legalità.

5.2 I sistemi algoritmici pubblici ad alto rischio: l'impatto sulle prestazioni sociali e sulla sicurezza dei cittadini

La vera densità normativa del Regolamento sull'IA si proietta sulla categoria dei sistemi espressamente qualificati come ad alto rischio, elencati in dettaglio nei suoi allegati. Il legislatore europeo ha incluso in questo gruppo quegli strumenti algoritmici destinati ad essere utilizzati dalle autorità pubbliche per valutare l'idoneità delle persone fisiche a ricevere prestazioni e servizi di assistenza sociale essenziali, nonché per concedere, revocare o recuperare tali aiuti, oltre ai sistemi impiegati per l'assegnazione delle priorità nella risposta ai servizi di emergenza o la valutazione del rischio criminale in ambito di polizia.

Per questo tipo di sistemi, il Regolamento europeo impone un regime imperativo estremamente rigoroso che condiziona direttamente la validità giuridica dell'azione amministrativa successiva. Le amministrazioni pubbliche, in qualità di utenti o implementatori di questi strumenti, sono tenute dal diritto dell'Unione a garantire che i sistemi ad alto rischio siano muniti del marchio "CE", siano sottoposti a una valutazione di conformità preliminare, implementino sistemi di gestione dei rischi permanenti e, in modo del tutto particolare, garantiscano la tracciabilità e la registrazione automatica degli eventi (*logging*). Allo stesso modo, vengono imposti

[15] M. Veale, F.Z. BORGESIUS, «Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act», *Computer Law Review International*, 2021, vol. 22, n. 4, pp. 97-112.

obblighi rafforzati di trasparenza volte a consentire agli implementatori di interpretare i risultati del sistema e di utilizzarli in modo adeguato, sancendo il principio della supervisione umana effettiva (*human in the loop*)[16] come meccanismo indispensabile per evitare la distorsione automatizzata e la spersonalizzazione del potere.

Il programma BOSCO potrebbe rientrare, in parte, in tali previsioni, sebbene potrebbe sostenersi che esso si limiti ad attuare quanto previsto dalla norma di applicazione in materia di bonus sociale, il che lascerebbe il programma al di fuori della normativa analizzata. La Corte spagnola, va chiarito, non fa alcun riferimento al Regolamento europeo.

5.3 Il diritto alla spiegazione e la tensione procedurale con il segreto commerciale e industriale.

Uno dei punti di maggiore attrito dogmatico del Regolamento sull'IA risiede nell'articolo

86 del suo testo, che introduce uno specifico diritto di ottenere una spiegazione personalizzata della decisione adottata da un sistema ad alto rischio per qualsiasi persona interessata che subisca un impatto negativo nella sua sfera giuridica. Questa disposizione comunitaria integra e conferisce copertura sovranazionale al dovere di motivazione richiesto dall'articolo 35 della Legge 39/2015 in Spagna e al principio di *comprensibilità* rivendicato dalla giurisprudenza transalpina. Tuttavia, il regolamento europeo opera in un delicato equilibrio che cerca di conciliare lo status delle garanzie del cittadino con la tutela degli interessi economici dell'industria tecnologica, salvaguardando in diverse clausole i diritti di proprietà intellettuale e la riservatezza dei segreti commerciali (*trade secrets*) degli sviluppatori del software.

Questa protezione europea della riservatezza industriale genera un complesso paradosso procedurale quando il software ad alto rischio è stato acquisito dalla Pubblica Amministrazione tramite un appalto pubblico stipulato con un'azienda tecnologica privata[17] . Se l'ente pubblico invoca la protezione del segreto commerciale prevista dal Regolamento europeo per negare l'accesso alla struttura del sistema in un ricorso giudiziario, si verifica un conflitto frontale con i diritti fondamentali interni di tutela giurisdizionale effettiva e di difesa in giudizio. È qui che la giurisprudenza nazionale è chiamata a bilanciare le esigenze derivanti dal diritto dell'Unione con le garanzie costituzionali interne: la trasparenza richiesta dallo Stato di diritto nei rapporti tra il potere pubblico e il cittadino deve prevalere sulle

[16] G. SARTOR, F. LAGIOIA, (2020). «The impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on artificial intelligence», *European Parliamentary Research Service Study.*

[17] D.A CUESTA BARCENA, «La sovranità algoritmica: la trasparenza dei sistemi di intelligenza artificiale per le amministrazioni pubbliche utenti», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2026, 13.

prerogative commerciali del fornitore privato. Il Regolamento sull'IA stabilisce gli standard minimi di sicurezza industriale e di mercato della tecnologia, ma non può essere utilizzato dalle Amministrazioni come scudo normativo per abbassare il livello di esigibilità costituzionale della motivazione amministrativa né per convalidare l'opacità delle loro decisioni risolutive.

6. Il contributo della giurisprudenza amministrativa italiana alla trasparenza algoritmica

6.1 L'algoritmo come atto amministrativo informatico nella dottrina della giurisprudenza amministrativa italiana.

La creazione di un sistema di garanzie a fronte dell'attività automatizzata dei poteri pubblici ha trovato nella giurisprudenza del Consiglio di Stato italiano un importante punto di elaborazione teorica di indubbio valore, le cui riflessioni risultano di obbligatoria consultazione nell'esaminare l'evoluzione del diritto amministrativo spagnolo. Di fronte alla storica assenza di un testo legislativo generale che regolasse in modo sistematico la procedura algoritmica, la Sezione Sesta dell'Alto Tribunale italiano ha proceduto, attraverso le sue sentenze di riferimento n. 2270/2019 e n. 8472/2019, a delimitare i contorni giuridici dell'automazione nella gestione pubblica. Il Consiglio di Stato ha escluso che gli strumenti logici o il software comportino una rinuncia ai poteri statali o la creazione di una zona immune al controllo giurisdizionale. Al contrario, ha coniato una categoria concettuale fondamentale caratterizzando l'algoritmo non come un mero strumento tecnico strumentale, ma come un vero e proprio provvedimento amministrativo informatico[18]. Questa concettualizzazione dogmatica implica sottoporre la progettazione e la parametrizzazione del software agli stessi limiti di legalità, ragionevolezza e proporzionalità che condizionano la validità dell'attività amministrativa tradizionale. Come sostiene la giurisprudenza italiana, l'impiego dell'algoritmo risponde ai principi costituzionali di buon funzionamento ed efficienza della Pubblica Amministrazione, ma la sua validità è strettamente subordinata al fatto che le istruzioni logiche codificate rispettino scrupolosamente la volontà del legislatore. Di conseguenza, la trasposizione della norma in righe di codice sorgente obbliga l'Amministrazione a una predeterminazione esaustiva dei criteri di valutazione ed esclusione, impedendo che l'opacità tecnica mascheri l'esercizio di poteri discrezionali o introduca distorsioni discriminatorie che sfuggano

[18] Cfr. A. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico e amministrazione digitale*, 2011, Napoli, Jovene e P. FORTE (2020), «Diritto amministrativo e data science. Appunti di Intelligenza Amministrativa Artificiale (AAI)», *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, vol. 1, pp. 247-313.

al controllo giudiziario[19].

6.2 I pilastri della trasparenza algoritmica: conoscibilità e comprensibilità di fronte alla tutela giurisdizionale effettiva.

L'armatura garantista costruita dai tribunali italiani si articola attorno a due principi sostanziali che operano in perfetta sinergia funzionale con le esigenze dell'effettività della tutela giurisdizionale che fungono da specchio alla dottrina della Corte Suprema spagnola: il principio di *conoscibilità* e quello di *comprensibilità* dell'algoritmo. Secondo la dottrina stabilita nella citata sentenza n. 2270/2019 del *Consiglio di Stato*, la pienezza del controllo di legalità esige che la conoscibilità dello strumento informatico sia totale e assoluta, comprendendo obbligatoriamente non solo le righe di codice sorgente, ma anche l'identità dei suoi autori, la procedura tecnica seguita per la sua elaborazione, il meccanismo decisionale implementato e i criteri di ponderazione. La trasparenza, quindi, si spoglia della sua dimensione meramente formale per assumere il ruolo di requisito di validità sostanziale dell'iter procedurale automatizzato[20] .

Questo standard è stato approfondito anche dalla giurisprudenza di grado inferiore, in particolare dalla pronuncia della Terza Sezione del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, nella sua importante sentenza del 14 novembre 2022 (n. 7003). Il TAR ha precisato che, sebbene l'uso di algoritmi consenta di raggiungere livelli superiori di rapidità, efficienza e un'astratta imparzialità nell'attività decisionale, l'impiego di tali tecnologie non può mai comportare, in nessuna circostanza, una riduzione del livello di tutela procedurale che l'ordinamento giuridico garantisce ai cittadini. Per evitare la totale indifesa del cittadino e salvaguardare il diritto fondamentale di agire e difendersi in giudizio, il TAR della Campania ha stabilito che la decisione amministrativa automatizzata deve essere non solo conoscibile, ma anche comprensibile. Lo standard di comprensibilità impone che la logica applicata dal programma non richieda conoscenze di ingegneria informatica avanzata per essere decodificata dall'interessato o dal giudice, obbligando l'Amministrazione a fornire una traduzione intelligibile delle istruzioni che hanno

[19] Cfr., in tal senso, F. COSTANTINO, «Intelligenza artificiale e decisioni amministrative», Rivista italiana per le scienze giuridiche, 2017 n. 8, pp. 357-391.

[20] *Cfr.* la dottrina del Consiglio di Stato, stabilita nella Sez. VI, sentenza n. 2270/2019, dell'8 aprile. Il tribunale ha precisato che i principi del *buon andamento* richiedono una trasparenza rafforzata articolata in due dimensioni: la *conoscibilità* (possibilità di accesso al codice e ai dati di input) e la *comprensibilità* (obbligo di tradurre la logica matematica in un linguaggio giuridico comprensibile al cittadino e al giudice). Sull'impatto dottrinale e la sinergia di questa sentenza nel controllo del procedimento robotizzato, *cfr.* M. SFORNA, «Le garanzie di conoscibilità degli algoritmi e l'esigenza di assicurare un controllo umano del procedimento amministrativo (c.d. human in the loop)», in *Le note a sentenza di giustizia insieme. Annuari della giurisprudenza amministrativa annotata 2023*, 2023, Napoli: Editoriale Scientifica, pp. 339-346.

determinato il senso dell'atto[21].

6.3 Convergenze normative tra Europa e Spagna: il principio di trasparenza fin dalla progettazione di fronte al segreto commerciale.

L'indubbia convergenza tra le sentenze del Consiglio di Stato italiano e la dottrina consolidata in Spagna dalla Corte Suprema nella sua giurisprudenza sul programma BOSCO dimostra l'esistenza di un substrato comune che funge da fattore di armonizzazione giurisprudenziale. Questo quadro di protezione pare trovare un ancoraggio indiscutibile nelle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 (Regolamento generale sulla protezione dei dati), il cui articolo 22 sancisce il diritto fondamentale di ogni cittadino a non essere oggetto di decisioni basate esclusivamente sul trattamento automatizzato dei propri dati quando queste producono effetti giuridici o lo riguardano in modo significativo, imponendo inoltre l'obbligo di fornire all'interessato informazioni significative sulla logica applicata.

L'assimilazione di queste categorie europee da parte dell'ordinamento spagnolo si riflette direttamente sugli obblighi imposti dall'articolo 41 della Legge 40/2015, del 1° ottobre, precedentemente analizzata. L'esigenza di predeterminare gli organi competenti per la supervisione, il controllo di qualità e l'audit interno del codice sorgente non costituisce un mero protocollo di gestione interna di carattere tecnico, ma la concretizzazione normativa del principio di trasparenza fin dalla progettazione (*transparency by design*)[22] . Pertanto, la motivazione dei provvedimenti automatizzati non può più essere svalutata attraverso formule stereotipate o riferimenti ciechi all'infallibilità della macchina. Sia i tribunali italiani che la Corte Suprema spagnola convergono sul fatto che il rifiuto di rendere conoscibile la logica computazionale del sistema alteri in modo significativo l'equilibrio processuale, trasformando la legittima digitalizzazione delle strutture pubbliche in uno spazio di impunità tecnica incompatibile con le esigenze dello Stato di diritto[23].

7. Conclusioni e proposte de lege ferenda per una codificazione che garantisca il

[21] Cfr. M. HILDEBRANDT, *Smart Technologies and the End(s) of Law: Novel Entanglements of Law and Technology*, 2015, Edward Elgar Publishing.

[22] G. COCOZZA, G. LUISE «Il processo di "capacity building" nella pubblica amministrazione: intelligenza artificiale, trasparenza e nuovi modelli di decisione *amministrativa*», *Frontiers in Political Science*, 2025, vol. 7.

[23] J.A. TAHIRÍ MORENO, «Una panoramica dei sistemi di intelligenza artificiale dal punto di vista del diritto amministrativo», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2024, n. 62. L'autore offre una visione trasversale dell'inserimento delle tecnologie dirompenti nel settore pubblico, sostenendo che l'asimmetria normativa posta dal Regolamento sull'intelligenza artificiale dell'Unione Europea (che disciplina rigorosamente solo i sistemi classificati come «ad alto rischio») richieda uno sforzo giurisprudenziale e normativo a livello interno affinché i sistemi di automazione ordinaria o a minor rischio non rimangano in una zona d'ombra dal punto di vista delle garanzie. Sostiene, inoltre, de *lege ferenda*, la necessità di codificare un diritto generale alla spiegabilità e alla verifica di qualsiasi formula algoritmica che condiziona le decisioni amministrative nei confronti dei cittadini.

procedimento algoritmico.

L'analisi dogmatica, normativa e comparata condotta nel corso del presente studio consente di constatare che la digitalizzazione procedurale e la progressiva attuazione della cosiddetta «Amministrazione 4.0» non possono essere concepite come un ambito esente dai principi cardine dello Stato di diritto. La trasformazione strumentale che comporta il passaggio dal procedimento analogico a quello algoritmico altera profondamente i meccanismi di formazione della volontà unilaterale del potere pubblico, ma in nessun caso legittima una svalutazione dello status di garanzie riconosciuto ai cittadini. Come è stato esposto attraverso l'esame dell'ordinamento spagnolo, la tecnica deve rimanere subordinata al principio di legalità[24] , impedendo che la celerità amministrativa copra l'istituzione di spazi di opacità difficilmente sindacabi per il cittadino e i tribunali[25] .

Il principale contributo offerto dal diritto amministrativo spagnolo a questo dibattito, consolidato in modo definitivo attraverso la giurisprudenza della Terza Sezione della Corte Suprema nella causa relativa al programma BOSCO, risiede nella categorizzazione giuridica del codice sorgente come parte integrante del procedimento amministrativo. Scollegando il software dalle prerogative di esclusività proprie della proprietà intellettuale o commerciale dello Stato, l'Alta Corte spagnola ha significativamente rafforzato il diritto di accesso dei cittadini, stabilendo che la programmazione informatica costituisce l'esatta trasposizione matematica della norma giuridica abilitante. La conseguenza dogmatica di questa pronuncia è particolarmente rilevante: il codice sorgente costituisce parte indissolubile del dovere di motivazione disciplinato dall'articolo 35 della Legge 39/2015, costituendo uno standard di motivazione parametrizzata che pone l'intelligibilità dello strumento come requisito di validità materiale dell'atto stesso.

Questa evoluzione della giurisprudenza spagnola converge con i postulati fondamentali formulati in modo lungimirante dal Consiglio di Stato italiano in materia di *conoscibilità* e *comprensibilità* delle procedure robotizzate. Entrambe le corti mostrano una significativa convergenza nell'avvertire che il rifiuto dell'Amministrazione di facilitare l'accesso alla logica computazionale e inferenziale delle proprie applicazioni può incidere sull'equilibrio Processuale, violando il diritto fondamentale di difesa e alla piena tutela giurisdizionale[26]. L'inaccessibilità della logica algoritmica può determinare un rischio di arbitrarietà che vizia di nullità la decisione adottata, in quanto impedisce all'interessato di articolare in modo fondato

[24] F. COSTANTINO «Intelligenza artificiale e decisioni amministrative», *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2017, n. 8, pp. 357-391.

[25] Cfr. A. DI MARTINO, «L'amministrazione per algoritmi ed i pericoli del cambiamento in atto», *Il diritto dell'economia*, 2020, n. 103, pp. 599-633.

[26] 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», *Rivista Giuridica Europea*, 2019, n. 2, pp. 47-73.

la propria strategia difensiva e priva l'organo giudiziario della possibilità di esercitare la propria funzione di pieno controllo[27].

Tuttavia, l'articolazione di questo quadro di garanzie deve essere strettamente coordinata con il diritto dell'Unione Europea, in particolare dopo l'entrata in vigore del Regolamento sull'Intelligenza Artificiale (Regolamento (UE) 2024/1689). Va osservato che il legislatore comunitario ha optato per un modello di governance basato sul rischio che non proietta i propri obblighi in modo indifferenziato su tutta l'attività automatizzata delle amministrazioni pubbliche[28] . I sistemi informatici di mero supporto strumentale o quelli che eseguono automazioni rigidamente regolate di carattere binario restano, in generale, al di fuori dei requisiti normativi più severi dell'Unione. Al contrario, il regolamento sull'IA riserva i propri mandati di valutazione d'impatto, gestione della qualità e massima trasparenza a quei sistemi espressamente qualificati come ad alto rischio, ambito in cui rientrano proprio gli strumenti algoritmici destinati all'assegnazione di prestazioni sociali essenziali, alla valutazione del rischio da parte delle forze dell'ordine o all'accesso a servizi pubblici fondamentali.

È proprio in questo scenario di applicazione selettiva che si collocano le principali proposte de *lege ferenda* del presente studio. Di fronte al rischio che la dicotomia europea lasci in una situazione di penombra giuridica quegli algoritmi che, pur non raggiungendo la soglia di alto rischio della normativa comunitaria, alterano in modo sostanziale il normale procedimento amministrativo, si deduce l'imperativa necessità di una codificazione amministrativa interna che colmi questa lacuna normativa[29] . Le future riforme normative dei procedimenti nazionali non devono limitarsi a trasporre in modo mimico gli standard del Regolamento (UE) 2024/1689; devono sancire, in via generale per qualsiasi livello di automazione pubblica con effetti nei confronti di terzi, il principio di trasparenza fin dalla progettazione (*transparency by design*) e il diritto fondamentale all'intelligibilità algoritmica. Solo garantendo che

[27] Cfr. K. YEUNG, «Algorithmic Regulation: A Critical Interrogation», *Regulation & Governance*, 2018, vol. 12, n. 4, pp. 505-523.

[28] Si veda a questo proposito G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe: Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, 2022, Cambridge University Press, nonché B.G. MATTARELLA, «Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione», in G. CERRINA FERONI,
S. ORLANDO, G. VETTORI (a cura di), *Il regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Problemi e sistema*, 2026, Bologna, Il Mulino, pp. 443-450.

[29] J. PONCE SOLÉ, «Intelligenza artificiale, intelligenza umana e buona amministrazione: il diritto a una buona amministrazione di fronte all'uso di algoritmi e di intelligenza artificiale nelle amministrazioni pubbliche», Revista de Administración Pública, 2019, n. 210, pp. 109-144. L'autore presenta una solida argomentazione contro il pericolo di una «deferenza tecnologica passiva» o condiscendenza che l'Amministrazione e gli stessi organi giudiziari possono mostrare nei confronti delle decisioni emesse in modo meccanizzato sotto la premessa della loro presunta infallibilità matematica, sostenendo che il principio dello Stato di diritto esige il riconoscimento normativo e giurisprudenziale espresso di una «riserva di umanità» nell'adozione di provvedimenti discrezionali, salvaguardando l'impossibilità di delegare pienamente alla logica computazionale quelle decisioni di peso che richiedono giudizi morali, di equità o di ponderazione sociale individualizzata.

ogni logica computazionale applicata al cittadino sia verificabile e soggetta a un'effettiva supervisione umana (*human in the loop*) si riuscirà a evitare che la legittima trasformazione digitale delle strutture pubbliche si trasformi in una via di fuga dal controllo giurisdizionale della legalità.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il ruolo delle Zone Economiche Speciali nell'era del coordinamento fiscale internazionale

di Salvatore Villani

(Ricercatore presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II)

Sommario

1. Introduzione. – 1.1. Le nuove dimensioni del conflitto economico tra Stati. – 1.2. La proliferazione delle ZES e il mutamento della funzione economica dei dazi. – 1.3. La riforma del sistema fiscale internazionale. – 1.4. Obiettivi e struttura dell'articolo. – 2. Gli obiettivi perequativi e la struttura tricefala della GMT. – 3. Il quadro nazionale italiano di contrasto all'erosione della base imponibile (BEPS) e alla pianificazione fiscale aggressiva. – 4. Le questioni relative all'attuazione delle regole della GMT sui regimi territoriali agevolati. – 4.1. Complessità tecnica delle regole GloBE, oneri di compliance e metamorfosi dinamica del diritto tributario internazionale. – 4.2. Meccanismi di coordinamento tra Pillar Two e tutele fiscali per le ZES: profili generali. – 5. Lo stallo del coordinamento internazionale e la ridefinizione della sovranità agevolativa nell'Unione Europea e in Italia. – 5.1. La frammentazione dei regimi speciali territoriali e il destino della sovranità agevolativa europea. – 5.2. Il dibattito in sede comunitaria: i limiti degli aiuti di Stato e la tenuta delle deroghe per finalità di coesione territoriale. – 5.3. Le ripercussioni sul modello attrattivo italiano: la ZES Unica del Mezzogiorno e la gestione del conflitto fra GMT e discipline CFC. – 6. Conclusioni e proposte *de iure condendo*. – 7. Riferimenti bibliografici.

Abstract

The article examines the evolution of international tax law and the effects of the multilateral governance stalemate – marked by the 2026 geopolitical compromise between the United States and the *Inclusive Framework* – on the tax sovereignty and incentive powers of States. The study raises critical questions regarding the capacity of Special Economic Zones (SEZs) to serve as strategic fiscal and customs levers in the face of the automatic mechanisms of the *Global Minimum Tax* (GMT), which risk rendering territorial regimes of privilege ineffective. From a methodological standpoint, the paper adopts a critical approach aimed at testing the resilience of global coordination systems (*GloBE rules*) against the complexities of domestic law, such as the conflict with *Controlled Foreign Corporation* (CFC) legislation (Article 167 of TUIR), and EU law, with reference to state aid constraints and fundamental freedoms. In the final part, the essay offers concrete answers and solutions for re-engineering incentives, proposing an "EU Territorial Cohesion *Safe Harbour*" and the legal reinforcement of the tax credit for the single Southern SEZ as a Qualified Refundable Tax Credit.

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

1. Introduzione.

Il panorama economico globale contemporaneo attraversa una fase di profonda riconfigurazione, governata dalla crisi dei tradizionali assetti multilaterali e dalla ricerca di un difficile equilibrio tra la sovranità geopolitica e il potere fiscale degli Stati[1]. Le spinte alla regionalizzazione dei mercati e la necessità di proteggere le catene del valore strategiche hanno progressivamente superato i vecchi paradigmi della globalizzazione deregolamentata, imponendo un ripensamento radicale degli strumenti di politica industriale. In questa transizione, le Zone Economiche Speciali (ZES) si trovano al centro di una metamorfosi concettuale ed operativa senza precedenti: nate come isole di deregolamentazione e parzialità fiscale destinate ad attrarre capitali esteri[2], esse devono oggi ridefinire la propria identità e la propria efficacia all'interno di un contesto internazionale dominato da rigide spinte all'armonizzazione e al contrasto della pianificazione fiscale aggressiva. Comprendere il ruolo delle ZES in questa nuova era richiede un'indagine interdisciplinare capace di legare i mutamenti delle relazioni internazionali alle riforme tributarie globali, evidenziando le frizioni tra le politiche di coesione territoriale e i nuovi *standard* di tassazione societaria.

Per decodificare questa evoluzione, l'analisi deve muovere necessariamente dalla ridefinizione delle geometrie internazionali, dove le nuove dimensioni del conflitto tra Stati non si manifestano più esclusivamente attraverso i canali diplomatici o militari tradizionali, ma si estendono stabilmente all'arena economica, tecnologica e normativa. In questa rinnovata dialettica tra blocchi geopolitici contrapposti, la sovranità non si misura più soltanto sulla base dei confini territoriali, bensì sulla capacità di esercitare un'influenza giuridica transnazionale e di difendere la propria base imponibile. La competizione per l'attrazione degli investimenti ad alta tecnologia e la sicurezza delle filiere produttive si scontrano con la necessità di regolamentare i flussi finanziari globali, trasformando il diritto tributario e doganale in veri e propri strumenti di posizionamento strategico nello scacchiere mondiale.

Questa spinta alla riconfigurazione si traduce, sul piano geografico e doganale, in una vera e propria proliferazione delle ZES e in un contestuale mutamento della funzione economica dei dazi. Se un tempo le barriere tariffarie rispondevano a una logica meramente protettiva o fiscale, oggi esse operano come flessibili leve di

[1] Sul declino del multilateralismo classico e la riaffermazione della sovranità economica statale in chiave conflittuale, cfr. J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, trad. it., Torino, 2018, pp. 45 ss.; D. RODRIK, *La globalizzazione intelligente*, trad. it., Roma-Bari, 2011, p. 112, il quale evidenzia il "trilemma politico" dell'economia globale tra sovranità nazionale, democrazia ed integrazione globale.

[2] Per un inquadramento storico-giuridico delle Zone Economiche Speciali come strumenti derogatori della sovranità territoriale, cfr. F. FARINELLI, *Zone Economiche Speciali ed enclavi territoriali: profili di geografia economica e regolazione giuridica*, in «Rivista Geografica Italiana», vol. 126, n. 2, 2019, pp. 145-162; nonché, per una prospettiva di diritto internazionale, T. FARER, *The Role of Special Economic Zones in International Economic Law*, in «Journal of International Economic Law,» vol. 23, n. 3, 2020, pp. 605 ss..

negoziazione e di incentivo politico, funzionali a riorganizzare i flussi commerciali secondo i principi del *near-shoring* e del *friend-shoring*[3]. In questo scenario, le ZES non rappresentano più semplici enclavi volte a sfruttare incentivi fiscali e differenziali di costo del lavoro, ma si convertono in *hub* logistici e industriali protetti, deputati a garantire la resilienza delle catene di approvvigionamento nazionali all'interno di un sistema di scambi internazionali sempre più frammentato e conflittuale[4].

È proprio in questo contesto di frammentazione che si inserisce la riforma del sistema fiscale internazionale, guidata dal progetto di tassazione minima globale promosso in sede sovranazionale per porre fine alla concorrenza fiscale al ribasso. L'introduzione di regole standardizzate per il calcolo dell'aliquota effettiva globale si pone come un fattore di profonda perturbazione per l'architettura tradizionale delle ZES, la cui capacità attrattiva si è storicamente fondata proprio sulla concessione di ampie esenzioni e crediti d'imposta. Il coordinamento tra i nuovi meccanismi di prelievo minimo e i regimi antielusivi interni dei singoli Stati rischia di neutralizzare i benefici fiscali localizzati, aprendo un complesso dibattito sulla legittimità degli incentivi territoriali e sulla loro compatibilità con le regole della concorrenza, in particolare all'interno dell'Unione Europea[5].

Alla luce di tali premesse, emergono con chiarezza gli obiettivi e la struttura dell'articolo, volto ad offrire una lettura sistematica delle tensioni che corrono tra le esigenze di sviluppo locale e i vincoli della *governance* tributaria transnazionale. Il presente contributo si propone di verificare se, e a quali condizioni, lo strumento della Zona Economica Speciale possa conservare la propria funzione di stimolo alla coesione economico-sociale in un mercato globale normativamente standardizzato. Attraverso l'esame comparato delle prassi sovranazionali e l'analisi specifica del caso italiano, lo studio intende delineare le traiettorie evolutive necessarie a salvaguardare l'autonomia agevolativa degli Stati membri, coniugando la legalità fiscale internazionale con il diritto fondamentale allo sviluppo delle aree territoriali svantaggiate.

---

[3] Sulla ricalibratura geopolitica degli scambi commerciali e sull'utilizzo dei dazi e delle ZES come tutele di *friend-shoring*, si rinvia a J. YELLEN, *Speech on Global Economic Architecture*, Atlantic Council, 13 April 2022. Cfr. anche R. BALDWIN, *The Great Convergence: Information Technology and the New Globalization*, Cambridge (Mass.), 2016, p. 210, in ordine alla frammentazione della catena del valore globale.

[4] Sull'evoluzione delle ZES da semplici aree di sgravio fiscale ad infrastrutture complesse di stabilità logistica e industriale, v. FIAS (World Bank Group), *Special Economic Zones: Performance, Lessons Learned, and Implications for SEZ Development*, Washington D.C., 2008, p. 34; nonché OECD, *Special Economic Zones and Global Value Chains: Alignment or Misalignment?*, Paris, 2021, p. 12.

[5] In merito all'impatto dirompente delle regole OCSE Pillar Two sui tradizionali regimi di esenzione fiscale (*tax holidays*) tipici delle aree economiche speciali, si veda l'ampia disamina di A. PISTONE, *The Global Minimum Tax and the Future of Tax Incentives in Developing and Emerging Economies*, in «World Tax Journal», vol. 14, n. 4, 2022, pp. 511-538; e W. SCHÖN, *The Two-Pillar Architecture and International Economic Law*, in Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance Working Paper, n. 22, 2022.

1.1. *Le nuove dimensioni del conflitto economico tra Stati.*

Già nel corso del XX secolo il conflitto tra Stati ha iniziato a trasformarsi, superando la tradizionale concezione di scontro basato esclusivamente sull'influenza politica o sulla superiorità militare. Esso si è spostato verso nuove dimensioni belliche, più "silenziose", ibride, e complesse, come il controllo di risorse e tecnologie strategiche[6], l'utilizzo di *internet* e dei *social media* a fini di manipolazione psicologica delle masse e le politiche fiscali[7]. Queste ultime, in particolare, sono diventate, gradualmente, una delle leve strategiche principali nella competizione tra Stati, impegnati nella pratica di ridurre i tributi per attrarre capitali, investimenti ed imprese.[8]

Si tratta di un fenomeno che ha acquistato crescente importanza, a partire soprattutto dall'inizio degli anni Novanta del secolo scorso[9], assumendo una pluralità di forme, dalla semplice riduzione delle aliquote fiscali, che può spingersi fino all'azzeramento del debito d'imposta (esenzione totale), alla manipolazione della base imponibile, che può consentire notevoli risparmi d'imposta e si presta, ancor meglio delle aliquote, ad un uso selettivo e strategico, alla definizione di regimi fiscali agevolati, circoscritti ai soli soggetti non residenti (*ring-fenced*), oppure concessi esclusivamente alle attività

[6] Per approfondimenti sul conflitto per il controllo di risorse e tecnologie strategiche, si veda V. AMATO, *Geopolitica dell'energia. Attori, strategie e scenari in un'epoca di transizione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2026. Con specifico riferimento alla competizione per il monopolio tecnologico e la catena del valore dei semiconduttori, cfr. anche C. MILLER, *Chip War: The Fight for the World's Most Critical Technology*, New York, Scribner, 2022. Per il legame tra sicurezza mineraria e transizione ecologica, si rinvia invece a G. PITRON, *La guerra dei metalli rari. Il lato oscuro della transizione energetica e digitale*, Milano, LUISS University Press, 2019.

[7] Per approfondimenti al riguardo, v. L. BONANATE, *Il futuro della guerra e le guerre del futuro*, in XXI Secolo, Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2009; F. MINI, *La guerra dopo la guerra. Soldati, burocrati e mercenari nell'epoca della pace virtuale*, Einaudi, Torino, 2003; G. ROMEO e F. MINI, *Guerre ibride. I nuovi volti del conflitto*, Diana, Isernia, 2021; ed infine P.P. PORTINARO, *Il ritorno della guerra nel nuovo disordine globale*, «Rivista Italiana di Filosofia Politica» n. 6/2024, pp. 11-25;

[8] Per gli Stati membri dell'Unione Europea, questo quadro già di per sé estremamente instabile e complesso si complica ulteriormente a causa dell'articolazione su più piani dei centri decisionali. Sul tema, v. già in generale G. TRUPIANO, *International Tax Competition and European Union. Proposal for Tax Coordination*, in M. BORDIGNON e D. DA EMPOLI (a cura di), *Concorrenza fiscale in un'economica internazionale integrata*, FrancoAngeli, Milano, 1999, pp. 170-206; R. LUPI, *Concorrenza tra ordinamenti, comunità europee e prelievo tributario*, «Rassegna Tributaria», 5, 2004, pp. 989-1032; G. MELIS-A. PERSIANI, *Trattato di Lisbona e sistemi fiscali*, «Diritto e Pratica Tributaria», 2, 2013, pp. 267-334; più in particolare, sul processo di adeguamento dell'ordinamento italiano alle norme OCSE e UE di contrasto all'elusione fiscale internazionale, v. F. AMATUCCI, *L'adeguamento dell'ordinamento tributario nazionale alle linee guida dell'Ocse e dell'UE in materia di lotta alla pianificazione fiscale aggressiva*, «Rivista Trimestrale di Diritto Tributario», 1, 2015, pp. 3-26; sul fenomeno della competizione fiscale tra gli Stati dell'Unione, v. invece F. GALLO, *L'Europa sociale e l'Europa fiscale dopo il Trattato di Lisbona*, «Diritto e Pratica Tributaria», 5, 2016, pp. 1789-1805 e L. SALVINI, *I regimi fiscali e la concorrenza tra imprese*, «Giurisprudenza Commerciale», 2, 2016, pp. 130-145; ed, infine, sui limiti della *governance* economica europea ed i rischi conseguenti di strumentalizzazione delle libertà fondamentali, v. A. CONTRINO, *La concorrenza fiscale tra gli Stati nel contesto della governance economica europea*, «Rivista di Diritto Tributario», pp. 1-6.

[9] Per una descrizione delle fasi iniziali di questo processo graduale di accrescimento dell'importanza della dimensione internazionale della politica fiscale, vedasi V. TANZI, *Globalization, Tax Competition by the Future of Tax Systems*, in V. UCKMAR (a cura di), *Corso di Diritto tributario internazionale*, Cedam, Padova, 2002, pp. 21-55 e, dello stesso autore, *Globalizzazione e sistemi fiscali*, Banca Etruria/Studi e Ricerche, Graficalito, Calenzano, 2002.

economiche che si insediano all'interno di alcune aree territoriali specifiche (zone economiche speciali e zone franche). In tal modo, i governi riescono oggi a minimizzare la perdita di gettito, mantenendo il costo delle misure fiscali di favore entro limiti predefiniti[10].

Nel perseguimento di una maggiore competitività, i governi offrono così un'ampia gamma di benefici, che rappresentano, per le imprese che operano in più paesi, un'opportunità ideale per massimizzare i profitti, ridurre i costi operativi e migliorare il ritorno sugli investimenti, in particolare in un contesto globale, caratterizzato da un'elevata mobilità dei capitali e dell'attività economica. In molti casi, tuttavia, l'onere da sostenere per garantire tali benefici non ricade sulle imprese beneficiarie, bensì sullo Stato in cui si svolgono di fatto le attività economiche (cd. "Stato della fonte"), il quale si trova a sostenerne i costi (fornendo infrastrutture, forza lavoro e servizi pubblici) senza ricevere nulla in cambio, neppure un gettito fiscale proporzionato[11]. In questi casi, la promozione della crescita economica e degli investimenti si trasforma in un'arma a doppio taglio, che può nel breve termine generare guadagni, ma indebolisce evidentemente la sovranità fiscale degli Stati, intesa come il potere supremo, esclusivo e indipendente di istituire, regolare e riscuotere tributi, nonché di gestire il proprio bilancio per finanziare la spesa pubblica e le funzioni statali, senza subire interferenze esterne[12].

1.2. *La proliferazione delle ZES e il mutamento della funzione economica dei dazi.*

[10] Cfr., sul punto, V. CERIANI, *Competitività dei sistemi fiscali*, in *XXI Secolo, Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2009.

[11] Lo Stato che concede gli incentivi potrebbe infatti scoprire, nel medio-lungo termine, che l'erosione delle basi imponibili ed il silenzioso e progressivo logoramento dei conti pubblici hanno reso le sue entrate insufficienti a finanziare i servizi essenziali. Sulle distorsioni prodotte da un eccessivo ricorso agli incentivi fiscali per stimolare gli investimenti in un mercato integrato come l'Unione Europea, cfr. P. GUGLER, *Incentives in the European Union*, in A.T. TAVARES-LEHMANN, P. TOLEDANO, L. JOHNSON e L. SACHS (a cura di), *Rethinking investment incentives: Trends and policy options*, Columbia University Press, New York, 2016, pp. 94-121; e, più di recente, J.H. HECKEMEYER, K. NICOLAY, C. SPENGEL, D. STEINBRENNER e S. WICKEL, *Tax Incentives and Investments in the EU: Best Practices and Ways to Stimulate Private Investments and Prevent Harmful Tax Practices*, studio svolto su incarico della Sottocommissione per le questioni fiscali (FISC Subcommittee) del Parlamento europeo, Lussemburgo, 2025.

[12] Sulla definizione del concetto di sovranità fiscale nazionale, sulla sua evoluzione nel tempo, e sui limiti e vincoli che ne condizionano l'esercizio, v. F AMATUCCI, *La sovranità fiscale nazionale. Tra erosione e consolidamento*, Giappichelli, Torino, 2022. Sulla necessità di concepire un'accezione "elastica" del concetto di sovranità tributaria degli Stati all'interno dell'Unione Europea, v. A. PERRONE, *Sovranità tributaria, territorialità dell'imposizione e mercato globale: una sfida ancora aperta*, in V. MASTROIACOVO (a cura di), *Le sovranità nell'era della post globalizzazione*, Pacini, Pisa, 2019, pp. 99-133. Per una definizione del concetto nel quadro normativo comunitario, v. invece S. DOUMA, *Optimization of Tax Sovereignty and Free Movement*, Online Books IBFD, IBFD, Amsterdam, 2011, p. 32 e ss.; E. TRAVERSA e A. PIRLOT, *Tax Sovereignty and Territoriality under Siege: How Far Should the EU Freedoms of Movement Impact the Territorial Allocation of Taxing Powers between Member States*, in C. BROKELIND (a cura di), *Principles of Law: Function, Status and Impact in EU Tax Law. Proceedings of the 2013 GREIT Conference*, Online Books IBFD, IBFD, Amsterdam, 2014, pp. 125-151.

Nel tentativo di trovare un equilibrio tra l'attrazione di investimenti esteri e la preservazione dell'integrità del sistema fiscale generale, molti Stati hanno istituito, già nel corso del XX secolo, zone economiche regolate da norme eccezionali, diverse da quelle applicate all'economia nazionale in senso più ampio[13]. Hanno previsto, cioè, regimi fiscali di favore (come la riduzione dell'imposta sul reddito), procedure amministrative semplificate, quadri normativi più flessibili ed incentivi aggiuntivi, consistenti nella sospensione dal pagamento dei diritti doganali (dazi ed IVA all'importazione), nella riduzione dei contributi previdenziali a carico del datore di lavoro per un determinato periodo di tempo e in interventi infrastrutturali mirati. Un approccio, questo, che appare senza dubbio attraente, consentendo agli Stati di attrarre investimenti senza estendere i privilegi fiscali all'intera economia e senza mettere a repentaglio le entrate pubbliche.

L'elezione di Donald Trump, nel 2016, ha poi segnato per gli USA una netta rottura con la politica commerciale precedente e ha ridefinito la funzione economica dei dazi[14]. Le tariffe, in modo particolare, non sono più viste principalmente come uno strumento di protezione economica, adoperato per stabilizzare e rafforzare le industrie nazionali, o come una mera fonte di entrate per il bilancio erariale. La loro funzione è radicalmente mutata, essendo state trasformate in un mezzo geopolitico per fare pressione su altri paesi e forzare negoziati, o per raggiungere obiettivi strategici (ottenere concessioni in ambiti specifici, come quelli della tecnologia, della difesa, dell'energia o dell'ambiente, oppure colpire settori strategici di nazioni rivali)[15]. Tale ridefinizione è stata radicale e di vasta portata, facendo emergere – nel contesto attuale di incertezza determinato dal nuovo corso della politica commerciale

[13] L'esplosione del fenomeno si è avuta, in particolare, tra gli anni Sessanta ed Ottanta del secolo scorso con la diffusione, in alcuni paesi, di strategie di sviluppo industriale orientate all'esportazione (specialmente in Asia) e con la crescente dipendenza dei produttori globali dalla produzione *offshore*. L'accelerazione della produzione internazionale, verificatasi alla fine degli anni Novanta e Duemila, e la rapida crescita delle catene del valore globali (GVC) hanno poi determinato la nascita di numerose nuove ZES in molti altri paesi. Per ulteriori approfondimenti sul tema delle origini e della diffusione delle ZES nel corso del XX e del XXI secolo, v. comunque C. BAISSAC, *Brief history of SEZs and overview of policy debates*, in T. FAROLE (a cura di), *Special Economic Zones in Africa. Comparing performance and learning from global experience*, The World Bank, Washington, DC (USA), 2011, pp. 23-60 e, più recentemente, S. VILLANI, *Porti franchi e ZES: dai vantaggi spesso mitizzati ai gravi rischi di evasione fiscale*, «Diritto e Processo Tributario», vol. IX, 2, 2023, pp. 247-304.

[14] Sulla funzione economica dei dazi doganali, v. P. BELLANTE, *I dazi come strumento di politica economica: natura, funzioni e classificazioni*, «GeoTrade: rivista di geopolitica e commercio estero», 11, 2024, pp. 90-92. Per approfondimenti sulla natura giuridica dell'obbligazione tributaria daziaria e sulla distinzione tra la nozione di dazio doganale e quelle affini dei diritti di confine e delle tasse di effetto equivalente, v. invece S. ARMELLA, *I dazi doganali*, in *Corso di Diritto tributario internazionale*, coordinato da V. UCKMAR, Cedam, Padova, 2002, pp. 1050-1095; ID., *Note sulla nozione di dazio doganale nella disciplina interna e internazionale (nota a Corte di giustizia UE, sez., V, cause riunite C-441/98 e C-442/98/2000 e Cass., sez. trib., n. 9155/2000)*, «Rivista di diritto tributario», 2001, pp. 2 e ss.; A. TROPEA, *La natura del dazio doganale*, Giappichelli, Torino, 2025.

[15] Su come i dazi doganali si sono evoluti da semplici barriere protezionistiche a potenti leve di pressione geopolitica, utilizzati dalle grandi potenze per colpire settori strategici di paesi rivali, per ottenere vantaggi commerciali e per imporre la propria influenza su questioni internazionali, v. recentemente Z. POGGI, *Il dazio come leva geopolitica?*, «GeoTrade: rivista di geopolitica e commercio estero», 11, 2024, pp. 4-5.

degli Stati Uniti – un nuovo importante aspetto che rende le zone economiche speciali (ZES) ancora più attraenti: il loro ruolo strategico nel mitigare l'impatto dei dazi e nel facilitare il *nearshoring*.

Le aziende insediate nelle ZES possono infatti notoriamente beneficiare di sospensioni e/o di esenzioni dai dazi doganali su materie prime e componenti importati, trasformandoli in prodotti finiti per l'esportazione verso gli USA. Ciò riduce significativamente i costi di produzione, che altrimenti subirebbero la morsa tariffaria[16].

Con la ristrutturazione delle catene di approvvigionamento, le ZES posizionate in aree geografiche amiche o logisticamente vicine agli USA (o all'Europa, nel caso delle ZES italiane/europee) diventano anche *hub* ideali per ridurre la dipendenza da fornitori lontani (es. Cina) ed abbreviare le *supply chain*, rispondendo alla necessità delle imprese di godere di una maggiore sicurezza operativa[17].

Nella pratica, tuttavia, la reale natura delle ZES è molto variegata e complessa. Analisi internazionali mostrano come, in molti casi, questi strumenti possano trasformarsi in "elefanti bianchi" – progetti costosi e poco produttivi – o in semplici centri di concentrazione dei profitti, piuttosto che in motori di sviluppo industriale[18]. Le multinazionali registrano, infatti, i propri profitti all'interno di queste zone per beneficiare di un trattamento fiscale favorevole, mentre la maggior parte delle operazioni effettive, come la produzione o la fornitura di servizi, avviene altrove,

[16] Per una ricostruzione sistematica di come i regimi di sospensione d'imposta e le *enclave* esenti all'interno delle ZES possano agire da strumenti di pianificazione doganale contro le barriere tariffarie e i dazi punitivi, si veda S. ARMELLA, *Diritto doganale*, Milano, EGEA, 2024; l'Autrice si sofferma, in particolare, sull'evoluzione delle Zone Franche quali istituti volti a garantire la *compliance* e la continuità delle catene di approvvigionamento aziendali a fronte dell'instabilità geoeconomica globale.

In ordine alla natura delle ZES quali deroghe spaziali al principio della territorialità del tributo e sulla legittimità della fiscalità doganale di vantaggio, si rinvia invece a G. RIVETTI, *Le zone economiche speciali tra ipertrofia normativa e aspettative di sviluppo economico*, in «Rivista Telematica di Diritto Tributario», n. 2/2021.

[17] Il mutamento della funzione economica dei dazi sta trasformando dunque le ZES in *hub* strategici per la regionalizzazione delle catene di fornitura (*friend-shoring*), dove le aziende delocalizzano o rilocalizzano le produzioni in paesi geograficamente o politicamente vicini per aggirare i dazi. Di fronte all'aumento delle tariffe doganali statunitensi e alla conseguente imprevedibilità degli scambi globali, le imprese stanno così abbandonando la ricerca dell'efficienza a breve termine (approccio *Just-in-Time*, JIT) in favore della resilienza, privilegiando una strategia di gestione della logistica e della produzione basata sulla creazione di scorte di sicurezza e sulla prossimità dei fornitori, con l'obiettivo di garantire la continuità operativa in caso di imprevisti (approccio *Just-in-Case*, JIC). Per ulteriori approfondimenti al riguardo, cfr. S. ROBBIANO, *The Geopolitical Reconfiguration of Global Supply Chains: Tariffs, Sanctions, and the Rise of Friend-Shoring*, «International Economics», 2025, pp. 1-25.

[18] In altri termini, in assenza di rigide misure di salvaguardia, c'è il rischio che le ZES diventino soltanto strumenti indiretti per lo spostamento dei profitti, piuttosto che strumenti sostenibili di sviluppo economico globale. Sui meccanismi giuridici attraverso i quali i porti franchi e le ZES si sono "adattati" a certe dinamiche, legislative e di mercato, trasformandosi gradualmente in una nuova forma di paradiso fiscale (o, se si preferisce, di società *offshore*), v. ancora S. VILLANI, *Porti franchi e ZES: dai vantaggi spesso mitizzati ai gravi rischi di evasione fiscale*, op. cit., pp. 247-304.

ISSN 2036-7821

all'interno dello stesso Paese o all'estero. Ciò crea un'evidente discrepanza tra il luogo in cui viene generato il valore economico e quello in cui i profitti vengono dichiarati e tassati.

Tale disconnessione, com'è facile immaginare, ha implicazioni più profonde sull'equità e sull'efficienza del sistema economico globale. In tali casi, infatti, le ZES diventano di fatto "isole fiscali" all'interno di un singolo Stato, dove regole diverse si applicano ad un gruppo limitato di imprese e a discapito degli altri contribuenti. Tale modello amplia, inoltre, il divario tra le imprese che operano all'interno di queste zone e quelle esterne soggette al regime fiscale generale, creando distorsioni della concorrenza e minando i principi di uguaglianza e di capacità contributiva[19].

1.3. *La riforma del sistema fiscale internazionale.*

Riconoscendo i crescenti rischi determinati da una sfrenata concorrenza fiscale e dalle strategie delle multinazionali, le organizzazioni internazionali, guidate dall'OCSE, hanno cercato di promuovere una profonda riforma del sistema fiscale internazionale per ripristinarne l'equilibrio e l'equità. Il progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) e l'accordo raggiunto nel 2021 in sede OCSE/G20 per l'adozione di un'imposta minima globale (*Global Minimum Tax*, GMT) sui profitti delle imprese multinazionali nell'ambito del cd. *Pillar Two* rappresentano, da questo punto di vista, un apprezzabile tentativo di colmare le lacune sfruttate da questi soggetti, garantendo che le imposte siano pagate nel luogo in cui il valore economico viene effettivamente creato, piuttosto che in quello in cui il suo trattamento fiscale è più vantaggioso. Il passaggio dal consenso teorico all'attuazione pratica ha messo in luce, tuttavia, profonde criticità.

Il panorama fiscale globale è tutt'altro che uniforme e i paesi affrontano queste riforme da posizioni molto diverse. Ciò che un paese in via di sviluppo considera, infatti, uno strumento necessario per proteggere le sue entrate limitate e per finanziare le sue esigenze di sviluppo può essere visto da un altro paese come una minaccia diretta al suo modello economico basato sull'attrattività fiscale e sui flussi di profitti transfrontalieri. Questa divergenza di interessi si traduce in un impegno disomogeneo, e spesso selettivo, nelle riforme internazionali. Conseguentemente, il sistema fiscale globale rimane vulnerabile e praticamente indifeso di fronte alla costante evoluzione delle scappatoie e delle tecniche di elusione fiscale: anche

[19] Si rischia, altresì, una corsa al ribasso degli *standard* lavorativi ed ambientali per il solo fine di attrarre investimenti, a discapito della sostenibilità a lungo termine. Su questa problematica, con riferimento specifico ad alcuni casi di studio, cfr. B.J. RICHARDSON, *Is east Asia industrializing too quickly-environmental regulation in its special economic zones*, «UCLA Pacific Basin Law Journal», Vol. 22, 1, 2004, pp. 150-244 e C. LEE, *Development of free economic zones and labor standards: a case study of free economic zones in Korea*, ILR Working Papers, Cornell University, School of Industrial and Labor Relations, 2005.

laddove le norme internazionali vengono formalmente approvate, alcuni Stati introducono infatti eccezioni o progettano incentivi che vanificano le riforme, senza violarle apertamente.

Così è avvenuto, ad esempio, in seguito all'approvazione dell'Accordo Fiscale Globale sulla GMT: l'amministrazione statunitense, a fine 2024, ha formalmente ritirato il suo sostegno all'iniziativa, definendola un atto contrario alla sua sovranità fiscale, e ha poi raggiunto, nel gennaio del 2026, un nuovo accordo con la coalizione dei 147 Paesi dell'*Inclusive Framework* dell'OCSE/G20, che ha previsto un regime di esenzione specifico per le multinazionali statunitensi dalle regole principali della Global Minimum Tax[20]. L'Unione Europea ha dovuto così rinunciare ad applicare le tasse punitive sulle filiali americane per salvare l'architettura generale della GMT. L'intesa siglata nel 2026 potrebbe tuttavia portare altri paesi a rivendicare trattamenti analoghi, rendendo la "tassa minima globale" meno universale di quanto originariamente pianificato.

1.4. *Obiettivi e struttura dell'articolo.*

Il presente contributo analizza l'evoluzione del diritto tributario internazionale e le sue profonde ripercussioni sulla sovranità agevolativa degli Stati, verificando se lo strumento della Zona Economica Speciale possa ancora operare come flessibile leva di politica fiscale e doganale strategica. L'indagine pone precisi interrogativi su come lo stallo della *governance* multilaterale registrato all'inizio del 2026 abbia trasformato la concorrenza tra ordinamenti in una dinamica asimmetrica e complessa, costringendo ad un radicale ripensamento dell'autonomia impositiva nazionale e dei vincoli comunitari.

Sotto il profilo metodologico, lo studio adotta un approccio critico e problematico, finalizzato a saggiare la reale tenuta dei meccanismi di coordinamento globale di fronte a nodi giuridici complessi, cui si cercherà di fornire, nella parte conclusiva del saggio, risposte sistematiche e soluzioni applicative. In questo scenario, l'articolo si propone di offrire alcuni spunti di riflessione sulle conseguenze immediate di questi avvenimenti e sulle questioni che essi lasciano aperte. In particolare, si mostrerà come il compromesso raggiunto dagli USA influenza fortemente le politiche di incentivazione fiscale degli Stati, specialmente quelle praticate mediante l'istituzione di zone economiche speciali, ed apre nuovi fronti di trattativa, non riducendo la concorrenza fiscale, ma trasformandola profondamente, rendendola più subdola e complessa rispetto al passato, per certi versi anche più aggressiva.

[20] Per un'analisi critica dello stallo internazionale del 2026 e delle concessioni accordate all'amministrazione statunitense nell'ambito dell'*Inclusive Framework*, si rinvia a J. DE GOEDE, *The Truncated Universality of Pillar Two: Geopolitical Compromises and the Future of GloBE*, in «International Tax Studies», n. 2, 2026.

La disamina si apre, nel secondo paragrafo, con la ricostruzione tecnica dell'impianto tricefalo della *Global Minimum Tax* (QDMTT, IIR e UTPR), sollevando dubbi sui reali effetti economici della ripartizione della potestà impositiva e sui meccanismi di *push-down* contabile. Il terzo paragrafo analizza il recepimento della disciplina *GloBE* nell'ordinamento nazionale ad opera del Decreto Legislativo n. 209/2023, mettendone in discussione il coordinamento con le tutele del *Safe Harbour* e con le agevolazioni per la ZES Unica del Mezzogiorno. Il quarto paragrafo affronta i principali nodi ermeneutici di diritto interno, interrogandosi sul conflitto strutturale tra la priorità alla fonte del *Pillar Two* e il regime per trasparenza delle società controllate estere (articolo 167 del TUIR), nonché sull'ipertrofia degli oneri di *compliance* legati alla determinazione del *Net GloBE Income*. Il quinto paragrafo sposta l'indagine sul piano del diritto eurounitario, esaminando la compatibilità della Direttiva n. 2523/2022 con le libertà fondamentali e ponendo in questione la tenuta delle deroghe per la coesione territoriale rispetto al rigido regime degli aiuti di Stato. Infine, il sesto paragrafo offre una risposta strutturata a tali interrogativi formulando soluzioni *de iure condendo* per una reingegnerizzazione tecnica degli incentivi. Vengono prospettati l'istituzione di un "*Safe Harbour* europeo della Coesione Territoriale", la formale blindatura del credito d'imposta meridionale come QRTC, la semplificazione tramite *Country-by-Country Reporting* e l'introduzione di una presunzione assoluta di insediamento reale ai fini CFC.

2. *Gli obiettivi perequativi e la struttura tricefala della GMT.*

La Global Minimum Tax (o "imposta minima globale") è una misura fiscale internazionale promossa dall'OCSE e sostenuta dal G20, che impone l'applicazione di un'aliquota minima del 15% sulle grandi multinazionali (ricavi > 750 milioni di euro) a partire dal 2024, con l'obiettivo di contrastare l'elusione fiscale (BEPS) e il trasferimento dei profitti verso i cc.dd. "paradisi fiscali" (le giurisdizioni o i paesi che presentano regimi fiscali estremamente vantaggiosi, un elevato segreto bancario ed una scarsa cooperazione nello scambio di informazioni).

Tale misura intende garantire una maggiore equità nel sistema fiscale internazionale, riequilibrando i carichi fiscali tra le giurisdizioni e ponendo fine alla "corsa al ribasso" (*race to the bottom*) delle aliquote d'imposta sulle società. Il principio su cui si basa è molto semplice: se un'azienda, al fine di ottimizzare il carico fiscale complessivo e di ridurre i costi operativi, decide di localizzare parte della sua attività e/o dei suoi beni in paesi o giurisdizioni a fiscalità agevolata, sarà comunque assoggettata ad una forma di tassazione minima integrativa (un'imposta globale sui redditi con aliquota del 15%), applicata nel luogo in cui effettivamente genera valore o realizza i suoi ricavi.

Per descrivere il predetto meccanismo di tassazione integrativa – definito dalle regole GloBE (*Global Anti-Base Erosion*) del *Pillar Two* (recepite nell'UE con la direttiva 2022/2523 e in Italia con il D.Lgs. 209/2023) – si potrebbe utilizzare una metafora. Quasi come fosse un mostro a tre teste posto a tutela del gettito fiscale degli Stati, il sistema GMT è composto da tre meccanismi principali di prelievo:

1) l'imposta minima integrativa interna qualificata (o *Qualifyied Domestic Minimum Top-up Tax*, QDMTT), che consente allo Stato in cui viene prodotto il reddito (giurisdizione locale) di tassare le società del gruppo che operano sul suo territorio, qualora la loro aliquota effettiva sia inferiore al 15%; in tal caso, la giurisdizione locale è autorizzata ad applicare un'imposta minima integrativa, prima che venga prelevata altrove;

2) la "regola dell'inclusione del reddito" (o *Income Inclusion Rule*, IIR), che stabilisce l'inclusione dei profitti esteri non rimpatriati delle imprese multinazionali nel calcolo del reddito imponibile della società madre (la controllante capogruppo, o *Ultimate Parent Entity*, UPE) e prevede l'applicazione di un'imposta integrativa sui profitti conseguiti in ciascun paese nella misura in cui questi siano stati tassati con un'aliquota effettiva inferiore al 15% (approccio *country-by-country*);

3) la "regola sui profitti sottotassati" (o *Undertaxed Profits Rule*, UTPR), che opera come meccanismo di "riserva", o *backstop*, della IIR e si attiva quando l'imposta integrativa non sia stata riscossa né dai paesi fonte né dai paesi di residenza delle imprese multinazionali; in questo modo, se una filiale di un gruppo in un paese estero è tassata al di sotto del 15% e la capogruppo non applica l'IIR, la UTPR consente ad altri paesi, dove il gruppo è presente (come l'Italia), di aumentare le tasse su quelle filiali o entità, solitamente attraverso la negazione della deducibilità di costi oppure con un aggiustamento fiscale equivalente.

L'architettura degli incentivi su cui si basa il predetto sistema ruota tutta intorno alla QDMTT, l'imposta minima nazionale qualificata che i paesi a fiscalità privilegiata dovrebbero essere spinti ad istituire e ad applicare per primi, allo scopo di evitare che le entrate fiscali siano riscosse dai paesi di residenza della società madre (tramite IIR) o da altri paesi (tramite UTPR)[21]. L'applicazione della QDMTT determina,

[21] Diversi studi recenti hanno preso in considerazione gli effetti economici dell'architettura degli incentivi legati alla GMT. In particolare, per una analisi dei meccanismi attraverso i quali l'imposta minima globale influenza le politiche fiscali e il benessere nei paesi che non sono paradisi fiscali, limitando gli incentivi delle multinazionali al trasferimento degli utili, v. N. JOHANNESEN, *The global minimum tax*, «Journal of Public Economics», vol. 212, 2022, 104709 e A. FERRARI, S. LAFFITTE, M. PARENTI e F. TOUBAL, *Profit-shifting Frictions and the Geography of Multinational Activity*, CEPII Working Paper n. 15, 2023. Per la valutazione dell'impatto economico della GMT sugli investimenti, v. invece OCSE, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Economic Impact Assessment: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Parigi, 2020; M. KEEN, L. LIU e H. PALLAN, *International Tax Spillovers and Tangible Investment, with Implications for the Global Minimum Tax*, IMF Working Paper n. 159, 2023 e K. BILICKA, M. DEVEREUX e I. GÜÇERI, *Tax-Avoidance*

pertanto, una ripartizione delle entrate che rispetta in via primaria il principio della tassazione alla fonte[22] e consente, per un effetto congiunto con la *Substance-based Income Exclusion* (SBIE)[23], di salvaguardare le politiche fiscali nazionali di attrazione degli investimenti materiali, legati fisicamente al territorio. L'adozione diffusa della QDMTT, supportata dall'applicazione dell'IIR e dell'UTPR nei paesi ad alta aliquota, dovrebbe garantire – nelle intenzioni dell'OCSE e del G20 – la tanto auspicata neutralizzazione del *profit shifting*.

A quest'ultimo proposito, è bene ricordare che la tassazione minima sui grandi gruppi multinazionali costituisce solo una parte di un progetto molto più ampio, il cd. "progetto BEPS" (*Base Erosion and Profit Shifting*), teso a modificare radicalmente le regole del diritto tributario internazionale attraverso l'elaborazione di un nuovo criterio di redistribuzione degli utili imponibili (*Pillar One*) e la fissazione di livelli minimi di imposizione, per risolvere una volta per tutte il problema della concorrenza fiscale tra gli Stati e della conseguente corsa al ribasso delle aliquote delle imposte sui profitti, al fine di attrarre gli investimenti delle multinazionali nelle economie nazionali (*Pillar Two*).

Nello stesso contesto dell'iniziativa *BEPS*, l'OCSE-G20 ha anche elaborato un insieme di disposizioni aventi come fine ultimo il contrasto dell'erosione – a livello globale – della base imponibile delle imposte societarie (le cosiddette *Global Anti-Base Erosion*

Networks and the Push for a "Historic" Global Tax Reform, «Tax Policy and the Economy», Vol. 37, 2023, pp. 57-108; per una analisi degli effetti della GMT sulle politiche fiscali, e in particolare, sulla decisione dei paesi relative alle aliquote dei tributi nazionali, v. S. HEBOUS e M. KEEN, *Pareto-Improving Minimum Corporate Taxation*, WP/21/250, ottobre 2021 e OCSE, *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Commentary to the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*, OECD, Parigi, 2022.

[22] La priorità concessa al principio della fonte trasforma quello della residenza (classico delle *CFC rules*) in un meccanismo di *backstop* (una clausola di chiusura o "rete di sicurezza" finale), che trova applicazione nel momento in cui né lo Stato della fonte né quello della controllante applicano il prelievo minimo.

Nel regime di imposta globale minima, come inizialmente configurato, era attribuita assoluta priorità al principio di residenza, applicato tramite la IIR, mentre si apriva solo qualche spazio al principio della fonte con la regola di supporto sui profitti sottotassati (la UTPR). L'effetto combinato delle due regole era quello di neutralizzare le pratiche di concorrenza fiscale dei paesi che adottavano politiche di agevolazione volte ad attrarre investimenti, facendosi carico del loro costo in termini di riduzione del gettito. Poteva accadere, tuttavia, che tali paesi, in virtù dell'applicazione della IIR e della UTPR, vedessero vanificato il beneficio fiscale concesso agli investitori, e di conseguenza anche il vantaggio acquisito in termini di nuovi insediamenti produttivi, senza poter recuperare la relativa perdita di gettito. Fu così che, durante l'ultima fase di discussione sul *Pillar Two*, si decise di evitare questo inconveniente, prevedendo la possibilità per le giurisdizioni a bassa imposizione di introdurre nel proprio ordinamento un'imposta integrativa interna qualificata (la QDMTT) e l'applicazione dell'IIR e della UTPR solo in via subordinata, nell'ipotesi in cui avanzasse – per incapienza della QDMTT – una quota di *top-up tax* da prelevare.

[23] Nell'ambito della *Global Minimum Tax* (*Pillar Two*) dell'OCSE, la SBIE è una clausola di salvaguardia che permette alle multinazionali di escludere una quota dei propri profitti dal calcolo della tassazione integrativa (*top-up tax*). L'esclusione si basa su una formula che calcola un rendimento figurativo di due fattori di produzione considerati poco mobili, vale a dire i costi del personale (*Payroll Carve-out*) e le attività materiali (*Tangible Asset Carve-out*). L'obiettivo della SBIE è, infatti, quello di ridurre l'imposizione fiscale sui profitti che superano una remunerazione normale delle attività materiali e del personale, tutelando le attività economiche reali.

Model Rules: da questo punto in poi, *GloBE Rules*). Tale insieme di disposizioni, approvate dagli Stati membri dell'OCSE il 14 dicembre 2021 (ed integrate da inevitabili successivi interventi chiarificatori), è stato convertito tempestivamente in diritto dell'Unione tramite la direttiva UE 2022/2523 del Consiglio del 14 dicembre 2022 (d'ora in avanti, direttiva *GloBE*).

3. *Il quadro nazionale italiano di contrasto all'erosione della base imponibile (BEPS) e alla pianificazione fiscale aggressiva.*

L'evoluzione del quadro internazionale ed unionale in materia di misure di contrasto all'erosione delle basi imponibili e alle pratiche di pianificazione fiscale aggressiva dei gruppi multinazionali è stata tenuta in considerazione – e recepita – anche dal legislatore italiano, mediante il D.Lgs. 29 novembre 2018, n. 142 (pubblicato in GU n. 300 del 28 dicembre 2018), noto come *Decreto ATAD*, con cui il nostro paese ha recepito le direttive europee anti-elusione (ovverosia, la c.d. *ATAD 1 Directive* del 12/07/2016 n. 1164 e la *ATAD 2 Directive* del 29/05/2017 n. 952) e la *Legge delega per la riforma del sistema fiscale* (la legge n. 111 del 9 agosto 2023; d'ora in poi, LDRF)[24] con i correlati decreti legislativi di attuazione[25].

In particolare, l'implementazione della direttiva sulla tassazione minima globale è stata prevista dall'art. 3, comma 1, lettera *e)*, della legge delega, che include tra i principi e i criteri di delega anche l'introduzione dell'imposta minima domestica (cfr. punto 1 dell'art. 3, primo comma, lett. *e)*), e dagli artt. 13-21 del *Decreto legislativo di attuazione della riforma fiscale in materia di fiscalità internazionale* (il d.lgs. n. 209 del 27 dicembre 2023; d'ora in poi, Decreto FI)[26]. L'imposta minima nazionale è stata poi introdotta dall'art. 18 del decreto legislativo delegato e strutturata in modo tale da poter funzionare come una misura non soltanto qualificata (e cioè per essere detratta

[24] L'ambizioso progetto di riforma prospettato nella citata Legge Delega 111/2023 è stato oggetto fin da subito di ampi e ragionati commenti, contenuti in diverse opere collettanee. Tra queste, ve ne sono alcune di particolare interesse che meritano in questa sede di essere menzionate: A. TOMASSINI (a cura di), *Riforma fiscale*, Giuffrè, Milani, ottobre 2023; A. GIOVANNINI (a cura di), *La riforma fiscale. I diritti e i procedimenti*, Pacini Giuridica, Pisa, 2024.

[25] Per approfondimenti relativi agli aspetti internazionali ed europei della riforma fiscale italiana, previsti *in primis* dal d.lgs. 27 dicembre 2023, n. 209, cfr. P. PISTONE, *La nuova disciplina sulla residenza delle persone fisiche e delle persone giuridiche nel sistema di imposizione reddituale*, in «Diritto e pratica tributaria internazionale», 3, 2023, pp. 870 e ss., F. VISMARA e A. SAVORANA, *Prime considerazioni e spunti sulla nuova residenza fiscale delle società (in una prospettiva anche sovranazionale)*, «Rivista di Diritto Tributario», 9(1), 2024, pp. 1-26, A. PERSIANI, *La nozione di residenza fiscale delle società dopo il d. lgs. n. 209 del 2023*, «Giustizia Insieme», 2, 2025, pp. 249-267 e i vari studi contenuti nel fascicolo n. 2/2024 della rivista «Diritto e Pratica Tributaria Internazionale», dedicato specificamente alle tematiche suddette nel contesto dell'attuazione della LDRF.

[26] Il termine per il recepimento della Direttiva (UE) 2022/2523 era fissato al 31 dicembre 2023, con entrata in vigore dal 1° gennaio 2024. Al febbraio 2026, quasi tutti gli Stati membri dell'Unione Europea ne hanno completato il recepimento, dopo una fase iniziale di ritardi che aveva portato la Commissione Europea ad avviare diverse procedure di infrazione dinanzi alla Corte di Giustizia dell'UE per omessa notifica delle misure nazionali.

dall'imposizione integrativa complessivamente dovuta nel Paese), ma anche come un "porto sicuro" (*Safe Harbour*), consentendo, alle multinazionali che intendono avvalersi della semplificazione prevista dall'OCSE[27], di ridurre i rischi di doppia tassazione ed i propri costi di *compliance* assumendo l'importo pagato a titolo di imposta minima nazionale (QDMTT) come equivalente all'intera imposta integrativa dovuta (*top-up tax*) per la giurisdizione italiana[28].

Tale impianto normativo va collegato con le previsioni contenute nell'art. 6, co. 1, lett. *a)*, della legge delega, relative alla possibilità di riduzione dell'aliquota IRES in caso di condotte "virtuose" delle società e degli enti in tema di investimenti, di assunzioni o di partecipazione dei dipendenti agli utili dell'impresa, e con quelle contenute nell'art. 9, co. 1, lettere *g)* ed *i)*, tramite le quali è stata conferita delega al Governo per la revisione e la razionalizzazione degli incentivi fiscali alle imprese, nonché dei meccanismi di determinazione e di fruizione degli stessi, e per la semplificazione del sistema di agevolazioni fiscali riequilibratrici (volte, cioè, a favorire lo sviluppo economico del Mezzogiorno e ridurre i divari territoriali) concesse alle imprese che investono nelle Zone Economiche Speciali.

Il tutto va infine coordinato con quanto previsto:

- dall'art. 16 del decreto-legge n. 124 del 19 settembre 2023 (c.d. "Decreto Sud" o "Decreto rilancio Mezzogiorno", convertito nella legge n. 162 del 13 novembre 2023), che disciplina il credito d'imposta concesso alle imprese che effettuano investimenti nella nuova Zona Economica Speciale per il Mezzogiorno (c.d. "ZES unica"), nella quale confluiscono le otto Zone Economiche Speciali preesistenti, al fine di garantire un rilancio unitario delle attività produttive nel territorio delle Regioni interessate (cfr. art. 13 del suddetto decreto-legge);
- dal pacchetto di misure previste nel cd. "Decreto Coesione" (decreto-legge n. 60 del 7 maggio 2024) per sostenere lo sviluppo occupazionale all'interno della ZES Unica, e in generale nel Mezzogiorno (artt. 22-24);
- dalla *Legge delega di riforma del sistema di incentivi alle imprese* (legge n. 160 del 27 ottobre 2023) e con i connessi decreti attuativi, che il Governo è delegato ad adottare per definire un sistema organico degli incentivi alle imprese, attenendosi ai principi e ai criteri direttivi enunciati nell'art. 2 della delega e, in modo particolare, al «principio della più ampia coesione sociale, economica e territoriale

[27] Il riconoscimento dello status di imposta "qualificata" e la possibilità di adottare i *Safe Harbours* (regimi di "porto sicuro"), in conformità alle linee guida OCSE, è stata prevista dall'art. 30 del Decreto FI. Le norme che ne regolano specificamente l'applicazione sono invece contenute nel Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 1° luglio 2024 (artt. 8 e 9).

[28] In virtù di questo meccanismo, l'importo versato in Italia a titolo di imposta minima nazionale non deve essere necessariamente ricalcolato secondo i principi contabili della casa madre estera. Esso può essere determinato sulla base dei bilanci qualificati locali italiani e tale valore viene accettato internazionalmente come definitivo.

ISSN 2036-7821

per uno sviluppo economico armonico ed equilibrato della Nazione, con particolare riferimento alle politiche di incentivazione della base produttiva del Mezzogiorno».

4. *Le questioni relative all'attuazione delle regole della GMT sui regimi territoriali agevolati.*

L'introduzione della GMT, basata sul Pillar Two dell'OCSE/G20, rappresenta una delle riforme tributarie più ambiziose degli ultimi decenni, poiché rappresenta un cambio di paradigma fondamentale, che scardina il dogma della sovranità fiscale assoluta e, fissando uno *standard* minimo globale, costringe gli Stati ad accettare che il prelievo fiscale su una società non dipenda esclusivamente dalle leggi del paese in cui opera. La sua attuazione pratica incontra, tuttavia, numerose criticità, che potrebbero trasformare il succitato Secondo Pilastro in un gigante maestoso ed imponente, ma dai piedi d'argilla. Il suo funzionamento è viziato, infatti, dalla presenza di alcune fragilità strutturali di fondo, che potrebbero determinarne il "crollo" improvviso.

4.1. *Complessità tecnica delle regole GloBE, oneri di compliance e metamorfosi dinamica del diritto tributario internazionale.*

Una delle criticità tecniche più profonde è rappresentata, per esempio, dalla complessità del calcolo dell'imposta minima globale, che presuppone il passaggio dal reddito fiscale tradizionale, dichiarato allo Stato, all'utile contabile rettificato sulla base delle regole *GloBE* (il cd. *Net GloBE Income*). Tali regole servono, logicamente, a trasformare il risultato di bilancio in una base imponibile standardizzata, eliminando le voci che non riflettono l'effettiva capacità contributiva, o che sono trattate troppo diversamente dai vari Stati, ma molto spesso rendono il calcolo del prelievo troppo complesso e costringono le aziende a sopportare oneri di *compliance* (costi fissi per l'adeguamento tecnologico, per le consulenze legali e per l'assunzione di personale qualificato) elevatissimi. Per le multinazionali che operano con margini di profitto risicati, i costi di conformità per il *Pillar Two* potrebbero, infatti, arrivare a livelli tali da assorbire una quota significativa del beneficio fiscale derivante dall'operare in certe giurisdizioni. Paradossalmente, il costo amministrativo per dimostrare di essere in regola può, in certi casi, superare il risparmio fiscale ottenuto investendo o insediandosi in aree o paesi a tassazione privilegiata.

Per correggere l'eccessiva complessità e ridurre, pertanto, i predetti oneri di conformità, l'OCSE ha adottato diverse misure correttive, incentrate principalmente su *Safe Harbours* (regimi di "porto sicuro") temporanei, basati sui dati del *Country-by-Country Reporting* (CbCR), e ha rilasciato, a più riprese, linee guida amministrative

(*Administrative Guidance*) relative ad informazioni di dettaglio su obblighi amministrativi, meccanismi di coordinamento e *standard* informativi. In questo modo, tuttavia, l'evoluzione verso le citate forme di *soft law* rinforzata sta segnando il passaggio da un diritto tributario di tipo "statico", basato su strumenti bilaterali, difficili da rinegoziare e pensati per un'economia fisica, ad un sistema "liquido" o dinamico, basato su strumenti multilaterali e gestito prevalentemente da organismi tecnici. Una metamorfosi, questa, che solleva questioni delicate di democrazia fiscale e di certezza del diritto. In tali scenari, infatti, la matrice tecnica della norma tributaria sembra quasi fagocitare il principio di rappresentanza e di partecipazione democratica, se non vi facesse da contrappeso la polifunzionalità della tecnica che, essendo dimostrabile ed argomentabile, assume il ruolo di fattore legittimante della legislazione fiscale in sede internazionale, fornendo una sorta di motivazione implicita e una maggiore trasparenza alle formulazioni impositive adottate, attraverso il ricorso a forme di consultazione pubblica e alla possibilità di sottoporre osservazioni alle bozze dei documenti normativi.

Nel caso del Pillar Two e della GMT, è importante segnalare che la legittimazione democratica si è manifestata comunque, sebbene indirettamente (tramite l'azione dei Governi) ed in via differita (l'approvazione della Direttiva e il recepimento della stessa da parte degli Stati membri è intervenuta, infatti, *ex post* rispetto all'elaborazione della normativa, la cui approvazione ha seguito una direzionalità *top-down*). Soprattutto, merita di rilevare come l'intero percorso di definizione dei due Pilastri della riforma della tassazione dell'economia digitale, avviato con l'iniziativa intrapresa nel 2013 dall'OCSE e dai Paesi appartenenti al G20 nell'ambito del cosiddetto progetto BEPS, sia stato accompagnato da fasi di consultazione pubblica (*Public Consultation Meetings*, tenutisi fisicamente presso la sede dell'OCSE a Parigi, ma spesso trasmessi in diretta *streaming* sulla OECD Web TV, per garantire la trasparenza) e di dibattito a livello tecnico-scientifico (*Discussion Drafts*)[29].

4.2. *Meccanismi di coordinamento tra Pillar Two e tutele fiscali per le ZES: profili generali.*

L'attuazione pratica della *Global Minimum Tax* nel contesto dei rapporti tra fonti multilaterali e ordinamenti interni solleva nodi ermeneutici di complessa risoluzione, in particolar modo laddove le regole GloBE si sovrappongono alle preesistenti

[29] Per approfondimenti sulla crisi di legittimità democratica del diritto tributario internazionale, che scaturisce dalla tensione tra l'esigenza di una governance globale efficace e il principio costituzionale della riserva di legge (*no taxation without representation*), e sulla crescente preminenza del profilo tecnocratico rispetto a quello politico-rappresentativo nella formulazione della regolazione fiscale transnazionale, v. L. COSTANZO, *Democrazia e tecnocrazia nella norma tributaria: conflitto o concordato dinamico?*, «Rivista Telematica di Diritto Tributario», 19 dicembre 2023; R. KOCHE, *Fiscalità e globalizzazione: pensare il diritto tributario in un quadro filosofico-giuridico transnazionale?*, «L'altro diritto. Carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni» n. 3/2019, pp. 48-61.

discipline nazionali sulle società controllate estere. La coesistenza tra i meccanismi impositivi del *Pillar Two* e i regimi CFC genera frizioni strutturali che la dottrina internazionalistica ha diffusamente esaminato sotto il profilo della potenziale doppia imposizione e della distorsione dei criteri di ripartizione della potestà tributaria tra Stato della fonte e Stato della residenza[30]. Il superamento di questo cortocircuito istituzionale è stato affidato a una rigida gerarchia dei prelievi fondata su regole di *push-down* contabile, in forza delle quali le imposte addebitate per trasparenza alla società controllante nello Stato di residenza vengono imputate direttamente alla consociata estera, incrementandone artificialmente le imposte coperte ai fini del calcolo dell'aliquota effettiva globale. Questo coordinamento cronologico subisce, tuttavia, un'inversione asimmetrica qualora la giurisdizione della fonte si sia avvalsa della facoltà di introdurre un'imposta minima nazionale qualificata. Il primato della QDMTT rispetto alla tassazione per trasparenza della *Ultimate Parent Entity* finisce, infatti, per drenare il gettito a favore del paese in cui si realizza l'attività materiale, depotenziando la portata originaria delle storiche clausole anti-elusive domestiche e costringendo ad un ripensamento delle tradizionali tutele previste per i regimi territoriali agevolati.

Nel quadro normativo italiano, il recepimento attuato con il Decreto Legislativo n. 209/2023 ha imposto una profonda riscrittura dell'articolo 167 del TUIR, introducendo meccanismi di semplificazione strutturale tesi ad allineare il tasso di tassazione virtuale ai parametri standardizzati dell'OCSE, disattivando l'imputazione per trasparenza qualora la controllata sconti un'aliquota effettiva pari o superiore alla soglia critica del 15 per cento[31]. Tale intervento di adeguamento riflette una più ampia rimodulazione della sovranità fiscale agevolativa. I governi vedono infatti vanificata l'efficacia attrattiva dei tradizionali incentivi basati su esenzioni totali o riduzioni dell'aliquota nominale, storicamente posti alla base delle Zone Economiche Speciali[32]. L'automatismo della *top-up tax* comporta il paradosso

[30] Sulle affinità di *ratio* e sulle frizioni impositive emergenti dall'interazione tra le regole GloBE e i regimi CFC, si veda in particolare B.J. ARNOLD, *An investigation into the interaction of CFC Rules and the OECD Pillar Two Global Minimum Tax*, in «Bulletin for International Taxation», vol. 76, n. 6, 2022; G. PICCININI e C. FERRANTI, *L'interazione tra global minimum tax e regimi CFC*, in «Il Fisco», n. 14, 2023, p. 1359.

[31] Per un'analisi dettagliata del processo di recepimento nell'ordinamento italiano e della riscrittura dell'art. 167 del TUIR ad opera del d.lgs. n. 209 del 2023, finalizzata ad allineare il *Virtual Tax Rate* e l'*Effective Tax Rate*, si veda P. PISTONE, *La nuova disciplina sulla residenza delle persone fisiche e delle persone giuridiche nel sistema di imposizione reddituale*, in «Diritto e pratica tributaria internazionale», 3, 2023, pp. 870 ss.

[32] Sul concetto di compressione dell'autonomia impositiva e sui meccanismi di adeguamento dei regimi agevolativi interni, cfr. diffusamente l'ampio contributo di F. RUSSO, *Global minimum tax e sovranità fiscale agevolativa*, in «Rivista di Diritto Tributario Internazionale», n. 3/2024, pp. 179 ss., il quale esamina i possibili adattamenti del sistema nazionale alle regole GloBE tramite la conversione degli incentivi in crediti d'imposta QRTC. Per una valutazione del caso italiano, e cioè degli effetti prodotti dal *soft law* dell'OCSE sulla regolamentazione dei *benefit* previsti in Italia per le imprese che investono nel territorio della Zona Economica Speciale Unica, v. S. VILLANI, *Le zone economiche speciali e le nuove frontiere della fiscalità internazionale: il caso italiano*, «Istituzioni Diritto Economia», 1, 2024, pp. 83-107. Sul riparto delle competenze e i limiti degli aiuti di

per cui il beneficio concesso dallo Stato della fonte viene neutralizzato e riassorbito da un prelievo integrativo operato in un'altra giurisdizione, privando di utilità economica le misure di favore introdotte per ridurre i divari territoriali. Questa distorsione obbliga i legislatori nazionali a una riconversione strutturale dei regimi di favore verso i crediti d'imposta qualificati rimborsabili, i quali, venendo assimilati dalle regole di coordinamento OCSE a incrementi del reddito d'impresa anziché a decrementi delle imposte coperte, attenuano l'impatto flessivo sull'aliquota effettiva e salvaguardano la convenienza degli investimenti territoriali nelle aree economiche speciali.

Sotto il profilo della compatibilità con il diritto eurounitario, è importante invece evidenziare come l'interazione tra la disciplina GloBE e l'autonomia impositiva degli Stati membri debba essere necessariamente letta alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di libertà fondamentali, divieto di aiuti di Stato e coesione territoriale. Il vaglio europeo sul coordinamento fiscale internazionale risente storicamente dei principi sanciti nella celebre sentenza *Cadbury Schweppes* (C-196/04), dove i giudici di Lussemburgo hanno circoscritto l'applicazione delle normative CFC alle sole costruzioni puramente artificiose volte ad eludere l'imposta nazionale, escludendone l'operatività laddove sia dimostrata la sussistenza di un insediamento reale e lo svolgimento di un'attività economica effettiva nel territorio dell'Unione[33]. Il sistema della *Global Minimum Tax*, pur recepito tramite lo strumento della Direttiva (UE) 2022/2523 al fine di garantire un'uniforme applicazione nel mercato unico, si scontra con i canoni di proporzionalità e non discriminazione elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, specialmente se rapportato alla legittimità costituzionale di regimi derogatori territoriali istituiti per ragioni perequative. Sebbene la previsione della *Substance-based Income Exclusion* sia dichiaratamente volta a tutelare le attività economiche reali e gli investimenti materiali ancorati al territorio, l'introduzione di una soglia minima generalizzata e i rigidi vincoli procedurali ad essa connessi rischiano di travalicare lo scrutinio di stretta necessità. Si configura in tal modo una potenziale frizione con la libertà di stabilimento, che mina la tenuta delle tutele giurisprudenziali europee e la stessa funzione compensativa delle ZES di fronte all'avanzata delle fonti di *soft law* globale e dei meccanismi tecnocratici multilaterali.

Stato per finalità sociali, vedi invece F. GALLO, *L'Europa sociale e l'Europa fiscale dopo il Trattato di Lisbona*, in «Diritto e Pratica Tributaria», 5, 2016, pp. 1789-1805.

[33] Con riferimento alla giurisprudenza di Lussemburgo sulla libertà di stabilimento e sul contrasto alle pratiche elusive, si rimanda alla fondamentale sentenza Corte di Giustizia UE, 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*. Per l'inquadramento di tali principi nell'adeguamento dell'ordinamento italiano alle linee guida internazionali ed europee, v. F. AMATUCCI, *L'adeguamento dell'ordinamento tributario nazionale alle linee guida dell'Ocse e dell'UE in materia di lotta alla pianificazione fiscale aggressiva*, in «Rivista Trimestrale di Diritto Tributario», 1, 2015, pp. 3-26.

5. *Lo stallo del coordinamento internazionale e la ridefinizione della sovranità agevolativa nell'Unione Europea e in Italia.*

I cortocircuiti e le profonde asimmetrie applicative poc'anzi esaminati sul piano della complessità contabile, delle tutele di *Safe Harbour* e della frizione con i regimi anti-elusivi nazionali si inseriscono, nell'attuale scenario delle relazioni tributarie transnazionali, in una più ampia e strutturale fase di stallo, determinata dal progressivo cedimento dell'universalità originaria del progetto *Pillar Two*. L'accordo raggiunto all'inizio del 2026 tra l'amministrazione statunitense e la coalizione dell'*Inclusive Framework* ha istituzionalizzato un regime asimmetrico di esenzione a tutela delle multinazionali d'oltreoceano, mandando in crisi l'impianto multilaterale dell'OCSE. La necessità per l'Unione Europea di rinunciare all'applicazione delle previste tasse punitive sulle filiali americane per salvaguardare l'architettura generale della *Global Minimum Tax* (GMT) ha aperto una fessura sistemica nel principio di uguaglianza impositiva globale. Questo arresto nei negoziati internazionali non rappresenta una semplice battuta d'arresto procedurale, ma innesca una reazione a catena in cui le giurisdizioni nazionali, spinte dalle rivendicazioni di trattamenti analoghi da parte di altri paesi concorrenti, tendono a riappropriarsi di spazi di sovranità fiscale agevolativa che si ritenevano definitivamente compressi. Per gli Stati europei, e per l'Italia in particolare, lo stallo multilaterale solleva complessi nodi interpretativi in ordine alla tenuta delle proprie politiche attrattive e alla compatibilità delle tutele domestiche rispetto alle rigide maglie della Direttiva (UE) 2022/2523.

5.1. *La frammentazione dei regimi speciali territoriali e il destino della sovranità agevolativa europea.*

Il parziale disimpegno degli Stati Uniti dall'impianto standardizzato GloBE altera profondamente i flussi del *nearshoring* e del *friend-shoring*, costringendo l'Unione Europea a rimodulare il difficile equilibrio tra il rigore della fiscalità minima e la necessità di sostenere la competitività industriale del blocco continentale. La letteratura giuridica[34] evidenzia come l'esistenza di canali di salvaguardia esclusivi o paralleli per determinati attori geopolitici mini l'efficacia dei sistemi di

[34] In tal senso, oltre all'analisi di F. RUSSO già citata, si veda L. RUBINI, *I segni dei tempi: unilateralismo o cooperazione? Riflessioni sulle nuove misure dell'Unione europea a tutela del mercato interno*, in «Eurojus», 2023, pp. 15-20, in ordine al rischio di destrutturazione del principio di non-discriminazione multilaterale (OMC). Sulla crisi delle architetture commerciali e doganali globali indotta dal riemergere di logiche realiste e protezionistiche tra blocchi, si rimanda invece a S. ARMELLA, *Diritto doganale dell'Unione europea*, Milano, EGEA, 2017. Per un inquadramento dogmatico del fenomeno sotto il profilo della *governance* fiscale internazionale, cfr. altresì P. PISTONE, J. DE GOEDE e A. LAUKKANEN (a cura di), *Special Tax Zones in the Era of International Tax Coordination*, Amsterdam, IBFD, 2019, con riguardo alle frizioni tra le agevolazioni territoriali selettive e le regole globali anti-abuso.

coordinamento globali. In tal modo, la concorrenza fiscale si trasforma da palese a sotterranea, divenendo per certi versi ancor più aggressiva. Gli Stati membri si trovano oggi in una posizione di oggettivo svantaggio competitivo se costretti ad applicare in modo inflessibile le regole ordinarie della *top-up tax* sui propri regimi territoriali speciali, mentre concorrenti extra-UE operano in un regime di sovranità negoziata ed asimmetrica. Questa sproporzione impone una riflessione in sede comunitaria circa i limiti degli aiuti di Stato e la tenuta delle deroghe per finalità sociali e di coesione territoriale. Il rischio immanente è che l'Unione Europea rimanga l'unica area economica vincolata a uno *standard* universale ormai superato dai fatti, subendo la delocalizzazione dei profitti e degli investimenti reali verso giurisdizioni dotate di maggiore flessibilità normativa.

5.2. *Il dibattito in sede comunitaria: i limiti degli aiuti di Stato e la tenuta delle deroghe per finalità di coesione territoriale.*

I cortocircuiti e le profonde asimmetrie applicative derivanti dal parziale disimpegno degli Stati Uniti dall'impianto standardizzato GloBE impongono di avviare una profonda riflessione in sede comunitaria circa i limiti della disciplina degli aiuti di Stato (artt. 107 e 108 TFUE) e la tenuta delle deroghe per finalità sociali e di coesione territoriale. Se l'Unione Europea rimarrà l'unica area economica vincolata all'applicazione rigida della Direttiva (UE) 2022/2523, mentre le altre potenze globali negozieranno esenzioni *ad hoc*, il principio cardine della coesione economica, sociale e territoriale sancito dai Trattati europei verrà irrimediabilmente subordinato a un rigido dogmatismo tecnocratico[35]. La Commissione Europea si trova oggi nella necessità di ridiscutere la compatibilità degli aiuti di Stato a finalità regionale, non più soltanto alla luce delle distorsioni interne al mercato unico, ma valutando la capacità di resistenza dei territori svantaggiati rispetto ai flussi di delocalizzazione extra-UE e alle dinamiche aggressive del *friend-shoring*[36].

La riflessione eurounitaria dovrebbe muoversi verso la strutturazione di un "*Safe Harbour* della Coesione Territoriale", ossia un regime di esenzione permanente e vincolante in grado di superare i canoni di proporzionalità e non discriminazione finora elaborati dalla giurisprudenza di Lussemburgo. Tale meccanismo dovrebbe escludere automaticamente dall'applicazione della *top-up tax* — andando ben oltre i

[35] Sulle implicazioni della Direttiva (UE) 2022/2523 e sui profili di legittimità delle sanzioni fiscali secondarie, cfr. E. TRAVERSA e A. PIRLOT, *Tax sovereignty and territoriality under siege: how far should the EU freedoms of movement impact on the territorial allocation of taxing powers between member states?*, IBFD, Amsterdam, 2014; e Assonime, *Il difficile coordinamento tra il Pillar II, le agevolazioni fiscali e le CFC*, Circolare n. 30/2022.

[36] Sul concetto di compressione dell'autonomia impositiva e sulla necessità di coordinare la disciplina degli aiuti di Stato con i principi di coesione sociale e territoriale post-Lisbona, v. già F. GALLO, *L'Europa sociale e l'Europa fiscale dopo il Trattato di Lisbona*, op. cit., 2016, pp. 1789-1805; nonché F. RUSSO, *Global minimum tax e sovranità fiscale agevolativa*, in «Rivista di Diritto Tributario Internazionale», n. 3/2024, pp. 179 ss..

limiti restrittivi e formali della *Substance-based Income Exclusion* (SBIE) — i profitti derivanti da attività economiche reali ed investimenti materiali realizzati all'interno di aree geografiche depresse o ZES istituite per scopi perequativi. Solo attraverso questa flessibilità normativa l'Unione Europea potrà evitare che le politiche compensative degli Stati membri vengano neutralizzate da meccanismi impositivi transnazionali, salvaguardando la funzione sociale degli incentivi territoriali di fronte all'avanzata di una *governance* globale non più uniforme.

5.3. *Le ripercussioni sul modello attrattivo italiano: la ZES Unica del Mezzogiorno e la gestione del conflitto fra GMT e discipline CFC.*

Calata in questa incerta cornice europea, la situazione dell'ordinamento italiano mostra come lo stallo negoziale globale si rifletta direttamente sulla funzionalità del pacchetto di incentivi varato per la ZES Unica del Mezzogiorno ai sensi del Decreto-Legge n. 124/2023. Il legislatore nazionale ha tempestivamente recepito le regole GloBE tramite il Decreto Legislativo n. 209/2023, introducendo un'imposta minima nazionale qualificata (QDMTT) e un'ampia riforma della disciplina CFC volta a limitare duplicazioni impositive e oneri di *compliance*. Tuttavia, l'efficacia attrattiva del credito d'imposta per gli investimenti meridionali rimane legata alla complessa ed onerosa transizione verso la categoria dei crediti d'imposta qualificati rimborsabili (*Qualified Refundable Tax Credits* - QRTC). Se, da un lato, la qualificazione dell'incentivo come QRTC permette di attenuare l'impatto flessivo sull'aliquota effettiva (ETR) incrementando il denominatore del reddito anziché abbattere il numeratore delle imposte coperte, dall'altro lato l'introduzione di regimi asimmetrici paralleli a livello internazionale rischia di trasformare questa architettura in un inutile moltiplicatore di adempimenti burocratici per le imprese multinazionali.

In questo scenario, la gestione del potenziale conflitto fra la GMT e la disciplina delle società controllate estere (art. 167 TUIR) offre un chiaro esempio delle frizioni strutturali del sistema. Storicamente, le normative CFC operano secondo un principio di attrazione per trasparenza nello Stato della controllante (residenza); al contrario, l'architettura della GMT attribuisce una priorità logica e cronologica alla tassazione alla fonte, specialmente laddove lo Stato ospitante applichi una QDMTT. Il coordinamento tecnico elaborato in sede OCSE ha cercato di risolvere la sovrapposizione attraverso regole di *push-down* contabile, imputando le imposte pagate per trasparenza dalla controllante direttamente alla controllata estera per incrementarne l'aliquota effettiva[37]. Questa soluzione, tuttavia, crea una asimmetria penalizzante, che andrebbe eliminata, o almeno attenuata: se lo Stato della fonte

[37] Per una disamina dei meccanismi di coordinamento basati sul *push-down* delle imposte e sulla ridefinizione del primato della fonte rispetto ai regimi tradizionali di trasparenza, si veda Assonime, *Il difficile coordinamento tra il Pillar II, le agevolazioni fiscali e le CFC*, Circolare n. 30/2022, p. 21.

(come l'Italia nella ZES) riduce drasticamente il prelievo nominale per attrarre investimenti, la reintroduzione dell'imposta avviene comunque tramite la *top-up tax* o le regole CFC della controllante, svuotando di significato la sovranità agevolativa locale. La disattivazione della CFC italiana per le controllate che scontano un'aliquota effettiva pari o superiore al 15% mitiga dunque il problema sul piano interno, ma lascia impregiudicato il rischio di un drenaggio di gettito qualora la capogruppo sia estera.

6. *Conclusioni e proposte de iure condendo.*

L'indagine condotta mette in luce come, nell'era del coordinamento fiscale internazionale, il ruolo delle Zone Economiche Speciali sia giunto oramai ad una delicata svolta evolutiva. Nate storicamente come strumenti eccezionali di deroga territoriale per stimolare investimenti, accelerare lo sviluppo economico in aree arretrate o svantaggiate e colmare divari infrastrutturali, le ZES rischiano oggi di essere fortemente depotenziate dall'automatismo della *Global Minimum Tax*. Il principio di standardizzazione impositiva del *Pillar Two* ha progressivamente scardinato il dogma della sovranità fiscale assoluta, introducendo parametri contabili uniformi che prescindono dalle reali istanze perequative dei singoli Stati. Tuttavia, il quadro globale emerso dallo stallo negoziale del 2026 evidenzia il fallimento, sul piano giuridico, dell'universalismo puro.

Il parziale disimpegno degli Stati Uniti e la conseguente frammentazione geopolitica delle catene globali del valore dimostrano che la fiscalità rimane una leva strategica irrinunciabile nei conflitti ibridi globali[38]. In questo contesto asimmetrico, l'Unione Europea e l'Italia affrontano un duplice paradosso, poiché da un lato subiscono oneri di conformità tecnologica ed amministrativa sproporzionati rispetto alle reali dimensioni dei propri mercati, mentre dall'altro l'applicazione rigida delle tutele GloBE rischia di tradursi in un *autogol* competitivo, neutralizzando gli sforzi di attrazione degli investimenti operati tramite la ZES Unica del Mezzogiorno.

Il presente lavoro mostra come la sopravvivenza economica delle ZES europee non può più dipendere da agevolazioni nominali d'imposta, destinate a essere riassorbite dalle *top-up taxes* estere. Essa richiede, invece, una sofisticata e tempestiva reingegnerizzazione tecnica degli incentivi territoriali, che ne preservi il valore reale, coordinando la riscrittura delle norme interne con le evoluzioni della giurisprudenza

[38] In merito all'impatto della GMT sulle politiche di attrazione degli investimenti industriali e sulle catene del valore, v. M. DEVEREUX e L. VELLA, *Foreign Direct Investment and the Global Minimum Tax*, Oxford University Press, 2024; e, con specifico riguardo al contesto italiano, F. AMATUCCI, *L'adeguamento dell'ordinamento tributario nazionale alle linee guida dell'Ocse e dell'UE in materia di lotta alla pianificazione fiscale aggressiva*, in «Rivista Trimestrale di Diritto Tributario», 1, 2015, pp. 3-26.

europea a tutela della libertà di stabilimento e della coesione economica del blocco continentale[39].

Alla luce delle criticità strutturali evidenziate, si profila pertanto l'urgenza di riforme normative e di nuovi indirizzi politico-fiscali capaci di ridefinire lo statuto delle tutele territoriali.

In primo luogo, appare indispensabile la modifica della Direttiva (UE) 2022/2523 al fine di introdurre un regime di "porto sicuro" permanente per gli investimenti materiali localizzati nelle aree svantaggiate europee o nelle ZES istituite per finalità perequative e di coesione sociale[40]. Tale clausola di salvaguardia europea, configurabile come un vero e proprio "Safe Harbour della Coesione Territoriale", dovrebbe estendere la portata dell'attuale *Substance-based Income Exclusion*, escludendo automaticamente dalla base imponibile della *top-up tax* l'intero ammontare degli investimenti in attivi materiali ed eseguiti all'interno dei perimetri agevolativi speciali.

Sul piano strettamente nazionale, si impone invece la necessità di emendare l'articolo 16 del Decreto-Legge n. 124/2023, blindando la formulazione giuridica del credito d'imposta per il Mezzogiorno, al fine di assicurarne la natura stanziale di QRTC permanente. Il legislatore italiano dovrebbe decretare l'assoluta ed incondizionata rimborsabilità monetaria diretta dell'incentivo qualora l'eccedenza non venga integralmente compensata in F24 entro i quattro anni dalla maturazione. Questa formale qualificazione eviterebbe qualsiasi rischio di declassamento contabile ad incentivo non qualificato da parte degli organismi tecnici internazionali, preservando l'aliquota effettiva locale delle multinazionali investitrici.

Parallelamente, al fine di abbattere gli elevatissimi oneri di conformità che gravano sulle imprese a margini risicati insediate nelle ZES, si auspica l'adozione definitiva e non meramente transitoria dei criteri basati sul *Country-by-Country Reporting* all'interno della disciplina di determinazione del *Net GloBE Income*. Le aziende insediate nella ZES Unica dovrebbero poter calcolare la propria base imponibile standardizzata semplificata basandosi esclusivamente sui bilanci locali civilistici debitamente certificati, neutralizzando le complesse rettifiche di consolidamento richieste dalle regole GloBE ordinarie.

---

[39] Per la fondamentale giurisprudenza della Corte di Giustizia UE in materia di libertà di stabilimento, contrasto dell'elusione e validità dei regimi CFC subordinata alla sussistenza di insediamenti reali, si veda la celebre sentenza 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes plc*, i cui principi interpretativi sono stati confermati e declinati in senso restrittivo dalla successiva sentenza 20 gennaio 2021, causa C-484/19, *Lexel*.

[40] Sull'inquadramento costituzionale ed eurounitario delle Zone Economiche Speciali per finalità perequative e sui limiti degli aiuti di Stato, si rimanda a F. GALLO, *L'Europa sociale e l'Europa fiscale dopo il Trattato di Lisbona*, in «Diritto e Pratica Tributaria», 5, 2016, pp. 1789-1805; nonché a P. PISTONE, *La nuova disciplina sulla residenza delle persone fisiche e delle persone giuridiche nel sistema di imposizione reddituale*, in «Diritto e pratica tributaria internazionale», 3, 2023, pp. 870 ss.

Infine, si suggerisce un'ulteriore integrazione del Decreto Legislativo n. 209/2023, volta a stabilire che lo svolgimento di un'attività d'impresa all'interno di una Zona Economica Speciale provvista di idonei *standard* lavorativi ed ambientali costituisca una presunzione assoluta di insediamento reale ai fini dell'esclusione dalle normative CFC nazionali. Tale disposizione consentirebbe di disattivare *ex lege* l'applicazione per trasparenza dell'articolo 167 del TUIR senza richiedere gravosi oneri probatori o istanze di interpello[41], integrando la certezza delle tutele giurisprudenziali eurounitarie con la necessaria fluidità del mercato globale.

7. *Riferimenti bibliografici*

AMATUCCI F., *L'adeguamento dell'ordinamento tributario nazionale alle linee guida dell'Ocse e dell'UE in materia di lotta alla pianificazione fiscale aggressiva*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2015, n. 1, pp. 3-26.

AMATUCCI F., *La sovranità fiscale nazionale. Tra erosione e consolidamento*, Giappichelli, Torino, 2022.

AMATO V., *Geopolitica dell'energia. Attori, strategies e scenari in un'epoca di transizione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2026.

ARMELLA S., *I dazi doganali*, in UCKMAR V. (a cura di), *Corso di Diritto tributario internazionale*, Cedam, Padova, 2002, pp. 1050-1095.

ARMELLA S., *Note sulla nozione di dazio doganale nella disciplina interna e internazionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2001, pp. 2 ss..

ARMELLA S., *Diritto doganale dell'Unione europea*, EGEA, Milano, 2017.

ARNOLD B.J., *An investigation into the interaction of CFC Rules and the OECD Pillar Two Global Minimum Tax*, in *Bulletin for International Taxation*, vol. 76, 2022, n. 6.

ASSONIME, *Il difficile coordinamento tra il Pillar II, le agevolazioni fiscali e le CFC*, Circolare n. 30/2022.

BAISSAC C., *Brief history of SEZs and overview of policy debates*, in FAROLE T. (a cura di), *Special Economic Zones in Africa. Comparing performance and learning from global experience*, The World Bank, Washington D.C., 2011, pp. 23-60.

BALDWIN R., *The Great Convergence: Information Technology and the New Globalization*, Cambridge (Mass.), 2016.

BELLANTE P., *I dazi come strumento di politica economica: natura, funzioni e classificazioni*, in *GeoTrade*, 2024, n. 11, pp. 90-92.

[41] Sotto il profilo del diritto nazionale, per la giurisprudenza di legittimità in materia di prova dell'attività economica effettiva delle controllate estere e interpretazione antielusiva dell'art. 167 TUIR, si rimanda a Cass., Sez. Trib., 14 maggio 2021, n. 13098; e Cass., Sez. Trib., 30 dicembre 2022, n. 38114.

BILICKA K. - DEVEREUX M. - GÜÇERI I., *Tax-Avoidance Networks and the Push for a "Historic" Global Tax Reform*, in *Tax Policy and the Economy*, vol. 37, 2023, pp. 57-108.

BONANATE L., *Il futuro della guerra e le guerre del futuro*, in *XXI Secolo*, Enciclopedia Giuridica Treccani, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2009.

CERIANI V., *Competitività dei sistemi fiscali*, in *XXI Secolo*, Enciclopedia Giuridica Treccani, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2009.

CONTRINO A., *La concorrenza fiscale tra gli Stati nel contesto della governance economica europea*, in *Riv. dir. trib.*, pp. 1-6.

COSTANZO L., *Democrazia e tecnocrazia nella norma tributaria: conflitto o concordato dinamico?*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 19 dicembre 2023.

DE GOEDE J., *The Truncated Universality of Pillar Two: Geopolitical Compromises and the Future of GloBE*, in *International Tax Studies*, 2026, n. 2.

DEVEREUX M. - VELLA L., *Foreign Direct Investment and the Global Minimum Tax*, Oxford University Press, Oxford, 2024.

DOUMA S., *Optimization of Tax Sovereignty and Free Movement*, Online Books IBFD, IBFD, Amsterdam, 2011.

FARER T., *The Role of Special Economic Zones in International Economic Law*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 23, 2020, n. 3, pp. 605 ss..

FARINELLI F., *Zone Economiche Speciali ed enclavi territoriali: profili di geografia economica e regolazione giuridica*, in *Riv. Geografica Italiana*, vol. 126, 2019, n. 2, pp. 145-162.

FERRARI A. - LAFFITTE S. - PARENTI M. - TOUBAL F., *Profit-shifting Frictions and the Geography of Multinational Activity*, CEPII Working Paper n. 15, 2023.

FIAS (World Bank Group), *Special Economic Zones: Performance, Lessons Learned, and Implications for SEZ Development*, Washington D.C., 2008.

GALLO F., *L'Europa sociale e l'Europa fiscale dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. prat. trib.*, 2016, n. 5, pp. 1789-1805.

GIOVANNINI A. (a cura di), *La riforma fiscale. I diritti e i procedimenti*, Pacini Giuridica, Pisa, 2024.

GUGLER P., *Incentives in the European Union*, in TAVARES-LEHMANN A.T. - TOLEDANO P. - JOHNSON L. - SACHS L. (a cura di), *Rethinking investment incentives: Trends and policy options*, Columbia University Press, New York, 2016, pp. 94-121.

HEBOUS S. - KEEN M., *Pareto-Improving Minimum Corporate Taxation*, IMF Working Paper n. 21/250, 2021.

HECKEMEYER J.H. - NICOLAY K. - SPENGEL C. - STEINBRENNER D. - WICKEL S., *Tax Incentives and Investments in the EU: Best Practices and Ways to Stimulate Private Investments and Prevent Harmful Tax Practices*, Studio su incarico della Sottocommissione FISC del Parlamento europeo, Lussemburgo, 2025.

JOHANNESEN N., *The global minimum tax*, in *Journal of Public Economics*, vol. 212, 2022, 104709.

KEEN M. - LIU L. - PALLAN H., *International Tax Spillovers and Tangible Investment, with Implications for the Global Minimum Tax*, IMF Working Paper n. 23/159, 2023.

KOCHE R., *Fiscalità e globalizzazione: pensare il diritto tributario in un quadro filosofico-giuridico transnazionale?*, in *L'altro diritto*, 2019, n. 3, pp. 48-61.
LEE C., *Development of free economic zones and labor standards: a case study of free economic zones in Korea*, ILR Working Papers, Cornell University, 2005.

LUPI R., *Concorrenza tra ordinamenti, comunità europee e prelievo tributario*, in *Rass. trib.*, 2004, n. 5, pp. 989-1032.

MELIS G. - PERSIANI A., *Trattato di Lisbona e sistemi fiscali*, in *Dir. prat. trib.*, 2013, n. 2, pp. 267-334.

MILLER C., *Chip War: The Fight for the World's Most Critical Technology*, Scribner, New York, 2022.

MINI F., *La guerra dopo la guerra. Soldati, burocrati e mercenari nell'epoca della pace virtuale*, Einaudi, Torino, 2003.

OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Economic Impact Assessment: Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, Paris, 2020.

OECD, *Special Economic Zones and Global Value Chains: Alignment or Misalignment?*, Paris, 2021.

OECD, *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Commentary to the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*, Paris, 2022.

PERRONE A., *Sovranità tributaria, territorialità dell'imposizione e mercato globale: una sfida ancora aperta*, in MASTROIACOVO V. (a cura di), *Le sovranità nell'era della post globalizzazione*, Pacini, Pisa, 2019, pp. 99-133.

PERSIANI A., *La nozione di residenza fiscale delle società dopo il d. lgs. n. 209 del 2023*, in *Giustizia Insieme*, 2025, n. 2, pp. 249-267.

PICCININI G. - FERRANTI C., *L'interazione tra global minimum tax e regimi CFC*, in *Il Fisco*, 2023, n. 14, p. 1359.

PISTONE A., *The Global Minimum Tax and the Future of Tax Incentives in Developing and Emerging Economies*, in *World Tax Journal*, vol. 14, 2022, n. 4, pp. 511-538.

PISTONE P., *La nuova disciplina sulla residenza delle persone fisiche e delle persone giuridiche nel sistema di imposizione reddituale*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2023, n. 3, pp. 870 ss..

PISTONE P. - DE GOEDE J. - LAUKKANEN A. (a cura di), *Special Tax Zones in the Era of International Tax Coordination*, IBFD, Amsterdam, 2019.

PITRON G., *La guerra dei metalli rari. Il lato oscuro della transizione energetica e digitale*, LUISS University Press, Milano, 2019.

POGGI Z., *Il dazio come leva geopolitica?*, in *GeoTrade*, 2024, n. 11, pp. 4-5.

PORTINARO P.P., *Il ritorno della guerra nel nuovo disordine globale*, in *Riv. It. Fil. Polit.*, 2024, n. 6, pp. 11-25.

RICHARDSON B.J., *Is east Asia industrializing too quickly-environmental regulation in its special economic zones*, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, vol. 22, 2004, n. 1, pp. 150-244.

RIVETTI G., *Le zone economiche speciali tra ipertrofia normativa e aspettative di sviluppo economico*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 2021, n. 2.

ROBBIANO S., *The Geopolitical Reconfiguration of Global Supply Chains: Tariffs, Sanctions, and the Rise of Friend-Shoring*, in *International Economics*, 2025, pp. 1-25.

RODRIK D., *La globalizzazione intelligente*, trad. it., Roma-Bari, 2011.

ROMEO G. - MINI F., *Guerre ibride. I nuovi volti del conflitto*, Diana, Isernia, 2021.

RUBINI L., *I segni dei tempi: unilateralismo o cooperazione? Riflessioni sulle nuove misure dell'Unione europea a tutela del mercato interno*, in *Eurojus*, 2023, pp. 15-20.

RUSSO F., *Global minimum tax e sovranità fiscale agevolativa*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2024, n. 3, pp. 179 ss..

SALVINI L., *I regimi fiscali e la concorrenza tra imprese*, in *Giur. comm.*, 2016, n. 2, pp. 130-145.

SCHÖN W., *The Two-Pillar Architecture and International Economic Law*, in *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance Working Paper*, n. 22, 2022.

STIGLITZ J.E., *La globalizzazione e i suoi oppositori*, trad. it., Torino, 2018.

TANZI V., *Globalization, Tax Competition by the Future of Tax Systems*, in

UCKMAR V. (a cura di), *Corso di Diritto tributario internazionale*, Cedam, Padova, 2002, pp. 21-55.

TANZI V., *Globalizzazione e sistemi fiscali*, Banca Etruria/Studi e Ricerche, Graficalito, Calenzano, 2002.

TOMASSINI A (a cura di), *Riforma fiscale*, Giuffrè, Milano, 2023.

TRAVERSA E. - PIRLOT A., *Tax Sovereignty and Territoriality under Siege: How Far Should the EU Freedoms of Movement Impact the Territorial Allocation of Taxing Powers between Member States*, in BROKELIND C. (a cura di), *Principles of Law: Function, Status and Impact in EU Tax Law*, IBFD, Amsterdam, 2014, pp. 125-151.

TROPEA A., *La natura del dazio doganale*, Giappichelli, Torino, 2025.

TRUPIANO G., *International Tax Competition and European Union. Proposal for Tax Coordination*, in BORDIGNON M. - DA EMPOLI D. (a cura di), *Concorrenza fiscale in un'economica internazionale integrata*, FrancoAngeli, Milano, 1999, pp. 170-206.

VILLANI S., *Le zone economiche speciali e le nuove frontiere della fiscalità internazionale: il caso italiano*, in *Istituzioni Diritto Economia*, 1, 2024, pp. 83-107.

VILLANI S., *Porti franchi e ZES: dai vantaggi spesso mitizzati ai gravi rischi di evasione fiscale*, in *Dir. e proc. trib.*, vol. IX, 2023, n. 2, pp. 247-304.

VISMARA F. - SAVORANA A., *Prime considerazioni e spunti sulla nuova residenza fiscale delle società (in una prospettiva anche sovranazionale)*, in *Riv. dir. trib.*, vol. 9(1), 2024, pp. 1-26.

YELLEN J., *Speech on Global Economic Architecture*, Atlantic Council, 13 April 2022.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Riflessioni sul futuro della disciplina europea dei settori speciali a margine del documento del Parlamento europeo sulle prossime direttive

di Paolo Clarizia

(Ricercatore presso l'Università degli studi di Roma "Link")

Sommario

1. Premessa metodologica; 2. La funzione originaria della disciplina dei settori speciali; 3. La crisi del paradigma tradizionale; 4. L'ambivalenza e il compromesso della Risoluzione del Parlamento; 5. I tre principi di preferenza europea, produzione in Europa e preferenza locale nei settori speciali; 6. L'ambito di applicazione dei settori speciali e le procedure di esenzione; 7. Cooperazione pubblico-pubblico e *in house*; 8. Conclusioni provvisorie e transitorie.

Abstract

This article examines the ongoing reform of the European Union public procurement directives with specific regard to the utilities sectors. Moving from the Parliament resolution of 9 September 2025, the Commission evaluation, the coherence studies, the public consultations and the main institutional and sectoral position papers, the article argues that the reform no longer concerns only simplification or procedural efficiency. It rather reveals a deeper transformation of EU public procurement law: from a legal framework primarily designed to open national markets and protect competition into an instrument increasingly expected to support industrial policy, strategic autonomy, security of supply and economic resilience. The analysis focuses on three emerging but still legally unsettled principles - Buy European, Made in Europe and Buy Local - and on their particular relevance for the utilities sectors, where market openness, critical infrastructures and strategic supply chains overlap. It then examines the contested scope of Directive 2014/25/EU, the exemption mechanism for activities exposed to competition, and the debate on public-public cooperation and in-house providing. The article concludes that utilities are not merely one sector among others, but the main laboratory - and possibly the main stress test - of the forthcoming reform, since they are simultaneously the most industrially exposed, the most dependent on global supply chains and the most affected by the Union's new strategic ambitions.

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

1. Premessa metodologica.

La revisione delle direttive europee in materia di contratti pubblici rappresenta una delle iniziative legislative più rilevanti e complesse dell'attuale legislatura dell'Unione. Per coglierne l'effettiva direzione, tuttavia, non è sufficiente esaminare isolatamente gli atti delle istituzioni europee — dalla risoluzione del Parlamento europeo del 9 settembre 2025[1] alla valutazione delle direttive pubblicata dalla Commissione nell'ottobre 2025 (SWD(2025) 332)[2] —, in quanto ciascuno di essi costituisce soltanto una fotografia, necessariamente parziale, di una fase dell'articolato e complesso procedimento legislativo europeo, ancora in corso e tuttora nelle sue battute iniziali.

L'attuale stadio del processo riformatore può essere descritto come una fase transitoria di ideazione, caratterizzata dall'emersione dei primi spunti di riflessione, tratteggiati nei documenti di indirizzo, e delle concrete esigenze degli operatori del settore (Stati, amministrazioni, imprese, associazioni di categoria e professionisti), da ultimo affiorate nell'ambito dell'ampia consultazione pubblica conclusasi il 26 gennaio 2026.

In tale prospettiva, appare necessario ricostruire unitariamente la sequenza di relazioni, risoluzioni e consultazioni che hanno scandito, fino ad oggi, il procedimento di revisione[3]. Solo una lettura unitaria di tali passaggi consente di evitare analisi atomistiche e anacronistiche, nonché di individuare le coordinate sistematiche che sembrano progressivamente emergere nell'ambito del dibattito della riforma.

Il processo prende le mosse, nel dicembre 2023, dalla relazione speciale n. 28 della Corte dei conti europea[4], che attesta una significativa contrazione della concorrenza nel decennio precedente al 2021. Muovendo da tali risultanze nel 2024, il Consiglio

---

* Il testo trae spunto dalla relazione "*Riflessioni a margine del documento del Parlamento europeo sulle prossime direttive*" al convegno "*Una fase di transizione tra prospettive e attualità*" organizzato dall'Istituto Grandi Infrastrutture – IGI tenutosi presso il Tar del Lazio il 4.6.2026. Si ringraziano per i preziosi suggerimenti e gli spunti di riflessione l'avv. Federico Titomanlio e il dott. Claudio Rangone.

[1]Risoluzione del Parlamento europeo del 9 settembre 2025 sugli appalti pubblici (rif. 2024/2103(INI)), approvata con 432 voti favorevoli, 95 contrari e 124 astensioni. Per un commento, M. Cozzio, *Verso la riforma delle direttive UE sui contratti pubblici: la Risoluzione del Parlamento europeo*, in *Il diritto dell'economia*, anno 71, n. 117, nn. 2-3, 2025, pp. I-XV.

[2]Commissione europea, Evaluation of Directive 2014/23/EU on Concessions, Directive 2014/24/EU on Public Procurement and Directive 2014/25/EU on Utilities, SWD(2025) 332 final, 14 ottobre 2025; v. anche l'executive summary SWD(2025) 333 final.

[3] Già dettagliatamente e ampiamente ricostruita da C.Rangone nella relazione sull'*Analisi dei contributi della consultazione pubblica (3 nov. 2025/26 gennaio 2026*, tenutasi nel corso del Convegno organizzato dall'Istituto Grandi Infrastrutture il 30.3.2026 sulla *Riforma delle direttive appalti pubblici*.

[4]Corte dei conti europea, relazione speciale n. 28/2023, *sulla diminuzione della concorrenza negli appalti di lavori, beni e servizi nel decennio fino al 2021*, 4 dicembre 2023; v. le Conclusioni del Consiglio del 24 maggio 2024, in GUUE C/2024/3521 del 3 giugno 2024.

ha sollecitato alla Commissione un approfondimento tecnico. La necessità di una revisione della disciplina europea degli appalti è presente anche negli Orientamenti politici della Presidente von der Leyen del luglio 2024[5] ed è ribadita in numerosi documenti programmatici delle istituzioni europee, fino alla Strategia per il Mercato unico del maggio 2025.

Nel medesimo periodo tra dicembre 2024 e marzo 2025 si svolge la prima consultazione pubblica, sull'adeguatezza delle tre direttive. Parallelamente, il Parlamento europeo affida alla commissione IMCO un'attività di approfondimento finalizzata a individuare le principali esigenze di revisione del quadro normativo vigente, i cui esiti confluiscono nella risoluzione del 9 settembre 2025.

Seguono, nell'autunno, la valutazione della Commissione e due studi commissionati a consulenti esterni: quello sulla coerenza interna delle tre direttive, coordinato dal prof. Roberto Caranta[6], e quello sulla coerenza esterna del sistema (volto a verificare le interazioni con oltre sessanta direttive e regolamenti settoriali), diretto dal prof. Willem A. Janssen[7]; sullo sfondo, le relazioni Letta e Draghi[8]. Infine, dal 3 novembre 2025 al 26 gennaio 2026 si svolge una nuova e più ampia consultazione pubblica, con la quale sono stati raccolti circa mille contributi, riassunti soltanto il 27.3.2026[9]. Nel frattempo, sono intervenuti i pareri del Comitato economico e sociale europeo (5 dicembre 2025) e del Comitato delle regioni (4 marzo 2026), organi consultivi dell'Unione.

La proposta formale della Commissione è attesa verso la fine del secondo quadrimestre del 2026, l'adozione entro il 2027, il recepimento entro il 2029.

La ricostruzione evidenzia che la risoluzione del Parlamento rappresenta soltanto uno dei passaggi del procedimento ancora in piena evoluzione. Non è la posizione definitiva, ma soltanto una tappa intermedia: leggerla isolatamente rischia di restituirne un'immagine statica già superata. Sono gli atti successivi — la

[5]Commissione europea, *Orientamenti politici per la prossima Commissione 2024-2029*, p. 13, laddove si suggerisce una revisione che "*permetta di privilegiare i prodotti europei*" in determinati settori strategici; l'impegno è ripreso nella *Bussola per la competitività*, COM(2025) 30 final, nel *Patto per l'industria pulita*, COM(2025) 85 final, e nella *Strategia per il mercato unico*, COM(2025) 500 final.

[6]R. Caranta, *Coherence in the EU Public Procurement Directives. A Study into the Internal Coherence between the Objectives, the Principles and the Provisions in the EU Public Procurement and Concessions Directives*, Publications Office of the European Union, Lussemburgo, 2025.

[7]W.A. Janssen, *The Coherence of Public Procurement Legislation in the European Union. A Study for the EU Commission into the External Coherence between the Public Procurement Directives and other Legislative Instruments Regulating Public Procurement*, Lussemburgo, 2025: lo studio censisce oltre sessanta atti settoriali e raccomanda un "*approccio omnibus*".

[8]E. Letta, *Much more than a market*, aprile 2024; M. Draghi, *The Future of European Competitiveness*, settembre 2024.

[9]Call for evidence/consultazione pubblica per la valutazione d'impatto, 3 novembre 2025 – 26 gennaio 2026; Factual Summary Report on the Public Consultation on the Revision of the Public Procurement Directives, rif. Ares(2026)3275694 - 27/03/2026. La prima consultazione (dicembre 2024 – 7 marzo 2025) aveva raccolto 733 risposte: Commissione europea, DG GROW, Factual Summary report, rif. Ares(2025)3894320, 14 maggio 2025.

valutazione, gli studi di coerenza e soprattutto l'ultima consultazione — a consentire di coglierne le sfaccettature, le contraddizioni e la complessità degli spunti.

Conseguentemente le riflessioni non sono soltanto "*a margine*" della risoluzione del Parlamento europeo, ma soprattutto "*a margine*" dei successivi atti e consultazioni del procedimento.

Le questioni emerse sono numerose e investono trasversalmente l'intero sistema europeo dei contratti pubblici. Tuttavia, mentre il dibattito pubblico tende a concentrarsi prevalentemente sulla direttiva 2014/24 relativa ai settori ordinari, le trasformazioni più significative sembrano destinate a interessare la direttiva 2014/25 sui settori speciali. I contributi degli operatori dell'energia, del trasporto ferroviario e delle infrastrutture non si limitano, infatti, a porre una semplice richiesta di semplificazione, ma prospettano una ridefinizione della funzione stessa del *procurement*: da strumento prevalentemente orientato all'integrazione del mercato interno e alla tutela della concorrenza a leva di politica industriale, sociale ed economica[10].

Del resto, la dottrina europea più recente ha evidenziato come il sistema degli appalti stia progressivamente abbandonando il paradigma esclusivamente concorrenziale che ne aveva caratterizzato lo sviluppo dagli anni Novanta, per assumere una funzione sempre più orientata al perseguimento di obiettivi strategici di politica industriale, resilienza economica e autonomia tecnologica[11].

I settori speciali, sotto questo profilo, appaiono l'epicentro di questa transizione. L'introduzione di nuovi principi, la ridefinizione dell'ambito applicativo e la revisione delle deroghe agli obblighi di gara costituiscono possibili strumenti attraverso i quali perseguire obiettivi di resilienza economica, autonomia strategica e sovranità industriale europea. Tuttavia, le caratteristiche strutturali dei mercati

[10] Secondo una tendenza già avviata con il pacchetto di direttive del 2014, ma che ora appare senz'altro più accentuata. Come sottolineato da L.Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su "*La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*", Varenna, www.irpa.eu "*Nella direttiva compaiono così, accanto alla tutela della concorrenza, la tutela dell'ambiente, la garanzia di misure sociali e del lavoro, la promozione dell'innovazione, il favor per la partecipazione delle piccole e medie imprese (Pmi)*". Si v. anche M.Clarich, Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale, in Diritto Amminsitrativo, 1-2, 2016, pp. 71 e ss. e M.Trybus, *The Promotion of Small and Medium Sized Enterprises in Pulic Prucrement: A Strategic Objective of the New Public Sector Directive?*e D.C.Dragos e B.Neamtu, *Sustainable Public Procurement in the EU: Experiences and Prospects*, in F.Lichère, R.Caranta, S.Treumer (a cura di), *Modernising Public Procurement. The New Directive*, 2014, rispettivamente pp. 255 e ss. e pp. 301 e ss.

[11] Janssen, *From Letta to Draghi: Reforming the Public Procurement Directives*, 2025. Questione approfondita soprattutto dalla dottrina francese, che descrive tale evoluzione attraverso le categorie della *commande publique stratégique* e della *souveraineté économique européenne*. Ad es., Braconnier, Précis du droit de la commande publique, Paris, 2025 e Auby, *Droit de la commande publique et intérêt général; L'achat public en quête de souveraineté*, in *Achatpublic.info*, 2025.

ISSN 2036-7821

interessati impongono di interrogarsi sugli effetti che tali scelte potrebbero produrre sulle concrete capacità di approvvigionamento degli enti aggiudicatori, in ragione delle specifiche caratteristiche di tali mercati.

Per tali ragioni, l'analisi che segue sarà dedicata esclusivamente ai settori speciali.

2. La funzione originaria della disciplina dei settori speciali.

Per comprendere la portata delle trasformazioni oggi prospettate, occorre richiamare la *ratio* che ha storicamente giustificato l'assoggettamento dei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali ad un regime differenziato rispetto ai settori ordinari. Le origini di tale regime risalgono alle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE[12], adottate in un contesto economico caratterizzato dalla presenza di monopoli pubblici e di operatori titolari di diritti speciali o esclusivi.

Il legislatore europeo muoveva dalla constatazione che tali soggetti, pur non essendo sussumibili nella nozione di pubblica amministrazione in senso stretto, operavano in mercati strutturalmente sottratti, almeno parzialmente, alle dinamiche concorrenziali, beneficiando di posizioni giuridiche e economiche capaci di alterare le condizioni di accesso al mercato.

L'obiettivo non era garantire il buon andamento dell'azione amministrativa, bensì impedire che imprese beneficiarie di posizioni privilegiate falsassero le dinamiche concorrenziali del mercato interno.

La direttiva 2004/17/CE[13] e, successivamente, la 2014/25/UE[14] hanno conservato questa impostazione, pur introducendo una flessibilità maggiore rispetto ai settori ordinari — la procedura negoziata con previa indizione di gara come opzione ordinaria, i sistemi di qualificazione, regimi alleggeriti per le imprese collegate — giustificata dalla peculiare natura industriale e commerciale delle attività esercitate e

[12]Direttive 90/531/CEE e 93/38/CE; sulla disciplina degli appalti nei settori speciali, all'epoca S.Giacchetti, *La direttiva 90/531/CEE sui settori esclusi: ambito di applicazione soggettivo e oggettivo*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1992, pp. 601 e ss.; M.Pallottino, *La direttiva C.E.E. 17 settembre 1990, n. 531 sugli appalti pubblici nei "settori esclusi" (trasporti; acqua; energia; telecomunicazioni)*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1992, pp. 441 e ss.; S.Napolitano, *Le procedure di gara per l'affidamento degli appalti secondo la direttiva CEE 90/531 (direttiva c.d. "settori esclusi")*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1994, pp. 737 e ss.; F.Calarco, *Appalti pubblici dei settori esclusi. Acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni*, Milano,1995; A.Musenga e G.Fischione, *Gli appalti di lavori, forniture e servizi dei soggetti operanti nei settori esclusi*, Roma-Brescia, 1996; D.Galli e C.Guccione, *Gli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi dei settori dei trasporti, telecomunicazioni, acqua ed energia*, Roma, 1996; D.Tassan Mazzocco, *Gli appalti nei settori esclusi*, Milano, 1997; M.Protto, *La nuova disciplina comunitaria per gli appalti nei settori speciali*, in *Urbanistica e appalti*, n. 7, 1998, pp. 701 e ss.

[13] Sulla quale L.Iannotta e G.Mari, *I contratti dei settori speciali, sottratti alla parte II del codice dei contratti pubblici*, in M.A.Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici. I principi generali. I contratti pubblici. I soggetti*, vol. I, Milano, 2008, pp. 501 e ss.

[14] Sulla quale M. Trybus, *European Union Law and Public Procurement*, EPLG Working Paper, 2017 e T. Kotsonis, *The 2014 Utilities Directive of the EU: Codification, Flexibilisation and Other Misdemeanours*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, n. 4, pp. 182 ss.

ISSN 2036-7821

dalla struttura dei mercati interessati. La finalità di fondo è rimasta, dunque, invariata: garantire l'apertura del mercato e prevenire comportamenti discriminatori.

In questa prospettiva si colloca anche il meccanismo di esclusione previsto per le attività direttamente esposte alla concorrenza, che conferma come la disciplina dei settori speciali non costituisca un regime autonomo rispetto agli obiettivi del mercato interno, ma uno strumento volto a compensare situazioni nelle quali tali obiettivi non risultano ancora pienamente realizzati.

3. La crisi del paradigma tradizionale.

Tale impostazione sembra oggi essere oggetto di una profonda rimeditazione. La questione non consiste più soltanto nel garantire l'apertura dei mercati e la contendibilità dei contratti pubblici, ma nel comprendere se e in quale misura il *procurement* europeo possa essere utilizzato come strumento di politica industriale, di rafforzamento dell'autonomia strategica e di tutela della sicurezza economica dell'Unione.

Gli eventi che hanno caratterizzato gli ultimi anni hanno profondamente inciso sul contesto economico e politico entro il quale si colloca la disciplina europea dei contratti pubblici. La pandemia da Covid-19 ha messo in luce la vulnerabilità delle catene globali di approvvigionamento; il conflitto russo-ucraino ha evidenziato la centralità della sicurezza energetica quale interesse strategico dell'Unione; le crescenti tensioni geopolitiche tra Stati Uniti e Cina hanno infine posto in primo piano il tema delle dipendenze strategiche e della capacità europea di presidiare i settori tecnologicamente più avanzati.

È in questo scenario che si collocano le relazioni Letta e Draghi, destinate a esercitare una significativa influenza sul dibattito relativo alla revisione delle direttive. Il rapporto Letta del 2024, *Molto più di un mercato*, insiste sull'approfondimento del mercato unico, sulla scala necessaria a far crescere campioni europei e sull'orientamento degli acquirenti pubblici verso prodotti basati su *standard* comuni e interoperabili. Il rapporto Draghi del settembre 2024 è più ambizioso: invoca una "*preferenza europea*", un principio di acquisto di prodotti europei accompagnato da incentivi e perfino da quote minime di contenuto locale, lamenta l'assenza di piattaforme comuni di acquisto per *input* chiave — in primo luogo nella difesa — e propone acquisti aggregati di gas e una più stretta cooperazione transfrontaliera nella rete elettrica. La *Bussola per la competitività* e il *Patto per l'industria pulita* raccolgono questa impostazione, qualificando la riforma del *procurement* tra le principali iniziative funzionali al rafforzamento della competitività e della resilienza dell'economia europea.

Si assiste così a una progressiva ridefinizione delle finalità attribuite agli strumenti di

acquisto pubblico. Pur senza abbandonare l'obiettivo dell'apertura dei mercati e della tutela della concorrenza, il dibattito europeo sembra attribuire crescente rilievo a esigenze ulteriori, quali la sicurezza degli approvvigionamenti, la resilienza delle catene del valore, l'autonomia strategica e la sovranità tecnologica dell'Unione. È in questa prospettiva che va letta la revisione delle direttive: non come semplice intervento di semplificazione, ma come tentativo di ridefinire il punto di equilibrio tra funzione integratrice del mercato interno e la sicurezza strategica dell'approvvigionamento europeo.

4. L'ambivalenza e il compromesso della Risoluzione del Parlamento.

La risoluzione del 9 settembre 2025, elaborata sulla base della relazione predisposta dalla commissione IMCO, stravolta da circa ottocento emendamenti[15], è stata approvata con 432 voti a favore, 95 contrari e 124 astensioni: un numero di voti più ampio della stessa maggioranza "*Ursula*", che però ha determinato la ricerca di un compromesso che riflette la contestuale coesistenza di orientamenti profondamente differenti circa le finalità che la futura disciplina europea del procurement dovrebbe perseguire.

Il testo è ricchissimo di spunti, ma anche di indicazioni fortemente contrastanti, a tratti inconciliabili.

Vi convivono due anime.

Un'anima strategica: *i*) il riconoscimento di una preferenza per beni e servizi europei nei settori strategici (punti 2 e 7); *ii*) l'estensione del sistema di preferenza dell'articolo 85 della direttiva 2014/25 a tali settori (punto 69); *iii*) i partenariati industriali con soggetti con sede nell'Unione per le infrastrutture critiche; *iv*) le tecnologie avanzate; *v*) le materie prime critiche (punto 70); *vi*) la valutazione della proposta — di matrice Draghi — di una quota minima esplicita per beni prodotti localmente (punto 60).

E un'anima procedurale: *i*) l'insistenza sul carattere procedurale e strumentale delle direttive, che devono disciplinare il "come" e non il "cosa" acquistare (considerando N e punti 6, 8 e 44); *ii*) la riduzione dei 476 articoli; *iii*) la difesa dell'autonomia organizzativa delle amministrazioni (punti 15 e 24).

Questa dualità è il punto. Il Parlamento vuole, allo stesso tempo, che il *procurement* resti uno strumento neutrale e procedurale e che diventi una leva di politica

[15]Il progetto iniziale della commissione IMCO (relatore P. Müller, ECR) del 18 marzo 2025 è stato profondamente riscritto da circa ottocento emendamenti e dai pareri delle commissioni EMPL (PE770.193) e INTA (PE771.917): cfr. M. Cozzio, *op. cit.*, par 4.

ISSN 2036-7821

industriale e di promozione degli interessi strategici dell'Unione[16]. La tensione tra tali obiettivi non viene risolta dal testo, ma soltanto enunciata. Ed è proprio nei settori speciali che essa sembra destinata a manifestarsi con maggiore intensità, poiché è in tali ambiti che le esigenze di apertura del mercato si confrontano più direttamente con quelle di sicurezza degli approvvigionamenti, autonomia strategica e competitività industriale europea.

5. I tre principi di preferenza europea, produzione in Europa e preferenza locale nei settori speciali.

Il cuore della trasformazione emersa nel dibattito sulla revisione delle direttive europee sugli appalti pubblici è rappresentato dall'affermazione, negli atti delle istituzioni e nelle relazioni dei diversi *stakeholder*[17], di tre principi destinati a incidere profondamente sulla tradizionale configurazione del diritto europeo dei contratti pubblici: la preferenza europea (*Buy european*); la priorità per la produzione realizzata nell'Unione (*Made in Europe*); la preferenza territoriale o locale (*Buy local*).

I principi del *Buy European*, del *Made in Europe* e del *Buy Local* non nascono nel diritto dei contratti pubblici, ma costituiscono la trasposizione nell'ambito della domanda pubblica delle più ampie strategie europee di autonomia strategica, resilienza industriale e sovranità economica elaborate negli ultimi anni. Essi rappresentano, in altri termini, l'applicazione al procurement pubblico delle linee di politica industriale delineate dai rapporti Letta e Draghi e si inseriscono nel più ampio processo di ridefinizione delle politiche europee di autonomia strategica aperta, già manifestatosi nel *Net-Zero Industry Act*, nel *Critical Raw Materials Act*, nell'*International Procurement Instrument* e nelle iniziative in materia di sicurezza economica dell'Unione.

Sebbene frequentemente richiamati congiuntamente, *Buy European*, *Made in Europe* e *Buy Local* non costituiscono declinazioni di un medesimo principio, ma perseguono finalità differenti e operano su piani distinti.

Il principio del *Buy European* si colloca nell'ambito della politica commerciale e della reciprocità internazionale. Esso mira a favorire operatori economici appartenenti all'Unione rispetto a concorrenti provenienti da Paesi terzi che non garantiscono un

[16] L'ambivalenza è condensata nel pt. 11 ("*essi costituiscono un motore […] la cui funzione primaria è conseguire il miglior valore per i fondi fiscali pubblici*") e nella lett. N ("*gli appalti pubblici restano uno strumento neutrale e procedurale […] e non ciò che acquistano*"), nonché nel pt. 46; cfr. M. Cozzio, *op. cit.*, par. 3.

[17] Tali concetti ricorrono con crescente frequenza nella Risoluzione del Parlamento europeo del 9 settembre 2025, nei contributi presentati nell'ambito della consultazione pubblica, nonché nei principali documenti strategici dell'Unione, dal rapporto Letta (*Much More Than a Market*, *op. cit.*) al rapporto Draghi (*The Future of European Competitiveness*, *op. cit.*), fino ai position papers elaborati dagli operatori industriali e dalle associazioni di categoria (ad es. SGI Europe, *Position Paper on the Revision of the Public Procurement Directives*, 2026; European DIGITAL SME Alliance, *Strategic Buying for Europe*, 2025; European Dredging Association, *Position Paper on the Revision of Public Procurement Directives*, 2026).

ISSN 2036-7821

analogo livello di apertura dei rispettivi mercati pubblici. In questa prospettiva si inseriscono strumenti quali l'International Procurement Instrument, il regolamento sulle sovvenzioni estere e il regolamento anti-coercizione, accomunati dall'obiettivo di correggere asimmetrie competitive e rafforzare la posizione dell'industria europea nei confronti delle grandi economie extraeuropee[18].

Diversa è la logica sottesa al Made in Europe che concerne il prodotto, la filiera e il luogo di produzione e non l'operatore economico. L'obiettivo perseguito non è la reciprocità commerciale quanto il rafforzamento della capacità industriale europea, la riduzione delle dipendenze strategiche e l'aumento della resilienza delle catene di approvvigionamento. Non è un caso che le richieste più incisive in materia provengano dai settori ferroviario, energetico, digitale e della difesa, nei quali la continuità delle forniture assume una rilevanza strategica che trascende la mera logica economica[19].

Il *Buy Local* si colloca, invece, sul terreno della politica territoriale e della valorizzazione delle economie locali, rappresentando, tuttavia, il principio maggiormente problematico alla luce del diritto dell'Unione, poiché rischia di introdurre discriminazioni non verso l'esterno, ma all'interno dello stesso mercato europeo. La preferenza territoriale appare suscettibile di entrare direttamente in tensione con i principi di libera circolazione, parità di trattamento e non discriminazione che costituiscono il fondamento del mercato interno[20].

La distinzione tra i tre principi è fondamentale anche per comprendere il significato della Risoluzione del Parlamento europeo del 9 settembre 2025. Quest'ultima non introduce alcuna preferenza europea né consacra normativamente il Made in Europe. Al contrario, il Parlamento si limita a invitare la Commissione a valutare l'opportunità di estendere alcuni strumenti di tutela delle filiere europee e di effettuare una specifica valutazione d'impatto sulle possibili conseguenze economiche, industriali e concorrenziali delle future riforme. I tre principi assumono pertanto, allo stato, la natura di categorie programmatiche e di indirizzi politico-legislativi piuttosto che di regole giuridiche positive.

Sotto questo profilo, assume un particolare significato la circostanza che il dibattito si sviluppi proprio a partire dai settori speciali. L'articolo 85 della direttiva 2014/25/UE[21] consente già oggi agli enti aggiudicatori di respingere le offerte nelle

[18] Espressamente richiamati al par. 70 della Risoluzione.

[19] *Ex multis* I contribute di CAF, *Contribution to the Public Consultation*, Škoda Group, *Contribution to the Public Consultation* e European DIGITAL SME Alliance, *Strategic Buying for Europe*.

[20] Ad esempio, J.Obrero e J.Oger, *Introduire des mécanismes de préférence locale dans un marché public*, in *https://www.moniteurjuris.fr*, 2025.

[21] Art. 85 della direttiva 2014/25/UE: consente di respingere le offerte in cui i prodotti originari di Paesi terzi non coperti da accordi superino il 50% del valore e prevede una preferenza di prezzo. Il pt. 69 della risoluzione ne chiede l'estensione, con l'art. 15 della direttiva 2014/24/UE, ai settori strategici.

quali la quota di prodotti originari di Paesi terzi non coperti da accordi internazionali supera il cinquanta per cento del valore dell'offerta e di accordare una preferenza alle offerte contenenti prodotti europei o equivalenti. La disposizione costituisce il più evidente esempio di deroga alla neutralità geografica che tradizionalmente caratterizza il diritto europeo degli appalti.

Non appare casuale che tale disciplina sia stata collocata proprio nell'ambito dei settori speciali. Sin dalle prime direttive settoriali, come *supra* evidenziato, il legislatore europeo ha riconosciuto che energia, reti, trasporti, acqua e infrastrutture critiche presentano caratteristiche peculiari che giustificano un diverso bilanciamento tra concorrenza e tutela di interessi strategici. Sotto tale profilo, il dibattito contemporaneo non rappresenta tanto una rottura quanto l'estensione di una logica già presente, seppure in forma embrionale, nel diritto dei settori speciali. Sul piano dell'applicazione, la consultazione mostra un consenso ampio, ma condizionato. Alla domanda se privilegiare beni e servizi europei rispondono affermativamente 621 contributi contro 109, e i settori più indicati — energia, trasporti, difesa — sono in larga parte settori speciali; i produttori ferroviari, come CAF e Škoda, chiedono espressamente che l'articolo 85 della direttiva 2014/25 sia la base giuridica del *Made in Europe* per il materiale rotabile, il segnalamento e l'infrastruttura, e che sia reso obbligatorio.

In tale prospettiva, tuttavia, i settori speciali sono il banco di prova naturale dei tre principi, perché è qui — energia, reti, ferrovia — che il legame con la sicurezza degli approvvigionamenti e con la capacità industriale europea è più stretto.

Non appare casuale che il dibattito sulla preferenza europea trovi il proprio laboratorio proprio nei settori speciali. Sin dalle prime direttive settoriali il legislatore europeo ha infatti riconosciuto che energia, trasporti, reti e infrastrutture critiche presentano caratteristiche tali da giustificare un diverso bilanciamento tra concorrenza e tutela di interessi strategici. Sotto tale profilo, il dibattito attuale non rappresenta tanto una rottura con la tradizione dei settori speciali quanto l'estensione e la radicalizzazione di una logica già presente, seppure in forma embrionale, nell'articolo 85 della direttiva 2014/25/UE.

La novità più significativa non consiste tuttavia nell'eventuale introduzione di clausole preferenziali, ma risiede nella valorizzazione di criteri direttamente o indirettamente collegati all'origine geografica dell'operatore economico, del prodotto o della filiera produttiva. Le precedenti evoluzioni del *procurement* — dall'acquisto verde agli appalti socialmente responsabili, fino all'*innovation* — avevano introdotto finalità ulteriori rispetto alla concorrenza senza mettere in discussione il principio della neutralità geografica del mercato. Il *Buy European* e il *Made in Europe* segnano invece il ritorno dell'origine territoriale come elemento giuridicamente rilevante della decisione di acquisto pubblica.

Proprio tale circostanza spiega la centralità della questione definitoria. Contrariamente a quanto potrebbe apparire, il problema principale non riguarda le modalità di introduzione dei tre principi nelle procedure di gara, bensì la loro stessa definizione. Che cosa debba intendersi per *"prodotto europeo"* costituisce uno dei punti più controversi emersi nella consultazione pubblica[22]. Le soluzioni prospettate oscillano tra criteri di proprietà societaria, controllo dell'impresa, localizzazione della produzione, origine delle materie prime, governance dei dati, conformità agli standard europei e utilizzo di tecnologie interoperabili. La pluralità delle definizioni proposte dimostra come il dibattito sulla preferenza europea sia, prima ancora che una questione di procurement, una questione di definizione della stessa sovranità economica europea. La questione assume un rilievo tutt'altro che terminologico. A seconda che si valorizzino criteri di proprietà, controllo, localizzazione della produzione, origine delle materie prime o governance dei dati, il perimetro del *Made in Europe* può variare in modo significativo. Il dibattito sulla definizione di prodotto europeo si rivela così, prima ancora che una questione di procurement, una riflessione sul contenuto stesso della sovranità economica europea e sulle modalità attraverso cui essa possa essere tradotta in regole giuridiche operative.

Parimenti assume rilievo dove collocare il criterio, se tra i requisiti di qualificazione, criteri di aggiudicazione, nelle specifiche tecniche o requisiti di esecuzione[23], scelta che cambia radicalmente gli effetti, i limiti e i vincoli della misura.

È in questo contesto che devono essere lette le criticità evidenziate dagli operatori economici e dalle istituzioni di controllo. Da un lato, l'introduzione di preferenze geografiche potrebbe ridurre il livello di concorrenza in mercati già caratterizzati da una progressiva diminuzione del numero medio di offerte e da una crescente concentrazione degli operatori, nonché risultare incompatibile con gli impegni internazionali e con i principi interni del mercato unico e del divieto di discriminazioni[24]. Come rilevato dalla Corte dei conti ogni restrizione riduce una concorrenza; concorrenza che già risulta in calo — le offerte uniche sono salite dal

[22] La risposta proposta nell'ambito della Consultazione — proprietà e controllo dell'Unione, operazioni con sede nell'UE, governance dei dati secondo il diritto dell'Unione, standard aperti e interoperabili — è insieme la più promettente e la più esposta all'elusione. Nella stessa direzione si muove, sul piano istituzionale, il Comitato europeo delle regioni, che pur sostenendo il Made in Europe ne àncora l'adozione alla semplificazione, alla qualità e all'autonomia locale.

[23] Par. 73 della risoluzione, sull'opportunità di chiarire dove collocare tali criteri: requisiti di partecipazione, criteri di aggiudicazione, specifiche tecniche di esecuzione.

[24] L'Unione presenta uno dei mercati degli appalti più aperti al mondo, e l'articolo 85 opera oggi solo per i settori e i Paesi non coperti dall'accordo dell'OMC sugli appalti pubblici; estenderne la logica, e renderla obbligatoria, rischia di urtare contro quegli impegni, tanto che la stessa risoluzione, al punto 12, ammonisce che la preferenza europea deve restare conforme all'OMC ed evitare derive protezionistiche. La giurisprudenza recente della Corte di giustizia — il caso Kolin (Grande Sezione, 22 ottobre 2024, causa C-652/22, *Kolin Inşaat*) e la vicenda CRRC Sifang (…), quest'ultima relativa al materiale rotabile ferroviario — ha chiarito che *gli offerenti di Paesi terzi privi di accordo non godono di un accesso garantito e possono essere esclusi*

23,5 al 41,8 per cento nel decennio, il numero medio di offerenti si è quasi dimezzato. Dall'altro lato, gli operatori dei settori speciali sostengono che la sicurezza degli approvvigionamenti, la resilienza industriale e l'autonomia strategica devono ormai essere considerate valori giuridici autonomi, non necessariamente subordinati alla massimizzazione della concorrenza. La formula proposta dall'International Association of Public Transport, *resilience without undermining competition*, sintetizza efficacemente questa tensione.

In tale prospettiva non si può fare a meno di rilevare che, la maggioranza dei contributi invoca un'applicazione graduale, facoltativa e rimessa ad una valutazione discrezionale delle stazioni appaltanti — la formula "*ove possibile*" —, evitando l'introduzione di un obbligo immediato; e la stessa risoluzione, al punto 69, del resto, si limita a chiedere una valutazione d'impatto.

La questione fondamentale diviene allora quella di stabilire se il diritto europeo dei contratti pubblici sia destinato a rimanere uno strumento prevalentemente orientato all'apertura dei mercati oppure se debba trasformarsi in uno strumento di governo delle dipendenze strategiche dell'Unione. È probabilmente in questa tensione, più che nelle singole clausole di preferenza europea, che si colloca il significato più profondo della riforma oggi in discussione.

6. L'ambito di applicazione dei settori speciali e le procedure di esenzione.

Definiti i principi, occorre interrogarsi sul perimetro di applicazione. La questione assume un rilievo particolare nei settori speciali, poiché la revisione in corso non investe soltanto il contenuto delle regole applicabili, ma mette indirettamente in discussione la stessa giustificazione della disciplina speciale. Se infatti il dibattito sui principi del *Buy European*, del *Made in Europe* e della resilienza delle filiere tende a valorizzare la dimensione strategica di determinati comparti economici, la consultazione pubblica e i contributi degli operatori mostrano come siano oggi oggetto di contestazione le ragioni che avevano originariamente giustificato la nascita della direttiva 2014/25/UE: se talune attività economiche presentino ancora caratteristiche tali da richiedere un regime differenziato rispetto ai settori ordinari..

L'ambito soggettivo della direttiva 2014/25 (articolo 4) abbraccia non solo le amministrazioni aggiudicatrici, ma anche le imprese pubbliche e i titolari di diritti speciali o esclusivi. A questo si aggiunge la clausola di esclusione dell'articolo 4, paragrafo 3[25], in base alla quale i diritti concessi mediante una procedura trasparente fondata su criteri obiettivi non valgono come diritti speciali o esclusivi, sicché

[25] Art. 4 della direttiva 2014/25/UE (enti aggiudicatori: amministrazioni aggiudicatrici, imprese pubbliche, titolari di diritti speciali o esclusivi); il par. 3 esclude i diritti concessi mediante procedura con adeguata pubblicità fondata su criteri obiettivi.

ISSN 2036-7821

l'operatore titolare non rientra nell'ambito d'applicazione della direttiva. L'ambito oggettivo (articoli 8-14 e 19)[26] è retto invece dal tradizionale criterio di strumentalità[27]: solo i contratti funzionali a una delle attività perimetrate ricadono nel regime speciale.

Su questo perimetro tecnico la Risoluzione appare prudente: si limita a chiedere una distinzione più chiara tra amministrazioni aggiudicatrici e imprese pubbliche (punto 24) e la massima flessibilità per le imprese pubbliche nei settori critici come l'energia (punto 25). Il dibattito vero emerge nei contributi della consultazione e negli studi di coerenza.

La consultazione restituisce questioni di ambito assai concrete. Il contributo della Community of European Railway and Infrastructure Companies coglie un'asimmetria precisa: l'esclusione dell'articolo 4, paragrafo 3, opera solo per i titolari di diritti speciali o esclusivi e non per gli enti pubblici; ne deriva che un operatore pubblico che vinca un contratto di servizio pubblico tramite gara aperta resta vincolato alla direttiva 2014/25, mentre il concorrente privato che abbia ottenuto i propri diritti per gara ne è libero. L'ambito di applicazione diventa così un problema di neutralità competitiva.

In parallelo, l'ultima consultazione spacca gli operatori sul perimetro stesso della direttiva: la maggioranza ne auspica il mantenimento in autonomia, con criteri di aggiudicazione anche settoriali e con l'estensione a nuovi settori — rifiuti urbani, sanità, sicurezza, servizi finanziari, infrastrutture a doppio uso — mentre una minoranza propone di abolirla, fondendo settori ordinari e speciali in un'unica direttiva.

È qui che gli studi di coerenza diventano decisivi. Il prof. Roberto Caranta mostra come ambito, selezione ed esclusione siano disciplinati in modo diverso nelle tre direttive e come la giurisprudenza tenda a erodere quelle differenze; e propone di consolidare i testi in un'unica direttiva con capitoli dedicati a concessioni e servizi pubblici, escludendo però sia il regolamento sia un testo di soli principi, perché la semplificazione brutale aumenterebbe il contenzioso e l'incertezza: la revisione, ammonisce, non deve diventare un esercizio di deregolazione[28]. Il prof. Janssen, sulla coerenza esterna, raccomanda di razionalizzare l'ambito delle direttive rispetto agli oltre sessanta atti settoriali e di mantenerle procedurali, spostando i requisiti sostanziali nella legislazione di settore. Per i settori speciali tali aspetti appaiono cruciali, perché il loro ambito sta proprio sul confine con la regolazione settoriale.

[26] Artt. 8-14 della direttiva 2014/25/UE (gas ed energia termica, elettricità, acqua, trasporti, porti e aeroporti, servizi postali, estrazione) e art. 19 (criterio di strumentalità).

[27] A.Nicodemo, *Imprese pubbliche e settori speciali*, Torino, 2018.

[28] R. Caranta, op. cit., pp. 130-132: consolidare le tre direttive in un'unica direttiva con capitoli dedicati a concessioni e servizi pubblici, escludendo sia il regolamento (che non realizzerebbe la piena armonizzazione) sia un testo di soli principi (che aumenterebbe il contenzioso di matrice giurisprudenziale).

ISSN 2036-7821

Gli articoli 34 e 35 della direttiva 2014/25, attuati dalla decisione di esecuzione (UE) 2016/1804[29], prevedono che un'attività direttamente esposta alla concorrenza su un mercato ad accesso libero possa essere esentata dall'applicazione della direttiva con decisione della Commissione. Ad oggi le decisioni di esenzione sono quattordici, relative a dieci Paesi[30]. È su questo istituto che lo spostamento di paradigma si fa più tangibile, perché la consultazione vi esercita due pressioni opposte.

Non è casuale che il dibattito si concentri proprio sulle esenzioni. Storicamente esse costituivano il punto di arrivo del processo di liberalizzazione: quanto più un'attività risultava esposta alla concorrenza, tanto meno appariva giustificato il suo assoggettamento alla disciplina speciale. Oggi, invece, la consultazione mostra come l'esenzione venga progressivamente interpretata anche come strumento di tutela di interessi strategici ulteriori rispetto alla concorrenza.

Da un lato, gli operatori dell'energia e, in particolare, dell'elettricità — Eurelectric, ENTSO-E e le maggiori imprese elettriche di Francia, Germania, Polonia, Belgio, Svezia e Repubblica Ceca — chiedono di escludere del tutto l'energia, e segnatamente il settore elettrico, dalla direttiva 2014/25, in quanto "*già strutturalmente concorrenziale*"; in subordine, di superare l'esenzione caso per caso degli articoli 34 e 35, ritenuta onerosa, inefficace, persino distorsiva. Eurelectric chiede che la riforma riconosca "*the special character inherent to the power sector*" e garantisca "adequate flexibility in procedures"[31], criticando espressamente la disciplina dell'attività esposta alla concorrenza come non coerente con la struttura effettiva dei mercati energetici liberalizzati.

Da un altro lato, il settore idrico spinge in direzione opposta: Vewin, l'associazione degli acquedotti olandesi, e la Camera del lavoro austriaca chiedono che l'acqua e le attività idriche siano chiaramente escluse dagli appalti, in nome della sussidiarietà e della sicurezza dell'approvvigionamento.

Da un altro lato ancora, ad esempio gli operatori autostradali, l'esenzione è giustificata dalle esigenze specifiche del servizio, nell'ambito del quale deve essere garantita la continuità del servizio in situazioni di sicurezza con elevati standard qualitativi.

Le richieste di esenzione risultano così fondate su presupposti radicalmente

[29]Artt. 34-35 della direttiva 2014/25/UE (esenzione delle attività direttamente esposte alla concorrenza su mercati ad accesso non limitato); decisione di esecuzione (UE) 2016/1804 della Commissione, del 10 ottobre 2016. Ad oggi quattordici decisioni di esenzione relative a dieci Stati membri. Sulla deroga *ex* art. 34 G.S.Ølykke e S.Smith, *Rules and Practice Governing Exemptions under Article 34 of Utilities Directive 2014/25/EU*, in *Public Procurement Law Review*, 2023, vol. 32, n. 3, pp. 125 e ss.

[30]Sulla deroga per le attività direttamente esposte alla concorrenza nei settori speciali v. «La disciplina degli appalti pubblici nei settori speciali», in federalismi.it (art. 50479).

[31]Contributi alla consultazione pubblica (gennaio 2026) di Eurelectric, ENTSO-E e UITP, tra gli operatori dei settori speciali.

differenti. Nel settore elettrico l'uscita dalla direttiva è invocata quale conseguenza dell'avvenuta apertura del mercato alla concorrenza; nel settore idrico quale strumento di protezione di un servizio essenziale; nel settore autostradale quale riconoscimento delle peculiarità organizzative e funzionali dell'attività esercitata. L'istituto delle esenzioni diviene pertanto il luogo nel quale si confrontano differenti concezioni della specialità: una fondata sulla concorrenza, una sulla sicurezza economica e una sulle caratteristiche intrinseche del settore regolato. E ENTSO-E ribalta la logica complessiva, ricordando che "*Europe's energy transition depends on delivering the largest electricity grid expansion in EU history*": la disciplina degli appalti va valutata non solo in funzione della concorrenza, ma per la sua capacità di consentire la realizzazione tempestiva delle infrastrutture critiche.

La questione si sposta così dalla contendibilità del mercato alla capacità del sistema degli appalti di consentire la realizzazione tempestiva delle infrastrutture necessarie alla transizione energetica. In questo passaggio si coglie probabilmente il mutamento più significativo della prospettiva europea. Appare evidente, dunque, che il tema generale delle esclusioni è il vero terreno strategico della riforma. Non riguarda i soli settori speciali, ma tutti gli ambiti, e — dopo i principi e l'esenzione delle utilities — investe inevitabilmente anche la cooperazione pubblico-pubblico e l'in house, il fronte parallelo che ora considero.

7. Cooperazione pubblico-pubblico e in house.

Ulteriore aspetto oggetto di ampio dibattito è quello dell'affidamento in house — l'autoproduzione — e della cooperazione orizzontale tra amministrazioni. Anche sotto questo profilo la revisione delle direttive sembra investire una questione che trascende il dato strettamente procedurale, poiché coinvolge direttamente il rapporto tra concorrenza e autonomia organizzativa delle amministrazioni pubbliche.

Entrambi sono codificati negli articoli 12 della direttiva 2014/24 e 28 della 2014/25, che hanno trasfuso nel testo una lunga elaborazione della Corte di giustizia. L'*in house* è ammesso quando l'amministrazione esercita sull'ente un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, l'ente svolge oltre l'80 per cento della propria attività a favore dell'amministrazione controllante e non vi è partecipazione di capitali privati, salvo eccezioni di legge. La cooperazione orizzontale (c.d. partenariato pubblico pubblico) è esclusa solo se è una cooperazione genuina diretta a finalità di interesse pubblico comuni e se gli enti coinvolti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate[32]. In Italia questi istituti

[32]Artt. 12 della direttiva 2014/24/UE e 28 della 2014/25/UE, codificazione della giurisprudenza della Corte di giustizia: *Teckal* (C-107/98), *Stadt Halle* (C-26/03), *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* (C-159/11), *Remondis* (C-51/15). *In house*: controllo analogo, oltre l'80% dell'attività a favore dell'ente controllante, assenza di capitali

ISSN 2036-7821

trovano espressione nel principio di auto-organizzazione amministrativa e, per gli accordi tra amministrazioni, nell'articolo 15 della legge 241 del 1990[33]. Il denominatore comune è netto: l'esclusione regge solo nella misura in cui non diventa un modo per sottrarsi alla concorrenza.

La risoluzione, al punto 62, sostiene una *maggiore flessibilità dei partenariati pubblico-pubblico*, raccomanda di rivedere la definizione di cooperazione affinché qualsiasi accordo tra due o più amministrazioni vi rientri e invita a valutarne l'esclusione dall'ambito delle direttive "*senza ulteriori condizioni restrittive*"[34]: il che equivale a far cadere il criterio dell'attività, cioè il presupposto l'esenzione.

Si tratta di una proposta di notevole portata sistematica. La soglia dell'attività rappresenta infatti uno degli strumenti attraverso cui il diritto dell'Unione tenta di garantire che la cooperazione resti effettivamente funzionale all'esercizio di compiti pubblici e non si trasformi in un'attività economica svolta in condizioni privilegiate rispetto agli operatori privati.<

La valutazione della Commissione, per parte sua, fotografa un problema di certezza, non un mandato a deregolare. Vi si legge che la cooperazione pubblico-pubblico è stata spesso citata come motivo di preoccupazione dalle autorità locali e regionali, che le amministrazioni — soprattutto le più piccole — lamentano incertezza sulla determinazione del livello di controllo e sulla quantificazione delle attività svolte sul mercato aperto, che la recente giurisprudenza, con il caso Irgita, ha sollevato dubbi di compatibilità con il diritto della concorrenza, e che i revisori della Commissione rilevano spesso una scorretta applicazione di queste norme[35].

Ed è qui che emerge la difficoltà più profonda, che riguarda la stessa attuabilità della riforma. Innanzitutto, trattandosi di diritto pretorio codificato, un testo che allarghi le maglie verrebbe comunque ripreso dalla Corte, che continuerebbe a presidiare il confine con il diritto della concorrenza e il divieto di aggirare le direttive; una semplificazione brusca rischia così di restituire alla giurisprudenza ciò che la norma voleva sottrarle. La questione presenta una peculiarità che la distingue dai temi affrontati nei paragrafi precedenti. Mentre la preferenza europea e le esenzioni possono essere ridefinite mediante modifiche normative, l'in house e la cooperazione

privati; cooperazione orizzontale: cooperazione genuina su finalità comuni con meno del 20% di attività sul mercato aperto.

[33]In Italia, art. 7 del d.lgs. 36/2023 (principio di auto-organizzazione amministrativa), che pone autoproduzione ed esternalizzazione su un piano di tendenziale parità, superando la motivazione rafforzata dell'art. 192, co. 2, del d.lgs. 50/2016; i requisiti dell'*in house* restano quelli del d.lgs. 175/2016. Per gli accordi tra amministrazioni, art. 15 della l. 241/1990.

[34]Risoluzione, pt. 62: definizione più ampia di cooperazione pubblico-pubblico, accordi diretti tra amministrazioni «senza ulteriori condizioni restrittive» e valutazione dell'esclusione dal campo di applicazione; cfr. M. Cozzio, *op. cit.*, § 5.

[35]Art. 12 della direttiva 2014/24/UE e art. 28 della direttiva 2014/25/UE; Corte di giustizia UE, 3 ottobre 2019, causa C-285/18, *Irgita*. Il passaggio è tratto dalla valutazione della Commissione, SWD(2025) 332, p. 50.

ISSN 2036-7821

pubblico-pubblico costituiscono istituti fortemente plasmati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che continua a rappresentarne il principale interprete e garante.

In secondo luogo, la sentenza Irgita ha stabilito che il diritto dell'Unione non obbliga gli Stati a ricorrere all'*in house* neppure quando ricorrono le condizioni dell'articolo 12, e non osta a che essi lo subordinino a condizioni più rigorose, in nome dell'autonomia organizzativa[36]. L'Italia lo ha sperimentato in entrambi i sensi: la disciplina del 2016 imponeva una motivazione rafforzata sul mancato ricorso al mercato, mentre il codice del 2023 ha riportato autoproduzione e mercato su un piano di tendenziale parità. Ne discende una conseguenza che pesa sull'intera riforma: anche se l'Unione liberalizzasse, gli Stati resterebbero liberi di essere più restrittivi, sicché l'armonizzazione non produrrebbe l'uniformità che la riforma insegue.

In terzo luogo, vi è un rischio definitorio: far rientrare nella cooperazione qualsiasi accordo tra amministrazioni rischia di attrarre affidamenti che sono in realtà appalti, riaprendo la linea giurisprudenziale che la codificazione del 2014 aveva inteso chiudere.

La consultazione conferma che il terreno è tra i più divisi: sul versante pubblico si chiede di liberare e codificare la cooperazione fuori dalle direttive — l'Associazione delle Province olandesi propone di ancorarla al di fuori delle regole sugli appalti, il *Groupe Caisse des Dépôts* di rimuovere la soglia dell'80% — mentre sul versante privato si invocano argini, perché le esenzioni consentono alle amministrazioni di aggirare la gara.

Sull'in house la frattura è netta: i sindacati, con una campagna coordinata, chiedono di tutelarlo come presidio del servizio pubblico, mentre il mondo delle piccole e medie imprese ne chiede la limitazione, vedendovi una barriera al mercato[37].

In un quadro così frammentato, la riforma realisticamente attuabile non è l'abolizione delle condizioni, ma la loro chiarificazione: definire che cosa sia il controllo analogo, fissare una metodologia per calcolare la soglia di attività — cioè proprio le incertezze che la valutazione segnala — e conservare un criterio maneggevole, anche se ricalibrato. Per l'*in house*, in particolare, la via percorribile è la certezza procedurale, non l'ampliamento dell'esenzione.

In tale prospettiva assume rilievo l'ammonimento del prof Caranta: allargare le

[36]Corte di giustizia UE, 3 ottobre 2019, causa C-285/18, *Irgita* (e ordinanza 6 febbraio 2020, cause riunite C-89/19–C-91/19, *Rieco*): la direttiva non obbliga gli Stati a ricorrere all'*in house* neppure quando sono soddisfatte le condizioni dell'art. 12, e non osta a condizioni nazionali più rigorose, in coerenza con il considerando 5 e l'art. 2 della direttiva 2014/24/UE.

[37]Contributi alla consultazione: IPO (Province olandesi) e Groupe Caisse des Dépôts (per ampliare l'esenzione), AVR (per mantenerne i limiti), SMEunited (per circoscrivere l'in house).

ISSN 2036-7821

maglie senza contrappesi non semplifica, ma moltiplica il contenzioso e distorce la concorrenza.

8. Conclusioni provvisorie e transitorie.

Da tutto ciò emerge che la riforma segna un cambio di paradigma: dalla centralità dell'apertura dei mercati alla ricerca di un nuovo equilibrio tra concorrenza, resilienza delle filiere, sicurezza degli approvvigionamenti e autonomia strategica dell'Unione. Il punto di emersione più visibile di tale trasformazione è rappresentato dai settori speciali, nei quali i nuovi principi della preferenza europea e locale, la ridefinizione dell'ambito di applicazione e la disciplina delle esenzioni diventano le leve attraverso cui si compie una scelta eminentemente politica: quanto ampia debba essere l'area sottratta al regime concorrenziale, e a quali condizioni l'acquisto pubblico possa trasformarsi in uno strumento di politica industriale. I tre principi che chiedono di entrare, l'elettricità che chiede di uscire perché pienamente concorrenziale, l'acqua che chiede di uscire per ragioni di sicurezza e protezione, la cooperazione pubblico-pubblico e l'*in house* che chiedono di essere liberati, rappresentano manifestazioni differenti della medesima tensione.

Ma è, appunto, una transizione, non un approdo. La risoluzione del Parlamento appare ambivalente, combattuta tra un'anima procedurale e una strategica; la consultazione restituisce posizioni frammentate e, alle volte, inconciliabili; gli esperti consigliano cautela; la — Corte dei conti europea continua a segnalare i rischi derivanti dalla riduzione della concorrenza. A ciò si aggiunge un vincolo che nessuna analisi può ignorare: ogni proposta dovrà essere approvata dal Consiglio e dal Parlamento, istituzioni che oggi riflettono molti governi euroscettici e poco inclini a una maggiore centralizzazione a Bruxelles. Non a caso la valutazione della Commissione — che pure giudica il quadro vigente privo di "*agilità, coerenza e orientamento strategico*" — tende ad assumere solo indicazioni realisticamente percorribili, per evitare le difficoltà che accompagnarono il recepimento del 2014. Le divisioni attraversano perfino gli organi consultivi: il parere del Comitato economico e sociale europeo del 5 dicembre 2025 si è spaccato quasi a metà sull'introduzione di requisiti obbligatori di condizionalità sociale, con 133 voti a favore, 108 contrari e 13 astensioni[38].

La più recente delle voci istituzionali conferma e insieme complica il quadro. Il parere del Comitato europeo delle regioni del 4 marzo 2026[39], ricorda che quasi la metà degli appalti è gestita da autorità locali e regionali e chiede di mettere le città e

[38]CESE, parere sulla revisione delle direttive appalti, adottato in plenaria il 5 dicembre 2025: sull'introduzione di requisiti obbligatori di condizionalità sociale, 133 voti favorevoli, 108 contrari, 13 astensioni.

[39] Comitato europeo delle regioni, parere sulla valutazione delle direttive sugli appalti pubblici, relatore R. Gualtieri, adottato il 4 marzo 2026 (rif. CDR-2298-2025).

ISSN 2036-7821

le regioni al centro della riforma, rafforzandone la dimensione territoriale: la complessità delle norme dell'Unione, avverte, impedisce a comuni e regioni di sfruttare il potenziale strategico della spesa pubblica. È, sul piano istituzionale, la stessa esigenza di autonomia che si è qui prospettata. Il Comitato introduce inoltre un baricentro ulteriore — il principio del risultato e la centralità della fase di esecuzione e della tutela del lavoro, di chiara ascendenza italiana — e, pur favorevole alla clausola del Made in Europe, ne àncora l'adozione alla semplificazione, alla qualità e all'autonomia locale. Significativamente, sul fronte del lavoro e dei subappalti il Comitato si discosta dalla linea prevalsa in Parlamento: segno che la divergenza non attraversa soltanto gli stakeholder e i gruppi politici, ma gli stessi organi consultivi dell'Unione.

La pluralità delle posizioni emerse conferma come il dibattito non opponga semplicemente fautori e oppositori della riforma. Le divergenze riguardano piuttosto la stessa funzione che il procurement dovrebbe assolvere nell'economia europea. Da un lato, permane la visione tradizionale che considera gli appalti pubblici uno strumento di integrazione del mercato interno; dall'altro, emerge con crescente forza una concezione che li interpreta come leva di politica industriale, di sicurezza economica e di gestione delle dipendenze strategiche dell'Unione.

Sotto questo profilo, i risultati della consultazione e gli studi preparatori sembrano confermare una tendenza già individuata dalla più recente dottrina europea. Per oltre tre decenni il diritto europeo degli appalti è stato costruito attorno all'obiettivo dell'integrazione del mercato interno; oggi esso appare progressivamente chiamato a svolgere una funzione ulteriore, consistente nel governo delle dipendenze strategiche dell'Unione e nel rafforzamento della sua competitività industriale (Letta, Draghi, Janssen). È in questo passaggio che si colloca il significato più profondo della riforma.

Resta un dato che andrebbe sempre ricordato: gli appalti sopra soglia, su cui si concentra quasi tutto il dibattito, valgono appena un quinto della spesa complessiva in procurement dell'Unione — circa quattrocento miliardi su un volume annuo di duemilaquattrocento[40]. Se si vuole un impatto reale sull'integrazione del mercato unico, l'approccio va esteso al sotto soglia, di cui però i contributi, in larghissima parte, non si occupano. Qui sta forse il divario maggiore: tra una mole straordinaria, e spesso pregevole, di contributi e la ristrettezza degli spazi di volontà politica oggi agibili.

Restano allora aperte le domande che contano: quale strumento — un regolamento o un'unica direttiva consolidata con capitoli settoriali; quale grado di armonizzazione – che per la cooperazione e l'in house resta in parte illusorio, finché gli Stati

[40]Dato richiamato nell'introduzione ai lavori del convegno: gli appalti sopra soglia rappresentano circa il 20% della spesa complessiva in procurement dell'Unione (≈ 400 miliardi su ≈ 2.400 annui).

ISSN 2036-7821

conserveranno, dopo il caso Irgita, il potere di disciplinarli più rigorosamente; e, soprattutto, se l'anima procedurale delle direttive sopravviverà alla svolta strategica senza entrare in rotta di collisione con il mercato unico aperto e concorrenziale che l'articolo 3, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione europea pone a fondamento del progetto europeo.

Tra esse ve n'è anche un'altra che forse appare preliminare rispetto a tutte le altre: se il diritto europeo dei contratti pubblici possa continuare a perseguire finalità strategiche sempre più ambiziose senza compromettere la funzione integratrice che esso ha storicamente svolto nella costruzione del mercato unico. Lo ha ricordato Draghi: gli appalti "sono lo strumento più potente per creare mercati", ma il successo dipenderà dall'armonizzazione tra gli Stati, senza la quale si rischia di scivolare nel protezionismo nazionale[41].

Emerge, dunque, un paradosso. I settori speciali sono al tempo stesso i più aperti al mercato — comparti a carattere industriale, costruiti attorno alla contendibilità — e i più esposti alla svolta strategica: è su di essi che i nuovi principi si scaricano per primi, ed è su di essi che se ne misureranno per primi i costi. In tale prospettiva rischiano di diventare i veri parafulmini della riforma e, forse, le sue prime vittime. Misure immaginate come protettive — la preferenza europea, il Made in Europe — potrebbero, infatti, penalizzare proprio i comparti più dipendenti da filiere e tecnologie globali, irrigidendone gli approvvigionamenti e rallentandone gli investimenti.

Per questo la riforma dovrebbe assumere, accanto ai tre principi della preferenza europea, del *made in Europe* e della preferenza locale, un parametro di tutela dei settori speciali: ogni modifica dovrebbe, prima di ogni altra cosa, verificare attraverso un'analisi d'impatto della regolamentazione il perseguimento di due obiettivi imprescindibili: rafforzare l'autonomia e valorizzare la specificità dei settori speciali.[42] I settori speciali sono il luogo in cui le prospettive — il futuro strategico — e l'attualità — il presente della concorrenza e della coerenza — si scontrano con maggiore evidenza. Più che una riforma delle procedure, quella oggi in discussione appare dunque una riforma della funzione dell'evidenza pubblica europea.

Leggere la Risoluzione del Parlamento al margine di tutto ciò che è seguito non ci consegna una meta, ma una soglia: una fase di transizione della quale iniziamo a immaginare la direzione, ma non ancora l'approdo.

---

[41] M. Draghi, intervento alla conferenza della Commissione del 16 settembre 2025: gli appalti "*sono lo strumento più potente per creare mercati*", ma il successo dipende dall'armonizzazione tra gli Stati, pena lo scivolamento nel "protezionismo nazionale"; cfr. M. Cozzio, op. cit., § 3.

[42] L'esigenza di tutela trova appigli nella stessa risoluzione: l'autonomia organizzativa delle amministrazioni (punti 15, 24 e 25) e il rifiuto di un approccio uniforme (lett. M); la specificità dei settori richiama R. Caranta, op. cit., che ne raccomanda la salvaguardia in capitoli dedicati.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Convenzioni urbanistiche: cessione delle aree come 'diritto' e sua imprescrittibilità

di **Paolo Cotza**

(Ricercatore confermato in Diritto Amministrativo presso l'Università di Cagliari)

Sommario

Premessa (enucleazione del problema giuridico di base). - (I) 1. Ricostruzione della fattispecie contenziosa che ha rappresentato l'occasione 'prossima' di studio. - 2. 'Precedenti' giurisprudenziali e primi cenni ad un 'approccio revisionista' al problema. - (II) 3. Per una revisione epistemologica del concetto giuridico di contratto. - 4.1. 'Rivisitazione' dogmatica dei tradizionali istituti di riferimento. Dalla legittimazione del potere (per via delle sue dinamiche) a quella dell'interesse pubblico in rapporto all'interesse legittimo. - 4.2. Prime conclusioni specialistiche (*proprium* funzionale delle convenzioni urbanistiche quali contratti ad oggetto pubblico). - 4.3.1. Affermazione di un 'diritto soggettivo pubblico' (attualizzato) in seno ad una più generale revisione della teoria delle situazioni giuridiche soggettive: … non solo in capo al privato (in correlazione con l'interesse legittimo) … - 4.3.2. … ma anche in capo all'amministrazione (stante il primato del dovere-obbligo). Seconde conclusioni specialistiche (indisponibilità-imprescrittibilità del 'diritto' alle cessioni correlate a convenzioni urbanistiche).

Abstract

The study starts from the controversial jurisprudential solution regarding the legal treatment to be reserved for the transfers of land in favor of the Municipality, on the occasion of the completion of urban planning agreements: at least insofar as those 'modules of consent' are associated with purely obligatory effects. From here, passing through an epistemological and dogmatic 'revisitation' of the reference institutions, the proposition of a 'public subjective right', vested in the administration, so as to allow dealing with the corresponding problems of availability-prescriptibility.

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

Premessa (enucleazione del problema giuridico di base).

Il trattamento giuridico, da riservare alle cessioni di aree a favore del Comune in occasione del perfezionarsi di convenzioni urbanistiche, resta di controversa soluzione: almeno nella misura in cui a quelle convenzioni non si associno effetti reali, ma meramente obbligatori; sì da porre problemi di prescrittibilità.

Peraltro, di là dalle divergenti risposte fornite dalla Giurisprudenza, gli è che nessuna di quelle si spinge al confronto con un interrogativo di fondo che, al più, ci si limita a delineare all'orizzonte. Pare significativo quanto sostenuto dal Consiglio di Stato in una recente pronuncia, e che di seguito si riporta testualmente, circa il 'prologo dogmatico' al problema di motivare in punto di diritto in ordine alla menzionata prescrittibilità.

Si legge così che: «*Ritiene il Collegio che il diritto del Comune alla cessione da parte del privato lottizzante delle aree funzionali alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, proprio in relazione alla connotazione pubblicistica di dette opere, non sia qualificabile de plano in termini di diritto soggettivo.*

Del resto, proprio la difficile qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive che vengono in rilievo con riguardo alle controversie relative alla "formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni" ha indotto il legislatore ad attribuire la cognizione delle predette controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a.)»[1].

Ancora, al profilo funzional-pubblicistico delle convenzioni urbanistiche conseguirebbe che «*l'istituto della prescrizione non può applicarsi …, non configurandosi in capo all'amministrazione alcun diritto soggettivo al trasferimento delle aree e delle opere di urbanizzazione realizzate "a scomputo", bensì "l'attribuzione" ad essa di "prenderle in carico" per "provvedere alla loro relativa manutenzione e gestione nell'interesse generale della collettività"*».

Da qui, l'obiettivo del presente scritto: di tentar di colmare quella lacuna, onde conferire più solide basi concettuali e di sistema all'esito applicativo.

I

1. Ricostruzione della fattispecie contenziosa che ha rappresentato l'occasione 'prossima' di studio.

Nella circostanza, il Comune aveva domandato al Giudice di prime cure:

in primo luogo, l'accertamento dell'intervenuta acquisizione della piena proprietà di terreni, quali censiti catastalmente ed in origine appartenenti ad una Società, per effetto delle pattuizioni contenute in una convenzione di lottizzazione stipulata

[1] Cons. Stato, Sez. IV, 30 dicembre 2025, n. 10467.

ISSN 2036-7821

mediante atto pubblico con la quale tale Società si era impegnata a cedere gratuitamente alcune aree da destinare a strade, marciapiedi, parcheggi e verde pubblico;
in subordine, l'emanazione di una sentenza ai sensi dell'art. 2932 c.c., costitutiva degli effetti della obbligazione di trasferimento della titolarità delle aree in discorso.
Le aree venivano consegnate nei termini previsti all'amministrazione comunale, ma non veniva mai formalizzato un atto di cessione della titolarità delle stesse.
Con sentenza, il giudice di primo grado aveva respinto entrambe le domande (sia quella formulata in via principale, che quella formulata in via subordinata).
Da qui, il risolversi dell'amministrazione comunale a censurare in appello la sentenza impugnata con articolati motivi.
Rileva il Consiglio di Stato, disattendendo in parte le argomentazioni del Comune appellante formulate in via principale, che:
«L'art. … della convenzione del … disponeva: "La Società … si impegna per sé e per eventuali aventi diritto a qualsiasi titolo a cedere e trasferire gratuitamente al Comune le sottoelencate aree di proprietà da destinare a:
- strade, marciapiedi e parcheggi mq 3.444
- verde pubblico " 3.858
Totale " 7.302
(metri quadri settemilatrecentodue)
Tutte le aree suddette sono evidenziate nella planimetria di cui sopra con grafia indelebile; e *saranno più esattamente quantificate a seguito di frazionamento al momento della effettiva cessione*".
L'art. 14 della predetta convenzione, rubricato "Consegna delle aree e delle opere", disponeva invece:
"La Società concessionaria si impegna a trasferire al Comune la proprietà delle aree e delle opere di urbanizzazione secondaria entro 60 (sessanta) giorni dalla data dei collaudi con esito favorevole".
Dalla formulazione letterale delle clausole sopra richiamate risulta con chiara evidenza che, con riguardo alla titolarità delle aree in questione, la convenzione non ha effetti reali, ma meramente obbligatori; essa non comporta il trasferimento della titolarità delle aree, ma solo l'assunzione dell'obbligo di trasferire le aree, previo frazionamento catastale delle stesse, entro 60 giorni dal collaudo delle opere di urbanizzazione realizzate su di esse.
…
[Quanto al] secondo motivo di appello, [col quale] l'amministrazione comunale … contesta il capo di sentenza con il quale è stata respinta anche la domanda formulata in via subordinata nel ricorso introduttivo del giudizio.
In particolare, *il giudice di primo grado ha accolto l'eccezione di prescrizione sollevata dalla Società …, aderendo all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale le obbligazioni derivanti da convenzione urbanistica, si prescrivono con decorrenza del termine decennale dal*

ISSN 2036-7821

momento in cui risultano esauriti gli effetti della convenzione stessa.

Nel caso di specie, gli effetti della convenzione si sarebbero estinti allo spirare del sessantesimo giorno successivo al collaudo delle opere … e quindi, al più tardi, al …, termine entro il quale doveva essere stipulato l'atto di cessione; la prima richiesta in tal senso è pervenuta alla società solo in data …, quando … il termine di prescrizione era ormai decorso.

Il Comune … contesta le conclusioni del giudice di primo grado, richiamando alcune pronunce giurisprudenziali secondo le quali l'istituto della prescrizione non si applica alle pretese dell'amministrazione pubblica relative all'esecuzione di impegni (come la cessione di aree per opere di urbanizzazione e gli obblighi di esecuzione delle opere di urbanizzazione) che il soggetto attuatore ha assunto in seguito alla stipula di una convenzione urbanistica …

… Il motivo è fondato.

… La convenzione di lottizzazione è un contratto di diritto pubblico, più precisamente un accordo sostitutivo di provvedimento, ai sensi e per gli effetti dell'art. 11 L. n. 241 del 1990, in quanto espressione dell'esercizio consensuale di un potere pianificatorio, che sfocia in un progetto e in una serie di disposizioni urbanistiche generanti obblighi e oneri; le controversie in tema di esecuzione della convenzione sono dunque riconducibili all'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a., che attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sulle controversie riguardanti l'adempimento degli obblighi contenuti nelle convenzioni urbanistiche, ricomprese tra le vertenze in tema di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi sostitutivi di provvedimento amministrativo.

… L'oggetto del presente contenzioso concerne la durata temporale degli obblighi previsti dalle convenzioni di lottizzazione.

Pur non essendo stabilito espressamente dalla legge un termine massimo di durata delle convenzioni di lottizzazione, la sua individuazione è ritenuta necessaria proprio per non attribuire loro l'efficacia di condizionare a tempo indeterminato la pianificazione urbanistica futura. Tale termine è stato dunque mutuato dall'art. 16, comma 5, della L. 17 agosto 1942, n. 1150, concernente i piani particolareggiati.

Il piano di lottizzazione, ai sensi dell'art. 28 della L. urbanistica n. 1150 del 1942, come modificato dall'art. 8 della L. ponte n. 765 del 1967, si configura come uno strumento urbanistico equiordinato al piano particolareggiato e ad esso sostanzialmente alternativo (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 2023, n. 6955).

Attesa, infatti, la natura sostanzialmente alternativa che nella pianificazione urbanistica assume il piano di lottizzazione rispetto al piano particolareggiato, si ritiene applicabile anche al piano di lottizzazione il termine decennale di efficacia dall'approvazione, di cui al richiamato art. 16 della L. n. 1150 del 1942, tenuto conto che l'art. 28 della medesima legge prevede soltanto che la convenzione di lottizzazione fissi i termini, non superiori a dieci anni, entro i quali deve essere ultimata l'esecuzione delle opere convenzionate (Consiglio di Stato, Sez. II, 8 settembre 2021 n. 6234).

L'inefficacia collegata alla scadenza dei termini dei piani attuativi e degli strumenti

urbanistici che ne condividono la natura (quali i piani di lottizzazione e i piani di zona per l'edilizia economica e popolare) è un effetto di legge che si produce automaticamente, con la conseguenza che la convenzione di lottizzazione scaduta e rimasta in parte inattuata non può vincolare i successivi strumenti urbanistici generali (ex multis, Consiglio Stato, Sez. II, 8 settembre 2021 n. 6234; 2 marzo 2020, n. 1485; Sez. V, 1 febbraio 2019, n.809).

… Secondo un consolidato e risalente orientamento giurisprudenziale, "La scadenza della convenzione di lottizzazione riguarda l'efficacia del regime urbanistico introdotto dalla convenzione e non anche gli effetti obbligatori che la stessa convenzione va a produrre tra le parti. Tuttavia, ciò non significa che l'Amministrazione resti vincolata sine die alle scelte urbanistiche trasfuse nella convenzione, ma soltanto che le parti possono anche oltre il termine di scadenza suindicato esigere l'adempimento degli obblighi (p.es. di corresponsione di somme a titolo di oneri, di realizzazione di opere di urbanizzazione etc.) *che la controparte si è assunta con la convenzione stessa"* (Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 luglio 2021 n. 5358; Sez. II, 4 maggio 2020, n. 2843; cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 30 novembre 2015, n. 5413; id., 20 dicembre 2013, n. 6160).

La convenzione, per quanto riguarda le obbligazioni ivi previste, resta valida ed efficace e suscettibile di esecuzione anche oltre il decennio, eventualmente mediante l'azione di adempimento - ad esempio in caso di mancata realizzazione delle opere di urbanizzazione -, oppure *mediante l'azione per l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di trasferire al Comune i terreni privati da destinare a standard urbanistici, ex art. 2932 c.c. La scadenza del termine per l'ultimazione dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione previste in una convenzione urbanistica non fa venire meno la relativa obbligazione, mentre proprio da tale momento, inizia a decorrere l'ordinario termine di prescrizione decennale, ai sensi dell'art. 2946 c.c.* (Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 settembre 2023 n. 8328); *il Comune, una volta consumato il termine di validità della convenzione, ha dunque dieci anni di tempo per poter azionare i diritti ivi previsti* (Consiglio di Stato, Sez. II, 20 aprile 2020 n. 2532).

… Il Collegio è ora chiamato ad esaminare la questione giuridica relativa alla applicazione ai diritti derivanti dalle convenzioni di lottizzazione del regime della prescrizione.

L'art. 2934 c.c., rubricato "Estinzione dei diritti" dispone:

"Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge.

Non sono soggetti alla prescrizione i diritti indisponibili e gli altri diritti indicati dalla legge".

Questa Sezione, partendo dal presupposto che le convenzioni urbanistiche sono accordi aventi ad oggetto potestà pubblicistiche, con i quali l'amministrazione realizza esclusivamente finalità istituzionali, e che la convenzione urbanistica non ha una specifica autonomia e natura di fonte negoziale del regolamento di contrapposti interessi delle parti stipulanti, bensì si configura come "accordo endoprocedimentale dal contenuto vincolante quale mezzo rivolto al fine di conseguire l'autorizzazione edilizia" (Cass. civ., Sez. I, 17 aprile 2013, n. 9314;

cfr., Cons. Stato, Sez. IV, 1 agosto 2018, n. 4743), *è pervenuta alla conclusione di ritenere che "…gli obblighi di cessione recati da una convenzione di lottizzazione ovvero dagli atti a questa assimilabili sono imprescrittibili"* (Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2019 n. 1341; 14 giugno 2018 n. 3672; 26 agosto 2014 n. 4278).

Nell'ambito di questo orientamento giurisprudenziale è stato evidenziato che nel modello delineato dalla c.d. legge urbanistica la cessione delle aree destinate alle opere di urbanizzazione non rappresenta una qualunque controprestazione, ma un elemento strutturale, caratterizzante e imprescindibile, condizione di legittimità della lottizzazione (Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014 n. 4278).

Si è anche sostenuto da questa Sezione che allorché il proprietario abbia formalmente assunto, nei confronti del Comune, ente esponenziale della collettività locale, l'obbligo di cessione gratuita di un proprio fondo, l'intenzione di riservare a sé, in via esclusiva, il godimento dell'area richiede una qualificata interversio possessionis *di carattere materiale e di significato univoco; il pregresso impegno* lato sensu *negoziale assunto con l'ente esponenziale della collettività locale comporta che il proprietario - qualora voglia conservare per sé l'uso esclusivo del cespite destinato all'uso pubblico e di cui sia stata pattuita la cessione gratuita al Comune - abbia l'onere di porre in essere una condotta materiale oggettivamente percepibile, da cui la collettività indistinta possa* prima facie *desumere in maniera univoca la volontà di venire* contra factum proprium. *Nel difetto di tale condotta, si verifica un sostanziale riconoscimento della perdurante sussistenza del diritto del Comune a pretendere l'adempimento dell'obbligo di cessione, con conseguente spostamento in avanti, giorno per giorno, dell'inizio del termine prescrizionale, che comincia a decorrere solo allorquando il proprietario palesi chiaramente, con concreti atti materiali, la propria inequivocabile intenzione di non dar seguito a quell'impegno* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 7008/2019).

In altri termini, *secondo l'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, le conseguenze della scadenza dell'efficacia del piano attuativo (ovvero dei piani a questo equiparati) si esauriscono nell'ambito della sola disciplina urbanistica, non potendo invece incidere sulla validità ed efficacia delle obbligazioni assunte dai soggetti attuatori degli interventi* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014 n. 4278; Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2012, n. 28).

… Secondo un altro orientamento giurisprudenziale, le posizioni giuridiche soggettive derivanti dalle convenzioni di lottizzazione non sfuggono alla applicazione del regime della prescrizione.

In particolare, nella sentenza n. 5358/2021, questa Sezione ha evidenziato che la scadenza del termine non superiore ai dieci anni che la convenzione di lottizzazione deve assegnare per l'ultimazione dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione (ai sensi dell'art. 28 L. 17 agosto 1942, n. 1150) non fa venire meno la relativa obbligazione, la quale, al contrario, diventa esigibile proprio da tale momento, dal quale inizia a decorrere l'ordinario termine di prescrizione.

ISSN 2036-7821

Recentemente, questa Sezione, in relazione al carattere negoziale delle convenzioni urbanistiche, ha prestato adesione all'orientamento giurisprudenziale favorevole alla tesi della prescrittibilità delle obbligazioni derivanti dalle convenzioni di lottizzazione; in particolare, nella sentenza n. 8327/2024 è stato precisato quanto segue:

"Ritiene, infatti, il Collegio, conformemente al più recente orientamento della Sezione, che, una volta scaduti i termini di validità della convenzione urbanistica o il diverso termine stabilito dalle parti, l'esercizio di ogni azione legale per l'adempimento delle obbligazioni ivi contenute risulta prescritto se non esercitato entro il successivo termine di dieci anni. In questa diversa prospettiva, le obbligazioni del privato relative alla convenzione di lottizzazione divengono esigibili con la scadenza della convenzione relativa al piano di lottizzazione - in caso di mancata ultimazione delle opere nei termini - o con l'ultimazione delle opere medesime - se avvenuta prima di detta scadenza - entro e non oltre il successivo termine decennale di prescrizione (Consiglio di Stato sez. IV 14 maggio 2019 n. 3216, Id. sez. IV, 16 luglio 2021, n. 5358; Id. sez. II, 1 dicembre 2021, n. 8006).

Alla stregua di tale più condivisibile impostazione, la scadenza del termine per l'ultimazione dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione previste in una convenzione urbanistica non fa venire meno la relativa obbligazione, mentre proprio da tale momento inizia a decorrere l'ordinario termine di prescrizione decennale, ai sensi dell'art. 2946 del codice civile (Cons. Stato Sez. IV, 14 maggio 2019, n. 3127; n. 3126; Sez. IV, 16 luglio 2021, n. 5358)"»[2].

Così operata l'indagine ricostruttiva: «… *Ritiene il Collegio di dover assumere tra i due contrapposti orientamenti una posizione intermedia, in quanto, ai fini della individuazione della disciplina giuridica applicabile agli obblighi derivanti dalle convenzioni di lottizzazione, non si può non tenere conto della natura e dell'oggetto de[gli] obblighi stabiliti dalle predette convenzioni.*

L'art. 28 della L. n. 1150 del 1942, rubricato "Lottizzazione di aree", ai commi 5 e ss, dispone quanto segue:

"5. L'autorizzazione comunale è subordinata alla stipula di una convenzione, da trascriversi a cura del proprietario, che preveda:

1) la cessione gratuita entro termini prestabiliti delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione primaria, precisate dall'art. 4 della L. 29 settembre 1964, n. 847, nonché la cessione gratuita delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione secondaria nei limiti di cui al successivo n. 2;

2) l'assunzione, a carico del proprietario, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria relative alla lottizzazione o di quelle opere che siano necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi; la quota è determinata in proporzione all'entità e alle caratteristiche degli insediamenti delle lottizzazioni;

3) i termini non superiori ai dieci anni entro i quali deve essere ultimata l'esecuzione

[2] Cons. Stato, Sez. IV, 30 dicembre 2025, n. 10467.

ISSN 2036-7821

delle opere di cui al precedente paragrafo;
4) congrue garanzie finanziarie per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla convenzione.
6. La convenzione deve essere approvata con deliberazione consiliare nei modi e forme di legge.
7. *L'attuazione degli interventi previsti nelle convenzioni di cui al presente articolo ovvero degli accordi similari comunque denominati dalla legislazione regionale, può avvenire per stralci funzionali e per fasi e tempi distinti. In tal caso per ogni stralcio funzionale nella convenzione saranno quantificati gli oneri di urbanizzazione o le opere di urbanizzazione da realizzare e le relative garanzie purché l'attuazione parziale sia coerente con l'intera area oggetto d'intervento*.
8. Il rilascio delle licenze edilizie nell'ambito dei singoli lotti è subordinato all'impegno della contemporanea esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria relativa ai lotti stessi.
9. Sono fatte salve soltanto ai fini del quinto comma le autorizzazioni rilasciate sulla base di deliberazioni del Consiglio comunale, approvate nei modi e forme di legge, aventi data anteriore al 2 dicembre 1966.
10. Il termine per l'esecuzione di opere di urbanizzazione poste a carico del proprietario è stabilito in dieci anni a decorrere dall'entrata in vigore della presente legge, salvo che non sia stato previsto un termine diverso…".
La Suprema Corte ha avuto modo di precisare che la convenzione di lottizzazione è un accordo endoprocedimentale di diritto pubblico, volto al conseguimento dell'autorizzazione urbanistica o edilizia, sicché non costituisce un contratto a prestazioni corrispettive, mancando tra le stesse una corrispondenza di natura negoziale, con l'ulteriore conseguenza che è inapplicabile l'istituto della compensazione, mentre può operare la "datio in solutum", atteso che l'obbligazione relativa all'esecuzione delle opere concordate con l'ente territoriale si estingue solo al momento della realizzazione delle medesime (Cassazione civile, Sez. V, 22 giugno 2018 n. 16533).
In particolare, con riguardo al trasferimento delle aree previste nelle convenzioni di lottizzazione è stato sostenuto in giurisprudenza: "… tali aree … devono essere necessariamente trasferite, in quanto idonee ad adempiere alla funzione assegnata dalla convenzione, che, si deve ricordare, non è un atto interamente privatistico, ma stipulato in funzione della realizzazione dell'interesse pubblico sottostante all'approvazione del piano di lottizzazione.
Si tratta, infatti, di beni, per i quali il trasferimento in proprietà al Comune è previsto espressamente dall'art. 28 della legge urbanistica, 17 agosto 1942, n. 1150 (a seguito della L. 6 agosto 1967, n. 765), in relazione alla stessa natura delle opere funzionalizzate, alla realizzazione di un interesse pubblico; il trasferimento di proprietà, dunque, costituisce il presupposto e la stessa ragione d'essere della convenzione urbanistica stipulata tra il Comune e il privato.

ISSN 2036-7821

Le opere in questione e le relative aree di sedime erano, quindi, già naturalmente destinate ad essere trasferite nella proprietà comunale, proprio al fine di assolvere la funzione tipica della stessa convenzione urbanistica (Consiglio di Stato Sezione II, 11 ottobre 2021, n. 6804)" (Consiglio di Stato, Sez. II, 1 dicembre 2021 n. 8006).

Ritiene il Collegio che il diritto del Comune alla cessione da parte del privato lottizzante delle aree funzionali alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, proprio in relazione alla connotazione pubblicistica di dette opere, non sia qualificabile de plano in termini di diritto soggettivo.

Del resto, proprio la difficile qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive che vengono in rilievo con riguardo alle controversie relative alla "formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni" ha indotto il legislatore ad attribuire la cognizione delle predette controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a.).

Partendo da questa premessa, ritiene il Collegio che per le obbligazioni a contenuto patrimoniale (quali, ad esempio, quelle relative al pagamento degli oneri di urbanizzazione) deve ritenersi operante il regime della prescrizione decennale, con decorrenza dalla scadenza della convenzione; in tali ipotesi, in considerazione della natura meramente patrimoniale della prestazione posta a carico del privato, non vi è ragione per derogare al principio, di ordine pubblico, di cui all'art. 2934, c.c., secondo cui non sono soggetti all'istituto della prescrizione esclusivamente le fattispecie indicate dalla legge.

Per gli obblighi di natura pubblicistica connessi alla pianificazione (cessione di aree a standard, realizzazione e cessione delle opere di urbanizzazione), ritiene il Collegio che non possa operare la prescrizione, in quanto, da un lato, l'adempimento di questi obblighi costituisce il presupposto sulla base del quale è stato emesso il titolo edilizio abilitativo, dall'altro, l'applicazione dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti agli accordi di diritto pubblico opera nella misura in cui detti principi siano "compatibili" con la natura dei predetti accordi (art. 11 comma 2, della L. n. 241 del 1990).

Orbene, la natura pubblicistica della obbligazione e la finalità di assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico inducono, con riguardo a questa specifica ipotesi, a dare continuità all'orientamento giurisprudenziale secondo cui non è ammissibile "… che un imprenditore privato possa godere dei profitti di una lottizzazione a danno della collettività: il che avverrebbe se egli potesse sottrarsi all'obbligo di fornire gli spazi occorrenti per l'urbanizzazione primaria e secondaria, che nel modello delineato dalla c.d. legge urbanistica non rappresentano una qualunque controprestazione, ma un elemento strutturale, caratterizzante e imprescindibile, condizione di legittimità della lottizzazione" (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 4278/2014, cit.).

Recentemente, questa Sezione ha prestato adesione alla tesi della inapplicabilità del regime della prescrizione agli obblighi di cessione delle aree funzionali alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, con il seguente percorso argomentativo:

ISSN 2036-7821

"… La previsione dell'art. 28, comma 5, L. n. 1150 del 1942, che costituisce contenuto imposto dell'accordo ex art. 11 L. n. 241 del 1990 fra privato ed amministrazione, si raccorda in maniera evidente alla "necessità" che ogni edificazione venga compiuta unitamente alla realizzazione di quelle opere - le opere di urbanizzazione, per l'appunto - "necessarie a rendere una porzione di territorio idonea all'uso insediativo previsto dagli strumenti urbanistici vigenti" (Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2018 n. 5372, . 2.3.) *e la cui edificazione e la cui cura spettano, di regola, all'amministrazione comunale a cui è attribuito tale "compito", che si estrinseca nel doverle realizzare, nel doverle manutenere e nel doverle vigilare* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 5372/2018, cit. . 2.4. e, più di recente, Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2024 n. 6503, secondo cui "la realizzazione delle opere di urbanizzazione rientra nelle attribuzioni dell'Amministrazione competente (di regola, quella comunale)"; Cons. Stato, sez. IV, 23 maggio 2025 n. 4511, . (...), *secondo cui "Gli oneri di manutenzione delle opere di urbanizzazione ricadono, infatti, interamente sull'ente locale solo una volta acquisite al patrimonio indisponibile dell'ente" e, in precedenza, la già citata Cons. Stato, sez. IV, n. 6503/2024, cit., che afferma che: "Le opere di urbanizzazione sono funzionali alla gestione di servizi pubblici, che sono a carico del Comune territorialmente competente, con la conseguenza che, una volta che siano state regolarmente eseguite dal soggetto lottizzante, le opere di urbanizzazione debbono essere acquisite dal Comune, che deve provvedere alla loro relativa manutenzione e gestione nell'interesse generale della collettività").*

Nel caso in cui l'edificazione avvenga attraverso il piano e la convenzione di lottizzazione, proprio l'art. 28, comma 5, dispone "l'assunzione, a carico del proprietario, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria relative alla lottizzazione o di quelle opere che siano necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi".

Questi "oneri" possono poi essere adempiuti mediante il pagamento di una somma di denaro oppure attraverso la realizzazione materiale, c.d. "a scomputo" delle opere in questione (cfr. art. 16 D.P.R. n. 380 del 2001 e, in giurisprudenza, nuovamente, Cons. Stato, Sez. IV, n. 6503/2024, cit.).

In ambedue i casi, tuttavia, *il presupposto per il rilascio del titolo necessario per procedere all'edificazione privata (o all'edificazione dell'opus che interessa al privato e che questi intende realizzare) è il trasferimento all'amministrazione delle aree necessarie per la realizzazione delle opere di urbanizzazione* (Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 2023 n. 6944, che ha affermato che: "…in definitiva, la cessione delle aree in favore del Comune trova la propria giustificazione causale nella perdurante efficacia della convenzione di lottizzazione e si collega al riconoscimento dello ius edificandi in favore del privato lottizzante…").

Alle convenzioni urbanistiche, infatti, è demandato anche lo "scopo" di garantire che "all'edificazione del territorio" corrisponda tanto "l'approvvigionamento delle dotazioni minime di infrastrutture pubbliche" quanto "il suo equilibrato inserimento in rapporto al contesto di zona che, nell'insieme, garantiscano la normale qualità del vivere in un aggregato

urbano discrezionalmente, e razionalmente, individuato dall'autorità preposta alla gestione del territorio" (Cons. Stato, Sez. IV, 14 maggio 2019 n. 3127; 6 novembre 2009 n. 6947).

Conseguentemente, a differenza di quando prospettato dall'appellante, l'istituto della prescrizione non può applicarsi al caso di specie, non configurandosi in capo all'amministrazione alcun diritto soggettivo al trasferimento delle aree e delle opere di urbanizzazione realizzate "a scomputo", bensì "l'attribuzione" ad essa di "prenderle in carico" per "provvedere alla loro relativa manutenzione e gestione nell'interesse generale della collettività" (Cons. Stato, Sez. IV, n. 6503/2024, cit., . 9.2.)" (Consiglio di Stato, Sez. IV, 3 dicembre 2025 n. 9538).

… Con riguardo alla fattispecie dedotta in giudizio, le opere di urbanizzazione previste dalla convenzione di lottizzazione (strade, marciapiedi, parcheggi) sono state realizzate dal privato e sono state collaudate con esito positivo dalla amministrazione comunale (su questo non vi è contrasto tra le parti), ma dette opere insistono su aree che sotto il profilo formale rimangono nella titolarità del privato, con la conseguenza che viene in rilievo una commistione (incompatibile con l'interesse pubblico) tra la titolarità (privata) dell'area di sedime e la destinazione pubblicistica delle opere realizzate in esecuzione della convenzione di lottizzazione e una prevedibile confusione anche in relazione alla individuazione del soggetto tenuto alla manutenzione delle opere medesime (come dimostra la documentazione depositata in giudizio dalla Società …, in relazione ad una richiesta risarcitoria presentata da un privato per un incidente occorso in un'area a parcheggio rimasta nella titolarità della società lottizzante).

… Per le ragioni sopra richiamate, ritiene il Collegio che il ricorso in appello debba essere accolto in relazione alla domanda formulata in via subordinata dal Comune … e che, in riforma della sentenza di primo grado, vada accolta la domanda formulata ai sensi dell'art. 2932 c.c. (II motivo di appello).

Per pacifica giurisprudenza, qualora il soggetto proprietario di un terreno promesso in vendita ad un Comune, mediante la stipula di una convenzione urbanistica con effetti obbligatori, abbia una condotta ostativa alla realizzazione degli interessi in essa stabiliti, il giudice amministrativo adito dall'amministrazione comunale ai sensi dell'art. 2932 c.c. può disporre, conformemente al senso e alla finalità dell'accordo, lo scambio del bene oggetto del negozio, in ragione della formale promessa in cessione assunta con la convenzione, nonché del dovere di eseguire il contratto secondo buona fede, quale principio che opera anche negli accordi pubblico - privato e, dunque, anche nelle convenzioni urbanistiche (Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 novembre 2020 n. 7072).

Anche recentemente è stato ribadito da questa Sezione che "… in presenza dell'obbligo del privato delle realizzate opere di urbanizzazione e delle relative aree di sedime, nonché di un dovere di presa in carico delle opere di urbanizzazione e delle relative aree di sedime in capo all'amministrazione, può essere azionata la tecnica rimediale di cui all'art. 2932 c.c., ad opera della parte diligente (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2012 n. 28)" (Consiglio di

Stato, Sez. IV, 3 dicembre 2025 n. 9538).

… *Per l'effetto, la presente sentenza, in luogo del contratto definitivo di cessione, dispone il trasferimento, a titolo gratuito, dalla Società … al Comune …, della proprietà delle aree identificate nella convenzione di lottizzazione stipulata in forma di atto pubblico in data … (rep. (...); fasc. (...)), registrata a … in data … al n. … - Atti pubblici (articolo …) e nei successivi atti di frazionamento aree censite al N.D.C.D.B. al foglio n. (...), mappali n. (...), n. (...) …, con conseguente onere di trascrizione nei registri immobiliari della presente sentenza. Le parti hanno facoltà, in caso di insorgenza di problematiche ostative alla piena attuazione del decisum, di rivolgersi a questo Consiglio con un distinto ricorso nelle forme del giudizio di ottemperanza, eventualmente anche ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a.*

… La complessità delle questioni dedotte in giudizio giustifica l'equa compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio; per effetto di quanto disposto dall'art. 13, comma 6 - bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, spetta tuttavia al Comune … il rimborso del contributo unificato versato, da porre a carico della Società …

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie la domanda formulata dal Comune … ai sensi dell'art. 2932 c.c. nei termini e nei limiti di cui in motivazione»[3].

2. 'Precedenti' giurisprudenziali e primi cenni ad un 'approccio revisionista' al problema

Come nanti riconosciuto, la pronuncia del Consiglio di Stato testé riportata rappresenta solo l'ultima espressione giurisprudenziale in ordine di tempo. Da qui, per esigenze di compiutezza espositiva, la soluzione d'innestarvi gli spunti maggiormente significativi di quel più ampio dibattito; sul presupposto concettual-funzionale per cui:

«*La convenzione di lottizzazione* [*rectius*, urbanistica[4]], *con la quale il Comune autorizza i privati a costruire secondo il progetto approvato e riceve in proprietà le opere di urbanizzazione primaria e secondaria, ovvero le aree destinate a questo scopo, non consta necessariamente di un negozio giuridico unico, ma, in concreto, può risultare da una serie di*

[3] Cons. Stato, Sez. IV, 30 dicembre 2025, n. 10467.

[4] Cass. civ., Sez. I, 25 luglio 2016, n. 15340 (rv. 640670): la convenzione di lottizzazione, diversamente dalla convenzione urbanistica, che ha natura di contratto ad oggetto pubblico, è uno strumento urbanistico volto a suddividere il terreno in lotti fabbricabili e ad assicurare la conciliazione dell'interesse dei singoli privati lottizzanti con quello più generale di un corretto assetto del territorio.

ISSN 2036-7821

atti negoziali con efficacia obbligatoria e reale, che si integrano a vicenda per lo scopo e per il contenuto, e che si raccolgono ad unità nell'effetto precettivo proprio del negozio di convenzione, dal cui complesso si attuano e l'intento del Comune di autorizzare la costruzione da parte dei privati e il volere di questi di cedere al Comune la proprietà delle opere di urbanizzazione o delle aree a ciò destinate»[5];

«*L'obbligo di "facere", previsto in una convenzione a carico della parte lottizzante, consistente nella realizzazione delle opere e nella conseguente cessione delle aree, ai sensi dell'art. 8, comma 5°, n. 2 e comma 7°, della legge 6 agosto 1967, n. 765, ha natura di prestazione patrimoniale imposta e di obbligazione "ambulatoria" o "propter rem" dal lato passivo, gravante, quindi, sugli aventi causa degli originari lottizzanti*, per cui, di norma e salva diversa pattuizione negoziale, l'avente causa del lottizzante assume tutti gli oneri a carico di quest'ultimo in sede di convenzione di lottizzazione, compresi quelli di urbanizzazione ancora dovuti. In sintesi, la natura "reale" dell'obbligazione riguarda i soggetti che stipulano la convenzione, quelli che richiedono la concessione, quelli che realizzano l'edificazione e poi i loro aventi causa»[6].

Si legge così che, per un verso:

«Qualora il privato, non adempia all'obbligo di cedere al Comune aree, in applicazione di una convenzione di lottizzazione, il giudice amministrativo può emettere una sentenza costitutiva con gli stessi effetti di un contratto non venuto a conclusione (art. 2932 c.c.), visto che nella materia lo stesso giudice ha giurisdizione esclusiva»[7];

«Va devoluto alla giurisdizione esclusiva del g.a. il ricorso con cui il Comune, al fine di ottenere l'adempimento di una convenzione di lottizzazione, chieda l'emanazione di una sentenza che disponga il trasferimento in proprio favore di determinate aree di proprietà privata, al fine di destinarle alla realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria. La domanda di emissione di una sentenza che accerti un obbligo di fare ex art. 2932 c.c., invero, essendo tipica azione costitutiva dell'obbligo

[5] Cass. civ., Sez. II, 18 febbraio 1999, n. 1366, per cui, nello specifico: inserito nel negozio complessivo, l'atto - con cui l'originario proprietario dei terreni edificabili, in adempimento dell'obbligazione assunta con gli acquirenti, cede gratuitamente al comune la proprietà delle aree destinate alla urbanizzazione - non può considerarsi come autonomo atto di liberalità, come tale revocabile fino all'accettazione della controparte, ma come adempimento dell'obbligazione già assunta nell'ambito del negozio di vendita dei terreni ed accettata preventivamente dal comune con la stipulazione della Convenzione posta in essere con gli acquirenti delle aree fabbricabili.

Cfr. pure Cass. civ., Sez. I, 25 luglio 2016, n. 15340 (rv. 640670): la convenzione avente a oggetto l'urbanizzazione di un'area di espansione nel contesto di una lottizzazione per un intervento di edilizia agevolata ha normalmente natura di convenzione di lottizzazione ed è in quanto tale idonea a configurare l'obbligazione di trasferimento dei beni a favore del comune. Essa necessita di un successivo atto negoziale di trasferimento i cui effetti possono essere conseguiti, nell'ipotesi di inadempimento del promittente, attraverso una sentenza esecutiva dell'obbligo a contrarre.

[6] T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 19 settembre 2011, n. 1225. Cfr. pure: T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 22 ottobre 2002, n. 4648; T.A.R. Toscana, Firenze, 17 gennaio 1984, n. 18.

[7] T.A.R. Marche, Ancona, 6 agosto 2003, n. 939.

ISSN 2036-7821

di concludere il contratto e derivando da una convenzione urbanistica, va devoluta alla giurisdizione esclusiva del g.a. ai sensi dell'art. 11 co. 5, l. n. 241/90, che a tale giudice deferisce le controversie aventi ad oggetto i c.d. accordi integrativi di provvedimenti amministrativi»[8];

Incidentalmente valga di aggiungere che non muta la qualificazione giuridica della Convenzione urbanistica, benché perfezionatasi prima dell'entrata in vigore della L. n. 241/1990 che ha consacrato il contratto ad oggetto pubblico: trattandosi di figura già in essere nel precedente contesto di esperienza giuridica[9];

«L'inadempimento delle convenzioni urbanistiche, di cui all'art. 8, l. 6 agosto 1967, n. 765, non costituisce violazione di un mero obbligo civilistico, ma integra, a seconda della maggiore o minore gravità, i reati di cui all'art. 17 (lett. a) o b)), l. 28 gennaio 1977, n. 10, sull'edificabilità dei suoli in considerazione del fatto che le convenzioni entrano a far parte del piano di lottizzazione, che costituisce un vero e proprio strumento urbanistico, ed indipendentemente dall'accertamento di un

[8] T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 15 aprile 2009, n. 860. Cfr. pure:

T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 19 ottobre 2006, n. 3743 (Sussiste la giurisdizione amministrativa in ordine alle controversie relative all'adempimento di obblighi derivanti da convenzioni di lottizzazione, ed in specie inerenti alla declaratoria dell'obbligo di cessione gratuita delle aree relative alle opere di urbanizzazione in favore delle Amministrazioni comunali, ricondotta alla sfera di competenza disegnata dall'art. 11 della l. 7 agosto 1990 n. 241 e comunque all'ambito delle concessioni amministrative, anche ammettendo l'esperibilità da parte dell'ente pubblico territoriale dell'azione ex art. 2932 c.c.);

T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 25 ottobre 2006, n. 841 (Sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alla domanda diretta alla dichiarazione dell'obbligo di privati lottizzanti alla cessione delle aree costituenti opere di urbanizzazione primaria realizzate dai medesimi e destinate all'uso pubblico in adempimento degli impegni assunti dai medesimi o dai loro aventi causa con la sottoscrizione della convenzione di lottizzazione. La fattispecie è stata infatti inquadrata nell'ambito degli accordi sostitutivi e comunque integrativi del provvedimento amministrativo ai sensi dell'art. 11 della L. 7 agosto 1990, n. 241, attributivo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi di cui al medesimo articolo);

T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 18 gennaio 2005, n. 153 (Le convenzioni di lottizzazione di cui alla l. n. 765/67, avendo natura di accordi sostitutivi del provvedimento, rientrano nell'ambito dell'art. 11 della l. n. 241/90, con la conseguenza che le relative controversie debbono essere devolute al g.a. Una convenzione che si riconduce alle previsioni dell'art. 27 della legge n. 865/71, come ad esempio nel caso in cui, contestualmente all'atto di concessione o all'atto di cessione della proprietà dell'area, tra il comune ed il concessionario (o l'acquirente) venga stipulata una convenzione per atto pubblico che disciplina gli oneri posti a carico del concessionario (o dell'acquirente) e le sanzioni per la loro inosservanza, anch'essa deve farsi rientrare nel novero delle convenzioni di cui al citato art. 11).

[9] *Ad abundantiam* valga di richiamare Cass. civ., Sez. I, 7 giugno 2022, n. 18361 (In tema di lottizzazione di aree edificabili, l'atto di cessione gratuita di area, sottoscritto dal privato nell'ambito del procedimento per il rilascio di licenza edilizia subordinata all'impegno di attuare le opere di urbanizzazione, ai sensi degli artt. 28 e 31 della l. n. 1150 del 1942, nel testo vigente alla data del 6 agosto 1966, ha valenza privatistica di atto negoziale e non pubblicistica di atto endoprocedimentale, qualora non osservi lo schema procedimentale previsto dalla disciplina transitoria di cui all'art. 8, comma 8, della legge n. 765 del 1967 (c.d. "legge ponte"), che, nel modificare la legge urbanistica n. 1150 del 1942, fa salve le precedenti convenzioni di lottizzazione solo quando, alla data del 2 dicembre 1966, si sia perfezionato il relativo "iter", essendo intervenuta non solo la stipulazione in forma pubblica delle convenzioni medesime, ma anche la deliberazione del Consiglio comunale e l'autorizzazione degli organi di controllo).

ISSN 2036-7821

concreto danno pubblico»[10].

Per altro verso: «Gli obblighi di urbanizzazione primaria e secondaria assunti con le convenzioni urbanistiche mantengono la loro piena validità a tempo indeterminato e, con riguardo al "vincolo di cessione" delle aree del privato strumentale all'ottemperanza di tali obblighi, non possono configurarsi né decadenze, né prescrizione, né usucapione, trattandosi di area che il privato, in forza della convenzione di lottizzazione, si è obbligato a cedere all'interno del complesso delle previsioni del piano di lottizzazione quale strumento consensuale e per definizione perequativo, in stretta correlazione alla legittima possibilità per i privati di realizzare le edificazioni previste dal piano di lottizzazione»[11]; oltretutto, senza che possa configurarsi un rapporto sinallagmatico diretto fra obbligo di cessione delle aree ed edificazione effettivamente autorizzata dal Piano di Lottizzazione[12].

Ben sintetizza tale stato di cose la Giurisprudenza di poco più risalente rispetto a quella menzionata nel par. prec., laddove osserva che le fattispecie di convenzione urbanistica in esame rientrano fra i 'contratti ad oggetto pubblico', in relazione ai quali può così concludersi (esemplificativamente, alla luce di riferimenti contenuti, fra l'altro, in Consiglio di Stato, Sez. II, 29 novembre 2022, n. 10484, nel richiamare testualmente Sez. IV, 7 ottobre 2021, n. 6717):

«*l'atto con il quale un proprietario-costruttore si sia impegnato nei confronti del Comune, ai fini del rilascio della concessione edilizia, a conferire una particolare destinazione a determinate superfici non costituisce un contratto di diritto privato, non è riconducibile alla figura del contratto a favore di terzi, di cui all'articolo 1411 cod. civ., né ha specifica autonomia e natura di fonte negoziale del regolamento dei contrapposti interessi delle parti stipulanti, configurandosi come atto intermedio del procedimento amministrativo volto al conseguimento del provvedimento finale, dal quale promanano poteri autoritativi della pubblica amministrazione*"[13]. *Del resto "l'atto d'obbligo, seppure riconducibile al modulo negoziale, non si esaurisce nello stesso, in quanto "accessivo" rispetto al titolo edilizio che lo*

[10] Cass. pen., 8 ottobre 1985 (fattispecie relativa ad inottemperanza dell'obbligo, previsto dalla convenzione di lottizzazione, di trasferire al Comune, entro due mesi, le aree relative alle opere di urbanizzazione secondaria).

[11] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 5 dicembre 2019, n. 5705. Cfr. pure T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. II, 10 gennaio 2018, n. 8.

[12] T.A.R. Marche, Ancona, 6 agosto 2003, n. 939 (Rappresenta un'obbligazione assunta in libertà, quella con cui i proprietari delle aree destinate alla costruzione di un centro civico si obbligano a cedere dette aree, in conformità a quanto previsto dalla convenzione di lottizzazione, oltre a pagare gli oneri di urbanizzazione secondaria che devono essere effettuati nei 60 giorni successivi alla stipulazione della convenzione medesima, a prescindere da ogni limitazione di tempo collegata con l'attività edificatoria. Di conseguenza, nel caso in cui gli attuali proprietari non abbiano sfruttato dal punto di vista edificatorio gli altri terreni disponibili, non possono utilizzare questa come giustificazione per il mancato adempimento degli obblighi che il Comune pretende siano rispettati, visto che detto obbligo non si pone in rapporto sinallagmatico diretto con l'edificazione effettivamente autorizzata dal piano di lottizzazione).

[13] Cfr.: Cass. civ., Sez. II, 18 settembre 2013, n. 21396; anche Cass., SS.UU., 20 aprile 2007, n. 9360; Cons. Stato, Sez. IV, 21 giugno 2021, n. 4766; Sez. II, 6 aprile 2021, n. 2773; Sez. IV, 26 novembre 2013, n. 5628; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 1 giugno 2020, n. 980.

ingloba"[14]*. Quindi la mancata attuazione degli impegni assunti attraverso l'atto di asservimento rende legittimo - e altresì necessario - l'intervento sanzionatorio comunale, attraverso il quale deve essere ripristinata - o posta in essere per la prima volta - la condizione, la cui realizzazione era stata assunta dalla parte istante, cui era subordinato il rilascio del titolo edilizio o la sua formazione in seguito al decorso del tempo*[15]*. Del resto, secondo una condivisibile giurisprudenza, "gli obblighi di facere (realizzare le opere di urbanizzazione) e di dare (…) sono assunti, infatti, a fronte dell'esercizio dell'attività di pianificazione da parte del comune e dei vantaggi astrattamente ritraibili dagli investitori dall'esercizio di questa potestà"*[16] *e deve essere garantita la loro permanenza e attuazione nel corso del tempo, con la conseguenza che un inadempimento del privato determina uno squilibrio nell'assetto del territorio cui deve essere posto rimedio o dando attuazione ai ridetti obblighi o rimuovendo l'intervento edilizio e i suoi effetti*.

…

Ad abundantiam, *deve rilevarsi che non ha fondamento nemmeno l'eccezione di intervenuta prescrizione dell'obbligazione assunta dalla ricorrente per decorso del termine decennale dal conseguimento dell'agibilità …, visto che gli effetti obbligatori discendenti dalle convenzioni urbanistiche o dagli atti ad esse equiparati non sono soggetti a scadenza, a differenza del regime urbanistico conseguente alla pianificazione attuativa o al rilascio del titolo edilizio. Secondo una recente giurisprudenza, difatti, "gli obblighi di cessione recati da una convenzione di lottizzazione ovvero dagli atti a questa assimilabili devo essere ritenuti imprescrittibili*[17]*, atteso che: c.1) quanto al significato da attribuire agli artt. 16, 17 e 28 della*

[14] Cons. Stato, Sez. II, 19 gennaio 2021, n. 579.

[15] T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 24 novembre 2021, n. 2603.

[16] Cons. Stato, Sez. IV, 16 luglio 2021, n. 5358.

[17] Osserva Cons. Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4278: «secondo la giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato (cfr. Sez. V, 30 aprile 2009, n. 2768; Id., Sez. IV, 27 ottobre 2009, n. 6572), in materia di efficacia del piano di attuazione (o di strumenti urbanistici analoghi, quale un piano di lottizzazione o un piano di zona per l'edilizia economica e popolare) dopo la scadenza del termine previsto per la sua esecuzione, da una corretta interpretazione dell'art. 17 della L. n. 1150 del 1942 debbono ritenersi discendere i seguenti principi:

a) le previsioni dello strumento attuativo comportano la concreta e dettagliata conformazione della proprietà privata (con specificazione delle regole di conformazione disposte dal piano regolatore generale, ai sensi dell'art. 869 c.c.);

b) in linea di principio, le medesime previsioni rimangono efficaci a tempo indeterminato (nel senso che costituiscono le regole determinative del contenuto della proprietà delle aree incluse nel piano attuativo);

c) col decorso del termine, diventano inefficaci unicamente le previsioni del piano attuativo che non abbiano avuto concreta attuazione, cosicché non potranno più eseguirsi gli espropri, preordinati alla realizzazione delle opere pubbliche e delle opere di urbanizzazione primaria, né si potrà procedere all'edificazione residenziale, salva la possibilità di ulteriori costruzioni coerenti con le vigenti previsioni del piano regolatore generale e con le prescrizioni del piano attuativo, che per questa parte ha efficacia ultrattiva.

In particolare, quanto al significato da attribuire agli artt. 16, 17 e 28 della legge urbanistica - secondo cui l'efficacia dei piani particolareggiati, ai quali si assimilano analogicamente le lottizzazioni convenzionate, ha un termine entro il quale le opere debbano essere eseguite, che non può essere superiore a dieci anni -, la giurisprudenza ha chiarito che l'imposizione del termine suddetto va inteso nel senso che le attività dirette alla realizzazione dello strumento urbanistico, sia convenzionale che autoritativo, non possono essere attuate ai sensi di legge oltre un certo termine, scaduto il quale l'autorità competente riacquista il potere-dovere di dare un nuovo assetto urbanistico alle parti non realizzate, anche, in ipotesi, con una nuova convenzione di lottizzazione. Ne

ISSN 2036-7821

legge urbanistica - secondo cui l'efficacia dei piani particolareggiati ha un termine entro il quale le opere debbano essere eseguite, che non può essere superiore a dieci anni - "l'imposizione del termine suddetto va intesa nel senso che le attività dirette alla realizzazione dello strumento urbanistico, sia convenzionale che autoritativo, non possono essere attuate ai sensi di legge oltre un certo termine, scaduto il quale l'autorità competente riacquista il potere-dovere di dare un nuovo assetto urbanistico alle parti non realizzate, anche, in ipotesi, con una nuova convenzione di lottizzazione. Ne segue che, se, e fino a quando, tale potere non viene esercitato, l'assetto urbanistico dell'area rimane definito nei termini disposti con la convenzione di lottizzazione[18]" (sentenza n. 4278/2014, cit.); c.2) tale interpretazione è conforme alle statuizioni dell'Adunanza plenaria, secondo cui le conseguenze della scadenza dell'efficacia del piano attuativo "si esauriscono ... nell'ambito della sola disciplina urbanistica, non potendo invece incidere sulla validità ed efficacia delle obbligazioni assunte dai soggetti attuatori degli interventi che solo mediatamente trovano fonte nel piano urbanistico attuativo (nel caso di specie, piano di zona), radicandosi piuttosto nelle convenzioni urbanistiche, disciplinate dall'art. 11 della L. n. 167 del 1962, come modificato dalla L. n. 865 del 1971, ovvero negli atti d'obbligo accessivi al provvedimento di assegnazione" (Cons. Stato, Adunanza plenaria, 20 luglio 2012, n. 28)»[19].

Da quanto testé riportato, dunque, risulta trovare conferma che la 'chiave di volta' del problema della prescrittibilità degli "obblighi di cessione", deve rinvenirsi nella 'specialità' dei "contratti ad oggetto pubblico": con correlato superamento della tesi secondo cui al Comune risulterebbe precluso di adire il Giudice amministrativo per richiedere una sentenza *ex art.* 2932 c.c. (costitutiva degli effetti del trasferimento a titolo gratuito, a suo favore, della piena proprietà delle aree sottoposte a vincolo di cessione), stanti la natura negoziale della convenzione, l'implicito riconoscimento (in capo al Comune stesso) di una posizione giuridica soggettiva avente natura di 'diritto soggettivo disponibile', la prescrizione decennale maturata (almeno secondo certo indirizzo) a seguito dello scadere del termine di efficacia (parimenti decennale) del piano attuativo in forma convenzionata[20]. Tanto più che:

---

segue che, se, e fino a quando, tale potere non viene esercitato, l'assetto urbanistico dell'area rimane definito nei termini disposti con la convenzione di lottizzazione (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2007, n. 851).

Le conseguenze della scadenza dell'efficacia del piano attuativo (ovvero dei piani a questo equiparati) si esauriscono pertanto nell'ambito della sola disciplina urbanistica, non potendo invece incidere sulla validità ed efficacia delle obbligazioni assunte dai soggetti attuatori degli interventi (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 20 luglio 2012, n. 28)».

Cfr. pure: Sez. IV, 30 novembre 2015, n. 5413; da ultimo, Sez. IV, 26 febbraio 2019, n. 1341; Sez. IV, n. 3672 del 14 giugno 2018; Sez. V, 31 agosto 2017, n. 4144.

[18] Cons. Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2007, n. 851.

[19] Consiglio di Stato, Sez. II, 29 novembre 2022, n. 10484.

[20] In tal senso: TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 22 luglio 2022, n. 2019 e Sez. III, 20 settembre 2021 n. 2827; Cons. Stato, Sez. II, 31 agosto 2020 n. 5318 e 20 aprile 2020, n. 2532; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. III, 21 marzo 2019, n. 619.

ISSN 2036-7821

Osserva T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 5 dicembre 2019, n. 5705 che «la questione della applicabilità della prescrizione ex art. 2934 c.c. alla situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il Comune nei confronti del privato in forza di una convenzione di lottizzazione o comunque in base ad una convenzione urbanistica ex art. 28 della L. 17 agosto 1942, n. 1150 non ha trovato soluzione unanime in giurisprudenza, riflettendosi in essa le più ampie problematiche concernenti la natura giuridica dell'atto bilaterale cui è condizionata l'autorizzazione ad edificare dell'ente locale e la perimetrazione della clausola di compatibilità dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti prevista dall'art. 11 della L. n. 241 del 1990, cui si riconducono le convenzioni di lottizzazione (quali accordi sostitutivi del piano particolareggiato ex art. 13 e ss. della L. n. 1150 del 1942 che è invece connotato dalla iniziativa esclusiva dell'amministrazione e dal "modulo autoritativo").

… Secondo un orientamento che fa leva sulla natura negoziale della convenzione, la pretesa dell'amministrazione di ottenere la cessione gratuita delle aree e la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria, oggetto della correlativa obbligazione assunta dal privato, sarebbe assoggettata al termine di prescrizione ordinario decennale, con ciò implicitamente riconoscendo alla posizione giuridica soggettiva del Comune natura di "diritto soggettivo disponibile" (stante la conseguente operatività della deroga di carattere generale di cui all'art. 2934 comma 2 c.c.).

Nell'ambito di tale opzione interpretativa, secondo una prima declinazione della tesi, il dies a quo della decorrenza della prescrizione viene individuato nella stipula della convenzione medesima (T.A.R. Napoli, Sez. II, 23 marzo 2007 n. 2773); secondo un'altra, nella scadenza del termine di efficacia decennale della convenzione medesima, in forza dell'applicazione dell'art. 2935 c.c., non potendosi qualificare, prima di tale scadenza, come esigibile l'obbligazione convenzionalmente assunta dal privato (ex multis T.A.R. Brescia, 3 febbraio 2003, n. 65; T.A.R. Milano, Sez. III, 6 novembre 2013, n. 2428; T.A.R. L'Aquila, 12 settembre 2013, n. 747).

Ritiene il Collegio che, in adesione ad un opposto orientamento (cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2019, n. 1341: "gli obblighi di cessione recati da una convenzione di lottizzazione ovvero dagli atti a questa assimilabili sono imprescrittibili - cfr. Cons. St., Sez. IV, sentenza n. 4278 del 26 agosto 2014, nonché n. 5413 del 30 novembre 2015; da ultimo, Sez. IV, n. 3672 del 14 giugno 2018 -"; cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 29 marzo 2019, n. 2084), dalla natura "sostitutiva" del potere pianificatorio che si riconosce ex art. 11 della L. n. 241 del 1990 alla convenzione di lottizzazione derivi invece l'incompatibilità dell'istituto della prescrizione alla "pretesa" dell'amministrazione all'esecuzione di tali impegni; pretesa, irriducibile ad una posizione di diritto soggettivo "disponibile" di cui sarebbe titolare il Comune, essendo volta, sia pure mediante l'adozione di una modalità di esercizio concordata del "potere di pianificazione" ad essa attribuito dalla legge, a perseguire l'interesse pubblico al razionale assetto urbanistico del territorio; come tale di carattere non rinunciabile né estinguibile per effetto del mero decorso del tempo (o, secondo una diversa ricostruzione della prescrizione - dalla quale deriverebbe solo un effetto preclusivo all'esercizio del diritto - suscettibile di essere "indebolito" dall'eccezione sollevata dalla controparte).

… E' stato sul punto osservato che gli artt. 16, 17 e 28 della L. 17 agosto 1942, n. 1150 - i quali prevedono il termine di efficacia decennale dei piani particolareggiati, con disciplina analogicamente applicabile anche alle convenzioni di lottizzazione - debbano interpretarsi nel senso che "le attività dirette alla realizzazione dello strumento urbanistico, sia convenzionale che autoritativo, non possono essere attuate ai sensi di legge oltre un certo termine, scaduto il quale l'autorità competente riacquista il potere-dovere di dare un nuovo assetto urbanistico alle parti non realizzate, anche, in ipotesi, con una nuova convenzione di lottizzazione. Ne segue che, se, e fino a quando, tale potere non viene esercitato, l'assetto urbanistico dell'area rimane definito nei termini disposti con la convenzione di lottizzazione (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2007, n. 851). Le conseguenze della scadenza dell'efficacia del piano attuativo (ovvero dei piani a questo equiparati) si esauriscono pertanto nell'ambito della sola disciplina urbanistica, non potendo invece incidere sulla validità ed efficacia delle obbligazioni assunte dai soggetti attuatori degli interventi (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 20 luglio 2012, n. 28) (...) Pertanto, tenendo conto dell'indiscussa ultrattività … del piano di lottizzazione in oggetto, resta tuttora in vigore il complesso delle prescrizioni in cui questo si articola e dunque, nella specie, l'obbligazione della società appellata di dar corso alla cessione delle aree destinate alle opere di urbanizzazione. E ciò anche perché, alla luce dell'esigenza di un governo del territorio che sia necessariamente sollecito dell'interesse pubblico, sarebbe inconcepibile ammettere che un imprenditore privato possa godere dei profitti di una lottizzazione a danno della collettività: il che avverrebbe se egli potesse sottrarsi all'obbligo di fornire gli spazi occorrenti per l'urbanizzazione primaria e secondaria, che nel modello delineato dalla c.d. legge urbanistica non rappresentano una qualunque controprestazione, ma un elemento strutturale, caratterizzante e imprescindibile, condizione di

per consolidata giurisprudenza della Cassazione, «il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c., al fine di ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, deve ritenersi applicabile non solo nelle ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma anche in qualsiasi altra ipotesi dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, sia in relazione ad un negozio unilaterale, sia in relazione ad un atto o ad un fatto dai quali detto obbligo possa sorgere *ex lege*»[21];
d'altro canto, il Consiglio di Stato ha ritenuto che non vi sia motivo per escludere che possa essere oggetto dell'azione *ex art.* 2932 c.c. il mancato adempimento, da parte del privato, di un obbligo di cessione assunto con specifici atti d'obbligo (o, come nel caso di specie, con una convenzione urbanistica)[22].
Se non che, spetta al 'formante' dottrinale di colmare la lacuna determinatasi nella trattazione da parte della giurisprudenza[23]; dal momento che quest'ultima non si è spinta al confronto con l'interrogativo di fondo (al più, abbozzato all'orizzonte) del quale il discorso degli "*obblighi* di cessione" rappresenta il mero 'negativo' (o, con altra figura retorica, il *verso* rispetto al *recto* della stessa medaglia): sì da concludere (come anticipato) che «il *diritto* del Comune alla cessione da parte del privato lottizzante delle aree funzionali alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, proprio in relazione alla connotazione pubblicistica di dette opere, non sia qualificabile *de plano* in termini di diritto soggettivo» (cfr. par. 1.), evidentemente stante la sua 'indisponibilità'. Al punto che lo stesso 'formante' giurisprudenziale finisce con l'eludere il problema qualificatorio, pedissequamente 'allineandosi' alla

---

legittimità della lottizzazione" (sentenza n. 4278/2014, cit. che riforma il precedente di questa Sezione n. 2773/2007 …

L'ultrattività, in parte qua, del piano di lottizzazione, si giustifica "alla luce dell'esigenza di un governo del territorio che sia necessariamente sollecito dell'interesse pubblico", essendo inconcepibile "ammettere che un imprenditore privato possa godere dei profitti di una lottizzazione a danno della collettività: il che avverrebbe se egli potesse sottrarsi all'obbligo di fornire gli spazi occorrenti per l'urbanizzazione primaria e secondaria, che nel modello delineato dalla c.d. legge urbanistica non rappresentano una qualunque controprestazione, ma un elemento strutturale, caratterizzante e imprescindibile, condizione di legittimità della lottizzazione" (Cons. Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4278). Ne consegue che gli obblighi di urbanizzazione primaria e secondaria assunti con le convenzioni urbanistiche mantengono la loro piena validità a tempo indeterminato, e che con riguardo al "vincolo di cessione" delle aree del privato strumentale all'ottemperanza di tali obblighi, non possono "configurarsi né decadenze, né prescrizione, né usucapione, trattandosi di area che il privato, in forza della convenzione di lottizzazione, si è obbligato a cedere all'interno del complesso delle previsioni del piano di lottizzazione quale strumento consensuale e per definizione perequativo, in stretta correlazione alla legittima possibilità per i privati di realizzare le edificazioni previste dal piano di lottizzazione" (T.A.R. Cagliari, Sez. II, 10 gennaio 2018, n. 8)».

[21] *Ex multis*, Cass. civ., Sez. II, 30 marzo 2012, n. 5160.

[22] Cons. Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2012, n. 28.

[23] R. SACCO, *Formante*, in *Dig. disc. priv.* – sez. civ. –, VIII, Torino, 1992, 438 s.: agli "insiemi di regole, coesistenti in un unico ordinamento" può darsi il nome di "formanti" (legale, giurisprudenziale, dottrinale, etc.). Questi non sono tra loro equivalenti: mutando nel tempo e rispetto ai diversi ordinamenti, essi innanzitutto danno luogo a fenomeni d'interazione; inoltre, si modificano nella loro importanza comparativa (maggiore o minore capacità di ciascuno di essi di influire sugli altri).

soluzione 'volontaristica' (*voluntas legis*) di affidare le controversie, relative alla "formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo", alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a.)[24].

Così, però, esponendosi alla duplice censura:

d'"inversione di metodo" cioè, d'introduzione surrettizia di principi di "giudizi determinativi" avvalendosi (oltre che del 'paravento' della giurisdizione esclusiva) di coppie di concetti, quali quelle di "contratto ad oggetto pubblico" - "attribuzione alla presa in carico" (a tempo illimitato) in luogo di "accordo negoziale" - "diritto soggettivo alla cessione"; ma tradendo la loro vocazione di "meri" strumenti orientativi, d'impostazione dei problemi[25];

nonché, di osservare un protocollo di gerarchizzazione-confinazione sistemica in punto di prescrizione della prerogativa di 'presa in carico' / 'cessione' (sia pur non esclusivo della giurisprudenza) che si presta alle medesime obiezioni rivolte (in particolare) alle versioni meno attrezzate (per quanto più diffuse) della dottrina del 'diritto vivente' (ravvisandovi una delle frequenti espressioni che si rinvengono nei più disparati ambiti di materia[26]): di "intuizionismo neo-giusliberistico", per non aver fornito una base cognitiva (o, comunque, una coerenza teorica), al sincretismo dominante, più solida rispetto agli sviluppi ermeneutici dell'arte topica. Ci si riferisce all'argomentazione ultimamente suggellata dall'effettività (che, cioè, riceve pratica applicazione) e, come tale, "giusta" senza la necessità di invocare apertamente il diritto naturale, o di un'etero-fondazione in quel *medium*, tra l'interprete e la giustizia, rappresentato dal sistema.

Né, d'altronde, varrebbe di far sortire esiti confortanti dall'esperimento d'innesto, in quella 'dottrina', dei "diritti di giustizia" (accanto a quelli tradizionali "di libertà"), per via del riferimento alle soggettività istituzionalizzate: "debole" stante un assetto pluralistico orfano di una loro riduzione positivistica alla legge[27]. Così, dal momento

[24] Cons. Stato, Sez. IV, 30 dicembre 2025, n. 10467.

[25] La locuzione "inversione di metodo" è ripresa da PH. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, p. 92 s. Cfr. pure L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 50 ove, con terminologia ricavata dalla teoria del giudizio, così si osserva: «In quanto hanno un'origine empirica, essendo derivati per induzione dai concetti legali, i concetti ordinatori formati dalla dogmatica non possono fornire principî di giudizi determinativi – sussuntivi di casi particolari sotto una regola data –, ma soltanto principî di riflessione su casi che devono essere tematizzati ai fini della ricerca della soluzione *secundum ius*».

[26] M. COTZA, *Sistema giuridico dei rimedi contro la concorrenza sleale, nell'ottica consumeristica, tra dogmi e principio di "autoresponsabilità" (criticità sopravvissute alla "modernizzazione" del mercato)*, Cagliari, Edizioni Giuridiche, 2023, segn. p. 181 s.

[27] Le trasformazioni economiche, sociali e culturali che hanno disgregato il presupposto dello Stato liberal-democratico (la compattezza della sua società politica), una volta recepite dalla "Carta fondamentale", avrebbero comportato, nella forma (e nelle fonti) del diritto, quel passaggio allo "Stato costituzionale" contraddistinto dall'introduzione dei "diritti di giustizia" (accanto a quelli tradizionali, "di libertà"), aventi "natura oggettiva" e volti ad istituire un ordine che si porrebbe come "verità sociale", capace di conferire una giusta dimensione ad ogni interesse individuale.

che la struttura secondo "principi", con la quale si positivizzano certi contenuti, implica un'incorporazione del valore nel fatto (essere), il secondo reca con sé la pretesa normativa (dover essere). Pertanto, il diritto verrebbe sottratto, sul piano gestionale, al paradigma della *scientia iuris*, per essere inquadrato secondo quello della *iuris prudentia*. Infatti: se la legge, sotto le Costituzioni liberali, gerarchizzava i principi; la vigenza della giustizia (quale fonte concorrente), col sostituire alla "tirannia del valore" il pluralismo dei principi equiordinati, impedisce di comprendere il diritto come *scienza* della loro composizione, quest'ultimo presentandosi solo come *prudenza* del loro bilanciamento. Dunque, se la giustizia si manifesta attraverso il "caso" (il fatto), la giurisprudenza non può che essere il soggetto elettivamente deputato al bilanciamento (tra la *ratio*, di cui il "caso" sarebbe divenuto portatore, e la *voluntas* della legge mitigata dalla concorrente giustizia), attraverso una rediviva equità che avrebbe assunto le vesti della "ragionevolezza" (quale arte della composizione in vista della coesistenza).

A tale versione del costituzionalismo moderno, può obiettarsi che quello "vivente", inteso nella forma descritta di vigenza del diritto naturale (che rende mite la legge e, per essa, il diritto), non è mai nato, come empiricamente verificabile. La rappresentazione della giurisprudenza quale prudente compositore di principi (di legge e giustizia), è frutto di una letteratura accademica ormai autoreferenziale la quale trascura che, nello "Stato costituzionale", la pretesa che il caso rivolgerebbe al diritto non inerisce al fatto in quanto tale, bensì al senso che quest'ultimo riceve dalla sua considerazione secondo un principio costituzionalmente positivo. «Perciò, non uno schema lineare (proprio del diritto naturale) che dalla natura/fatto va al diritto, ma uno schema circolare (proprio del diritto positivo) che dal diritto va al fatto per tornare al diritto. Così, può ben accadere che il fatto si possa prospettare in modo diverso da come appare compreso da una norma o secondo un principio. … ciò non dipenderà da un senso proprio del fatto ma dalla diversità del punto di vista dal quale viene riguardato, e cioè dalla circostanza che esso viene (ri)considerato a partire da un principio giuridico diverso. Dunque, il fatto non parla di sé ma del diritto da cui è illuminato. E ne parla con il diritto stesso, sicché non vi è un dialogo tra fatto e diritto ma piuttosto un confronto all'interno del diritto tra comprensioni (giuridiche) rivali del fatto. E perciò, ascrivere la "verità" al fatto equivale,

Il rischio di una degenerazione nello "Stato etico", dal nuovo costituzionalismo si vorrebbe scongiurato grazie all'assetto pluralistico: riscontrando (nelle "Carte fondamentali") l'affermazione delle diverse concezioni della giustizia, ed operando tra di esse un confronto al fine di comporle. A ciò s'aggiunga che il determinarsi di una "definizione giuridica della giustizia" per via di "principi (materiali, riferiti alle nuove soggettività, sociali e politiche, istituzionalizzate)", ne implica il superamento della tradizionale riduzione positivistica alla legge. I "principi", a differenza delle "regole" (quali forme ordinarie della legge), in quanto privi di fattispecie, attingerebbero il loro significato operativo solo reagendo direttamente col caso ad essi sottoposto. Così, però, neutralizzando le due distinzioni poste a cardine dello "Stato di diritto": tra legge positiva e diritto naturale (già resa precaria dalla costituzionalizzazione di buona parte dei precetti morali fatti propri da quest'ultimo); tra legislazione e (amministrazione-)giurisdizione.

comunque, a prescrivere la "verità" per decreto»[28].

Gli è che, a patto di convenire sul carattere precipuo della ragione, quale è l'"idea di evidenza", essendo innegabile che la capacità di deliberare ed argomentare rappresenta un segno distintivo dell'essere ragionevole, deve concludersi che quell'idea non può venir costretta entro i limiti dell'intuizione razionale (che fonda l'evidenza delle proposizioni sulla loro necessità logico-formale) o dell'intuizione sensibile (che fonda l'evidenza delle proposizioni sulla "verità", quale loro conformità ai fatti); a meno di relegare nel campo dell'irrazionale tutto ciò che sfugge al calcolo (alla deduzione logica ed alla sperimentazione). Ma poiché introdurre una dicotomia, una soluzione di continuità, tra le due sfere (logica e psicologica) delle facoltà umane, sarebbe operazione "affatto artificiale e contraria ai reali procedimenti del nostro pensiero"; l'evidenza va concepita ad un tempo, come la forza cui ogni mente normale non può che cedere, e come segno della "verità" di ciò che s'impone perché evidente.

Ciò comporta che, essendo indissolubilmente legati i caratteri della razionalità e della scientificità, anche ad un discorso argomentativo, quale quello giuridico (come tale inerente ad un campo d'indagine i cui oggetti constano di elementi irrazionali, *rectius* psicologici, che si presentino in forma di ostacoli da superare – come la passione e la suggestione – o di fonti di certezza sopra-razionali – quali l'etica e, in genere, il mondo dei valori –), può riconoscersi dignità scientifica. A patto, però: di chiarire i termini del problema, tentando di comprendere cosa gli altri abbiano pensato ed affermato del medesimo; di circoscrivere il confronto fra soggetti tecnicamente non "incolti"; ed inoltre, purché quel discorso venga sorretto da adeguati "mezzi di prova".

Resta inteso che, in quell'ottica e secondo quanto anticipato, non si può accettare come appagante qualsivoglia risposta sia in grado di provocare od accrescere l'"adesione delle menti". In altri termini, dalla teoria strutturale dell'argomentazione (dalla "nuova retorica") ci si è risolti a far propria la scoperta di un'accezione dell'evidenza-verità estensibile anche ai campi delle discipline sociali, empiriche (sì da conferir loro dignità scientifica); non anche il complesso delle tecniche di persuasione come slegate dalla probabilità (*rectius*, dalla verosimiglianza) delle tesi prospettate all'assenso (strumentali al conseguimento di una evidenza-adesione non necessariamente coincidente con la verità, secondo i canoni della retorica classica).

Pertanto, dovrebbe risultar ben chiaro che, il recupero, sotto l'insegna del "verosimile", del mondo dei valori al dominio della ragione (ancorché "pratica" distinta da quella "pura"), giova a restituire il campo dell'indagine giuridica ad uno studio appropriato (in quanto confacente, congeniale al suo oggetto), non più succube di un razionalismo matematizzante ed altresì immune dalle soggettivazioni dell'antiformalismo tradizionale. Tuttavia, a quello stadio, una "logica (in senso lato)

[28] M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, pp. 244-246.

delle scienze non dimostrative", non può ancora reputarsi sufficientemente attrezzata a liberare le scelte implicanti il riferimento a valori dalle più subdole manifestazioni di prevaricazione; semmai, la minaccia dell'indottrinamento si accresce quando le procuri favorevole sponda la suggestione di un criterio normativo di validità formale.
Da qui, innanzitutto, venendo ad una prima *par construens* del discorso, la prospettiva di una valutazione 'oggettivante': quale quella offerta dai canoni della 'logica operazionale' (in termini di costi/benefici) avanzati dal 'razionalismo critico', cui verrà dedicato qualche cenno essenziale in prosieguo di trattazione.

II

3. Per una revisione epistemologica del concetto giuridico di contratto.
Evidentemente, il duplice ordine di connessioni critiche nanti articolato esprime in prevalenza la *pars destruens* di un discorso 'revisionista', con riguardo allo specifico tema di studio, delle implicazioni, sul regime delle cessioni, di una riconduzione delle convenzioni urbanistiche al modello del 'contratto ad oggetto pubblico' recepito dall'art. 11, L. n. 241/1990. Nondimeno, quelle stesse connessioni segnano la strada da percorrere onde superare la tesi che vorrebbe dare 'per scontata' la negazione di un diritto soggettivo: a partire da una riflessione di metodo, sui principali canoni dogmatici di riferimento.
Da qui, l'esigenza di una 'rivisitazione', in chiave concettual-sistematica per l'appunto, di ciò su cui (di volta in volta) ha finito col vertere la comprensione-applicazione del pertinente dato normativo complesso (la disciplina urbanistica e quella contenuta nella Legge generale sul procedimento e sull'attività amministrativa): dalla 'fattispecie' del 'contratto'; agli istituti del 'diritto soggettivo' e dell''interesse pubblico'.
Procedendo per gradi, si tratta, innanzitutto, di trarre, dalle disposizioni, concetti grazie ai quali poter rappresentare i fatti concreti in modo omogeneo con la previsione normativa; ovvero, di "adeguare" quest'ultima al dato reale. Ma, a loro volta, i concetti si presentano, innanzitutto, come problemi di definizione "nominale", cioè di enunciati che indicano (non la realtà dei "designati", le caratteristiche essenziali delle entità di cui sono la definizione, bensì) il significato "scelto" di parole. Problemi semiotici, dunque, dal momento che le reazioni di comportamento dei soggetti agenti sono sempre mediate dalla comprensione del significato dei fattori che le influenzano a partire dal "quadro grammaticale" della loro comunicazione linguistica. Con due ordini di difficoltà, oltretutto, giacché: per un verso, è rapporto dibattuto quello fra lessico giuridico ed ordinario; per l'altro, ogniqualvolta si operi con concetti di tipo "normativo" (in quanto, lungi da un evidente riferimento empirico ad oggetti extralinguistici, designano entità "artificiali"), la duplice

ISSN 2036-7821

convenzionalità del "rapporto segnico" (tra significante – "testo che esprime" – / significato – "contenuto espresso" – e referente) può comportare che non basti l'individuazione del "sistema semiotico" competente, trattandosi di procedere (all'occorrenza) mediante definizioni contestuali.
Di là dalle ultime connessioni (problematiche), la tecnica interpretativa del giurista ha compiuto un salto qualitativo solo dal momento in cui ha avuto l'opportunità di avvalersi delle più avanzate logiche del comprendere.
Se si conviene d'intendere per cultura la "spiritualità nella dimensione sociale", il diritto (conclusione "logicamente necessaria") è un fenomeno culturale essendone connotati intrinseci sia l'umanità che la socialità. Conseguentemente, le leggi non possono essere conosciute alla stregua di altri fenomeni "cui niente si può aggiungere, né sottrarre (corpi giuridici)"; non le si può, cioè, assoggettare a procedimenti analitici, fondati su di un rapporto di rigida contrapposizione del soggetto all'oggetto della conoscenza.
Ma per giungere a tanto (cioè al superamento dell'ideologia del positivismo ottocentesco, legata ad un concetto limitato di razionalità, che ammette solo argomenti deduttivi), non è stato sufficiente l'avvento né di una società industriale di produzione di massa e pluralistica, né di Costituzioni che assumono valori metalegislativi (in perenne tensione) tra le condizioni di legittimazione del diritto positivo. Si è dovuto attendere altresì l'affermarsi di quelle correnti della gnoseologia (o, a seconda del ceppo culturale, dell'epistemologia), cui va riconosciuta: una riarticolazione, del problema del "comprendere", complementare ad una nuova concezione di scienza in grado di includere (oltre a quelle naturali) anche le discipline che si occupano delle "oggettivazioni dello spirito". Si tratta, a tal punto, di completare il discorso relativo al "risveglio" del giurista dal "sopore dogmatico".

Sostituzione dei "concetti-sostanza" con "concetti-funzione"

Prestando seguito all'abbozzato ordine espositivo, valga di osservare che la forma tradizionale di astrazione poggia sull'idea (di matrice aristotelico-platonica) del generale come universale, sull'ipostatizzazione dei connotati "essenziali" di un oggetto, rispetto ai quali gli altri, meri "accidenti", vengono pretermessi[29]. Di tal fatta, ogni concetto «*perde in "comprensione" ciò che guadagna in "estensione"*»[30]. Così denunciando (all'insegna dei postulati metafisici) un duplice arbitrio: un'astrazione-selezione fondata sulla "sostanza" che, come tale, tralascia una pluralità di ulteriori

[29] Dunque, le uniche connessioni logiche che presiedono alla concettualizzazione sarebbero quelle di superordinazione e subordinazione (di genere a specie), per cui quell'operazione procederebbe al pari di un'ascesa guidata induttivamente (dai particolari sensibili verso specie e generi sempre più elevati); ma così traducendosi in una metafisica della "sostanza" come sostrato fisso ed ultimo di qualità mutevoli che verrebbe "copiato" mediante rappresentazioni sensibili e mai verificabili (M. FRIEDMAN, *La filosofia al bivio*, Raffaello Cortina Editore, 2004).

[30] M. BARCELLONA, *Diritto…*, p. 103.

ISSN 2036-7821

punti di vista secondo i quali il medesimo oggetto può essere considerato; la sostituzione, all'originaria totalità, di una parte soltanto dei suoi elementi, sì da non rendere intellegibili le "determinazioni" (concetti inferiori) dell'astrazione medesima. Laddove i "concetti-funzione" non si limitano ad indicare (e consentire) un'operazione specifica dell'essere razionale: finalistica (di un'attività rispetto ad uno scopo), sostituendo all'idea di "oggetto", come limite estremo della conoscenza-comprensione, quella di suo tramite (di compagine di relazioni). Tali concetti, infatti, nel mondo della giuridicità: esplicitando i punti di vista che presiedono alla loro formazione, sostituendo gli elementi accidentali con variabili (correlate a costanti di una medesima funzione normativa fondamentale, articolata in distinte *subrationes*); consentono di disporre di un criterio di "verificabilità" delle relative determinazioni[31].
A breve si tenterà di prospettare un esperimento applicativo, di tale 'approccio' epistemologico, segnatamente con riguardo al concetto di 'contratto': non prima però di aver completato, nei suoi termini essenziali, il discorso di teoria della conoscenza.

Precomprensione

Attualmente il problema ermeneutico non è più inteso solo come di analisi delle condizioni di validità dei processi conoscitivi delle "scienze dello spirito", e l'ermeneutica non si definisce più soltanto come arte dell'interpretazione, complesso di regole tecniche che guidano alla comprensione di espressioni di vita fissate nella scrittura. Essa si spinge oltre, per "scoprire le condizioni propriamente ontologiche del comprendere": prioritaria non è più la domanda "come si conosce", quali sono le regole metodologiche del sapere ermeneutico, bensì quella (più radicale) "quali sono le condizioni (*a priori*) di possibilità della comprensione".
Alla filosofia ermeneutica ed all'ermeneutica generale, spintesi al di là dell'obiettivo di costituirsi in sapere scientifico, si devono: tanto la scoperta che le condizioni ontologiche del comprendere non sono tutte riconducibili nell'ambito di un "procedimento" o di un metodo, quanto la ritrascrizione del circolo ermeneutico (non più fra "parti" e "tutto", bensì) tra la "precomprensione" (anticipazione precognitiva) che l'interprete già possiede del senso della "cosa" (nella circostanza, il testo normativo) e quest'ultima[32].

[31] E. CASSIRER, *Sostanza e funzione*, tr. it. Firenze, 1973.

[32] All'uopo, può rinviarsi, rispettivamente, a: M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. Torino, 1969; nonché F. SCHLEIERMACHER, *Etica ed ermeneutica*, tr. it. Napoli, 1985 e H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, 1988 -sul cui pensiero si sofferma G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza -i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer-*, Milano, 1984-.

Occorre prendere atto che la conoscenza, intesa come evento, quale ne sia la forma (spiegazione causale per le scienze naturali, comprensione -a seguito d'interpretazione- per le scienze dell'uomo), è preceduta e determinata costantemente dalle "progettazioni di senso" discendenti, se non dalla "soggettività", dalla partecipazione dell'individuo ad un "senso comune" fatto di giudizi e concetti che, rappresentandone il suo "habitat sociale", profondamente lo influenzano. La sua produttività ermeneutica è tanto meglio garantita quanto più l'interprete è riuscito a spezzare "il cerchio delle proprie private presupposizioni".

L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 19: «Nella situazione ermeneutica propria del giurista positivo gli elementi non giuridici o pregiuridici (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulato dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti, cioè da elementi (concettuali e linguistici) specificamente giuridici, che condizionano l'approccio ai testi normativi e il modo di intenderne il senso».

L'"analitica esistenziale", riconoscendo a tali progettazioni un "carattere ontologico originario della vita umana stessa" (GADAMER, *Verità…*, pp. 265 e 307), le compendia con il sintagma "comprensione originaria" o "precomprensione", a significare che su tale elemento costitutivo dell'esistenza umana (modo di essere dell'"esserci"), avente appunto la struttura del progetto, si fonda (esistenzialmente), al pari dello "spiegare", la comprensione "come risultato dell'interpretazione" (MENGONI, *Ermeneutica*..., p. 3: «Corrispondentemente l'ermeneutica nel senso di "metodologia delle scienze storiche dello spirito" è un modo derivato dell'ermeneutica nel senso primario (ontologico) di "fenomenologia dell'Esserci". Questo significato "primario" è sotteso all'affermazione che "l'interpretazione si fonda esistenzialmente sulla comprensione e non nasce quindi questa da quella"»).

In base alla propria "precomprensione", l'interprete interroga la "cosa"; ma solo se la domanda è adeguata la "cosa si lascia comprendere" (cioè, fornisce una risposta appropriata). Altrimenti la domanda torna all'interprete senza una risposta positiva, purtuttavia accrescendo la "precomprensione", di modo che il primo sarà in grado di rivolgere alla "cosa" una domanda più adeguata. L'interpretazione, pertanto, consiste in (ed opera mediante) un circolo di domande e risposte sempre più adeguate, che, producendo un *dialogo coerente* con la "cosa", ne consente, in ultimo, una comprensione autentica. Del "permanente effetto di scambio", tra comprensione dello stato di cose e comprensione del diritto, si occupa anche K. ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, *Heidelberg*, 1935; ID., *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, in *Studium Generale*, X, Berlin, 1957, p. 173 s.; ID., *Introduzione al pensiero giuridico*, tr. it. Milano, 1970. T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, tr. it. Milano, 1962, pp. 104-105, parla di una "comprensione provvisoria del nesso giuridico".

In effetti, la scoperta della precomprensione acquista un particolare rilievo proprio nel campo delle scienze dell'uomo, una volta superata l'idea classica per cui il testo (il dato linguistico) va trattato come se fosse di per sé sufficiente a guidare la comprensione. Così che quest'ultima si limiterebbe a cogliere un significato precostituito, già compiutamente definito una volta per tutte, lo scritto da interpretare essendo considerato alla stessa stregua dell'oggetto di una ricerca che si svolge secondo una progressione lineare, del tipo di quella condotta dalle scienze naturali, "nell'illusione di raggiungere un'oggettività simile a quella propria (o, meglio, che a torto si ritiene propria) di tali scienze" (MENGONI, *Ermeneutica*..., pp. 9 e 4, nt. 16; termine d'attacco di tale critica è il concetto di metodo formulato da W. DILTHEY, *Die Entstehung der Hermeneutik*, in *Gesammelte Schriften*, V, Leipzig u. Berlin, 1924, p. 319).

La comprensione ermeneutica non è un mero sviluppo, "differenziato da una migliore tecnica interpretativa", della relazione elementare soggetto-oggetto che si instaura fra lettore e testo.

Se al testo si riconosce il carattere di struttura linguistica aperta, il "circolo ermeneutico", attraverso cui si esprime la "legge fondamentale" del comprendere, non è una relazione interna (formale, tra parti e tutto) al testo, quale oggetto contrapposto al soggetto interpretante, ma di essa fa parte anche quest'ultimo, come "permanentemente determinato dal movimento anticipante della precomprensione".

Ne consegue, innanzitutto, che al processo interpretativo deve riconoscersi la struttura dialogica della domanda e della risposta. «Punto di partenza dell'interpretazione non è il testo (analogamente alle scienze della natura, la cui ricerca muove dalla "cosa in sé"), bensì un fatto della vita o una situazione problematici, sui quali il testo, che ha qualcosa da dire in proposito, viene interrogato» (MENGONI, *Ermeneutica*..., p. 10). Ciò non significa escludere la "dimensione linguistica" dai referenti dell'interpretazione (quella essendo non solo mezzo di comunicazione di un contenuto logico o psichico già formato, ma innanzitutto strumento con cui tale contenuto si costituisce, forma del pensiero, non mero rivestimento accidentale di esso), bensì privarla dell'"esclusiva": «il testo fornisce un significato, e non semplicemente un senso (cioè una dimensione semantica e non semplicemente semiologica), soltanto se è fatto reagire con un caso concreto. Alla polisemia delle parole è correlativo il ruolo selettivo dei contesti nel cui ambito sono usate» (MENGONI, *op. ult. cit.*, pp. 10-11).

Trascorrendo, così, dal piano ontologico a quello epistemologico, l'analisi fenomenologica del comprendere impone, innanzitutto, di «acquisire tecniche adeguate di controllo razionale della precomprensione in base alla quale l'interprete procede a interpellare il testo, in guisa da garantirne l'apertura costante al dialogo col testo e

ISSN 2036-7821

impedire che i pregiudizi, le abitudini mentali, le categorie dogmatiche dell'interprete, la sua partecipazione acritica alla tradizione convertano il dialogo in monologo» (MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 11). In tal senso, sul piano epistemologico, due "condizioni fondamentali" possono contribuire a scongiurare il pericolo che la precomprensione "diventi fonte di fraintendimento o strumento di manipolazione arbitraria del pensiero del testo": «La prima condizione è una "coscienza ermeneutica educata", cioè "preliminarmente sensibile all'alterità del testo", che rende l'interprete pronto a lasciar parlare il testo, a "mettersi in ascolto dell'opinione del testo". La seconda condizione, implicita nella prima, è "una precisa presa di coscienza delle proprie presupposizioni e dei propri pregiudizi" per assoggettarli al controllo della riflessione critica. L'interprete deve essere costantemente disposto a mettere alla prova la sua precomprensione, a confrontarla criticamente, in relazione al problema proposto, con la parola del testo e a introdurre nelle proprie aspettative di senso tutte le correzioni richieste dall'esegesi del testo. Solo accedendo alla dimensione critica dell'esegesi la comprensione diventa ermeneutica, trascorre da una comprensione provvisoria a una comprensione fondata (e quindi concettualizzata)» (MENGONI, *op. ult. cit.*, pp. 11-12).

L'interpretazione è, non già (come riteneva la teoria romantica) mera riproduzione di un originario atto produttivo, il "ripensare un già pensato"; bensì un'attività inventiva che, accettando e computando (sotto forma di tradizione) la distanza temporale dall'epoca del testo, svolge un compito mediatore del senso originario di quello col presente e le sue esigenze. Un contributo, in tal senso, è offerto dalla teoria dell'"efficacia conseguenziale dell'accadimento storico nella storia" (*Wirkungsgeschichte*, per cui si rinvia a GADAMER, *Verità…*, p. 350 s.): qualunque discorso in forma documentale, come ogni fatto storico, acquista ulteriore efficacia dal momento che s'inserisce in una concatenazione di determinazioni storiche, le quali conservano, nella forma della tradizione, il passato (almeno una parte di esso, dato che la prima è selettiva), ed al contempo si proiettano nel futuro determinando le condizioni per successivi accadimenti. «L'interprete dotato di coscienza storica fondata sulla *Wirkungsgeschichte* sa che la lontananza temporale dall'epoca del testo non è una distanziazione alienante, ma è una distanza riempita dalla continuità di una tradizione comune, che definisce la situazione ermeneutica iniziale e della quale è parte integrante "la catena delle interpretazioni passate, attraverso cui la precomprensione è obiettivamente mediata con il suo oggetto". Perciò egli deve non già rifiutare la distanza temporale, nell'illusione di potersi rendere "contemporaneo" al lettore originario (secondo la direttiva psicologizzante e storicizzante dell'ermeneutica romantica), ma al contrario appropriarsene "riconoscendo in essa una positiva e produttiva possibilità del comprendere". In questa prospettiva il passaggio dall'ontologia della comprensione all'epistemologia dell'interpretazione è compiuto da Gadamer fondando l'oggettività scientifica di quest'ultima sulla funzione di riflessione critica nei confronti della tradizione, che agisce nel processo interpretativo attraverso le strutture della precomprensione» (MENGONI, *Ermeneutica*..., pp. 13-14).

D'altro canto, poichè la stessa comprensione del giurista affonda le sue radici nella tradizione e presenta la struttura circolare della domanda e della risposta, ne consegue che:

- anch'egli «deve prendere coscienza della storicità della propria situazione, attingendo un senso più avvertito della relatività delle categorie concettuali apprese dalla comunità scientifica di cui è parte, nelle quali possono essere incorporati giudizi di valore non più rispondenti alla natura dei nuovi rapporti socio-economici o socio-culturali inerenti al caso in questione» (MENGONI, *op. ult. cit.*, pp. 19-20);
- la conoscenza del significato del testo normativo è legata tanto alle regole dell'analisi del linguaggio («...il tenore letterale del testo svolge una funzione euristica di grande importanza, sia scartando i progetti di senso che con le parole della legge non hanno alcuna congruenza, sia sollecitando la forza evocativa o figurativa del linguaggio e così contribuendo alla formazione di ipotesi di soluzione oggettivamente fornite di senso» - MENGONI, *op. ult. cit.*, pp. 17-18-), quanto al riferimento ai dati di fatto (extratestuali), a fattispecie (reali o pensate) da risolvere, emergenti dall'ambito normativo del testo, come definito dal segmento di realtà sociale individuato quale campo di applicazione della norma. Inoltre, l'integrazione dialettica derivante dal confronto fra il testo normativo (la "lettera") e la fattispecie concreta cui riferirlo, fa assurgere la norma a strumento di apprendimento della realtà (di quel contesto fattuale rappresentato dalla morfologia dei comportamenti sociali), dal momento che quest'ultima viene "letta" (considerata, intesa) in termini giuridici, attribuendole (sempreché sia possibile) un significato conforme o meno alle disposizioni legislative.

La comprensione conoscitiva dei testi normativi, pertanto, presenta una struttura applicativa ed appartiene all'"essere" di ciò che viene compreso. Tale tesi non nega la distinzione tra i due momenti della comprensione e dell'applicazione, non li confonde in un unico atto (come fa la dottrina positivistica), ma li riconduce ad un processo unitario: «la conoscenza del significato di un testo normativo e la sua applicazione al caso giuridico

Occorre prendere atto che la conoscenza, intesa come evento, quale ne sia la forma (spiegazione causale per le scienze naturali, comprensione – a seguito d'interpretazione – per le scienze dell'uomo), è preceduta e determinata costantemente dalle "progettazioni di senso" discendenti, se non dalla "soggettività", dalla partecipazione dell'individuo ad un "senso comune" fatto di giudizi e concetti che, rappresentandone il suo "habitat sociale", profondamente lo influenzano. L'"analitica esistenziale", riconoscendo a tali progettazioni un "carattere ontologico originario della vita umana stessa", le compendia con il sintagma "comprensione originaria" o "precomprensione", a significare che su tale elemento costitutivo dell'esistenza umana, avente appunto la struttura del progetto, si fonda (esistenzialmente), al pari dello "spiegare", la comprensione "come risultato dell'interpretazione"[33].

In base alla propria "precomprensione", l'interprete interroga la "cosa"; ma solo se la domanda è adeguata la "cosa si lascia comprendere" (cioè, fornisce una risposta appropriata). Altrimenti la domanda torna all'interprete senza una risposta positiva, purtuttavia accrescendo la consapevolezza della "precomprensione", di modo che il primo sarà in grado di rivolgere alla "cosa" una domanda più adeguata. L'interpretazione, pertanto, consiste in (ed opera mediante) un circolo di domande e risposte sempre più adeguate che, producendo un *dialogo coerente* con la "cosa", ne consente, in ultimo, una comprensione autentica. Essa è, non già mera riproduzione di un originario atto produttivo, il "ripensare un già pensato"; bensì un'attività inventiva che, accettando e computando (sotto forma di tradizione) la distanza temporale dall'epoca del testo, svolge un compito mediatore del senso originario di quello col presente e le sue esigenze. *La comprensione conoscitiva dei testi normativi, pertanto: presenta una struttura applicativa*; stante il *topos* del postmoderno

---

concreto non sono due atti separati, ma un processo unico» (GADAMER, *Verità*…, p. 360 s.); così che il testo della legge può essere compreso adeguatamente solo in ogni momento, in ogni situazione concreta, nuovamente e altrimenti. Nella dottrina giuridica italiana, T. ASCARELLI è stato il precursore di quella tesi che presuppone la distinzione fra testo e norma («A rigore la norma vive come "norma" solo nel momento in cui viene applicata e perciò appunto ogni applicazione di una norma richiede l'interpretazione di un testo, e cioè in realtà la formulazione -ai fini dell'applicazione- della norma», *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, nonché -con aggiunte- in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 140 s.). Cfr. pure G. ZACCARIA, *Indirizzi della filosofia e della teoria giuridica contemporanea: una mappa*, in *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, pp. 19 e 164, ove l'a. aderisce alla teoria esposta da J. ESSER in *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt a.M., 1972 (tr. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, a cura di Patti-Zaccaria, Napoli, 1983).

Applicata alla fattispecie per risolvere la quale è stata predisposta (sulla base di un testo), la norma diviene essa stessa testo, in forma di "precedente", "a sua volta bisognoso di interpretazione", in occasione di successive applicazioni.

[33] Per cui può rinviarsi a J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt a.M., 1972 (tr. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, a cura di Patti-Zaccaria, Napoli, 1983).

ISSN 2036-7821

(proceduralismo), trova ideali sedi di deputazione nell'esercizio delle funzioni giurisdizionale ed amministrativa.

Pensiero problematico e discipline "regionali" (circolo ermeneutico)

I risultati dell'esplorazione a livello ontologico, nel ritorno a quello epistemologico, si sono tradotti in una riqualificazione dell'ermeneutica secondo il "razionalismo critico". Quest'ultimo paradigma generale: rivelati i limiti del metodo induttivo, ha predicato la consapevolezza delle conseguenze alle quali conduce (stante la connessione complessiva di ogni divenire) l'impiego di mezzi pur soggettivamente "adeguati" (logica "operazionale" dei costi/benefici); per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell'esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle "teorie rivali", onde condurre all'emersione degli errori ("falsificazione") ed alla loro eliminazione[34].

Ciò, in una condizione del sapere sempre mutevole, mai definitiva, benché non sprovvista dell'attributo dell'oggettività: dato che il prodotto della discussione scientifica, critica (ossia – almeno in una certa forma –, "razionale"), prevalente in un determinato tempo per avere dimostrato il maggior grado di "resilienza", è conoscenza; come tale, distinta dalle semplici opinioni (dalle "credenze") che essa sospende in forza della sua "evidenza".

Una teoria, dunque, capace di conquistare il consenso di coloro i quali vedano, nel metodo della discussione razionale ("problematico", "deduttivo dei controlli", "selettivo", "autocorrettivo"), uno strumento di riconciliazione fra pensiero generale e discipline "regionali" (compresa quella giuridica).

Segnatamente, entrando in tale ordine di idee, meglio si apprezza una concezione "logica" del processo ermeneutico(-applicativo) di tipo "circolare", in corrispondenza della quale il giudizio valutativo e concreto non anticipa la determinazione volitiva, ma con essa s'identifica, progressivamente definendosi. Altrimenti, nell'ottica della teoria logicistica della decisione (che la equipara ad un sillogisma pratico), la duplicazione delle fasi (posizione della regola del caso concreto e determinazione della susseguente decisione) si rivela non solo una inutile complicazione[35], ma (quel

[34] Cfr.: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, 59 s.

[35] B. CROCE, *Filosofia della pratica: economica ed etica*, Bari, 1923, segn. pp. 27-28. Il pensiero crociano è stato criticato per la riduzione di quella giuridica ad attività genericamente pratica (*op. ult. cit.*, p. 147 s.), trascurando sia la fondazione della riflessione storica, sia il rilievo dato alla realtà dell'esecuzione della legge (*ivi*, p. 328; ma cfr. pure, ID., *La storia come pensiero e come azione*, Bari, 1965) su cui (per contro) insiste la dottrina che ha assimilato quella lezione. Per la rilevanza del pensiero crociano sui problemi di storia e scienza del diritto, G. CASSANDRO, *Storia e diritto -un'indagine metodologica-*, in *Riv. st. dir. it.*, 1966, p. 5 s. Cfr. pure: P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, ora in *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, p. 41; LUIGI (GINO) GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, ove coerentemente se ne fa seguire la rivalutazione dei casi concreti e l'approfondimento (filologico potrebbe definirsi) dei testi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 41.

che è peggio) un'aberrazione (in senso metafisico) del processo. Così (esemplificativamente, ma come anticipazione del discorso ultimo di una concettualizzazione del 'contratto ad oggetto pubblico' in quanto inerente al potere autoritativo), se si accetta l'insegnamento secondo cui la discrezionalità (come giudizio pratico) discende da una comparazione e ponderazione quali-quantitativa degli interessi (pubblici e privati) immanenti in un dato contesto sociale[36]; alla luce di quanto esposto sul piano metodologico, non per questo può aderirsi pedissequamente alla sintesi che di seguito prospetta l'identificazione dell'apprezzamento discrezionale (come attività intellettiva antecedente al momento di formulazione definitiva della volontà[37]) con una fissazione del rilievo dell'interesse essenziale (o primario) "in più o in meno" rispetto a quelli secondari[38]. Infatti, se, in un dato contesto storico, gli interessi concorrenti o contrastanti debbono considerarsi tali, sia che facciano capo a singoli od a gruppi, sia che risultino riferibili all'intera comunità (od appaiano obiettivi, entità incommensurabili); è intuitivo (e plausibile) che «*fissare il rilievo e l'importanza di un interesse entro o di fronte una costellazione di altri interessi non è opera di ragione, anche se soggettiva: è già optare per un valore piuttosto che per un altro, equivale già alla scelta e cioè in ultima analisi alla volizione*»[39].

Tale concezione presenta il pregio di adattarsi a qualunque contesto "strutturale" in cui s'inseriscono i "fatti" dai quali dipende il giudizio subiettivo. Dunque, proprio sul versante di un aggiornamento epistemologico all'insegna del "circolo ermeneutico", esteso (dal dilemma delle "anticipazioni di senso") ai meccanismi che sovrintendono alla comprensione-applicazione delle disposizioni normative, occorrerà sopperire ai limiti che ancora denuncia una parte almeno dei "formanti" del diritto amministrativo, emblematicamente rifacendosi ad una concezione: della legittimazione del potere, sbilanciata a favore del momento soggettivo; nonché, del vizio di *eccesso di potere*, secondo scansioni dettate da "situazioni sintomatiche". Laddove, in ambiti di disciplina improntati ad un criterio di tipo "consequenzialista", si perviene ad un esito di giustizia solo se risulta "corretto" il rapporto: fra criteri di legittimazione, a vantaggio di quello oggettivo; fra sindacati, la funzione di quello di legittimità venendo assunta da quello di merito (inteso quale effettivo soddisfacimento dell'interesse – pubblico –)[40].

Quanto al primo profilo, con corrispondente massimizzazione delle adesioni da parte degli "interessati"[41]. Quanto al secondo: all'occorrenza imponendo di procedere, sul

[36] M.S. GIANNINI, *Potere discrezionale*…, p. 74.

[37] M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, pp. 72-73.

[38] M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, pp. 76-79.

[39] LEVI, *L'attività conoscitiva*…, p. 220 s., segn. pp. 226-227.

[40] LEVI, *L'attività conoscitiva*…, p. 551 s. Per un confronto può rinviarsi ad alcune connessioni in G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, XXVI, 1976, p. 130 s., segn. p. 139.

[41] LEVI, *L'attività conoscitiva...*, pp. 227-228: «A nostro avviso, alla pura conoscenza segue una fase assai più complessa: questa si sostanzia dapprima nel determinare in astratto, nel quadro delle decisioni tra cui la legge consente all'amministrazione di scegliere, le varie soluzioni che soddisferebbero i singoli interessi; quindi -

piano amministrativo, ad un riesame, ferma restando (comunque) la previsione di adeguate ed effettive forme di responsabilità[42]; sul versante decisional-giudiziale, estendendovi l'annullamento anche nell'ipotesi in cui si verifichi che è stata ingiustificatamente disattesa una soluzione più soddisfacente (pur quando quella adottata sia risultata ragionevole) rispetto al problema giuridico; salvo il limite di un sacrificio "oltremisura" dell'interesse del privato.

Dal "sistema logico" alla "logica (della differenziazione) sistemica". Il "tipo normativo di problema" come paradigma correlato a quel novum

Così giunti, il discorso dogmatico-epistemologico va completato con alcuni cenni di teoria dei sistemi nonché, relativi al paradigma cognitivo (funzional-problematico) ad essa correlato.

L'autonomia (sensata) che lo contraddistingue, comporta che il sistema giuridico, per poter apprestare (all'insegna dell'ordine) proprie soluzioni alla (crescente) complessità della fenomenologia di riferimento, storicamente applichi a quest'ultima (*rectius*, sottoponga le sue strutture a) meccanismi selettivi in grado di ridurla a problemi riconoscibili dal medesimo. Accade, cioè, che operi quella che, dalla teoria generale dei sistemi, è indicata come "strategia di trasposizione del problema"[43]. La struttura formale (generale ed astratta) dei propri enunciati, pur rendendo i sistemi giuridici moderni cognitivamente aperti all'"esteriorità", ne comporta una altrettanto rigida chiusura normativa, l'integrale auto-referenzialità[44].

Da qui, la rappresentazione del rapporto tra sistema giuridico e pertinente fenomenologia in termini di *inputs* ed *outputs*: tuttavia, essendo, il primo, operativamente chiuso, non riceve impulsi che direttamente producono sue operazioni, né invia risposte che direttamente intervengono sul contesto esterno, modificandolo. Pertanto, il sistema giuridico deve «*mettersi in condizioni di osservare in sé stesso codesto proprio* [contesto] *(= l'altro sistema) e deve stabilire con esso rapporti di accoppiamento strutturale, cioè deve realizzare con esso una coordinazione tale per cui le interazioni reciproche avvengano in modo che gli eventi dell'uno si limitino a indurre, a "innescare" nell'altro sue selezioni di eventi suoi propri, si diano semplicemente come suoi*

---

bisogna sottolineare questo punto troppo spesso trascurato- nello stabilire le conseguenze, volute o no, che le diverse soluzioni potrebbero produrre sul piano della realtà storica. Questo, e non di più, può essere il compito della riflessione critica sui dati conosciuti, alla quale spetta dunque solo di prospettare le alternative possibili (nell'ambito della legge) ed i loro effetti pratici: la scelta tra di esse è opera successiva della volontà».

Sul ruolo della scienza nel far convergere "legge" ed "azione", nonché sull'apporto del "razionalismo critico" in ordine al problema della "calcolabilità" delle conseguenze, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo*…, parr. 1.2.1. e 1.4. (*ivi*, testo corrispondente a nt. 188).

[42] AZZARITI, *Dalla discrezionalità*…, pp. 357-359.

[43] Secondo N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, tr. it. Milano, 1983, l'esterna complessità del mondo viene tradotta nella complessità interna del sistema, ridefinendo i problemi secondo le strutture di quest'ultimo, e rendendoli risolvibili secondo i fattori (punti di vista) suoi propri. Cfr. pure M. BARCELLONA, *Diritto*…, p. 148.

[44] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 148-149.

ISSN 2036-7821

presupposti di proprie operazioni»[45]. In altri termini, nella società moderna il diritto si costituisce come "autorità epistemica": «*crea "ricostruzioni", modelli della realtà, che proprio per essere autonomi e artificiali non sono falsificabili attraverso le conoscenze ed i linguaggi degli altri sistemi*»[46].

Peraltro, la "chiusura autopoietica" di quel sistema particolare non è incompatibile con la possibilità di un discorso scientifico sulla funzione del diritto, sulle *rationes* e sugli scopi dei diversi modelli giuridici e delle singole strutture normative. Così, si può cominciare con l'osservare che, se tra il sistema (del diritto) ed il contesto, si riscontra una distinzione (cioè una separazione, "la differenza di una parte dal tutto che si dava prima dell'introduzione della distinzione"), è pur vero che quest'ultima implica il determinarsi di ciascuno dei suoi, due termini per relazione con l'altro. «*La nozione di funzione designa, appunto, le relazioni che (secondo i … dispositivi dell'accoppiamento strutturale e del presupposto) si rivelano da codesto "dominio esterno", dal quale il sistema è riguardato come parte di un'"entità che lo include" …*

Funzioni e scopi rimangono, allora, estranei al funzionamento del diritto, ma solo nel senso che rimangono estranei ai suoi processi operativi interni, e cioè che non generano direttamente alcuno dei fenomeni che si producono all'interno del sistema giuridico … Funzioni e scopi, invece, non sono affatto estranei al modo nel quale il sistema, istituendosi ha contestualmente organizzato i propri componenti strutturali e le proprie operazioni, e cioè al modo in cui ha deciso di riprodurre al suo interno il proprio [contesto] *di riferimento ed al modo in cui ha deciso di riferire al modello così appositamente creatosi le proprie distinzioni*»[47].

«*Il progetto, dunque, 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

[45] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 111-113.

[46] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 115.

[47] In questi termini puntualizza (sia pur entro i limiti dello schema normativo di tipo ipotetico-casuistico) M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*: «…Il diritto opera, sì, come una "macchina" (o sistema), e come una "macchina" esso stabilisce solo relazioni tra i suoi componenti e regole dei suoi processi, che, in linea di massima, producono le loro fenomenologie (per così dire) "meccanicamente", e cioè senza che fini e scopi intervengano operativamente come componenti distinti e regole autonome della loro produzione. Il che equivale a dire, grossomodo, che il diritto moderno si dà come "programmazione di mezzi" e non come "programmazione di scopo"…: l'apprezzamento normativo dei c.d. fatti giuridici ed i c.d. effetti giuridici che ad essi si fanno conseguire non appaiono rimessi al, e misurati dal, conseguimento di un risultato normativamente definito …; al contrario, i c.d. effetti giuridici si presentano come predefiniti e la loro produzione appare "meccanicamente" dipendente dal verificarsi di fatti giuridici altrettanto predefiniti dedotti come loro condizioni necessarie e sufficienti secondo lo schema ipotetico "se, allora", quali che siano i risultati che in tal modo si avranno … Ma, come il modo in cui è congegnata una "macchina" (che, in quanto "macchina", funziona sempre "meccanicamente") non è indipendente dai suoi compiti, così il modo nel quale il sistema giuridico, istituendosi come "macchina", conforma i suoi componenti, stabilisce le loro reciproche relazioni e determina le regole dei propri processi non è indipendente da un senso, da un progetto, che perciò non entra nella "macchina" come suo dispositivo distinto ma che dà conto del perché la "macchina" presenti certi dispositivi e non altri …».

ISSN 2036-7821

"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»[48].

Interrogativi connessi. Implicazioni operative
L'inclusione di una strategia della trasposizione, nella teoria del diritto moderno come sistema "cognitivamente aperto ma normativamente chiuso", ne condiziona profondamente il paradigma, sovvertendo gli interrogativi al medesimo rivolti dal giurista nell'occuparsi del problema concreto. Accade così che: al quesito di matrice essenzialistico-metafisica (*cos'è*?), che allude «*ad un'essenza che è tale in ogni campo e ad una logica secondo la quale ogni entità ha da dare una sola risposta quale che sia il punto di vista dal quale la si interroghi*»[49]; si sostituiscano nuove domande (*di che parla*? *come lo ha visto*?).

[48] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 116-119.
[49] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 119 s.

ISSN 2036-7821

Nell'ottica del nuovo paradigma, alla prima coppia di domande, se ne fa seguire un'altra: *come lo ha organizzato*? *come in conseguenza ne ha riarticolato i problemi*? Interrogativi tesi a focalizzare la struttura che il sistema giuridico ha conferito al modello di realtà che, in base al suo punto di vista, si è dato.

«*Tale operazione, dunque, mette in evidenza la logica che presiede alla organizzazione del modello giuridico e risponde al primo dei due summenzionati interrogativi. Ma dà ingresso anche al secondo, poiché la comprensione della logica organizzativa racchiusa nella costruzione di un modello giuridico o di una fattispecie normativa vale a determinare il modo nel quale i componenti … di tali modelli e fattispecie si strutturano in rapporto alla collocazione che essi ricevono nel loro (= di modelli e fattispecie) ordine sequenziale ed al compito che in siffatto ordine sono deputati ad assolvere. Codesti componenti, infatti, si danno non più, come nell'ordine essenzialistico e "sommativo", quali* elementi *strutturati* a priori *bensì come* strumenti *la cui struttura e le cui operazioni si determinano in funzione dell'organizzazione in cui vengono di volta in volta inseriti e della "veduta" in essa incorporata. Sicché si deve parlare di un passaggio, che la comprensione del diritto come sistema epistemico esige, dalla* fattispecie sommativa *alla* fattispecie organizzativa»[50].

Possibilità di qualificazioni multiple dei fatti

Soffermandosi sulle opportunità di comprensione e controllo dei processi applicativi, la nuova "concezione organizzativa" della norma ne offre di significative, innanzitutto aprendo in favore di "qualificazioni multiple" dei fatti, come forma ordinaria del rapporto "diritto/realtà". Se, infatti, si ammette che un medesimo fenomeno possa rilevare, per il diritto, secondo distinti punti di vista (dando luogo, pertanto, a "vedute" diverse del sistema giuridico), deve concludersi che l'identità del primo possa "disarticolarsi" in funzione della pluralità dei problemi che suscita e delle norme che, per conseguenza, interpella[51].

Si assiste così (per limitarsi al solo orizzonte normativo che tradizionalmente ha catalizzato l'attenzione) ad una ricomprensione delle "fattispecie", per cui il paradigma del "tipo (normativo) di problema" le fa rappresentare, «*non più come una semplice somma di "eventi" descritti in astratto ed assunti a condizione ipotetica di una conseguenza giuridica…, bensì come la prospettazione che il sistema si fa di problemi del mondo, di domande provenienti dal suo [contesto], cui offre, con le sue conseguenze giuridiche, proprie autonome risposte. A reggere ciascuna conseguenza giuridica non è, perciò, tanto (l'accadere di) una data entità quanto (il prospettarsi di) un certo problema: le c.d. fattispecie concrete si presentano al diritto non come specie da ricondurre ad un genere ma come interroganti mossi da disagi. Ma ciò fa sì che, mentre una specie può essere ricondotta ad un solo genere, viceversa, un medesimo interrogante può rivolgere, di volta in volta o anche contemporaneamente, domande diverse e ricevere, sempre di volta in volta o*

[50] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 121-123.
[51] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 126-127.

ISSN 2036-7821

contestualmente, risposte diverse, se differenti sono i disagi che prospetta (o – il che è lo stesso – se la diagnosi che il sistema fa dei disagi prospettatigli li fa ricondurre a tipologie diversificate che richiedono ciascuna una differente terapia).
Dunque, una medesima fattispecie concreta può ricevere risposte diverse, cioè può vedersi conferite qualificazioni giuridiche differenti, a seconda dell'interrogazione che prospetta al sistema giuridico. Ovvero, per dirla con maggior precisione, a seconda della domanda che un medesimo fenomeno di volta in volta pone, cambia il suo "accoppiamento strutturale" con le componenti del sistema giuridico»[52].

L'interrogativo essenzialistico, come esclude che un medesimo fatto o comportamento possano ricevere qualificazioni giuridiche diverse, così non ammette che un *corpus* normativo sistematizzato in una disciplina "nominata" possa ricevere applicazioni parziali (cioè, tali da disgiungere l'una regola dalle altre che la compongono). Quest'ultima forma d'inscindibilità è, infatti, insita nella logica (deduttiva) dell'essenza, per cui ogni determinazione si dà solo come necessaria inferenza da un'idea generale(-universale) che giustifica la sua inclusione nell'aggregato normativo.
Laddove, lo studio del diritto, quale struttura tecnico-funzionale e secondo la logica dei sistemi complessi, apre in favore di un generale intervento "decostruttivo degli aggregati normativi", ad un tempo sottoponendolo a "misura"[53].

Implicazioni di una ridisegnata strategia organizzazionale, in punto di comprensione della categoria del contratto
Venendo ad una sorta di traslazione specialistica del discorso generale nanti articolato, valga di attingere alla dottrina cui si deve il più soddisfacente tentativo di superamento del paradosso di teoria della conoscenza da cui ha preso le mosse l'idea di un "doppio (metafisico)" del diritto positivo.
Se (anche) il sistema giuridico è la risultante delle interazioni che si determinano fra le parti (regole) di cui si compone; per quanto riferito, le prime scaturiscono dalle determinazioni e dai vincoli propri di ciascuna delle altre[54]. Così, innescando interrelazioni che, stabilizzandosi, danno luogo all'organizzazione delle regole medesime (secondo moduli diversi: connessione "per materia", comunicazione informazionale, gerarchizzazione deduttiva, combinazione).
«*Segnatamente, tali interrelazioni stabilizzate dispongono le regole secondo moduli organizzazionali diversi… Tutte, in ogni caso, rappresentano organizzazioni delle differenze, giacché stabiliscono relazioni di complementarità, specializzazione e competenza. Ma, proprio in quanto organizzazione delle differenze, ogni organizzazione presuppone anche una elevata*

[52] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 127-128.
[53] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 132 s.
[54] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 167.

ISSN 2036-7821

possibilità di antagonismi delle diverse regole e dei differenti principi regolativi che esse regolano e produce ulteriore e più sofisticata complementarità…
In ragione di ciò, le interrelazioni prodotte dall'organizzazione delle regole giuridiche producono a loro volta "emergenze" e "servitù". La complementarità, secondo cui viene disinnescato il potenziale antiorganizzazionale di un antagonismo, implica, infatti, un'ultrattività di talune regole (e dei relativi principi), che esse isolatamente considerate non avevano, e/o la parziale virtualizzazione di altre regole (e dei relativi principi), che, allo stesso modo, esse, isolatamente considerate non presentavano. Ciascuna regola, quindi, per effetto dell'interrelazione organizzativa in cui si dispone con altre regole, vede parzialmente potenziato o parzialmente virtualizzato il proprio senso originario…»[55].
Dunque, «*…l'identità del sistema giuridico dipende* [non da qualche "proprietà" di regole e principi regolativi, in cui si manifesti la loro "natura" intrinseca, la loro appartenenza come frammento ad un universo concluso che nel sistema positivo semplicemente si ricompone, bensì] *dal materiale regolativo che nella sua "scatola" vien posto e dalle sue specifiche composizioni. Sicché sono la selezione e la composizione di tale materiale che determinano il senso delle regole, e non viceversa.*
Questo passaggio va sottolineato, poiché rappresenta uno dei luoghi ove si mostra con maggiore efficacia la combinazione tra la radicale artificialità del diritto moderno e del senso che gli è proprio e l'oggettività tecnica che nella stessa misura lo connota e che si esprime, anche, nella logica sistematica…
Un esempio, sebbene necessariamente semplificato al limite della banalità, può essere utile a questo scopo. Si consideri il principio regolativo dell'accordo: esso assume un senso diverso a seconda degli altri principi regolativi che, insieme ad esso, vengono immessi nella "scatola" del diritto; se in essa si ritroverà insieme al principio regolativo degli status, *il senso eminente, che esso assumerà, sarà quello di strumento di organizzazione della gerarchia feudale e dei relativi rapporti di reciproca fedeltà (oltre che il senso secondario di veicolo per lo scambio delle eccedenze); se, invece, in essa si ritroverà insieme al principio di eguaglianza…, il senso eminente, che esso assumerà, sarà quello, esattamente contrario, di mediatore universale delle relazioni sociali; a sua volta, codesto senso nucleare, originato da questa prima selezione e composizione di principi regolativi, riceverà ulteriori determinazioni dalle altre (sotto-)regole (consensualismo, ecc.), che potranno essere ulteriormente immesse nella*

[55] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 167-169: «La trasformazione che le parti subiscono per effetto di tali interrelazioni organizzative determina l'irriducibilità del tutto alle sue parti, e viceversa:
(*i*) il sistema giuridico è più della somma delle regole che lo compongono, poiché per effetto delle "emergenze" l'attività di talune regole si presenta come esuberante rispetto a quella che ad esse si sarebbe assegnata, considerandole isolatamente;
(*ii*) il sistema giuridico è meno della somma delle regole che lo compongono, poiché per effetto delle "servitù" l'attività di talune sue regole si presenta in parte virtualizzata rispetto a quella che ad esse si sarebbe assegnata, considerandole isolatamente;
(*iii*) il sistema giuridico è, dunque, contemporaneamente più e meno della somma delle regole che lo compongono, giacché il suo senso regolativo complessivo è, al tempo stesso, esuberante e ridotto rispetto alla somma dei principi regolativi portati da ciascuna delle sue regole».

ISSN 2036-7821

"scatola"; ecc.»[56].

Ebbene, su questa stessa falsariga, se (nella "scatola" del diritto) il principio regolativo dell'accordo (assunto in termini di *pacta sunt servanda*) si ritroverà insieme ai principi, oltre che di eguaglianza, di perseguimento dell'interesse pubblico, il senso del modulo convenzionale non potrà non assumere una connotazione identitaria: in corrispondenza della quale sarà giustificabile certa alterazione (altrimenti oltremisura) non solo dell'equilibrio intrinseco al rapporto scaturente (sinallagma), ma anche di regimentazione del diritto soggettivo che parimenti ne discende (*rectius*, della sua 'disponibilità').
Per meglio esprimersi (coerentemente coi canoni epistemologici nanti dichiarati): non potrà (aprioristicamente) escludersi, per via di 'complementarizzazione-confinazione' dei principi di riferimento, un *proprium* funzional-sistematico del concetto di 'contratto ad oggetto pubblico' (così emancipandolo dalle precomprensioni di un ordine 'identitario'); salvo l'onere di apparecchiare gli ulteriori strumenti, stavolta sul piano dogmatico, onde conferire a quell''istituto' (in quanto espressione del circolo ermeneutico che s'instaura tra il dato 'positivo' ed il fatto): l'associazione con un determinato 'tipo normativo di problema' e, da lì ('in positivo') legittimazione sistemica, con quella qualificazione *ad hoc*, anche ad un assetto giuridico parcellizzato rispetto al *genus* di riferimento (archetipo).

4.1. 'Rivisitazione' dogmatica dei tradizionali istituti di riferimento. Dalla legittimazione del potere (per via delle sue dinamiche) a quella dell'interesse pubblico in rapporto all'interesse legittimo.

Così giunti, si tratta dunque di operare una 'ritessitura' del discorso epistemologico, testé accennato, con quello dogmatico-applicativo.
All'uopo, valga di muovere dagli sviluppi tradizionalmente impressi, in seno alla giurisprudenza teorica, circa la riconducibilità (dell'esercizio) del potere pubblico, autoritativo, entro moduli consensuali[57]; dal momento che si tratta, preliminarmente, di verificare a cosa pertenga l''oggetto pubblicistico' della *species* di accordi in esame.
Gli uni esprimono un profondo scetticismo, affidando il proprio responso ad una rigorosa costruzione sistematica poggiante su precisi dati concettuali: la discrezionalità (del provvedimento) appartiene al mondo della necessità giuridica (doverosità); all'autonomia negoziale (del contratto), invece, inerisce un

[56] M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 169-170.
[57] Per il momento, s'insiste con l'inquadramento originario del problema (di cui la presente versione corrisponde al *recto* -od al *verso*-, speculare rispetto a quella di chi s'interroga sulla riconducibilità, al diritto pubblico, dei relativi rapporti obbligatori / amministrativi), dato che un confronto di pari intensità non risulta avere coinvolto (specie nei "lavori preparatori" della c.d. legge sul procedimento amministrativo) tesi alternative.

ISSN 2036-7821

insopprimibile momento di libertà; la prima in insanabile contrasto con la seconda[58]. Per poi vedersi obiettare la debolezza e l'anacronismo delle premesse, stanti: l'inscindibilità "concettuale e giuridica", della "fattispecie complessa", in due elementi (provvedimento amministrativo e contratto di diritto privato), separati ed autonomi quanto alla produzione dei rispettivi effetti; le progressive "problematizzazioni" che hanno investito (lungo il versante privatistico) la nozione di contratto e (nella pubblicistica) le concezioni dell'interesse pubblico e del provvedimento[59]. Senza trascurare, peraltro, che se il tipo di composizione degli interessi proprio dell'esercizio dell'autonomia contrattuale non è consentito all'amministrazione nell'esercizio di funzioni pubblicistiche (ove il provvedimento sancisce la prevalenza dell'interesse pubblico su quelli privati con esso confliggenti), non sarebbe dato di comprendere come la "parte" pubblica possa agire mediante una libera auto-regolamentazione dei "propri" interessi nella c.d. attività amministrativa di diritto privato[60]. Si rinverrebbe, infatti, nei principi costituzionali della forma di Stato pluriclasse, quel nuovo "statuto" del potere pubblico che avrebbe segnato il declino di una concezione neutra della funzione amministrativa[61], onde imprimere un preciso senso all'idea dell'immanenza del vincolo a perseguire scopi obiettivati dalla regola, nella relativa attività: perciò unitaria (se non "indifferenziata"), quali che siano i singoli atti che la compongono[62]. Ragion per cui, si registrerebbe un generale cedimento delle formule tradizionali: l'autonomia distinta in "potere" e "posizione", il regime dell'atto distinto da quello dell'attività, la *fictio* delle costruzioni "a doppio grado" ogniqualvolta si tratti di dar conto di fattispecie in cui sia individuabile solo un atto bilaterale e non anche un provvedimento.

Gli altri, sul presupposto della nuova idea di "funzionalità" testé menzionata,

[58] LEDDA, *Il problema…* Nei suoi ultimi scritti, l'a. non esclude l'ipotesi che i modelli convenzionali di cui all'art. 11 cit., L. n. 241/1990, possano trovare forma concreta (sia pur a prezzo di qualche forzatura del dato attuale di diritto positivo), tacendo sugli "accorgimenti" all'uopo necessari, ma lasciando intendere (con un discorso di più ampio respiro) che la strada da percorrere non è quella di uno stravolgimento dell'assetto sistematico (*Dell'autorità…*, I, p. 1296).

[59] Significative le riflessioni che si rinvengono in BERTI, *Il principio contrattuale…*, p. 55: «Lasciando intatti i presupposti della dogmatica tradizionale, non si arriverebbe mai a concepire una contrattualità amministrativa, giacché non si disporrebbe degli strumenti di linguaggio o di conoscenza adatti a questo fine». In sintonia, G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, in *Atti del convegno di Messina-Taormina del 25-26 febbraio 1988*, Milano, 1990, p. 84: «per poter "capire" l'accordo …è necessario …presumibilmente abbandonare l'implicito postulato dell'identificazione tra amministrazione e provvedimento».

[60] Cfr. nnss. parr. 3.5. e 3.10.1. Recentemente ribadisce tale obiezione CIVITARESE, *Contributo…*, pp. 64 e 69 s. Che il rilievo (per il tramite della "legalità") del vincolo a perseguire l'interesse pubblico sia normalmente riscontrabile in tutti gli "accordi" dell'amministrazione, è sostenuto anche da MAVIGLIA, *Accordi…*, pp. 78, 80-82, 85, 112-114, 134-137.

[61] Relativamente alla quale può rinviarsi a nnss. nntt. 106 s. del cap. II, nonché a nnss. parr. 3.1., 3.9.1., 3.9.2.

[62] MARZUOLI, *Principio…*, pp. 115 s., 143 s.; SORACE - MARZUOLI, *Concessioni amministrative…*, p. 280; per entrambi può rinviarsi al ns. par. 3.9.2.

Anticipazioni significative di quell'idea si rinvengono in F. P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e "contrattazione"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, II, p. 1469.

nonché del superamento di una concezione d'interesse pubblico, quale astratto, precostituito[63], contestano la tesi secondo la quale l'attività amministrativa sia necessariamente legata ad un termine (foss'anche medio) di natura provvedimentale (imperativa e/o unilaterale); oltretutto ingegnandosi di fronteggiare i problemi posti dalle relative "complessità organizzazionali", mediante criteri selettivi, idonei ad integrarli nel sistema giuridico[64]. Salvi gli appunti critici: innanzitutto quello per cui (stante l'ambivalenza dello statuto costituzionale dell'amministrazione[65], e l'altrettanto opinabile accezione di "giusto procedimento" che implica la sostituzione dei canoni interpretativi propri del giurista con le valutazioni più di spettanza degli scienziati dell'amministrazione) sarebbe frutto d'ideologia, eppertanto si tradurrebbe in arbitrio, l'associare i moduli consensuali in oggetto ad una configurazione "comunitaria" degli interessi in causa[66]. Perdipiù, al ridimensionamento dell'area della tipicità corrisponderebbe il rischio d'indebolire il principio di riserva, imponendo al cittadino, mediante l'accordo, prestazioni non previste dalla legge[67].

---

[63] NIGRO, *Convenzioni urbanistiche…*, (per cui cfr. P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Napoli, 2007, par. 3.7.).

[64] FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche…* (per cui può rinviarsi a P. COTZA, *op. ult. cit.*, par. 3.9.1.); STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale…*

Ciascuna regola giuridica è chiamata a risolvere un problema dell'ambiente conformemente ad una *ratio*. Pertanto, quella consta di un principio regolativo e di un criterio selettivo ("fattispecie") volto a sottoporre al primo il problema ambientale affrontato. Sul punto M. BARCELLONA, *Diritto…*, p. 167, cit. in ns. nt. 67a del cap. IV. Sui meccanismi che sovrintendono all'ermeneutica dogmatica, cfr. ns. par. 1.5.

[65]Chiaramente ravvisabile nel dibattito dottrinale. Così, secondo G. BERTI, *La responsabilità pubblica…*, p. 397: «il fatto che la Costituzione non identifichi l'amministrazione ha …un significato preciso, e cioè che la Costituzione non ha pensato all'amministrazione come ad un potere dello stato e che ha, al contrario, inteso che l'amministrazione dovesse vedersi collegata immediatamente con la società, come un insieme di regole e di strutture non paragonabili a quelle affini alla politica …L'amministrazione insomma appare come una forma della società e non come un'immagine dello stato».

Per contro, G. AZZARITI, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, III, p. 89 s. (segn. p. 97 s.), è dell'avviso che la Costituzione, assumendo la logica della *difesa* (dall'organizzazione) cui corrisponde il sistema delle garanzie per il cittadino, abbia perpetrato un'idea degli apparati amministrativi non "calibrati" sulla società civile, bensì riguardati da un'ottica di reciproca distanza. Per una valutazione dell'imparzialità non come elemento di possibile raccordo fra gli apparati e la società civile, ma come punto di ri-equilibrio (interno alla logica della separatezza) rispetto all'opposta costruzione dell'amministrazione in quanto "servente" il governo: S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, p. 58.

[66]Dunque, una rappresentazione ambigua e velleitaria, che trascura il conflitto d'interessi in cui si rispecchiano le diversità dei bisogni, la diseguale distribuzione dei beni e servizi, la strumentale funzione dei rapporti obbligatori rispetto agli interessi realizzati col sacrificio della prestazione e l'aspettativa "creditoria".

D'altronde, lo stesso principio di correttezza (art. 1175 c.c.) non può essere ricondotto alla solidarietà di cui all'art. 2 Cost.; mentre, per dargli una dimensione più concreta del mero "riferimento ai valori medi dell'apprezzamento comune" (sul modello della diligenza di cui all'art. 1176 c.c.), si può rapportare al criterio dell'affidamento, nel senso che ciascuna parte deve quel che l'altra è in concreto giustificata ad attendersi (P. RESCIGNO, *Introduzione* a *Obbligazioni e contratti* -a cura di P. Rescigno-, vol. IX, Torino, 1999, pp. VII-VIII; conformemente, *ivi*, C. A. CANNATA, *L'oggetto dell'obbligazione*, p. 43 s.).

[67] LEDDA, *Il problema…* (cfr. ns. par. 3.3.). M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, p. 18 s., pone in luce che: mentre i momenti caratteristici del concetto di attività si riscontrano tanto nella privatistica che nell'amministrativa; sono invece distinti i principi che ne disciplinano le

relazioni, e secondo i quali gli stessi interagiscono. In particolare, nell'attività amministrativa, la rigidità del rapporto tra elementi, strumentale e teleologico, è sancita dal principio di (tipicità, espressione di quello di) legalità-garanzia, per cui ciascuno dei fini perseguibili, che sono esclusivamente quelli previsti dalla legge come concretizzazione e specificazione dell'interesse pubblico generale, trova la propria realizzazione solo mediante lo strumento prefissato dall'ordinamento. D'altro canto, quella stessa rigidità, quanto al rapporto tra elementi, soggettivo e finalistico, è imposta dal principio di legalità-indirizzo, per cui i fini assegnati a ciascun soggetto pubblico esistono e non cambiano, indipendentemente dagli strumenti adottati per la loro realizzazione: logica conseguenza della considerazione secondo la quale il fine pre-esiste al mezzo.

Peraltro, quel discorso, così lineare quando gli elementi delle attività, privatistica e pubblicistica, non si combinano, vacilla ogniqualvolta ci si soffermi sul ricorso a strumenti privatistici da parte di soggetti pubblici: in particolare, ponendosi il problema se il principio di tipicità possa dirsi operante anche quando i fini vengano perseguiti mediante strumenti del "diritto comune" che, pure, non sono né tipici né nominati. L'a., a tal punto, fa leva sul principio di legalità-indirizzo per definire "funzionalizzata" (*id est*, vincolata nel fine) l'attività amministrativa: in altri termini, se il fine, prima che allo strumento, pre-esiste alla stessa creazione dell'ente (cui il suo perseguimento verrà assegnato per compito), è ininfluente la natura dell'atto nei riguardi dell'operatività del rapporto funzionale. Al punto da condizionare la validità dello strumento adottato: sarà viziato sotto il profilo della legittimità (presumibilmente per eccesso di potere) il provvedimento che interrompa siffatta corrispondenza; il destino del contratto che non la rispetti sarà, invece, la nullità assoluta. «Potrebbe forse dirsi che proprio qui sta il *minimum* pubblicistico intangibile, inattaccabile; l'area pubblicistica impermeabile alla contaminazione privatistica.

Il tutto, non con riferimento all'interesse pubblico generale, bensì avuto riguardo ai fini concretamente affidati ad ogni individuato soggetto pubblico» (*ivi*, pp. 44-45, 86 s.).

Il punto è che (anche a voler completare il concetto di "funzionalizzazione" con quello di "vincolo di scopo" allargato: secondo il quale, alle norme giuridiche spetterebbe di disegnare le "maglie larghe" del principio di legalità-indirizzo; al "vincolo", cioè agli atti amministrativi d'indirizzo, la funzione di stringerle), termine di riferimento, sul versante privatistico, è il contratto come sancito dal codice civile, cioè quale struttura che non può tollerare "quell'aprioristica e inevitabile sovraordinazione dell'interesse pubblico a quello del contraente privato" che è propria del provvedimento (*ivi*, pp. 56-57). Per cui, l'atipicità del contratto (art. 1322 c.c.), operando su di un piano (dell'autonomia) distinto rispetto a quello dell'atto amministrativo (della garanzia), di per sé non può porsi in contrasto con la "funzionalizzazione" dell'azione dell'ente pubblico (*ivi*, p. 79 s.): «…la funzionalizzazione costituisce il fondamento dell'atipicità contrattuale amministrativa. Essa assume, insieme con la funzione di indirizzo del principio di legalità, anche quella di garanzia, consentendo all'amministrazione di porre in essere negozi non tipizzati. Il mezzo che rende possibile l'operazione è il giudizio sulla meritevolezza degli interessi che l'articolo 1322 del codice civile richiede per la valutazione della liceità di ogni contratto atipico [ma cfr. le divergenti valutazioni richiamate in ns. par. 2.5.3.].

La legalità-indirizzo, dunque, si esprime attraverso la compatibilità tra l'oggetto del contratto e gli scopi che la legge impone all'ente di perseguire. La funzione di garanzia è invece assicurata dalla verifica della corrispondenza tra la causa del negozio atipico e gli scopi stessi. Verifica che, se dovesse dare esito negativo, renderebbe illecito il negozio perché diretto a perseguire interessi non meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico» (*ivi*, pp. 104-105).

Si è sostenuto, a proposito dell'atipicità dei contratti di diritto pubblico, che, in quanto afferente al rapporto fra elementi, strumentale e teleologico, comporterebbe un ridimensionamento (se non il dissolversi) della tipicità degli atti amministrativi, quale principio generale non scritto dell'ordinamento (*ivi*, pp. 84, 102 s.). Tale teoria (ultimamente rinvenibile in G. SALA, *Potere amministrativo…*, p. 230 s., nonché in S. PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990, p. 108 s.) «rappresenta, con riferimento all'attività *stricto sensu* amministrativa ciò che la teoria del vincolo di scopo …ha rappresentato con riguardo all'attività amministrativa per contratti. Il tentativo è infatti quello di individuare nuovi confini per il principio di legalità, sulla scorta dell'insoddisfazione provata di fronte alla tradizionale concezione che vuole che lo stesso si risolva nel rispetto formale, nel campo dell'attività dell'amministrazione, dei disposti espressi dalla legge» (DUGATO, *Atipicità…*, p. 103). Essa, tuttavia, viene reputata non convincente: «è il suo corollario più importante a destare qualche perplessità. Si sostiene che il concetto di tipicità ed il suo momento di cogenza dovrebbero meglio essere riferiti "al potere più che all'atto: in effetti tipizzato dalla indicazione normativa dei presupposti, dell'oggetto e

Obiezione, quest'ultima, cui non si è mancato di replicare che l'amministrazione «negozia in base al potere che ha (da prima) e la quantità di quel potere non può che ricalcare la misura preventivamente determinata, in via generale e astratta, dalla legge, perché solo la legge (e non altro) *costituisce* (e non semplicemente limita) il

---

degli effetti è il potere prima dell'atto che ne concreta l'esercizio, a sua volta tipico se il contenuto e il procedimento formativo sono compatibili con lo spettro prefigurato dalle disposizioni che tipicizzano il potere".

L'affermazione corre però il rischio di fondarsi su una contraddizione logica. Infatti, da un lato si sostiene che il concetto di tipicità deve essere riferito al potere piuttosto che all'atto che ne consegue; dall'altro però, si ammette espressamente che mentre il potere è di per sé legato al principio di tipicità, solamente eventuale sarebbe la cogenza di quest'ultimo nei confronti dei provvedimenti. Il che pare dubbio. Non convince il fatto che l'elemento derivato possa essere sottratto ad un vincolo che invece necessariamente caratterizza l'elemento presupposto. Non solo: così operando, si arriverebbe ad una sostanziale identificazione (o quanto meno ad un'estesa sovrapposizione) dei principi di legalità e tipicità. Ciò, quando si è qui sostenuto che il secondo rappresenta soltanto una delle manifestazioni del primo (legalità-garanzia), per di più caratteristica …della sola attività amministrativa provvedimentale.

In ultimo, riferire il principio di tipicità al potere in cui il provvedimento trova la propria legittimazione significa necessariamente trasferirlo al provvedimento stesso. Anzi, essendo quest'ultimo la naturale espressione del primo, è proprio su esso che la tipicità opera, al fine di valutarne lo stretto rispetto dell'ambito del potere. È così che la tipicità diventa uno degli indicatori caratteristici della legittimità del provvedimento sotto il profilo dell'esercizio del potere, come il cammino giurisprudenziale dell'ultimo secolo ha mostrato» (DUGATO, *op. ult. cit.*, pp. 103-104).

Conclude il Dugato: posto che il diritto amministrativo è il terreno della discrezionalità (sconosciuta, invece, al diritto privato), come tale incompatibile con l'atipicità (riferita al rapporto tra strumento e fine); posto che il principio di legalità, nella sua funzione di garanzia, segna il confine tra attività contrattuale e provvedimentale; ogniqualvolta, come nella categoria dei contratti di diritto pubblico, l'elemento strumentale si contraddistingua per l'idoneità ad incidere autoritativamente nella sfera giuridica di altri soggetti, devono rivivere le esigenze di garanzia che, con riferimento all'attività provvedimentale canonica, sono soddisfatte dal principio di tipicità (*ivi*, pp. 117-118). Da qui, la riformulazione del vincolo di legittimità quale vincolo di risultato, attraverso una rilettura della legalità alla luce del buon andamento; da qui un graduale arretramento degli strumenti d'imposizione a favore di quelli partecipativi e di negoziazione del contenuto del provvedimento (*ivi*, p. 141 s.).

Da qui, però, la necessità di negare la natura privatistica agli accordi di cui all'art. 11, L. n. 241/1990, giustificata: sia con una aprioristica graduazione, *id est* una strutturale disparità "di diritto" degli interessi dei contraenti; sia con l'assenza della patrimonialità della prestazione dedotta in obbligazione; entrambi gli elementi irriducibili al modello civilistico (DUGATO, *op. ult. cit.*, p. 187 s.). Da qui: la riconduzione del recesso dell'ente pubblico alle "conseguenze tipiche della categoria della revoca amministrativa" (DUGATO, *op. ult. cit.*, p. 172 s.); l'afferenza, direttamente all'accordo, del controllo (di legittimità); pertanto, la qualificazione di quei modelli consensuali, a mò di provvedimenti a forma libera, come tali sottoposti al principio di tipicità (DUGATO, *op. ult. cit.*, p. 181 s.), dato che la loro atipicità si limita al contenuto senza estendersi all'aspetto eziologico «che resterebbe quello tipico del provvedimento sostituito (o del provvedimento con cui si conclude il procedimento). In tal modo, se in effetti attraverso gli accordi un qualche elemento di atipicità è penetrato nell'attività *stricto sensu* amministrativa, è però vero che da ciò non si può affermare che l'atipicità in senso generale ha invaso il campo dell'azione provvedimentale, dal momento che il momento causale è rimasto, anche con riferimento agli accordi, del tutto soggetto al canone della tipicità. In quest'ultimo senso, invertendo la prospettiva, si potrebbe dire che attraverso il provvedimento la tipicità (appunto quella del momento eziologico) si è trasfusa negli accordi.

Né la parziale atipicità degli accordi potrebbe condurre a ritenere errata la qualificazione degli stessi in chiave amministrativa anziché negoziale, dal momento …che "non è, invece, un requisito necessario degli atti discrezionali autoritari, poiché la funzione di garanzia si esprime attraverso la tipicità solamente nel caso di esercizio di poteri d'imperio e d'imposizione unilaterale» (DUGATO, *op. ult. cit.*, p. 194).

Per un approccio al problema della tipicità, limitato al solo provvedimento autoritativo, non identificabile con quello (più ampio) della garanzia e risolto, nel caso degli accordi, mediante il "consenso della parte" ed i principi generali (*in primis*, costituzionali) sull'attività amministrativa, MAVIGLIA, *Accordi…*, p. 86 s. (segn., pp. 92 e 110).

potere»[68].

A questa stregua: se pare ormai recessiva la tesi che appunta, sul potere, l'indagine circa l'oggetto del 'contratto di diritto pubblico'; si tratta di sviluppare il tema del rapporto fra modulo convenzionale ed interesse pubblico. Salvo osservare che, all'uopo, il discorso sul potere pubblico, 'cacciato dalla porta', finisce col 'rientrare dalla finestra', passando per un propedeutico aggiornamento sulla sua legittimazione: non solo onde spiegare una persistente precomprensione; piuttosto, per verificare le implicazioni (in prospettiva specialistica) di quella concezione evolutiva sul secondo termine di riferimento (l'interesse pubblico, per l'appunto).

Seguendo tale ordine espositivo, può cominciare col dirsi che non torna utile di avvalersi in genere di una nozione di potere 'in senso statico' (comunque riconducibile a quella di condizione del soggetto che non ha il dovere di omettere l'atto, di compiere quello contrario), tenuto conto che: pur avuto riguardo alla sua matrice sociale[69]; 'in positivo', non va oltre un rilievo giuridico 'di senso', riconducibile alla «*posizione* [o attitudine] *del soggetto (o organo) che è in grado, secondo l'ordinamento, di produrre unilateralmente effetti cui il destinatario dell'atto* [consapevole] *di esercizio del potere medesimo non può sottrarsi*»[70].

Quanto osservato non significa necessariamente che l'idea di potere sia inconferente sul piano giuridico. Non è tale in termini assoluti, benché resti ancora controverso se vi possa trovar utile compendio una fenomenologia tanto estesa ed eterogenea da ravvisarvi persino il tratto saliente (quando non consustanziale) della 'grande dicotomia' pubblico/privato[71]; tanto più che, persino sotto il primo versante, complice il diffondersi di forme contrattualizzate, si registra certa tendenza a convertirlo parzialmente (da autoritativo) in 'servizio' (*rectius*, 'funzione'), quale attività svolta nell'interesse altrui (del cittadino). Ma quell'inconferenza non è ravvisabile neppure in relazione al discorso dogmatico che occupa il presente scritto.

Anzi, proprio in corrispondenza di quest'ultimo versante, pare proficuo di concentrare la speculazione: sulle relative 'dinamiche di legittimazione' (potere quale fenomeno - se non 'pura energia' - reggente in genere i processi di trasformazione dell'ordinamento[72]); pur senza spingersi sulle accezioni (esposte all'obiezione di

---

[68] MARZUOLI, *Le privatizzazioni*…, p. 407.

[69] Nella duplice accezione per cui: «1) non v'è società (collettività stabile e organizzata) senza potere, come non vi è potere senza società; 2) una società può venir (ed è) descritta come un sistema articolato di poteri, provenienti tanto dall'alto quanto dal basso» (così S. COTTA, *Potere e Autorità*, in *Il problema del potere* – atti del seminario di studi dell'Unione giuristi cattolici italiani, raccolti in Quaderni di *Iustitia* –, Milano, 1986, p. 9 s.).

[70] E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983, p. 247. Cfr. pure A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, Roma, p. 2.

[71] A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 559 s.

[72] A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 966, segn. p. 980; ID., *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali Messina*, 1981, p. 406; ID., *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. soc.*, 1991, p. 51 s.

risolversi in tecnicismi) di 'situazione soggettiva' come di 'diritto di azione'[73].

Ciò, in vista: di un riscontro (sul piano dell'idoneità funzionale) da parte dei destinatari; come (in definitiva) della calibratura del sindacato. Temi, questi ultimi, sui quali ultimamente il dibattito si è riacceso, ma: con esiti discutibili; in particolare, senza riuscire a superare le consuete formule evocative (effettività e/o pienezza della tutela) del termine (oggetto) cui il precetto giudiziale si riferisce, in modo da verificare i margini attuali di un riesercizio del potere pubblico[74].

Procedendo per gradi, valga di osservare preliminarmente che le modalità di legittimazione del potere possono così distinguersi (in linea di massima): «*... la legittimazione a base "soggettiva" sostiene in realtà, più che ogni singola decisione assunta, il complesso delle decisioni che il "legittimo" titolare del potere abbia occasione di emettere durante tutto il suo mandato.*

Le formule di legittimazione oggettiva non possono che attenere invece, in senso stretto, a

---

N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo? Rileggendo Franco Ledda*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 1 s., segn. pp. 43-45. Per una concezione del potere come "energia" in senso dinamico, G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 266 s.

[73] Nell'ambito della 'dogmatica' moderna è merito di A. THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, 1878, p. 325 l'aver distinto il potere di disporre dal diritto soggettivo (la forza che scaglia il sasso dal sasso medesimo, secondo la sua suggestiva metafora) fino a quel momento confusi nel concetto, generico ed unitario, di "signoria della volontà" (cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2 ed., I, Frankfurt am Main, 1906, p. 856, il quale muove nella direzione di un assorbimento del potere giuridico nel diritto; all'opposto di L. DUGUIT, *L'Etat et le droit objective*, Paris, 1901).

Configurano il potere come situazione giuridica, soggettiva: A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, p. 122 s.; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 165 s.; F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, pp. 92 s., 96, 104.

Per una netta differenziazione del potere rispetto alle situazioni soggettive, giuridiche ed al diritto soggettivo in particolare: G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, p. 241, segn. pp. 238-239, 241-242-243 (*ivi*, nntt. 7-8), 247, 249, 253; con puntualizzazioni dello stesso G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, p. 101 (già in *Dizionario amministrativo* - a cura di G. Guarino -, I, Milano, 1983, p. 101).

Cfr. pure: A. CERRI, *Potere e potestà*…, pp. 3 e 6, con ampia rassegna di pronunzie della Consulta; L. FERRARA, *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 465, ora anche in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, 2014, p. 105 s., segn. pp. 109-110; E. GARBAGNATI, *Diritto soggettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1942, p. 226; E. CANNADA BARTOLI, Vanum disputare de potestate*: riflessioni sulle origini del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, 1988, p. 189; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere (la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale)*, Padova, 1989; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992. Sul concetto di potere amministrativo, più recentemente sono tornati: G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, p. 115 s.; A. LENER, *Potere* (in generale). *b) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 610 s., pp. 640-641. Sull'eterogeneità delle tesi in punto d'interesse legittimo, quali orbitanti attorno alla nozione di potere, A. FIORITTO, *Gli interessi legittimi come fonte dell'ingiustizia amministrativa*, in Catelani-Fioritto-Massera, *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Napoli, 2011, p. 35 s., segn. pp. 39-40.

[74] Cfr. nell'ordine: M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel processo amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio del processo amministrativo)*, Torino, 2020; M. TRIMARCHI, *A proposito di Potere e situazioni soggettive nel processo amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio del processo amministrativo) di Andrea Carbone*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 831 s.; A. CARBONE, *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, pp. 244 s., 276 e 280.

ciascuna singolarmente delle decisioni adottate dal titolare di un potere che, per quanto dotato di una incontestabile investitura, non è in grado di ottenere efficacemente, su questa sola base, adesione e consenso»[75].

Per quel che maggiormente rileva ai fini della presente trattazione, valga di sostare su di un susseguente ordine d'implicazioni della vicenda di oggettivazione del potere: di particolare rilievo sul versante pubblicistico ed attinente al porsi (accanto ad una questione di 'effettività' - capacità di fare -) di un problema di 'efficienza' (quanto a possibilità di ottenere)[76]. In quest'ottica, l'aggiornamento su di una nozione utile di potere (attribuito ad un organismo) pubblico è così sintetizzabile: «*quel che appare definitivamente consumata … è l'originaria capacità del potere pubblico di ottenere legittimazione, attraverso il richiamo alla corretta investitura del titolare, per una serie indefinita di decisioni – potenzialmente: per tutte quelle adottate entro i confini della propria "competenza" dal legittimo detentore –. Che è poi … la saliente caratteristica – operativa, quindi definitoria – del potere legittimato soggettivamente.*

In questo senso, l'identificazione tra potere pubblico e potere legittimato obiettivamente risulta … già oggi plausibile»[77]. Così, in quanto (per ciò solo) funzionalizzato *id est*, "doverosamente" diretto allo scopo di cura dell'interesse pubblico, del potere pubblico s'impone una "rivisitazione" (al pari della "buona amministrazione") sul piano (piuttosto che della doverosità) del vincolo modale di esercizio, quale (precario) *plafond* legittimativo[78].

Quanto esposto, pur assolvendo al compito di superamento di certa nozione di potere, almeno come metafora da impiegare nel misurarsi (anche) col problema della contrattualità amministrativa, non è certo sufficiente al fine di fondare la *pars construens* del relativo discorso. Peraltro, all'uopo: se il progressivo prevalere di modalità dell'azione amministrativa su base oggettiva ha finito col rispondere ad istanze di 'garanzia invertita' (in favore del cittadino); ben s'intuisce come mai la centralità del problema si sia spostata (ed allargata) sul tema della legittimazione (*an* prima che *quomodo*) dell'interesse pubblico corrispondentemente al punto di vista dell'amministrato cui ci si può momentaneamente riferire in termini di 'legittimo interesse' (in senso lato) per rifarsi ad una locuzione di marca prettamente 'comunitaria-unionista' che scongiura il rischio di condizionamenti derivanti dal *proprium* dell'esperienza italiana.

Sempre seguendo il prospettato ordine espositivo, nonostante l'interesse pubblico rappresenti ormai il 'problema essenziale del diritto amministrativo'[79]; per lungo

[75] ROMANO TASSONE, *A proposito del potere...*, p. 568.
[76] COTTA, *Potere e Autorità...*, p. 11.
[77] ROMANO TASSONE, *A proposito del potere...*, pp. 572-573.
[78] A partire da E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 293 s., segn. pp. 300, 302, 306.
[79] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, p. 91.

tempo non ha conosciuto che uno scarso approfondimento, reputandosi appagante un'accezione teoricamente 'negletta' che non manca di esercitare ancora certo condizionamento nella considerazione da riservare agli accordi aventi ad oggetto il potere autoritativo. Infatti, dal momento che al metodo mutuato dal diritto privato (secondo una matrice culturale pandettistica) ci si sia rifatti onde stabilire o fondare «*il sistema di quei principi giuridici che regolano l'attività dello Stato pel raggiungimento dei suoi fini*»: tale tecnica presenta l'indubbio pregio di conferire giuridicità all'amministrazione; al contempo, però, determina un effetto fortemente penalizzante sul prosieguo dell'elaborazione. Ciò, giacché, nel modello civilistico, gli interessi dei privati (*rectius*, il loro perseguimento) venivano intesi come giuridicamente irrilevanti (*utilitas facti*), in contrapposizione ai diritti soggettivi[80]; di guisa che, traslando quel discorso, «*la dimensione teleologica dell'attività amministrativa, il perseguimento degli interessi pubblici, assumeva rilevanza come "ius imperii", cioè, ancora, speciale prerogativa o "facultas" dell'amministrazione, giustificata per la cura d'interessi pubblici, ma questi, almeno all'inizio, non entravano tra le componenti del sistema giuridico. In un secondo tempo, il perseguimento degl'interessi pubblici assunse rilevanza in sede di teoria dell'atto amministrativo; ma anche questa sistemazione corrispondeva al modello civilistico della causa del negozio giuridico privato concernente sistemazione di beni*»[81].
Pertanto, l'interesse pubblico bastava a dar causa all'atto; mentre, 'il più o il meno' del primo veniva fatto rientrare fra le questioni di opportunità, non di legittimità[82].
Se non che, tale concezione diviene recessiva dal momento in cui avanza una legalità amministrativa sostanziale, consona ad uno Stato sociale, interventista.
Innanzitutto, il moltiplicarsi delle occasioni di contatto fra la sfera d'interessi del singolo ed i 'pubblici poteri', riscontrabile nel contesto di esperienza recato dalla 'modernità', implica una adeguata 'complessità incrementale' dell'ordinamento (specie in termini di 'apertura al futuro') e, con essa, un pari sostegno concettuale e di sistema. Quest'ultimo, pur senza misconoscere il 'valore' di cui si fa portatrice (di volta in volta) la Legge, assume ormai il problema come fondamentale criterio euristico: principio di organizzazione (funzionale) di un dato 'positivo' (per quanto testé accennato in termini di 'apertura') sempre più improntato allo schema 'consequenzialista' (come alternativo a quello 'ipotetico-casuistico'), giacché assolve a compiti di regolazione d'interessi dalla progressiva definizione 'sul campo' (a misura di altri) ed è sensibile agli effetti concreti. Ciò, evidentemente, anche sul versante

[80] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 1 s., segn. p. 2.
[81] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo)…, p. 2.
[82] F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (rist.), par. 290; U. FORTI, *I "motivi" e la "causa" negli atti amministrativi*, in *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, I, p. 490. E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo)…, pp. 2-3.

ISSN 2036-7821

della tutela eppertanto, processuale[83].

Corrispondentemente (secondo quanto anticipato) si ampliano gli spazi di un potere autoritativo (discrezionale) di matrice procedimentale: per cui, alla centralità dell'interesse pubblico 'primario' si sostituisce quella dell'interesse pubblico 'concreto', come risultante dal contemperamento delle istanze dei diversi soggetti (istituzionali e privati) coinvolti.

Su tale falsariga, va osservato che ormai ci si è addentrati in una fase storica in corrispondenza della quale, ad una società tecnicizzata ed in rapida trasformazione, hanno corrisposto: sia una relativizzazione del problema 'strutturale' di disciplina posto dall'indeterminabilità del futuro; sia un tendenziale avvicendarsi al *fondazionalismo* del *proceduralismo*[84]; da quest'ultimo risultando traibile persino una parte dei valori etici e politico-costituzionali, dominanti[85].

In quest'ottica, si potrebbe convenire su di un progressivo emanciparsi dall'approccio 'volontaristico' (fondato sulla *voluntas legis*).

Beninteso, si è consapevoli che: il dato 'positivo' vada costantemente inteso quale principale 'formante' di riferimento; altrimenti, restandosi esposti alla censura d''inversione di metodo' (come anticipato, d'introduzione surrettizia di principi di 'giudizi determinativi' avvalendosi di concetti).

Nondimeno, ben si dovrebbe cogliere (giurisprudenza 'alla mano') la centralità che assumono, sul piano della qualificazione, le differenti 'sedi' (applicative) presso le quali viene traslato (risolvendovi il contesto globale di esperienza giuridica[86]) l'intreccio dell'ordinamento giuridico (alla stregua di un complesso di regole) con la trama delle relazioni fra i portatori degli interessi ed i beni o le situazioni (accessibili). Ciò, corrispondentemente a quanto risulta avvalorato dai più avanzati studi di ermeneutica giuridica in termini di rapporto (non lineare, sul presupposto di un significato oggettivo, pre-esistente cui l'interprete avrebbe accesso, bensì) circolare fra diritto e fatto, quale imprescindibile argine al dilagare delle precomprensioni[87].

---

[83] P. COTZA, *"Viatico" di metodo per un diritto amministrativo della modernità. Ridislocazione del punto di vista dottrinale sul versante della tecnica (dalla fattispecie estensionale alla discrezionalità pura, passando attraverso il "tipo normativo di problema")*, Cagliari, Edizioni Giuridiche, 2023.

[84] L. LOMBARDI VALLAURI, *Introduzione filosofica generale*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Procedura, procedimento, processo*, atti del convegno tenutosi ad Urbino, nei giorni 14 e 15 giugno 2007, Milano, Cedam, 2010, p. 3 s.

[85] A. GIULIANI, *Ordine isonomico e ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo*, in *Soc. dir.*, 1986, p. 81 s.

[86] Ci si riferisce *in primis* a quella processuale, nella quale si rinvengono sia il diritto che il fatto concreto: dinamicamente (e così) indissociabili, «*perché l'accertamento del fatto è già diritto, o se si vuole il fatto è intrinsecamente giuridico*» (S. SATTA, *Giurisdizione* – II. *Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 218-219). Ma altrettanto può concludersi con riguardo alla sede *procedimentale*, "al netto" della circostanza per cui l'operazione logico-decisionale non si traduce in un *giudizio* (necessariamente nella composizione di una controversia – *op. ult. cit.*, p. 223 –).

[87] MIGLIORINI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 290. Peraltro, si è progressivamente infoltita la schiera di quanti propendono a favore di uno schema non lineare (sul presupposto di un significato oggettivo, preesistente cui l'interprete avrebbe accesso: M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit. - di cui dà conto F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel*

ISSN 2036-7821

Gli è allora che resta comune il fondamento della comprensione nel processo applicativo: esso si traduce in quel 'nesso dialettico' (moto circolare) che dal 'diritto' (*quaestio juris*) conduce al 'fatto' (*quaestio facti*) per tornare al primo. In altri termini, ogni giudizio (quale esso sia) è prospettabile non come un *quid* a sé stante, bensì come il risultato di un'attività (non solo sotto un aspetto statico, ma anche in una visuale dinamica): considerando la comprensione come un momento 'essenziale ed ineliminabile' nella complessa operazione di applicazione della legge ad un caso concreto[88]. Solo aderendo allo schema logico-circolare di comprensione-applicazione, si è in grado di apprezzare che il giudizio logicamente non anticipa la determinazione volitiva, ma con essa s'identifica, progressivamente definendosi. Altrimenti, nell'ottica della teoria logicistica della decisione (che la equipara ad un sillogismo pratico[89]), la duplicazione delle fasi (posizione della regola del caso

pensiero di Giannini e nella dottrina successiva, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2000, p. 1045 ss., segn. pp. 1046 e 1053 ss. -; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* -dir. da Cicu-Messineo-, Milano, Giuffrè, 1980), bensì circolare (E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503 ss., segn. p. 505) per via di un "dialogo coerente", nella consapevolezza del reciproco condizionamento (anche in termini di "precomprensione" del giurista") fra la disposizione normativa ed il contesto in cui trova applicazione, dal quale non può artificiosamente dissociarsi (GALETTA, *Violazione*, cit., p. 95). All'uopo, per i relativi riferimenti, P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007, Jovene, par. 1.6. Sulla difficoltà ad operare una separazione fra valutazioni dell'interesse pubblico e completamento od integrazione della norma da applicare: M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge 205/2000 (le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza)*, in *Dir. proc. amm.* 2003, p. 55 ss., segn. p. 106 ss.; nonché P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi*, cit., p. 293 ss.). Sul piano epistemologico può rinviarsi, rispettivamente, a: M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. Torino, 1969; nonché F. SCHLEIERMACHER, *Etica ed ermeneutica*, tr. it. Napoli, 1985 e H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, 1988 - sul cui pensiero si sofferma G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza -i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer-*, Milano, 1984 -. Occorre prendere atto che la conoscenza, intesa come evento, quale ne sia la forma (spiegazione causale per le scienze naturali, comprensione -a seguito d'interpretazione- per le scienze dell'uomo), è preceduta e determinata costantemente dalle "progettazioni di senso" discendenti, se non dalla "soggettività", dalla partecipazione dell'individuo ad un "senso comune" fatto di giudizi e concetti che, rappresentandone il suo "habitat sociale", profondamente lo influenzano. La sua produttività ermeneutica è tanto meglio garantita quanto più l'interprete è riuscito a spezzare "il cerchio delle proprie private presupposizioni". Sulla precomprensione cfr. pure: L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, pp. 3 e 19; GADAMER, *Verità…*, pp. 265 e 307.

[88] Cfr.: L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 10-12, 19-20; GADAMER, *Verità*, cit., pp. 350 ss., 360 ss.; T. ASCARELLI è stato il precursore di quella tesi che presuppone la distinzione fra testo e norma (*Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, nonché -con aggiunte- in *Problemi giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1959, p. 140 ss.); G. ZACCARIA, *Indirizzi della filosofia e della teoria giuridica contemporanea: una mappa*, in *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990, pp. 19 e 164; J. ESSER in *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt a.M., 1972 (tr. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, a cura di Patti-Zaccaria, Napoli, Esi, 1983); F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., 201 ss. Ciò comincia a far breccia anche nello specifico dato di esperienza laddove, in tema di verifica della difformità (o meno) dall'ordinamento dell'atto sottoposto a riesame, va segnalata la raccomandazione secondo cui la condizione di conformità deve potersi apprezzare nel senso (circolare) che «le situazioni di fatto da considerare si configurino in modo tale da consentire di ricondurle entro i confini di una corretta applicazione delle norme giuridiche di cui si doveva applicazione» (Cons. St., IV, 10 giugno 2004, n. 3719, in *Foro amm. -C.d.S.-*, 2004, p. 1675).

[89] E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Nov.mo Dig. it.*, V, Torino, Utet, 1960, p. 268.

ISSN 2036-7821

concreto e determinazione della susseguente decisione) si rivela non solo una inutile complicazione[90], ma (quel che è peggio) un'aberrazione del processo.

In tale contesto, vien fatto di sviluppare un discorso sulle espressioni 'teoricamente possibili' della legalità: se esse siano compendiabili secondo l'alternativa 'esecutiva'/'teleologica', come deporrebbe anche il dato 'positivo' laddove sancisce (all'art. 1, L. n. 241/1990) il risolversi della legalità nel perseguimento dei 'fini determinati dalla legge'[91]; se (altrimenti), il 'problema politico' non sia risolvibile esclusivamente nella sede legislativa (sì da tradursi in 'problema amministrativo'[92]). Così: assumendo centralità lo scopo d'interesse pubblico 'non di parte' (in quanto espressione di un punto di vista che non è quello dell''apparato' – astrattamente dell'atto-attività, del potere –)[93]; altresì, potendo assumere rilevanza, nel concreto, interessi ulteriori. Non per caso, tale evenienza non si configura fintantoché restano insuperate le tradizionali precomprensioni (non solo teoretiche, con riferimento allo schema normativo di riferimento, ma altresì) epistemologiche, quanto alla trascuratezza del giurista verso l'interesse pubblico, per via di certa propensione a "trattarne" separatamente rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso[94]. Ciò, a sua volta, si spiega con due ordini di ragioni.

Innanzitutto, per via della teorica in forza della quale nel processo amministrativo (giuridicamente) si farebbe questione del solo interesse pubblico 'di parte' o dell'interesse legittimo come coincidente col primo (da cui "riceve[rebbe] la vita"), così riducendo il secondo al rango di mera prerogativa di reazione nei confronti del provvedimento illegittimo (tale da "sdoganare" la proposizione del ricorso giurisdizionale da parte dell'interessato[95]). Risponde al vero che tale tesi ha raccolto un seguito minoritario[96]; pur trattandosi della più raffinata fra quelle originatesi dalla medesima costola, per cui l'unica situazione giuridica, soggettiva, sostanziale, logicamente ammissibile, sarebbe il diritto soggettivo[97]. Ma ciò si spiega in ragione

[90] B. CROCE, *Filosofia della pratica: economica ed etica*, Bari, Laterza, 1923, segn. pp. 27-28; ma cfr. pure, ID., *La storia come pensiero e come azione*, Bari, Laterza, 1965). Per la rilevanza del pensiero crociano sui problemi di storia e scienza del diritto, G. CASSANDRO, *Storia e diritto -un'indagine metodologica-*, in *Riv. st. dir. it.*, 1966, p. 5 ss. Cfr. pure: P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, ora in *Studi sul processo civile*, V, Padova, Cedam, 1947, p. 41; LUIGI (GINO) GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1941; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 41.

[91] A. CIOFFI, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 127-128.

[92] A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 551 s., 554-555.

[93] SANTI ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950, I, pp. 90 s., 96.

[94] Onde spiegare lo scarso approfondimento riservato alla nozione di "interesse pubblico": E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 1 s.

[95] E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi della giustizia amministrativa* (prolusione al corso di diritto amministrativo pronunciata il 14 dicembre 1936), in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, p. 51 s. (ora in ID., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 10).

[96] A. GLEIJESES, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, 1962, pp. 27-29, segn. p. 32 s., parla dell'interesse legittimo come (di una situazione soggettiva) coincidente con quello pubblico.

[97] F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d. (1910), p. 3.

delle obiezioni tradizionali che si appuntano: su di una concezione rigidamente compartimentale ("a tenuta stagna") quanto alla distinzione tra 'norme di relazione' e 'norme di azione', e quindi tra illiceità ed illegittimità; sull'asserto secondo cui il processo amministrativo tutela soltanto l'interesse pubblico individualizzato nell'amministrazione[98]. In particolare, da decenni (ormai) la dottrina ha posto l'accento sulla giuridica implausibilità sia della tesi secondo la quale le norme 'di azione' sarebbero poste a tutela del solo interesse pubblico, sia di quella per cui l'interesse sostanziale dell'individuo possa ridursi a mero fatto di legittimazione[99].
Il secondo ordine di spiegazioni di una trattazione separata dell'interesse pubblico rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso, può così articolarsi: per via della connotazione "anfibologica" di un raffronto (l'interesse legittimo designando una situazione giuridica, quello pubblico un interesse sostanziale giuridicamente rilevante come fine[100]); altrimenti, identificando l'interesse legittimo con un sotteso interesse sostanziale, privato, in ragione dell'inammissibilità di una "correlazione" con un interesse (quello pubblico) individuato normativamente, dato che «*laddove arriva la legge la definizione del rapporto fra gli interessi è per intero assorbita al suo livello senza spazi residui*» (subordinazione dell'uno o dell'altro) eppertanto, sarebbe da escludere una situazione giuridica strutturalmente distinta dal diritto soggettivo[101]. Gli è tuttavia che quest'ultima tesi neutralizza la (possibilità di) correlazione (al pari dell'idea d'interesse pubblico in concreto) con meri espedienti verbali (es., 'vincolo di scopo', inteso come volto a perseguire non un interesse pubblico, ma interessi obiettivati e già formalizzati in una regola - legge o atto amministrativo -, a prescindere dai singoli e concreti aspetti che costituiscono i motivi della manifestazione di volontà dell'amministrazione[102]); sì da concludere risolutamente nel senso dell'"irrilevanza della nozione di interesse pubblico nella qualificazione delle situazioni soggettive"[103]. Così facendo, però, il medesimo costrutto pare prestar il fianco a due ordini di obiezioni.

---

[98] S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, pp. 251-255. Quanto alla dubbia accettabilità della distinzione fra norme di azione e di relazione sul piano della teoria generale: M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 229 s., segn. p. 282.

[99] A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, I, pp. 6-7 s.

[100] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, pp. 76, 80-81.

[101] A. ORSI BATTAGLINI e C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 487 s., segn. pp. 496-497.
Cfr. pure: R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3201 s., segn. p. 3212; M. PROTO, *La responsabilità dell'amministrazione per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, nota a Corte cost., ord. 8 maggio 1998 n. 165, in *Resp. civ.*, 1998, p. 966 s.

[102] Così, sia pur nei confronti di atti di diritto privato, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, pp. 160-164. Cfr. pure P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007, par. 3.9.3.

[103] Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *"L'astratta e infeconda idea". Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico* (AA.VV.), Bologna, 1990, p. 11 s., segn. p. 73.

ISSN 2036-7821

Innanzitutto, se l'art. 97 Cost. fonda, ad un tempo, la compiuta risoluzione dell'interesse pubblico nell'ordinamento e, mediante la nozione di legittimità 'allargata', il contenuto dell'interesse legittimo ("che non è possibile definire che in relazione all'interesse pubblico siffattamente risolto"): non solo vi si coglie l'essenzialità della prospettiva di giustizia per la comprensione del diritto amministrativo[104]; ma ne risulta 'sconfessata' qualunque interpretazione ritualistica della legalità, sì da farne emergere gli aspetti sostanziali[105]. In definitiva, si tratta di condurre l'interesse legittimo dalla condizione di 'testa di ponte' della legittimità in certa area del merito (eccesso di potere) a strumento di massimizzazione della legalità stessa in chiave di tutela (intervenendo principalmente su entrambe le leve – processuale e procedimentale –).

In secondo luogo, quella tesi 'tradisce' una concezione di regola giuridica invariabilmente attestata secondo lo schema (imperativo – al più nella sua versione finalistica – *id est*) ipotetico-casuistico[106]. La risposta al dilemma concettuale di partenza sembra allora doversi ricercare altrove: prendendo spunto dall'irriducibilità, allo schema testé indicato, delle disposizioni di matrice 'consequenzialista'; sì da dover ricorrere ad una nozione epistemologicamente 'matura' d'interesse pubblico: non come appartenente (in via esclusiva) all'amministrazione, bensì visto nella dinamica della sua determinazione e quindi nella confluenza dei vari interessi che in tale dinamica sono coinvolti, compresi quelli degli amministrati; quale quella suffragata dalle accennate logiche dei meccanismi decisionali (interpretativo-applicativi) e del "circolo ermeneutico"[107].

Detto altrimenti, come conferma il dato globale di esperienza, non esiste alcun interesse, individuato da qualche disposizione normativa, che, nel contesto dell'agire concreto, non si trovi variamente connesso ad altri (i quali ultimi, a loro volta, anche in mancanza di una previsione normativa, non possono non essere ponderati da chi è tenuto ad operare la scelta)[108]. È, allora intuitivo (e plausibile) che «*fissare il rilievo e l'importanza di un interesse entro o di fronte una costellazione di altri interessi non è opera di ragione, anche se soggettiva: è già optare per un valore piuttosto che per un altro, equivale già alla scelta e cioè in ultima analisi alla volizione*»[109]. Dunque, «*non ha proprio alcun senso pretendere, come talora s'è fatto, che l'interesse pubblico individuato dalla norma come essenziale, costituisca il fine immutabile e predeterminato, un limite o un vincolo, esterno o*

[104] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 18.

[105] Giova di richiamare un passo di E. CANNADA BARTOLI, *Interesse...*, pp. 9 e 19.

[106] L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 274 s., segn. p. 290.

[107] L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Milano, 2017, pp. 122 s., 289. In tal senso, già A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65, segn. p. 77.

[108] M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 97. Cfr. pure A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, II, p. 320, nt. 111.

[109] F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 220 ss., segn. pp. 226-227.

interno che sia, dell'attività discrezionale»[110]. Laddove, la sola considerazione del processo ermeneutico-applicativo, secondo uno schema 'circolare' (trovando favorevole sponda epistemologica nell'apporto del 'razionalismo critico' al problema della 'calcolabilità' delle conseguenze della decisione), può garantire al 'farsi' dell'atto una riconducibilità al dato globale di esperienza, (fra l'altro) con corrispondente massimizzazione delle adesioni da parte degli 'interessati'[111].

Convenendo con quanto esposto, la conclusione cui può provvisoriamente pervenirsi è così articolabile, tenuto conto che: quello pubblico non è (ormai) un interesse "che incorpora o nega gli interessi privati"[112]; in altri termini, il primo si delinea sempre più nitidamente (e legittimamente) via via che si arricchisce l'esercizio dell'interesse legittimo (da parte dei suoi portatori) a cominciare dal piano sostanziale[113]; ed in quest'ottica, trova favorevole sponda quell'autorevole dottrina secondo la quale (a differenza della coppia diritto-obbligo) «*entrambe le situazioni (potere autoritativo e interesse legittimo) vivono nell'ambito di una vicenda dinamica, che mena alla definizione di un (nuovo) assetto di interessi, nel quale si colloca la soddisfazione dell'interesse pubblico e può trovare posto la soddisfazione dell'interesse privato*»[114]. Ebbene: se tale simbiosi si rende possibile (solo) in quanto, sul presupposto della (prolungata) assenza di una compiuta disciplina sostanziale (del tipo di quella - *in primis* codicistica - dedicata ai diritti soggettivi), è anche al processo (alle sue forme ed ai suoi contenuti) che occorre attingere onde ricostruire i caratteri dell'interesse legittimo[115]; se l'ordinamento si contraddistingue in tal senso per il riconoscimento (sia pur in forme e sedi diverse) della 'plurisoggettività dell'interesse legittimo' e di uno strumentario di tutela consono alla varietà del sistema[116]; cade il duplice assunto (ancora ricorrente) di una estrazione esclusivamente 'volontaristica' dell'interesse legittimo, al pari di una trattazione separata dell'interesse pubblico rispetto al primo. Di tal fatta, quanto all'oggetto del giudizio amministrativo: come non giova l'identificazione né con metafore quale quella del potere amministrativo, né con un provvedimento del quale si debba verificare la formale legittimità; tale deve reputarsi piuttosto (l'interesse

[110] A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 65 ss., segn. p. 77.

[111] F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., pp. 227-228. Cfr. pure P. COTZA, *Potere autoritativo*, cit., parr. 1.2.1. e 1.4. (*ivi*, testo corrispondente a nt. 188).

[112] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 122; R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescienza al provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1987, p. 84 ss.

[113] F.G. SCOCA, *Interessi protetti* -dir. amm.-, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, Treccani, 1990, p. 11.

[114] F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 399-400. Sul procedimento quale luogo per eccellenza della dinamica, G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini e D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, Maggioli, 1987, p. 805 ss.

[115] *Ex pluribus* L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., pp. 57, 84-86 e 90. Cfr. pure G. CORREALE, *Struttura del processo amministrativo e situazione fatta valere*, Caserta, Russo, 1978.

[116] G. ABBAMONTE, *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, Giuffrè, 1994, p. 137 ss., segn. pp. 137-138.

ISSN 2036-7821

pubblico concreto come indissociabile dal)l'interesse legittimo (in quanto di quello esprime il punto di vista del cittadino).

4.2. Prime conclusioni specialistiche (proprium funzionale delle convenzioni urbanistiche quali contratti ad oggetto pubblico).

A tal punto, al 'contratto ad oggetto pubblico' può associarsi il *proprium* funzionale, di una logica del consenso che fa ingresso nel rapporto amministrativo, solo se la decisione (discrezionale) debba di necessità coinvolgere anche il singolo: non in termini meramente informativo-istruttori; bensì, instaurando una relazione simbiotica fra le parti, come risposta del sistema ad un problema di formulazione "di massima" dell'interesse pubblico, concreto.

In tale contesto, peraltro, la gestione "negoziale" del momento discrezionale (su proposta del privato) può vedersi riconosciuti spazi d'infungibilità (una volta determinato il fatto e ponderati gli interessi) nel momento in cui il perseguimento dell'interesse pubblico sia stato spinto di là dalla soglia di equilibrio ("minimo mezzo") con la tutela degli interessi qualificati del privato medesimo, per via del consenso di quest'ultimo[117].

Ultimamente tale connotato pare trovar riconoscimento anche nell'esperienza (di più diffusa applicazione dell''archetipo ordinario') delle convenzioni urbanistiche[118]. Salvo osservare che talvolta la giurisprudenza confonde tale fattispecie con quella di mera assunzione (da parte di un operatore) di oneri maggiori rispetto a quelli astrattamente previsti dalla legge (quand'anche si tratti di una scelta imprenditoriale volta al benessere della collettività); trattandosi di manifestazione dell'ordinaria autonomia privata (di per sé non contrastante con norme imperative)[119].

---

[117] Nel senso che altrimenti non è ammissibile che l'amministrazione dia all'accordo (ai sensi dell'art. 11, L. n. 241/1990) un contenuto diverso da quello che avrebbe dato al provvedimento: E. CASETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea* - atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 17-19 settembre 1992-, Milano, 1994, pp. 19 s., segn. 27.

In linea P. COTZA, *Dell'interesse pubblico e di altri "incidenti" nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, p. 275. Cfr. pure: P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007; per una recente trattazione specialistica, M.A. QUAGLIA, *L'urbanistica consensuale*, in *Trattato di diritto del territorio* (a cura di F.G. Scoca, P. Stella Richter e P. Urbani), Torino, 2018, vol. I, pp. 627 s., segn. 646 s. (Convenzioni urbanistiche e *ius variandi*).

[118] Una conferma di una giurisprudenza 'adesiva' rispetto a tale inquadramento funzionale proviene da: Cons. Stato, Sez. IV, 18 novembre 2024, n. 9220 che ravvisa un connotato precipuo delle convenzioni urbanistiche nella circostanza per cui la parte privata può obbligarsi all'adempimento di oneri economici più gravosi rispetto a quelli derivanti dall'esercizio dei poteri autoritativi dell'amministrazione; tale pattuizione, in quanto conforme al principio generale in materia contrattuale ricavabile anche dall'art. 1372, comma 1, c.c. e applicabile ai sensi dell'art. 11, comma 2, L. n. 241 del 1990, vincola la parte all'adempimento delle prestazioni dedotte nell'accordo.

[119] Cons. Stato, Sez. IV, 24 marzo 2023, n. 2996 secondo cui non è affatto escluso dal sistema che un operatore, nella convenzione urbanistica, possa assumere oneri anche maggiori di quelli astrattamente previsti dalla legge, trattandosi di una libera scelta imprenditoriale (o, anche, di una libera scelta volta al benessere della collettività locale), rientrante nella ordinaria autonomia privata, non contrastante di per sé con norme imperative. Cfr. pure

4.3.1. Affermazione di un 'diritto soggettivo pubblico' (attualizzato) in seno ad una più generale revisione della teoria delle situazioni giuridiche soggettive: … non solo in capo al privato (in correlazione con l'interesse legittimo) …

Se non che, così giunti, si è solo 'a metà dell'opera': trattandosi di sciogliere l'ulteriore 'nodo' della natura associabile alla situazione giuridica attiva, di cui è titolare la 'parte' pubblica, quale corrispondente alla cessione delle aree implicata dalle convenzioni urbanistiche.

Tutto ciò però implica il superamento di certa concezione del diritto soggettivo: come necessariamente 'disponibile' se ed in quanto di matrice 'negoziale'; così adombrandone il contesto procedimentale. Il che impone d'innestare quel discorso sul tronco di una più generale 'rivisitazione' della teoria delle situazioni giuridiche soggettive; salvo farne emergere i possibili effetti 'relativizzanti' su entrambi i sensi: stavolta (per quel che maggiormente attiene al presente studio specialistico), con particolare riferimento a quando la situazione attiva sia riferibile

---

T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 7 febbraio 2020, n. 115, in *Foro amm.*, 2020, pp. 271-272 che parimenti adduce a giustificazione l'assenza di una preclusione di sistema. Così anche T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 3 luglio 2019, n. 624, in *Foro amm.*, 2019, pp. 1293-1294: «Nulla osta a che il privato proponente un piano attuativo, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, assuma in sede di convenzione urbanistica obblighi di fare e/o di dare ulteriori ed eccedenti rispetto a quelli discendenti dalla legge. La convenzione urbanistica, infatti, rientra nel novero degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, e vede combinarsi insieme poteri pubblicistici (dell'Amministrazione) con quelli privatistici (di entrambi i contraenti) di autoregolare il proprio assetto di interessi, con l'assunzione di reciproci obblighi e correlati diritti di credito; nell'equilibrio del sinallagma contrattuale cristallizzato nella convenzione urbanistica l'obbligo di rendere prestazioni eccedenti il minimo legale ben può risultare giustificato dai benefici che la convenzione consente comunque al privato di conseguire».

Cfr. pure T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 8 gennaio 2019, n. 34, in *Foro amm.*, 2019, pp. 98-99: «Le convenzioni di urbanizzazione trovano collocazione tra i contratti con oggetto pubblico; con esse l'Amministrazione, dal canto suo, realizza determinate finalità istituzionali, solo strumentalmente alle quali si originano a proprio favore diritti e obbligazioni a contenuto patrimoniale; per altro verso, alle predette finalità asservite, sono precisati gli obblighi che il privato assume, sicché si sostiene che le convenzioni iscritte nella normativa pubblicistica relativa alle opere di urbanizzazione e più in generale nell'alveo della l. n. 241 del 1990, art. 11, si configurano quali accordi endoprocedimentali dal contenuto vincolante, al fine dell'ottenimento delle autorizzazioni urbanistico-edilizie. Tali negozi, pertanto, sono conclusi in condizioni di disparità, laddove gli obblighi per la parte privata configurano atti dovuti, prestazioni patrimoniali aventi natura di obbligazioni *propter rem* e di prestazione patrimoniale imposta, seguendo la titolarità del bene, anziché il soggetto originario contraente. Pertanto, l'obbligo di cessione risulta opponibile anche ai successivi aventi causa anche in considerazione del fatto che spetta al soggetto inadempiente dimostrare con esibizione di atti di compravendita, di aver provveduto alla cessione a terzi di quelle aree e quindi della coerenza tra risultanze catastali e loro regime proprietario».

Sulla falsariga delle pronunzie testé menzionate, già: T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 1° dicembre 2016, n. 541, in *Foro amm.*, 2016, p. 3047 («La convenzione urbanistica rientra nel novero degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento e vede combinarsi insieme poteri pubblicistici (dell'Amministrazione) con quelli privatistici (di entrambi i contraenti), di autoregolare il proprio assetto di interessi, con l'assunzione di reciproci obblighi e correlati diritti di credito. Fermo restando che non esiste nell'ordinamento una norma impeditiva dell'assunzione dell'obbligo a rendere prestazioni eccedenti il minimo legale, vero è che nell'equilibrio del sinallagma contrattuale cristallizzato nella convenzione urbanistica un siffatto obbligo ben può risultare giustificato dai benefici che la convenzione consente comunque al privato di conseguire»); T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 14 gennaio 2016, n. 78, in *Foro amm.*, 2016, pp. 98-99. Ultimamente cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 12 dicembre 2022, n. 2735.

all'amministrazione, rispetto al profilo (più diffusamente esaminato) in corrispondenza del quale la medesima si ponga in capo al privato.

Procedendo con gradualità, muovendo da quest'ultimo versante, gli sviluppi più avanzati di quella teoria 'aprono' a due ordini di operazioni 'critiche', corrispondenti all'emanciparsi da altrettante 'precomprensioni'. *In primis*, ci si riferisce all'idea che, al di fuori della qualificazione come 'diritto soggettivo', non vi sia altro spazio che per l'interesse di fatto (od al più semplice), sul presupposto che alla situazione '(in-)attiva' non possa che corrispondere (oltreché una differenziazione/differenziabilità '*a parte debitoris*') la certezza di attingere al 'bene della vita'[120]; al più risultando registrabili esclusivamente varietà tipologiche di 'carattere esteriore' (es., diritti soggettivi 'a regime amministrativo' – a garanzia delle posizioni vantate dagli altri consociati –[121]). Corrispondentemente, l'accento cade sull'assunto per cui la discrezionalità non potrebbe condividere una natura doverosa; nonché, sull'espediente (risolventesi, per l'appunto, in un giuoco di formule al pari di quanto rilevato a proposito dei 'precedenti' rappresentati dal *diritto alla legittimità-liceità* come da quello all'*osservanza di un 'vincolo di scopo'*) per cui il c.d. interesse legittimo altro non sarebbe che una *pretesa* cui corrisponde un '*obbligo* specifico' (gravante sul titolare del potere) «*ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell'interesse* [sostanziale] *in funzione della sua realizzazione*»[122].

Il passaggio successivo va colto nel superamento di una pregiudiziale differenziazione assoluta del diritto soggettivo rispetto all'interesse legittimo. Senza per questo dover sposare una soluzione 'negazionista', stanti: la dicotomia strategica "delle regole / della funzione" (per l'appunto, quale riflesso dell''orizzonte normativo' di riferimento), come pure l'infondatezza della tesi che vorrebbe escludere la possibilità di differenze a livello strutturale per via di certa omologazione delle tecniche di tutela (sulla scia dell'insegnamento del Guicciardi).

Gli è, infatti, che ad un ormai variegato dato globale di esperienza non può non corrispondere un'articolazione delle situazioni soggettive, giuridiche, sui versanti tanto del diritto soggettivo, quanto dell'interesse legittimo[123]. Solo che quella diversificazione deve essere reimpostata, in chiave unitaria, alla luce del superamento di una concezione 'obiettiva' e 'rigida' delle norme giuridiche, come già di alcune delle relative superfetazioni (es., l''interesse semplice' o 'discrezionalmente protetto') la cui connotazione anacronistica ne risulta più evidente[124].

---

[120] L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione..., Introduzione*, pp. VII s., 105, 132 e 175.

[121] E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001, pp. 8-11 (e relative nntt.), segn. pp. 218-219, 365 e 373.

[122] L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi...*, pp. 95, 101, 102-105, 182, 7, 26, 28, 29, 219 s., 238.

[123] In questi termini SORACE, *Notazioni*, cit., p. 3914. Cfr. pure: A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (dir. amm.), cit., p. 978; nonché, prima dell'entrata in vigore della Legge generale sul procedimento, cfr. pure M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, cit., segn. p. 473.

[124] G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 190.

ISSN 2036-7821

Così sviluppando il discorso sulla centralità che assumono, in una trattazione sulla giurisdizione amministrativa, le situazioni giuridiche soggettive, pare possa tornar di qualche utilità certa rivisitazione di ordine teoretico delle relative questioni: posto che la distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi «*continua a dar filo da torcere alla giurisprudenza, perché i criteri usualmente utilizzati a questo fine non si prestano ad un'applicazione univoca*»[125]. Ci s'avvede infatti: della 'relatività positiva' del diritto soggettivo (anche la 'pubblicistica' avendo concordato – riscontri normativi 'alla mano' – che sotto tale *nomen iuris* ha finito ormai per compendiarsi una gamma d'interessi ampia – sotto diversi profili –[126]); nonché, del reciproco condizionamento con le 'ulteriori' figure (così che ridefinirne una implica la 'ricollocazione' delle altre).
Tuttavia, gli esperimenti condotti tendenzialmente hanno solo contribuito ad assecondare, nei discorsi sull''interesse legittimo' (come situazione soggettiva tendenzialmente 'deminuta') un 'taglio tecnicistico' (anche quando dogmaticamente pregevole): per le relative implicazioni, di assimilabilità disagevole da parte dell''individuo qualunque'[127]. Si è dell'avviso, invece, che il dichiarato 'approccio' d'indagine possa aver miglior fortuna, consentendo d'impostare più proficuamente quello specifico contesto di esperienza giuridica felicemente sintetizzato come 'problema (del rapporto) amministrativo'.

Ritrascrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive …
A tal punto, sgomberato il campo dai fattori di 'precomprensione', trattandosi di offrire una soluzione 'in positivo', alla luce dell'orientamento epistemologico impresso ad un discorso impostato sull''approccio' teoretico (in senso lato), la distinzione fra situazioni giuridiche soggettive può così riformularsi (assecondando una lettura costituzionale) nel senso (del riconoscimento, *rectius*) della riconoscibilità di un pari rango dogmatico (istituto) a ciascuna.
Il diritto soggettivo è qualificazione tendenzialmente riferibile a qualunque rapporto, fra centri d'imputazione d'interessi giuridicamente rilevanti (anche fra privati ed amministrazione pubblica), retto da disposizioni normative improntate ad uno schema ipotetico-casuistico (ancorché nella versione 'finalistica'), del 'rapporto'. Con correlata predeterminazione 'di massima' dell'interesse sostanziale, prevalente, come tale fronteggiante un obbligo[128]; salvo quel margine di riserva connesso alla

[125] Così sempre CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale…*, p. 227 s. il quale assume a termine d'attacco in particolare (e non per caso) la distinzione fra potere discrezionale e potere vincolato.
[126] ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive...*, p. 984 s.; S. CICCARELLO, *Doveri di protezione e valore della persona*, Milano, 1988; P. BARTOT, *La motivazione tra vizio formale e tutela sostanziale in giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 469.
[127] Significativamente L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della p.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, 1984, pp. 262-263 sviluppa analiticamente la propria nozione di base d'interesse legittimo nell'ordinamento generale.
[128] A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* – atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig, svoltosi in Milano, il 19 aprile 2013 –, Napoli, 2014, p. 171 s., segn. p. 193. Che, in coincidenza dei

circostanza in cui concorra una pluralità di disposizioni da conciliare mediante attività interpretativa; e fermo restando che ciò non significa (viceversa), a fronte dell'esercizio di un'attività vincolata, la necessaria presenza di un diritto soggettivo (quanto dipende dal tipo normativo di problema)[129]. In altri termini, il problema giuridico è corrispondentemente impostato secondo una predefinizione 'positiva' dell'interesse dominante: in assoluto o rispetto ad una data 'scala' spazio-temporale di riferimento. A questa stregua, risultano altresì comprese le ipotesi in corrispondenza delle quali (per quel che maggiormente rileva *ratione materiae*) l'ordinamento sia in grado di risolvere 'a monte' il concorso di disposizioni riconducibili a principi antinomici o che si presentino come tali: mediante strategie di gerarchizzazione-confinazione sistemica od avvalendosi di 'concetti-valvola'[130]; operazione complessificatasi dal momento che l'ordinamento nazionale è andato progressivamente compenetrandosi con quello 'comunitario-unionista'.

Laddove l'interesse legittimo ricorre ogniqualvolta sia sottesa, ai menzionati rapporti, una disposizione orientata secondo il criterio consequenzialista; come tale, integrante (l'esercizio di) un'attività discrezionale non solo sul presupposto della necessaria dipendenza, del soddisfacimento del titolare, da un contegno altrui[131], ma anche perché implicante una *comparazione fra interessi*, non una 'mera' scelta degli strumenti satisfattivi[132]. Dunque, una situazione giuridica 'trasversale' rispetto ai due emisferi ordinamentali. Stavolta il problema giuridico è normativamente impostato (non secondo una predefinizione dell'interesse dominante, bensì) in base ad

---

vincoli (obblighi) della p.a., al privato spettino diritti soggettivi, C. CUDIA, *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto)*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* – atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013 –, Napoli, 2014, p. 131 s., segn. p. 145.

[129] Così: G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 189; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 49 ss. L'esempio tradizionalmente addotto è quello della situazione riconducibile al vincitore di concorso pubblico: qualificata come d'interesse legittimo, rispetto al potere di assunzione, quantunque quest'ultimo risulti del tutto vincolato (eccezion fatta per il profilo dell'*an*). Cfr. pure: STELLA RICHTER, *L'aspettativa*, cit., p. 36 e G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975, p. 108.

[130] Delle strategie di gerarchizzazione-confinazione sistemica si è già riferito in nt. del par. 3. Quanto ai "concetti-valvola", si tratta di "formule problematiche" (es., clausola *rebus sic stantibus*, fiducia, rischio, pericolo, necessità, caso fortuito, etc.) atte a regolare, nei rapporti giuridici, la responsabilità per il futuro.

[131] Convenendo su di un elucidato 'senso sostanziale' della discrezionalità del comportamento del soggetto agente, BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 69, 79-80 conclude che «essa vale a caratterizzare l'essenza tipica dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva attiva (e cioè di vantaggio) inattiva». Sull'interesse legittimo quale «riflesso di una certa disciplina dell'attività amministrativa, della configurazione del potere della p.a. come discrezionalità e non come libertà», CUDIA, *Appunti* ..., p. 133. Cfr. pure (fatte salve le specifiche accezioni connesse al termine "potere"): D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 205; G. SIGISMONDI, *Interesse legittimo e discrezionalità amministrativa*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 147 ss. Per un accostamento (di teoria generale) dell'interesse legittimo alla discrezionalità (come tale coinvolgente il diritto privato), L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., p. 258.

[132] Prendendo spunto dai cc.dd. "diritti sociali" da soddisfarsi mediante le prestazioni dei "pubblici servizi" SORACE, *Notazioni*, cit., pp. 3917-3918.

'economie di scala', ad indeterminabilità delle contingenze ed a risultati che ne possano derivare[133]. Ne consegue che non è interesse legittimo il diritto soggettivo 'compresso' a condizioni predefinite.

Resta inteso che: pur essendo riconducibile ad uno schema normativo in corrispondenza del quale la relazione fra interessi è del tipo della complementarità (piuttosto che della funzionalità), sì da assecondare la tesi per cui all'interesse legittimo corrisponde un equilibrio *in fieri* (piuttosto che un rapporto di forza predeterminato, tipico del diritto soggettivo); accedendo alla tesi per cui la discrezionalità condivide la medesima natura dell'operazione interpretativa delle disposizioni (testi); potrà registrarsi (nel concreto dell'operazione applicativo-attuativa della norma[134]) un contributo costruttivo dell'interprete, dal 'tasso' non necessariamente superiore rispetto alle 'fattispecie' in cui la legalità (nella specie, amministrativa) è improntata ad uno schema ipotetico-casuistico (in corrispondenza del quale l'ordinamento è tendenzialmente improntato a prevedibilità).

Da qui, la possibilità di restituire all'interesse legittimo il rango di situazione giuridica, sostanziale staticamente distinta dal diritto soggettivo (per via di un reciproco riposizionamento). Laddove, sul piano dinamico, l'interesse legittimo, in quanto trasposizione del 'circolo ermeneutico' nella versione dialogica del rapporto (conflittuale di libertà) fra individuo ed autorità, si risolve allo stesso modo del diritto soggettivo: nel suo aspetto di possibile trasformazione[135]. Salvo osservare che, nell'ambito di pertinenza del diritto amministrativo, quella figura si contraddistingue per ciò che la comparazione coinvolge l'interesse pubblico, sì da giustificare certa specialità a livello giurisdizionale.

Da qui, la predilezione da riservare alle ragioni per le quali una situazione giuridica 'trasversale' (rispetto ai due emisferi ordinamentali), nell'ambito di pertinenza del diritto amministrativo, si sia contraddistinta per aver assunto un rilievo 'identitario' (di là dal giustificare certa specialità in punto di tutela giurisdizionale). Ciò implica una riflessione ulteriore: a meno di rinunziarvi a favore dell'articolazione di una sola situazione giuridica sostanziale, senza per questo dover necessariamente mutuare la

---

[133] Onde lumeggiare in ordine ai caratteri dell'interesse legittimo nel campo del diritto amministrativo, può tornar utile anche una disamina delle forme di tutela accordate ad omologhe figure (in termini di pretese ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell'interesse al bene in vista del suo possibile soddisfacimento) individuate nell'ambito del diritto privato: per cui può rinviarsi a L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi...*, pp. 104-105 s.

[134] R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 13.

Come noto, al contributo di M.S. GIANNINI si deve sia la distinzione della discrezionalità dalle manifestazioni dell'attività interpretativa (*L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939), sia la tesi secondo cui l'attività amministrativa (anche quando si presenti con le fattezze della discrezionalità) resta (sostanzialmente cura d'interessi, ma formalmente e) "fondamentalmente un'attuazione di legge" (*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 13-14, 22).

[135] F. LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, in *Riv. trim. Dir. pubbl.*, 1969; ID., *La tutela dinamica del diritto soggettivo secondo le sue potenzialità di trasformazione*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, p. 1973 ss.

ISSN 2036-7821

categoria tradizionale dei diritti pubblici soggettivi (dal momento che problema centrale non è più di sostenere la posizione del cittadino verso o contro lo Stato, onde plasmarne la struttura su quella base bensì, di difenderla in concreto)[136]; potendo così optarsi per certa polisemia all'insegna dell'interscambiabilità delle locuzioni (diritto soggettivo quale interesse legittimo dell'ordinamento generale, interesse legittimo quale diritto dell'ordinamento amministrativo).

A questa stregua, niente esclude la possibilità di alternative alla conservazione (di una giurisdizione amministrativa imperniata sul criterio-nozione) dell'interesse legittimo. Se non che, non pare che le opinioni avanzate al riguardo (spintesi sino a neutralizzare quella figura facendola confluire nell'alveo del diritto soggettivo) abbiano condotto a risultati (se non inequivoci, quantomeno) plausibili sul piano concettual-sistematico e soddisfacenti su quello 'operativo'[137].

Si tratta evidentemente di tornare sui rapporti fra interesse legittimo ed interesse pubblico (astratto-primario-concreto), per cui cfr. quanto *supra* esposto. Piuttosto, per quel che maggiormente rileva ai fini del presente scritto, pare doversi osservare che

[136] Ciò, stanti l'estrema discutibilità della medesima (già dal punto di vista teorico) e le profonde diversità rispetto allo Stato costituzionale, ottocentesco (fondato sulle ideologie liberali). Basti pensare che, dopo l'opera di SANTI ROMANO (*La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Trattato di diritto amministrativo* -a cura di Orlando-, I, Milano, 1900), la dottrina italiana non ha fornito alcun contributo significativo in quel campo; né si riscontrano differenze di rilievo nel percorso degli studi di lingua tedesca seguiti al lavoro fondamentale di G. JELLINEK (*Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, tr. it. Milano, 1912). Quanto viene spiegato coll'origine del concetto di diritto soggettivo pubblico, contestualmente alla nascita ed allo sviluppo dello Stato costituzionale fondato sulle ideologie liberali, a seguito della rivoluzione francese (E. CASETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 792). Pertanto, la rilevanza della dottrina del diritto soggettivo pubblico risiedeva, non tanto in sé (come teoria), quanto come occasione per rappresentare (a mo' di rivendicazione) il "nuovo punto di contatto e la posizione reciproca tra la libertà dei singoli e l'autorità dello Stato, fissando un certo modo, giuridicamente regolato, di esplicarsi dell'una e dell'altra" (CASETTA, *op. ult. cit.*, p. 792). Cfr. pure CASETTA, *op. ult. cit.*, pp. 796-797. Sul tema recentemente è tornato B. SPAMPINATO, *Interesse legittimo e dintorni*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 275 s.

[137] *Ex pluribus* possono segnalarsi: A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 273; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Rimini, 2016; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017; P. COTZA, *L''interesse legittimo' alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, ESI, 2017; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della* vicinitas, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 771 s.; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, Rimini, 2017; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018; G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in *sipotra.it*, 14 gennaio 2020; R. BIN, *È scoppiata la terza 'guerra tra le Corti'? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 18 novembre 2020; G. MONTEDORO e E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, 11 dicembre 2020; B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2020; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews (Foro it.)*, 12 ottobre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020; I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, Rimini, 2021; P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff*, Napoli, 2021; A. CARRATTA, *Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività*, in ID., (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021; F. FRANCARIO, il *Pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia s.p.a.*, in *federalismi.it*, 9 febbraio 2022; M. MAZZAMUTO, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustizia insieme*, 16 marzo 2022.

siffatta prospettazione risulta meno 'eversiva' di quanto possa apparire *prima facie*, sol che si ponga mente sulla sua consustanzialità col profilo di tutela giurisdizionale e sulla singolarità ('inversione di metodo') di una situazione giuridica soggettiva nata onde giustificare l'istituzione di una giurisdizione speciale. Infatti: 'al netto' della vicenda storica che ha condotto ad optare per un sistema dedicato a determinate situazioni giuridiche soggettive qualificabili come interessi, ma non come diritti, parallelo e tendenzialmente pariordinato a quello di tutela giudiziaria dei diritti soggettivi[138]; l'evolversi della giurisdizione del giudice amministrativo, nel senso di un progressivo incremento dello strumentario di tutela, ha finito col dare corpo ad un sistema che si discosta sempre meno dall'idea alternativa a quella (risultata prevalente) improntata al parallelismo con la giurisdizione del Giudice ordinario; cioè, ad un rafforzamento del sistema di tutela giudiziaria originato dalla l. cont. amm., onde garantire effettivamente, mediante opportune garanzie processuali, la tutela dei diritti e dei diritti-interessi dei cittadini nei confronti della pubblica Amministrazione.

Ed a ciò ha senz'altro concorso il dato costituzionale: per un verso, vietando qualsiasi limitazione al sindacato giurisdizionale sugli atti della pubblica Amministrazione, e garantendo il più largo accesso ai mezzi di tutela giurisdizionale nei confronti della medesima; per altro verso, incentrando il controllo giurisdizionale degli atti della pubblica Amministrazione sul potere di annullamento, riservando alla legge il compito d'individuare il giudice. Ciò, con un radicale mutamento di prospettiva rispetto al principio contenuto nell'art. 4, 2° co., l. cont. amm.: dal momento che cade il divieto, per il giudice ordinario, di annullare gli atti amministrativi (prerogativa non più esclusiva del giudice amministrativo).

Non per caso si è osservato che: «la Costituzione tende pertanto a porre in rilievo la conformazione e il contenuto del potere cognitivo e decisorio del giudice rispetto alla qualità soggettiva dello stesso, secondo un processo di immanente verifica giudiziale sull'atto amministrativo. … Principio di sviluppo della giurisdizione amministrativa [artt. 103 e 113 Cost.] e principio della giurisdizione unica (art. 102 Cost.) si intrecciano dialetticamente nell'ordinamento costituzionale, rappresentando opposte tendenze in continuo rimescolamento»[139].

---

[138] Evidentemente ci si riferisce: all'iniquità dei limiti della tutela giudiziaria a fronte di uno Stato unitario contraddistinto da una crescente estensione ed intensificazione dell'azione amministrativa; ad un'applicazione riduttiva della Legge del 1865, dal momento che i Tribunali ordinari tesero ad escludere la propria giurisdizione ogniqualvolta fosse stata richiesta la pronuncia a tutela di un diritto sul quale un'autorità amministrativa avesse esercitato un potere comportante la compressione o l'estinzione del diritto medesimo per ragioni di pubblico interesse; nonché, all'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato (già di per sé garantista dell'immunità dell'Amministrazione dagli influssi politici del Governo), in funzione della sostituzione della disciplina contenuta nell'art. 3 l. cont. amm., quale giudice preposto alla tutela degli interessi non protetti come diritti; sì da rafforzare, con l'una, gli altri.

[139] A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, 2001, p. 14.

… e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione

Potrebbe obiettarsi che la linea di confine fra giurisdizioni così tracciata (avuto riguardo alle implicazioni, sulla 'qualificazione' degli interessi 'individuali', del 'modo di essere della produzione giuridica di diritto amministrativo') risulta in parte contraddetta dal dato 'positivo' e, in definitiva, assai labile.

Quanto alla prima obiezione, laddove fondata sul riscontro per cui, anche a fronte di disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, si è concluso di rinvenire interessi legittimi, può agevolmente replicarsi che essa sarebbe frutto di travisamento: posto che muove da quell''inversione di metodo' che storicamente ha 'giustificato' il riparto di giurisdizione mediante una sedicente distinzione fra situazioni giuridiche; laddove a quest'ultime corrispondono (solo) differenti schemi normativi[140]. Prova ne sia che le disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, tendenzialmente improntate ad uno schema ipotetico-casuistico, sono la risultante di una vicenda storica di progressivo depauperamento di spazi che furono di pertinenza di norme d'azione (dell'ordinamento amministrativo) eppertanto, della discrezionalità amministrativa, cristallizzando consolidati criteri di esercizio ed organizzativi, per rispondere a logiche interne agli enti di amministrazione, piuttosto che di garanzia[141]. *Ergo*, se e nella misura in cui non assolvono indiscutibilmente a (prevalenti) istanze di tutela d'interessi individuali, si dovrebbe concludere che sottendano (ancora) ad interessi legittimi[142]; ed in quest'ottica andrebbe letto il 'combinato disposto' dell'art. 7 c.p.a., c. 1 e dell'art. 29 c.p.a. (tenendo presente che quest'ultima disposizione ha ormai 'metabolizzato' un ondivago atteggiamento del Legislatore, tra istanze di buon andamento e di garanzia, di cui l'art. 21-*octies*, L. n. 241/1990, c. 2, rappresenta solo l'ultima - non è detto definitiva - espressione).

Quanto alla seconda obiezione, basti replicare che, ad un discorso di 'rivisitazione', quale testé avanzato, non deve necessariamente corrispondere l'esaustività. Sennonché, tale limite va semplicemente accettato (in una logica operazionale di "costi/benefici") sul presupposto che l'esercizio discrezionale condivide la medesima

---

[140] C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione diritto*, 2009, p. 34 ss., segn. pp. 47-48.

[141] E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, ed. 1942, p. 34 (ed. 1954, p. 37). Nell'ottica testé prospettata pare doversi "leggere" lo specifico contributo sistematico offerto da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 82.

Di diverso avviso, E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, p. 266: «... le norme sull'attività dell'amministrazione sono state introdotte e vigono ... per far correre l'azione amministrativa su binari che, compatibilmente con il soddisfacimento dell'interesse pubblico, assicurino la tutela dei destinatari dell'azione medesima. L'azione amministrativa si svolgerebbe con minori impacci e in concreto magari (non necessariamente, s'intende), con maggiore vantaggio per l'interesse pubblico, se le norme di azione non esistessero. Le norme di azione sono regole garantiste».

Sulla 'dequotazione dell'incompetenza': P. COTZA, *Il 'merito amministrativo' nell'attualità del 'sistema di giustizia' (un approccio dogmatico-epistemologico)*, Cagliari, Edizioni giuridiche, 2025, par. 4.

[142] A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 171 ss., segn. pp. 198-199.

natura del circolo ermeneutico. Laddove certa connessione, fra situazioni giuridiche e schemi normativi, può (se non altro) giovare all'interprete (ed al cittadino) quale approccio orientativo 'di massima'.

4.3.2. … ma anche in capo all'amministrazione (stante il primato del dovere-obbligo). Seconde conclusioni specialistiche (indisponibilità-imprescrittibilità del 'diritto' alle cessioni correlate a convenzioni urbanistiche).

Tornando al ramo di discorso che maggiormente rileva nel presente studio, va osservato innanzitutto come da tempo paia doversi abbandonare (secondo i dettami del formalismo giuridico) l'assunto tradizionale che seguita a riconoscere al diritto soggettivo la dignità di situazione giuridica, "primaria", oltre al *dovere* ed alla *facoltà*.
Sono essenzialmente due gli argomenti che giustificano tale superamento: dal momento che la disciplina comportamentale non consente di uscire dai termini della menzionata alternativa; laddove l'interesse assume rilievo pressoché esclusivamente quale elemento teleologico del dovere(-obbligo)[143].
Beninteso, non che s'intenda optare (neppure) per una centralità esclusiva di quella dicotomia. Gli è, infatti, che:
si renderebbe problematica la nozione di dovere e si risolverebbe in una "singolare idea" quella della sua preminenza, se non si soggettivizzasse e personalizzasse l'ordinamento[144]; assume altresì rilievo la distinzione fra *dovere giuridico* (a tenere un determinato comportamento) e *dovere finale* (laddove l'ordinamento vuole che non conseguano certi effetti qualora il comportamento non venga tenuto)[145];
il ruolo dell'elemento teleologico resta comunque fondamentale, giacché se l'ordinamento impone, ad un soggetto, certo comportamento, è per uno scopo che altro non può essere se non la tutela di un interesse.
Se non che: una volta articolato il discorso 'evolutivo' sulle *tipologie* dell'interesse[146]; l'inquadramento testé proposto, quale imperniato sulle categorie 'primarie', può tornar utile sotto un preciso versante.
Così, il diritto soggettivo gode di una sua dignità giuridica in quanto: benché non rientri fra le situazioni giuridiche, primarie (il 'dovere' e la 'facoltà' che - per l'appunto - guadagnano il centro del sistema giuridico ontologicamente, sulla base dell'osservazione per cui la disciplina del comportamento non consente di uscire

[143] Valgano le (pur risalenti) connessioni di CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*..., onde spiegare per quale ragione il diritto soggettivo possa considerarsi come situazione "inattiva" (col significato d'"interesse correlato ad un obbligo", o dovere in senso stretto, altrui – pp. 4-6, 11 s., 39 s., 46, 100, 102, 117 e 272 –): al centro del sistema giuridico (a partire dai due aspetti della funzione regolatrice dell'ordinamento, per affermarne quello primario nella composizione dei conflitti d'interessi mediante la disciplina del comportamento), quali situazioni soggettive primarie per eccellenza, distinguendosi il *dovere* dalla *facoltà*. Cfr. pure, *ivi*, p. 14.
[144] S. PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 289 s., segn. pp. 294-295.
[145] CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*..., pp. 218, 18 s.
[146] Per cui già CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*..., pp. 39 s., 297.

ISSN 2036-7821

dall'alternativa fra necessità e possibilità di tenerlo); è collocato comunque in correlazione diretta con una di quelle, il dovere; *rectius*, con la parte di quell'area meglio denominata 'obbligo' (per distinguerla dal dovere in senso lato), a sua volta segnata dal dato 'positivo'[147]. Ciò - per quanto anticipato -, stante il connotato tipicamente relazionale del diritto soggettivo stesso: presupponente un rapporto fra soggetti ben determinati[148].

Ma, se ormai non si dubita che, a partire dallo 'statuto costituzionale', l'attività discrezionale dei pubblici poteri vada integralmente ricondotta nell'alveo della doverosità; può concludersi che ad un obbligo del privato nei confronti della pubblica autorità, benché di origine 'negoziale', in quanto assunto ('contratto') in un contesto di disciplina consequenzialista (rispondente alla sequenza norma-potere-fatto), non possa non farsi corrispondere, in capo a quest'ultima, un 'diritto soggettivo pubblico' nell'accezione attualizzata dall'anticipato discorso revisionista: come tale, indisponibile, in quanto intrinsecamente associato al vincolo di perseguimento dell'interesse pubblico, concreto; ma, per la stessa ragione, altresì imprescrittibile. Inoltre: se termine di riferimento di quella doverosità è comunque rappresentato (per l'appunto) dall'interesse pubblico (non astrattamente definito dalla *voluntas legis*, bensì) concreto; ne consegue che quel duplice connotato, d'indisponibilità-imprescrittibilità del 'diritto soggettivo pubblico' del quale è titolare l'amministrazione, finisce coll'associarsi anche al caso in cui il 'contratto ad oggetto pubblico' assolva al perseguimento dell'interesse pubblico spingendosi oltre la soglia di equilibrio ("minimo mezzo") con la tutela degli interessi qualificati del privato, per via del consenso di quest'ultimo; resta inteso, fintantoché non si proceda ad una rimodulazione dell'interesse pubblico medesimo.

[147] RUSSO, *Diritto soggettivo...*, p. 5. Cfr. pure: A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1958, pp. 160 s., 153 s., 149 s.; NICOLÒ, *Istituzioni...*, p. 19 s.; R. ALESSI, *La crisi attuale...*, pp. 312, 319; H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 157; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989, p. 70 s.

[148] Risultano illuminanti le (pur risalenti) connessioni di S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956 onde spiegare per quale ragione il diritto soggettivo possa considerarsi come situazione "inattiva" (col significato d''interesse correlato ad un obbligo', o dovere in senso stretto, altrui – pp. 11, 46, 100, 102 e 117: *ivi*, pp. 4-6 e 39 s., 14, 218, 18 s., 39 s. D'altro canto, cfr. quanto osserva SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 172 s.; nonché, *ivi*, ID., *Doveri, obblighi*, p. 91 s.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Finanza di progetto: quale futuro a seguito della sentenza *Urban Vision* della Corte di Giustizia?

di **Luca Giovanni Maria Ancora**

(Dottore in Giurisprudenza presso l'Università LUISS Guido Carli)

Sommario

I. Premessa. II. Sulla sentenza della Corte di Giustizia. III. Sugli effetti della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea per i giudizi nazionali. IV. (segue) Sugli effetti della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea per l'amministrazione. V. Sulla procedura d'infrazione. VI. Conclusioni.

Abstract

This article analyses the impact of the CJEU judgment in Case C-810/24 (Urban Vision), which held that the promoter's right of pre-emption is incompatible with the EU legal system, on the Italian project financing framework; in particular the paper examines the consequences of the ruling for national courts, public administrations and ongoing procedures, as well as its relationship with the infringement procedure against Italy, assessing the future of project financing under EU law.

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

I. Premessa.

La finanza di progetto è una forma di Partenariato Pubblico Privato (cd. "PPP"), generalmente definita come un'operazione economico-finanziaria attraverso la quale un ente pubblico realizza un progetto d'investimento, avente ad oggetto l'affidamento in concessione di lavori o servizi, con oneri finanziari di progettazione e realizzazione posti parzialmente o totalmente a carico di una società privata, la quale trova il suo ristoro economico e finanziario nei ricavi e nei flussi di cassa generati dall'attività di gestione dell'opera o del servizio oggetto di concessione[1].

Istituto rimasto per lungo tempo sconosciuto all'ordinamento italiano, pur se in altri ordinamenti, specialmente di *civil law*, la finanza di progetto è utilizzata sin da tempi remoti come strumento per finanziare opere pubbliche di grandi dimensioni[2].

Proprio per tale sua natura, in Italia l'interesse per l'istituto in questione è sorto verso la fine del secolo scorso, a seguito della contrazione delle risorse pubbliche disponibili per il finanziamento di lavori, forniture e servizi e delle liberalizzazioni degli anni Novanta: infatti, in Italia, le prime operazioni in finanza di progetto si ebbero proprio a seguito della liberalizzazione del mercato della produzione

[1] Per approfondire l'istituto della finanza di progetto, anche in chiave storico-evolutiva, si rinvia ai numerosi studi in materia, tra cui: A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020, p. 234 ss.; V. MONTANI, *Il project financing inquadramento giuridico e logiche manutentive*, Torino, 2018, p. 5 ss.; A. FIORITTO, *L'amministrazione negoziale: modelli di partenariato e problemi di applicazione*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, p. 55 ss. Per alcuni contributi meno recenti, si veda anche F. FRACCHIA, F*inanza di progetto: i profili di diritto amministrativo*, in G.F. FERRARI, F. FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche. Problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Milano, 2004, p. 57 ss.; G.F. CARTEI, *La finanza di progetto: modello e varianti*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009, p. 59 ss.; F. CARINGELLA, *Il nuovo volto della finanza di progetto*, in G. CERRINA FERONI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Torino, 2011, p. 99 ss.; T.V. RUSSO, P. MARCHETTI, *Manuale di diritto e tecnica del project financing*, Napoli, 2010; C. MALINCONICO, *Il project financing*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici, IV, Le tipologie contrattuali*, Milano, 2008, p. 2610 ss.; G.F. CARTEI, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico-privati*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel Codice dei contratti*, Napoli, 2008, p. 232 ss.; R. DIPACE, *La finanza di progetto*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, p. 1029 ss.; G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, 2010; P. CARRIÈRE, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999, p. 33 ss. Sul tema si vedano anche i contributi di F. MERUSI, *La finanza di progetto: alcune riflessioni*, in *Studi e note di economia*, 1998, fasc. n. 1, 7 ss.; A. VIGNUDELLI, *La disciplina della finanza di progetto dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Diritto Amministrativo*, 2005, fasc. n. 3 pp. 487 ss.; A.M. BALESTRERI, *La sequenza di regimi della finanza di progetto: questioni vecchie e nuove sul diritto di prelazione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, n. 5, p. 525 ss.; G. FIDONE, *Finanza di progetto; la valutazione della proposta e la scelta del promotore*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2006, fasc. n. 2, p. 33 ss.; S. PRESILLA, *Il project financing. Profili di compatibilità generale con l'ordinamento giuridico italiano alla luce della sua tradizionale diffusione nei paesi di origine anglosassone*, in *Nuova Rassegna di legislazione dottrina e giurisprudenza*, 2004, vol. 78, p. 2108 ss; G. FIDONE, B. RAGANELLI, *Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento della c.d. prelazione del promotore*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2005, fasc. 3/4, p. 949 ss.

[2] Si ritiene, addirittura, che la prima forma applicativa di tale tecnica finanziaria risalga al 1299, allorché la Corona inglese negoziò una forma di prestito con i Frescobaldi per sviluppare una miniera d'argento nel Devon, in cambio del diritto a controllare le operazioni minerarie per la durata di un anno, sostenendone i relativi costi operativi.

ISSN 2036-7821

dell'energia elettrica, avvenuto all'inizio degli anni Novanta a mezzo delle Leggi nn. 9 e 10 del 1991[3].

In un contesto siffatto venne positivizzata la prima disciplina normativa della finanza di progetto, a mezzo della legge n. 415 del 18.11.1998 (cd. "Merloni *ter*"), di modifica della legge quadro sui lavori pubblici n. 109 del 1994, che però inizialmente non prevedeva la figura del diritto di prelazione.

Infatti, il diritto di prelazione venne introdotto a mezzo dell'art. 7, comma 1, lett. bb), della Legge 1° agosto 2002, n. 166 (anche detta "Legge Merloni *quater*"), il quale inserì nell'art. 37 *ter* cd. "Legge Merloni" la possibilità per il promotore di adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente e divenire così aggiudicatario della concessione.

Da quel momento si susseguirono svariati interventi legislativi, tutti accomunati dall'intento di sistematizzare e semplificare la disciplina di cui si discute, al fine di incentivare maggiormente i privati ad investire capitali attraverso lo strumento della finanza di progetto e di rimediare alle tensioni sorte con il diritto europeo, a causa della potenziale incompatibilità dell'istituto con i principi della libera concorrenza e, più in generale, con i principi sottesi all'evidenza pubblica.[4].

Già con lettera di messa in mora del 19 dicembre 2002, infatti, la Commissione europea contestò alle autorità italiane una serie di inadempimenti della c.d. "Legge Merloni", nonché delle successive leggi di modifica della stessa, rispetto al quadro normativo in materia di appalti, con particolare riferimento alle direttive 1993/37/CE e 1992/50/CE, in tema, rispettivamente, di appalti e di servizi.

Nella specie, le modifiche apportate alla L. n. 166/2002, a mezzo della Legge 18 aprile 2005, n. 62 (cd. "Legge comunitaria 2004)", la quale innovò il contenuto dell'avviso pubblico che le Amministrazioni committenti erano tenute a pubblicare per indicare quali opere potessero realizzarsi con capitali privati e la sussistenza di un diritto di prelazione in capo al promotore, non avevano soddisfatto pienamente le incompatibilità evidenziate dall'esecutivo europeo, che, pertanto, aveva deciso di avviare una procedura di infrazione.

Nel frattempo, nel 2006, il primo Codice dei Contratti Pubblici, di cui al D.lgs. n. 163 del 2006, riunì in un unico corpo le disposizioni sulla contrattazione pubblica e, negli articoli dal 153 al 160 riscrisse la disciplina nazionale della finanza di progetto,

[3] D'altronde, il mercato dell'energia elettrica ha dimostrato di essere da tempo terreno fertile per la finanza di progetto, specialmente negli Stati Uniti: in particolare, ivi i produttori, privati e indipendenti, dotati di competenze e capitali, operavano quali *sponsor*, unendosi tra loro per costituire società di progetto per la realizzazione di impianti di produzione di energia elettrica, investendo parte del loro capitale in dette società, mentre il rientro finanziario era garantito dai ricavi derivanti dai contratti di vendita dell'energia elettrica stipulati con le imprese del settore delle utilities. Per un approfondire il tema si v. V. MONTANI, *op. cit.*, p. 5 ss.

[4] Per una disamina dei principali interventi normativi susseguitosi dalla Legge 18.11.1998, n. 415, sino ad oggi, si rinvia, fra tutti, a A.L.G. TARANTINO, *La Finanza Di Progetto: Peculiarità Alla Luce Del Nuovo Codice Dei Contratti Pubblici*, in *P.A. Persona E Amministrazione*, vol. XVI, 2025, fasc. n. 1, p. 325-349.

ISSN 2036-7821

abrogando tutte le leggi precedenti senza, tuttavia, apportare modifiche sostanziali della disciplina, rimasta pressoché identica.

Per tali motivi, visto il mancato adeguamento dello Stato italiano alle indicazioni della Commissione europea, nell'aprile del 2004 l'Istituzione europea propose ricorso dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea al fine di ottenere una pronuncia dichiarativa dell'inadempimento dell'Italia, per aver mantenuto in vigore alcune disposizioni in contrasto con il menzionato diritto eurounitario in materia di appalti pubblici.

Nelle more del giudizio, tuttavia, lo Stato italiano si adeguò alle contestazioni della Commissione, abrogando la prelazione del promotore a mezzo del D.lgs. n. 31 luglio 2007, n. 113 (cd. "Secondo correttivo al Codice dei contratti pubblici").

D'altra parte, la Corte, ugualmente chiamata a valutare la compatibilità tra il diritto di prelazione e le direttive europee, non decise la questione nel merito, dovendo dichiarare il ricorso proposto dalla Commissione Europea irricevibile per mancanza di specifica indicazione delle disposizioni comunitarie asseritamente violate.

Così, non censurato, il diritto di prelazione fu reintrodotto dal legislatore italiano con il D.lgs. n. 11 settembre 2008, n. 152 (cd. "Terzo decreto correttivo"), il quale riscrisse la disciplina in parola, particolarmente con riferimento alla procedura di affidamento del contratto di concessione di lavori ad iniziativa privata, anche attraverso la reintroduzione del diritto di prelazione a favore del promotore, con l'obiettivo di incentivare la presentazione di proposte da parte di soggetti privati.

A poco più di due anni dal cd. "Terzo Decreto Correttivo", l'art. 153 del Codice dei Contratti subì un'ulteriore modifica a mezzo del D.L. n. 13 maggio 2011, n. 70 (c.d. "Decreto Sviluppo"), convertito nella L. 12 luglio 2011, n. 106, cui avrebbero fatto seguito dopo pochi mesi il D.L. n. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito con modificazioni dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214, e, ancora, il D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2012, n. 27.

Nel contempo venne introdotto il pacchetto direttive 2014 in tema di *public procurement* e, per quel che qui maggiormente interessa, la direttiva 2014/23/UE (cd. "Direttiva concessioni"), la quale introdusse una disciplina armonizzata in tema di concessioni, tutt'ora in vigore.

Per inciso, occorre sin d'ora rilevare che l'istituto giuridico della finanza di progetto non è espressamente tipizzato a livello europeo; tuttavia, nella misura in cui operi quale procedura funzionale all'affidamento di contratti di concessione ai sensi dell'articolo 5, punto 2), della direttiva 2014/23/UE, rientranti nel relativo ambito di applicazione, così come definito all'articolo 1 della stessa, la sua disciplina deve conformarsi alle regole ivi stabilite.

Nuovamente prevista nei successivi Codici dei Contratti Pubblici del 2016 (D.lgs. n. 50/2016) e del 2023 (D.lgs. n. 36/2023), la finanza di progetto ha ricevuto un'ultima

modifica a mezzo del D.lgs. n. 209 del 2024 (cd. "Decreto correttivo") [5], ancora a seguito delle indicazioni pervenute dalla Commissione in seno nell'ambito della procedura d'infrazione INFR(2018)2273.

Così riassunta l'evoluzione normativa della finanza di progetto, occorre evidenziare che le ultime modifiche legislative non hanno superato le perplessità espresse in sede europea, in quanto l'istituto è stato recentemente oggetto di pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed è tuttora oggetto di contestazione da parte della Commissione europea, nell'ambito della procedura d'infrazione INFR(2018)2273.

In particolare, venendo all'oggetto di approfondimento da parte delle due Istituzioni europee, da un lato, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza 5 febbraio 2026, causa C-810/24 (Urban Vision), emessa a seguito del rinvio pregiudiziale effettuato dalla Sezione Quinta del Consiglio di Stato[6], ha statuito che "*L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, in combinato disposto con l'articolo 49 TFUE, con gli articoli 30 e 41, nonché con il considerando 68 di tale direttiva, dev'essere interpretato nel senso che: esso osta a che uno Stato membro riconosca al promotore di una procedura di finanza di progetto un diritto di prelazione che gli consente, nell'ipotesi in cui il contratto di cui trattasi non gli sia stato inizialmente aggiudicato, di adeguare la sua offerta a quella dell'aggiudicatario inizialmente prescelto e di ottenere così l'aggiudicazione di tale contratto, a condizione di rimborsare le spese che l'aggiudicatario iniziale ha sostenuto per preparare la sua offerta, senza che tale rimborso possa superare il 2,5% del valore stimato dell'investimento atteso dall'aggiudicatario a partire dal progetto di fattibilità posto a base di gara*"[7]; dall'altro, invece, la Commissione europea ha indirizzato al Governo italiano una lettera di messa in mora, nell'ambito della procedura d'infrazione INFR(2018)2273, contestando, sotto plurimi profili, la non compatibilità dell'istituto in parola, nella versione di cui all'art. 193 del decreto legislativo n. 36/2023, all'esito del correttivo al di cui al decreto legislativo n.

[5] Con il decreto correttivo di cui al D.lgs. n. 209/2024 (cd. "Decreto correttivo"), il legislatore nazionale ha introdotto, a far data dal 31 dicembre 2024, una serie di significative modifiche alla procedura regolata dall'art. 193 del D.lgs. n. 36/2023, il quale, nel suo testo iniziale, aveva riprodotto in modo pedissequo quanto già regolato dall'art.183 del D.lgs. n. 50/2016, oggi direttamente censurato. In estrema sintesi, l'essenza di tali modifiche può riassumersi nel senso dell'aggiunta, rispetto allo schema preesistente, di due fasi procedurali, una obbligatoria ed una opzionale, caratterizzate dalla previsione di forme di sollecitazione del mercato finalizzate ad ampliare l'ambito delle proposte da prendere in esame prima di conferire il diritto di prelazione, da far valere nella successiva fase di gara, a quella ritenuta preferibile: più nello specifico, la fase precedente alla gara, finalizzata alla raccolta delle proposte, è oggi assoggettata ad un obbligo di pubblicità sui rispettivi siti delle amministrazioni che le ricevono, ovvero di quelle che le hanno sollecitate. Tuttavia, la Commissione europea, nella procedura d'infrazione INFR(2018)2273, ritiene che le previsioni contenute nella novella normativa non siano sufficienti a superare le problematiche in materia di pubblicità. Per un approfondimento sulla disciplina della finanza di progetto a seguito del cd. "Decreto Correttivo" si v. G. FORTUNATO, *La nuova finanza di progetto nel decreto correttivo. Più ombre o più luci?*, in *Appalti e Contratti*, 2024, fasc. n. 11, p. 24-30.

[6] Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 25 novembre 2024, n. 9449, in www.giustizia-amministrativa.it.

[7] Così Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 5 febbraio 2026, causa C-810/24 (Urban Vision), punto 59, in eur-lex.europa.eu.

ISSN 2036-7821

209/2024, con le direttive europee nn. 23, 24 e 25 del 2014 relative, rispettivamente, all'aggiudicazione dei contratti di concessione, agli appalti pubblici e alle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali[8].

Si tratta, dunque, come meglio si specificherà in seguito, di contestazioni entrambe riferite all'istituto della finanza di progetto, seppure caratterizzate da un diverso ambito e grado di estensione.

In tale contesto, pur se la Corte di Giustizia ha statuito per l'incompatibilità del diritto di prelazione previsto dall'ordinamento italiano con l'impianto unionale, permangono ugualmente dei dubbi sia sulla possibilità di utilizzare l'istituto della finanza di progetto, sia sulla sorte della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea.

L'intento del presente contributo, allora, è quello di investigare tali dubbi, attraverso l'analisi delle perplessità sollevate in ambito unionale, nel tentativo di evidenziare alcune chiavi di lettura che possano consentire l'applicazione dell'istituto in parola.

II. Sulla sentenza della Corte di Giustizia

Al fine di comprendere appieno le statuizioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, appare indispensabile muovere dalle perplessità interpretative sollevate dal Consiglio di Stato a mezzo del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea[9].

In particolare, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza del 25 novembre 2024, ha sottoposto al vaglio del giudice europeo la compatibilità con

[8] Per un approfondimento sulle contestazioni mosse dalla Commissione europea cfr. G. TAGLIANETTI, *La finanza di progetto alla prova del diritto dell'Unione europea: prime considerazioni sulla procedura di infrazione avviata nei confronti dell'Italia*, in *Quaderni AISDUE*, fasc. n. 1/2026, pp. 1-27.

[9] Sul rinvio pregiudiziale, in generale, si veda P. BIAVATI, C. RASIA, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2025, p. 407 ss.; R. MASTROIANNI, F. FERRARO, *Il rinvio pregiudiziale*, in R. MASTROIANNI (a cura di), *Il diritto processuale dell'Unione europea*, Torino, 2025, p. 121 ss.; F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2024, p. 3 ss; C. SCHEPISI, *Il sistema di tutela giurisdizionale*, in L. DANIELE (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2024, p. 355 ss.; R. MASTROIANNI, G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea, Parte istituzionale*, Torino, 2023, pp. 417-456. Per alcuni contributi più risalenti si v. anche A. TIZZANO, S. FORTUNATO, *La tutela dei diritti,* in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea,* Torino, 2006, p. 1271 ss; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Milano, 2002, p. 302 ss.; A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, Milano, 1997, p. 1 ss; G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, p. 5 ss.; M. BORRACCETTI, M. C. REALE (a cura di), *Da giudice a giudice: il dialogo tra giudice italiano e Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2008, p. 194 ss.; B. NASCIMBENE, *Il giudice nazionale ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Rivista italiana di diritto Pubblico Comparato*, 2009, fasc. n. 6, p. 1667 ss.; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 186 ss.; N. PIGNATELLI, *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati*, in *il Foro Italiano,* 2012, fasc. n. 3, p. 367-372 ; D.U. GALLETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ed obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici,* in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2012, fasc. n. 2, p. 431-444; D. P. DOMENICUCCI, *Circa il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *il Foro Italiano*, 2011, fasc. n. 10, p. 484-487.

l'ordinamento unionale della previsione contenuta nell'art. 183, comma 15, del D.lgs. n. 56/2016.

Tale previsione, riprodotta, quasi pedissequamente, nell'art. 193, comma 12, del D.lgs. n. 36/2023, riconosce al promotore di una procedura di finanza di progetto un diritto di prelazione che gli consente, nell'ipotesi in cui risulti non aggiudicatario del contratto oggetto della procedura di gara, di adeguare la propria offerta a quella dell'aggiudicatario inizialmente prescelto, così da ottenere l'aggiudicazione di tale contratto, a condizione di rimborsare le spese da quest'ultimo sostenute per la presentazione dell'offerta, senza che tale rimborso possa superare il 2,5% del valore stimato atteso dall'investimento, di cui al progetto di fattibilità posto a base di gara.

Nello specifico, il Consiglio di Stato dubitava della compatibilità del diritto di prelazione con la Direttiva 2014/23/UE[10] poiché quest'ultima non richiama, né disciplina, la clausola di prelazione, conseguentemente chiedendosi se da ciò potesse desumersi che la direttiva citata ostasse all'inserimento della clausola menzionata nella legge di gara.

Al contempo, la Sezione rilevava come nell'ordinamento comunitario si rinvenivano alcuni elementi che avrebbero potuto giustificare l'ammissibilità dell'istituto, tra cui i profili di flessibilità, la rilevanza attribuita alla diffusione delle informazioni sul procedimento ai fini del rispetto delle garanzie minime di parità di trattamento, anche di quelle in grado di avvantaggiare determinati candidati, e la rilevanza attribuita alle soluzioni innovative.

Alla luce di tali elementi, il Consiglio di Stato riteneva non univoca, né pacifica, la conclusione circa l'incompatibilità della clausola di prelazione con la direttiva concessioni.

In secondo luogo, la Sezione rilevava che la disciplina sulla prelazione doveva essere verificata anche con riferimento ai principi della libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di cui agli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, nonché con riferimento al principio di proporzionalità.

Con specifico riguardo al diritto di prelazione, la Sezione rilevava come essa, promuovendo le proposte del privato nei confronti dell'attività pubblica, costituisse attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, risultando espressione di una modalità di cooperazione in grado di rendere più efficiente, in termini di tempo e di risorse, la realizzazione degli interessi pubblici, di promuovere un rinnovamento dell'amministrazione attraverso l'acquisizione di nuove conoscenze, proprie delle realtà private, nonché di costituire uno stimolo per l'impresa.

Nondimeno, la Sezione rilevava come tale strumento potesse rivelarsi inidoneo a conseguire lo scopo o, comunque, non risultare proporzionato rispetto a tali finalità.

In particolare, sul punto, il Consiglio di Stato rilevava, da un lato, l'esistenza di

[10] Direttiva (UE) 2014/23 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, *sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*, pubblicata in GUUE, L 94/1, il 28 marzo 2014, in eur-lex.europa.eu.

ISSN 2036-7821

un'ampia gamma di strumenti meno restrittivi elaborati dai legislatori nazionali dell'Unione al fine di raggiungere tali obiettivi e, dall'altro, che si potessero anche ipotizzare sistemi che, pur premiando l'iniziativa, fossero idonei a produrre effetti meno incisivi per la gara.

A mero titolo esemplificativo, il Consiglio di Stato ipotizzava di valorizzare l'iniziativa del promotore con l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo, utilizzando moduli procedimentali flessibili: il partenariato per l'innovazione, il dialogo competitivo e la procedura competitiva con negoziazione risulterebbero utili proprio nei casi in cui le amministrazioni non sono in grado di predeterminare le modalità per soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche.

Ciò premesso, giova rammentare che la finalità delle sentenze pregiudiziali interpretative è di accertare il significato da attribuire ad una norma europea sin dalla sua entrata in vigore e, rispetto al caso oggetto di rinvio, verificare se la stessa si ponga in contrasto con la normativa introdotta dallo Stato membro o con una sua specifica interpretazione.

L'istituto in questione, come noto, è fondamentale per assicurare l'omogeneità dell'applicazione del diritto europeo su tutto il territorio dell'Unione e per favorire il colloquio tra i giudici nazionali e quelli europei, al fine di meglio chiarire il significato di particolari disposizioni normative sin dalla loro entrata in vigore.

Da ciò deriva che tali sentenze producono, di norma, effetti retroattivi[11].

Tuttavia, in via eccezionale la Corte di Giustizia si è riservata il potere di limitare nel tempo la portata delle dette pronunce, attribuendo loro efficacia *ex nunc*.

Nello specifico, la Corte ha chiarito che la limitazione degli effetti di una pronuncia su una domanda pregiudiziale di interpretazione è da considerarsi assolutamente eccezionale ed è consentita *"soltanto in presenza di circostanze ben precise, quando vi [è] un rischio di gravi ripercussioni economiche dovute in particolare all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa ritenuta validamente vigente, e quando risultava che i singoli e le autorità nazionali erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa comunitaria in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza relativa alla portata delle disposizioni comunitarie, incertezza cui avevano eventualmente contribuito gli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o*

[11] In realtà trattasi di un potere che i Trattati istitutivi, nello specifico l'art. 264 T.F.U.E., riconoscono espressamente per la sola sentenza di annullamento deliberata all'esito di un ricorso ex art. 263 T.F.U.E.; tuttavia, la Corte di Giustizia, pur nel difetto di un esplicito avallo normativo, dispone degli effetti diacronici delle sue sentenze anche nei giudizi di rinvio pregiudiziale (di validità e di interpretazione) ex art. 267 T.F.U.E. Per un approfondimento sul tema si v. M. GIAVAZZI, *Una sedicente eresia: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative del giudice della nomofilachia amministrativa negli ambiti di competenza esclusiva della Corte di giustizia*, in *CERIDAP*, 2022, fasc. n. 1, p. 33-62; D. ALIOTTA, *Sull'efficacia retroattiva delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia alla luce del caso Lexitor*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2022, fasc. n. 1, p. 266-291.

dalla Commissione"[12].

Nel caso di cui si discute, tuttavia, tali presupposti non ricorrevano.

Infatti, la Corte di Giustizia non ha disposto la limitazione degli effetti della propria pronuncia per il solo futuro.

Del resto, se, da un lato, può ritenersi che, sulla base della normativa nazionale relativa alla finanza di progetto, siano stati costituiti in buona fede un elevato numero di rapporti giuridici, dall'altro, non può altresì sostenersi che nel caso di specie le autorità nazionali e i privati fossero stati indotti in errore dall'obiettiva e rilevante incertezza della portata delle disposizioni europee.

La Corte di Giustizia, infatti, ritiene determinante, ai fini della verifica del colposo ingeneramento del legittimo affidamento, la condotta delle Istituzioni europee e, in particolare, della Commissione europea[13].

Ebbene, come accennato *supra*, già da inizio decennio la Commissione aveva attenzionato l'istituto della finanza di progetto, da cui l'impossibilità di ritenere che si fosse ingenerato un legittimo affidamento circa la sua compatibilità con l'ordinamento unionale derivante dalla condotta delle Istituzioni europee.

Venendo alla decisione dei giudici europei sulla sopra citata questione pregiudiziale, la Corte di Giustizia, come detto, si è pronunciata con sentenza del 5 febbraio 2026, C-810/24, con la quale ha sancito il seguente principio di diritto: "*l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23, in combinato disposto con l'articolo 49 TFUE, con gli articoli 30 e 41, nonché con il considerando 68 di tale direttiva, dev'essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro riconosca al promotore di una procedura di finanza di progetto un diritto di prelazione che gli consente, nell'ipotesi in cui il contratto di cui trattasi non gli sia stato inizialmente aggiudicato, di adeguare la sua offerta a quella dell'aggiudicatario inizialmente prescelto e di ottenere così l'aggiudicazione di tale contratto, a condizione di rimborsare le spese che l'aggiudicatario iniziale ha sostenuto per preparare la sua offerta, senza che tale rimborso possa superare il 2,5% del valore stimato dell'investimento atteso dall'aggiudicatario a partire dal progetto di fattibilità posto a base di gara*"[14].

Il Giudice europeo è addivenuto a tale conclusione evidenziando, innanzitutto, come la disposizione di cui all'art. 183, comma 15, del D.lgs. n. 50/2016, di cui non si rinvengono eguali nell'ordinamento unionale, leda il principio della parità di

[12] Così Corte di Giustizia, sentenza 11.08.1995, cause riunite da C-367/93 a C-377/93, *Roders*; nello stesso senso, più di recente, si v. anche Corte di giustizia, sentenza 18 gennaio 2007, causa C-313/05, *Brzeziński*, tutte in eur-lex.europa.eu.

[13] Al riguardo, cfr. la Corte di Giustizia, sentenza 5 marzo 1996, cause riunite 46/93 e 48/93, *Brasserie du pêcheur*, nella quale i giudici unionali hanno specificato che "*tra gli elementi che il giudice competente può eventualmente prendere in considerazione, vanno sottolineati il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario*".

[14] Così Corte di Giustizia, sentenza 5 febbraio 2026, C-810/24, *Urban Vision*, punto 59, in eur-lex.europa.eu.

ISSN 2036-7821

trattamento, così come formulato all'art. 3, paragrafo 1, della Direttiva 2014/23/UE.
Nella lettura della Corte di Giustizia, tale principio implica la necessità di garantire che gli operatori economici partecipanti a una procedura ad evidenza pubblica si trovino in un piano di parità sia nella fase di preparazione delle proprie offerte, sia nel momento in cui le stesse vengono valutate dalla Pubblica Amministrazione.
Ne consegue che, una volta depositata, l'offerta non possa essere modificata, né su iniziativa dell'offerente né su iniziativa della Stazione Appaltante.
Pertanto, a detta della Corte di Giustizia, l'esercizio del diritto di prelazione, in quanto implicante l'aggiudicazione a favore di un operatore economico che ha disposto, in una fase successiva a quella della valutazione, talune modifiche alla propria offerta, determina una patente violazione del principio della parità di trattamento degli offerenti.
Ciò emergerebbe dalla circostanza che, per i concorrenti diversi dal promotore, la presentazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa non costituisce garanzia di aggiudicazione della procedura di gara[15].
Giova soggiungere che la Corte di Giustizia ha ravvisato l'incompatibilità della disposizione di cui all'art. 183, comma 15, del D.lgs. n. 50/2016 con il principio della libertà di stabilimento sancito all'art. 49 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.
Ciò in quanto, secondo il Giudice europeo, tale previsione risulterebbe idonea a dissuadere operatori provenienti da altri Stati membri dal partecipare a una procedura di finanza di progetto.
La Corte ha altresì ritenuto che l'illegittimità non sia esclusa dalla considerazione per

[15] Il Giudice europeo, inoltre, ha ritenuto opportuno discernere la fattispecie oggetto della summenzionata pronuncia da quella esaminata nella sentenza della Corte medesima del 13 giugno 2024, C-737-22. In tale ipotesi, la Corte di Giustizia si era pronunciata in merito alla compatibilità con l'ordinamento unionale di una clausola contenuta in un bando di gara che prevedeva l'aggiudicazione del lotto più consistente all'offerta migliore e l'aggiudicazione del lotto di valore inferiore all'offerta classificatasi seconda in graduatoria, a condizione che il secondo graduato accettasse di procedere all'esecuzione di tale lotto al prezzo proposto dal concorrente primo graduato. Tuttavia, in tale fattispecie il giudice europeo non ravvisava alcuna violazione del principio della parità di trattamento, in quanto tale clausola, oltre a non contenere alcun elemento di trattativa tra l'operatore economico e l'amministrazione, era strettamente connessa all'esigenza, da un lato, di procedere alla suddivisione in lotti dell'appalto, dall'altro, di mantenere una concorrenza effettiva nel settore economico interessato (cfr. punti 44 e 45 della sentenza Corte di Giustizia, 5 febbraio 2026, C-810/24, *Urban Vision*). Ciò non si verifica, invece, nella fattispecie quivi analizzata, posto che, secondo la Corte di Giustizia, il diritto di prelazione determinerebbe effetti anticoncorrenziali (cfr. punto 46 della sentenza Corte di Giustizia, 5 febbraio 2026, C-810/24, *Urban Vision*).
Inoltre tale fattispecie, a detta del Giudice unionale, non può nemmeno essere equiparata a quella disciplinata dal combinato disposto dell'art. 41, paragrafo 3, comma 2, e del considerando 73 della Direttiva 2014/23/UE, la quale prevede la possibilità per l'amministrazione, a fronte della presentazione di offerte contenenti "soluzioni innovative", che non avrebbero dalla stessa potuto essere individuate con l'utilizzo dell'ordinaria diligenza, di modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di tale soluzione. Infatti, in tale ultima ipotesi, la stazione appaltante è tenuta a pubblicare un nuovo invito a presentare offerte o, a seconda dei casi, o un nuovo bando di concessione. Ne deriva, in tale ipotesi, l'assenza di qualsivoglia disparità di trattamento tra i concorrenti, atteso che viene concessa a tutti la possibilità di presentare nuove offerte.

cui il diritto di prelazione, valorizzando le iniziative del settore privato, attuerebbe il principio di sussidiarietà orizzontale enunciato all'art. 118 della Costituzione.
Tale principio, come rilevato dalla Corte di Giustizia, atteso che non rientra tra le ragioni di ordine pubblico, sicurezza pubblica e sanità – le uniche che consentono di operare una deroga al principio di cui all'art. 49 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea – non risulta idoneo a giustificare una restrizione della libertà di stabilimento.
In definitiva, si tratta di una pronuncia che ha dichiarato la totale incompatibilità del diritto di prelazione con la normativa europea.
Per tali motivi, pur riferendosi alla disciplina di cui all'art. 183 del D.lgs. n. 50/2016, non si può escludere che la sentenza possa esplicare effetti anche nei confronti della disciplina di cui all'art. 193 del d.lgs. n. 36/2023, anche a seguito dell'intervento correttivo di cui al D.lgs. n. 209/2024 (cd. "Decreto correttivo").
Infatti, la Corte di Giustizia ha formulato un principio di diritto assai ampio, dichiarando la incompatibilità del diritto unionale con una qualsiasi disciplina di uno Stato membro che riconosca al promotore di una finanza di progetto di esercitare il diritto di prelazione, così ottenendo l'aggiudicazione di un contratto che non gli sia stato inizialmente aggiudicato.
Ebbene, pur se l'evoluzione normativa della disciplina in parola abbia valorizzato taluni profili concorrenziali, soprattutto all'esito del D.lgs. n. 209/2024, la figura del diritto di prelazione è rimasta pressoché invariata.
Da ciò deriva che il principio di diritto formulato dalla Corte di Giustizia potrebbe essere applicato anche al diritto di prelazione disciplinato dalla normativa vigente, con le ulteriori conseguenze che ne derivano in ordine agli effetti del medesimo sui giudici e sulle amministrazioni nazionali.
Per inciso, anticipando quanto verrà trattato più compiutamente *infra*, per quanto concerne i rapporti tra la procedura d'infrazione ancora in corso e la recente decisione della Corte di Giustizia, si consideri che, nonostante la sentenza del giudice unionale possa esplicare effetti anche nei confronti della procedura di infrazione, quantomeno con riferimento alle contestazioni comuni, si deve comunque rilevare che i rilievi avanzati dalla Commissione sono ben più ampi e concernono la procedura della finanza di progetto nel suo complesso e non solo la figura del diritto di prelazione.
Pertanto, nonostante la Corte di Giustizia abbia risolto uno dei profili oggetto anche della procedura d'infrazione, è verosimile che per gli ulteriori profili attenzionati la procedura prosegua.
Inoltre, è ancor più verosimile che il Legislatore intervenga a tentare di risolvere unitamente ognuna delle censure mosse dalle Istituzioni europee, operazione peraltro non semplice se si considera che la procedura della finanza di progetto, nella sua interezza, è anche oggetto di procedura d'infrazione.

D'altra parte, pur se meno verosimile, non è da escludersi che il modello italiano venga proposto in sede unionale nell'ambito dell'aggiornamento della direttiva concessioni attualmente in corso, rendendolo di generale applicazione e così superando l'obiezione, formalizzata nella procedura di infrazione, secondo la quale l'istituto del diritto di prelazione non risulterebbe in nessuna delle modalità di scelta del contraente prevista nelle attuali disposizioni unionali.
Tuttavia, sinché il legislatore, italiano o unionale, non intervenga al fine di superare le incompatibilità ora esposte, la citata sentenza della Corte di Giustizia, 5 febbraio 2026, causa C-810/24, *Urban Vision*, esplica effetti diretti e vincolanti nell'ordinamento interno, con le conseguenze che ne derivano per il giudice e le amministrazioni nazionali.

III. Sugli effetti della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea per i giudizi nazionali

Fatta questa necessaria premessa, si può ora passare ad illustrare gli effetti della sentenza della Corte di Giustizia per il giudice nazionale eventualmente chiamato a pronunciarsi sulla domanda di annullamento degli atti di una procedura di finanza di progetto.
A seguito della dichiarata incompatibilità dell'istituto del diritto di prelazione con l'ordinamento unionale, il giudice nazionale eventualmente adito al fine di ottenere l'annullamento degli atti di una procedura di finanza di progetto è obbligato ad attuare una serie di rimedi utili a garantire il primato del diritto dell'Unione europea e, quindi, la piena efficacia della norma sovranazionale violata.
Trattasi, in particolare, dei rimedi dell'interpretazione conforme, della disapplicazione e del rinvio incidentale alla Corte costituzionale[16].
In tal senso, l'interpretazione del diritto interno in maniera conforme alla normativa sovranazionale costituisce il primo rimedio che il giudice comune è chiamato ad applicare[17].
Ciò implica che il giudice è tenuto a scegliere, fra le possibili interpretazioni della norma nazionale, quella più conforme al diritto dell'Unione.
L'obbligo di interpretazione conforme, tuttavia, incontra dei limiti applicativi.

---

[16] Per un approfondimento sul tema dei rimedi utilizzabili dal giudice nazionale al fine di garantire la supremazia del diritto unionale sul diritto interno, anche in chiave storico-evolutiva, si v. R. MASTROIANNI, G. STROZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 457-612; G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, pp. 53-97; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, in P. DE PASQUALE; F.FERRARO (a cura di), vol. I, IV ed., Napoli, 2023, p. 257 ss.; L. S. ROSSI, *"Un dialogo da giudice a giudice". Rinvio pregiudiziale e ruolo dei giudici nazionali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *AISDUE*, 2022, fasc. n. 4, pp. 50-84.

[17] Sul rimedio dell'interpretazione conforme, ma anche sugli ulteriori rimedi citati, si v. A. CIRCOLO, *Il giudice nazionale e l'obbligo di interpretare il proprio diritto in maniera conforme al diritto dell'Unione*, in G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO (a cura di), *Il diritto europeo e il giudice nazionale. Vol. 1: Il diritto dell'Unione europea e il ruolo del giudice nazionale*, Milano, 2023, pp. 87-120.

In primo luogo, esso non può spingersi fino al punto di imporre al singolo un obbligo previsto da una direttiva non trasposta e non può determinare un'interpretazione che contrasti platealmente con la *littera legis* del diritto interno.
In tale prospettiva, nel caso in discussione, la Corte di Giustizia ha ravvisato un contrasto diretto e pieno tra l'ordinamento interno e quello unionale che non pare possa essere suscettibile di soluzione in via meramente ermeneutica, anche facendo ricorso alla c.d. "interpretazione conforme".
Nei casi, poi, in cui non sia possibile un'interpretazione conforme del diritto interno a quello unionale, il giudice nazionale è tenuto a ricorrere agli ulteriori strumenti a sua disposizione per assicurare la primazia del diritto dell'Unione.
In particolare, egli potrà disapplicare la norma interna in contrasto con quella europea[18].
Per inciso, senza volersi ripetere rispetto a quanto sarà trattato più compitamente *infra*, giova precisare che tale dovere è oggi imposto non solo al giudice, ma anche all'amministrazione.
Tuttavia, prima di procedere alla disapplicazione della norma interna in contrasto con il diritto UE, l'amministrazione o il giudice nazionale dovrebbero verificare che la norma europea sia dotata di efficacia ed applicabilità diretta negli ordinamenti nazionali.
Infatti, nella sentenza *Popławski II*[19], la Corte di Giustizia ha espressamente riconosciuto l'esistenza di un legame inscindibile tra il principio del primato e quello dell'efficacia diretta e, di conseguenza, tra gli effetti che si ricollegano alla loro applicazione.
Come è noto, con riferimento alle disposizioni dei Trattati o delle direttive, l'applicabilità diretta è generalmente esclusa, pur se con alcune eccezioni.
Per quanto riguarda il diritto primario, la Corte ha in passato riconosciuto che, affinché le disposizioni dei Trattati abbiano efficacia diretta, i relativi obblighi devono essere precisi, chiari e incondizionati, senza richiedere misure complementari di carattere nazionale o europeo[20].
Per quel che concerne le direttive, invece, la Corte ha stabilito che esse hanno efficacia diretta quando le relative disposizioni sono incondizionate e sufficientemente chiare e precise e qualora lo Stato membro non abbia recepito la

[18] Sul rimedio della disapplicazione della disposizione interna contraria a quella unionale si v. G. GRASSO, *La disapplicazione della norma interna contrastante con le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Giustizia civile*, n. 2, 2017, pp. 525-544.

[19] Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Popławski*, in eur-lex.europa.eu. Per un approfondimento si v. L. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Popławski*, in *Giustizia insieme*, 2021, Vol. 2, pp. 1-17; ma anche A. CIRCOLO, *op. cit*, pp. 95-121.

[20] Sul tema cfr. Corte di Giustizia, sentenza 5 febbraio 1963, causa C -26/62, *Van Gend en Loos*, e giurisprudenza successiva, in eur-lex.europa.eu.

direttiva entro il termine fissato[21].

Tuttavia, anche in queste ipotesi, l'efficacia diretta di una direttiva è limitata ai soli rapporti cd. verticali, ossia a situazioni in cui la relativa disposizione sia invocata da un soggetto privato nei confronti di un soggetto pubblico, ovvero un soggetto privato investito di funzioni pubblicistiche.

D'altra parte, occorre anche tener conto che da tempo parte della dottrina ha ritenuto che gli effetti legati alla disapplicazione, definiti effetti di esclusione, siano da considerarsi distinti da quelli prodotti dalla norma dotata di effetto diretto, definiti, invece, effetti di sostituzione[22].

L'assimilazione tra le due tipologie di effetti, nella prassi applicativa, non pone problemi nella maggior parte dei casi.

Anzi, essa risulta necessaria per evitare che, alla disapplicazione della norma interna in contrasto e all'impossibilità di applicare la norma dell'Unione priva di effetti diretti, faccia seguito un vero e proprio *vulnus* normativo.

Si deve rilevare che nella fattispecie che qui interessa, come visto, l'incompatibilità della disciplina sulla clausola di prelazione è stata dichiarata con particolare riferimento ai principi di parità di trattamento di cui all'art. 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE, in combinato disposto con gli artt. 30 e 41 e con il considerando 68 della direttiva medesima, nonché con il principio di libertà di stabilimento di cui all'art. 49 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

Trattasi di disposizioni non aventi efficacia diretta.

Infatti, procedendo con ordine, l'art. 3, paragrafo 1, della "direttiva concessioni" prevede, con una formulazione decisamente di principio, che "*Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza e proporzionalità*".

Non pare, poi, che neanche gli ulteriori parametri normativi individuati dalla Corte di Giustizia abbiano la capacità di sostituirsi alla normativa interna dichiarata incompatibile e, dunque, di colmare il *vulnus* che l'eventuale sua disapplicazione comporterebbe.

---

[21] Sul tema cfr. Corte di Giustizia, sentenza 1 dicembre 1974, causa C-41/74, *Yvonne Van Duyn contro Home Office*, e giurisprudenza successiva, in eur-lex.europa.eu.

[22] Molti Avvocati Generali e una parte consistente della dottrina hanno sostenuto la distinzione tra l'effetto di esclusione, prodotto dal primato del diritto europeo su quello interno, e l'effetto di sostituzione, generato dall'efficacia diretta degli atti di diritto europeo: in questo senso si v. le conclusioni dell'avv. gen. Léger, dell'11 gennaio 2000, causa C-287/98, Linster, ECLI:EU:C:2000:3, punto 57; dell'avv. gen. Ruiz- Jarabo Colomer, del 6 maggio 2004, causa C-397/01, Pfeiffer, ECLI:EU:C:2003:245; dell'avv. gen. Kokott, del 14 ottobre 2004, alla causa Berlusconi, cit., ECLI:EU:C:2004:624. Ma sul tema cfr. anche G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, 2023, pp. 306 ss.; T. K. LENAERTS, T. CORTHAUT, *Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law*, in *European Law Review*, 2006, fasc. n. 3, p. 287 ss.; T. TRIDIMAS, *Blackwhite and shades of grey. Horizontality of the directives revisited*, in *Yearbook of European law*, 2002, vol. 21, 327 ss.; P.V. FIGUEROA REGUEIRO, *Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism to the Case-law of 'Horizontal' Direct Effect of Directives*, in *Jean Monnet Working Paper*, 2002, fasc. n. 7.

Nello specifico, l'art. 30 della "direttiva concessioni" pone i principi generali per l'aggiudicazione delle concessioni[23], mentre il successivo art. 41 pone la disciplina sui criteri di aggiudicazione[24].

Per quel che qui maggiormente interessa, il paragrafo 3, secondo comma, della disposizione da ultimo citata, prevede l'amministrazione aggiudicatrice può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto del ricevimento di una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali e che non avrebbe potuto essere prevista nonostante la sua diligenza: in tali casi l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a informare tutti gli offerenti dell'avvenuta modifica dell'ordine di importanza di tali criteri e a pubblicare un nuovo invito a presentare offerte o, a seconda dei casi, un nuovo bando di concessione.

Pur se tale ultima previsione parrebbe poter avere efficacia diretta, l'ipotesi ivi prevista, come è stato rilevato dalla Corte di Giustizia nella sentenza in commento,

---

[23] L'art. 30 della "direttiva concessioni" così statuisce:

"1. *L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario fatto salvo il rispetto della presente direttiva.*

2. *La concezione della procedura di aggiudicazione della concessione deve rispettare i principi enunciati nell'articolo 3. In particolare, nel corso della procedura di aggiudicazione della concessione, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore non fornisce in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati candidati o offerenti rispetto ad altri.*

3. *Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di contratti di concessione, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X.*

4. *Alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati conformemente all'articolo 48 per modificare l'elenco di cui all'allegato X, quando ciò si dimostra necessario per aggiungere nuovi accordi internazionali ratificati da tutti gli Stati membri o quando gli accordi internazionali vigenti cui si fa riferimento non sono più ratificati da tutti gli Stati membri o sono altrimenti modificati, ad esempio a livello di ambito di applicazione, contenuto o denominazione.*".

[24] L'art. 41 della "direttiva concessioni" così statuisce:

"*1. Le concessioni sono aggiudicate sulla base di criteri oggettivi che siano conformi ai principi di cui all'articolo 3 e assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore.*

2. *I criteri di aggiudicazione sono connessi all'oggetto della concessione e non attribuiscono una incondizionata libertà di scelta all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore. Essi possono includere, tra l'altro, criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione. Tali criteri sono accompagnati da requisiti che consentono di verificare efficacemente le informazioni fornite dagli offerenti. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore verifica la conformità effettiva delle offerte ai criteri di aggiudicazione.*

3. *L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore elenca i criteri in ordine decrescente di importanza. In deroga al primo comma, se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista da un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore diligente, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di tale soluzione innovativa. In tal caso, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore informa tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza ed emette un nuovo invito a presentare offerte tenuto conto dei termini minimi di cui all'articolo 39, paragrafo 4. Se i criteri di aggiudicazione sono stati pubblicati al momento della pubblicazione del bando di concessione, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore pubblica un nuovo bando di concessione nel rispetto dei termini minimi di cui all'articolo 39, paragrafo 3. La modifica dell'ordine non deve dar luogo a discriminazioni.*"

presuppone la ricezione "*non già di una proposta diretta ad attuare una procedura come la procedura di finanza di progetto, bensì, praticamente, di un'offerta rivolta all'amministrazione aggiudicatrice in risposta a una gara d'appalto*"[25].

Per tali motivi, la fattispecie di cui all'art. 41 della direttiva concessioni non è assimilabile a quella prevista dall'art. 193 del Codice dei contratti pubblici e, dunque, non potrebbe utilmente sostituirsi alla normativa interna sul diritto di prelazione dichiarata incompatibile.

In definitiva, nessuno dei parametri di riferimento identificati dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato e rimessi al vaglio della Corte di Giustizia, posseggono efficacia diretta e, per conseguenza, astrattamente nessuno di essi potrebbe colmare il *vulnus* normativo, derivante dalla sentenza della Corte di Giustizia che statuisce l'incompatibilità del diritto di prelazione di cui all'istituto della finanza di progetto con l'ordinamento unionale.

Ciò premesso in termini strettamente dogmatici, deve evidenziarsi che talvolta il solo effetto di esclusione – derivante dalla mera disapplicazione della disposizione interna, senza che a ciò segua la sua sostituzione con la disposizione europea dotata di effetti diretti – sarebbe in grado di offrire una tutela efficace ai singoli, anche qualora ciò comporti il generarsi di un *vulnus* normativo[26].

Tale prospettiva, del resto, è stata fatta propria anche dalla prima giurisprudenza amministrativa successiva alla sentenza della Corte di Giustizia, 5 febbraio 2026, C-810/24, *Urban Vision*[27].

In tale prospettiva, il giudice nazionale eventualmente adito al fine di ottenere l'annullamento degli atti di una procedura di finanza di progetto procede alla disapplicazione della normativa interna e, per l'effetto, non potrebbe che annullare gli atti di gara in diretta applicazione della sentenza della Corte di Giustizia, anche ove a ciò non segua la sostituzione di una disposizione unionale dotata di effetti diretti.

A questo punto, al fine di investigare gli effetti di una sentenza che si pronunci su una domanda di annullamento degli atti di una procedura di finanza di progetto, per violazione della normativa europea citata, così come recentemente interpretata dalla Corte di Giustizia, occorre distinguere due ipotesi[28].

---

[25] Così Corte di Giustizia, sentenza 5 febbraio 2026, C-810/24, *Urban Vision*, punto 55, in eur-lex.europa.eu.

[26] Sul tema cfr. G. DI FEDERICO, *Il recepimento delle direttive nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in G. DI FEDERICO, C. ODONE (a cura di), *Il recepimento delle direttive dell'Unione europea nella prospettiva delle regioni italiane. Modelli e soluzioni*, Napoli, 2010, p. 50.

[27] Il riferimento è alle sentenze T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 3 marzo 2026, n. 1508; Consiglio di Stato, Sez. V, 14 maggio 2026, n. 3805; T.A.R. per la Lombardia, Brescia, Sez. II, 18 maggio 2026, n. 669.

[28] Per approfondire il tema degli effetti di una sentenza della Corte di Giustizia resa a seguito di rinvio pregiudiziale di interpretazione sui provvedimenti interni cfr. M. BUCCARELLA, *I conflitti dell'azione amministrativa con il diritto dell'Unione europea. Quali rimedi per i provvedimenti amministrativi antieuropei?*, in *Eurojus*, 2024, fasc. n. 3, p. 40-60, nonché L. PASSARINI, *Gli effetti dell'incompatibilità con il diritto dell'Unione sui provvedimenti amministrativi*, in *Il Diritto Amministrativo*, 2022; V. A. CORRERA, *Natura ed effetti delle sentenze*

Infatti, occorre distinguere l'ipotesi che la disposizione interna incompatibile col diritto comunitario, sia interpretata quale norma di riconoscimento ovvero norma di disciplina delle modalità di esercizio del potere esercitato dall'amministrazione nel caso concreto.

Rimane evidente che nell'ipotesi in cui venga meno una norma attributiva del potere, l'esercizio dello stesso condurrà ad una ipotesi di nullità; nel diverso caso in cui rimanga ferma la competenza dell'amministrazione, l'eventuale disapplicazione condurrebbe ad una mera illegittimità dell'atto[29].

Dal punto di vista processuale, ciò comporta rilevanti differenze.

Infatti, se, da una parte, la domanda volta all'accertamento della nullità può essere proposta entro il termine di decadenza di centottanta giorni e può sempre essere opposta in giudizio dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice, dall'altra la domanda volta all'annullamento dell'atto può essere proposta entro 60 giorni.

Da ciò deriva che se l'atto nullo è inefficace di diritto e viene dunque considerato *tamquam non esset*, l'atto annullabile è comunque idoneo a produrre i suoi effetti, i quali permangono nell'ordinamento giuridico, almeno fino a quando non ne venga dichiarata l'illegittimità in via giudiziale.

Nel caso che ci occupa, non pare la disciplina del diritto di prelazione di cui alla procedura della finanza di progetto attribuisca un potere all'amministrazione, ma piuttosto che ne disciplini le modalità di esercizio.

Infatti, ivi si regolamenta una modalità di scelta del contraente che prevede e delimita l'ipotesi in cui si possa riconoscere un vantaggio competitivo al concorrente più avveduto che abbia proposto una soluzione progettuale all'amministrazione che possa soddisfare un'esigenza della cittadinanza.

In ogni caso, si badi che in entrambi i casi permane il limite dei diritti quesiti.

Sul tema è stato sancito che il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, costituisce corollario del principio di certezza delle situazioni giuridiche

Da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo[30].

In altre parole, il principio della certezza nei rapporti giuridici non determina che

pregiudiziali della Corte di giustizia, Napoli, 2023, p. 11 ss.; A. MAFFEO, *Gli effetti della sentenza pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 265 ss.

[29] In questo senso cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 12 marzo 2025, n. 2052; Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 dicembre 2023, n. 11301; Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 29 novembre 2023, n. 10303; Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 07 agosto 2023, n. 7609, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

[30] In questo senso si v. Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 20.11.2024, n. 9338, in www.giustizia-amministrativa.it.

ISSN 2036-7821

questi, una volta esauriti, debbano essere messi nuovamente e continuamente in discussione per effetto di una sentenza della Corte di Giustizia che sancisca l'incompatibilità di un determinato atto con la normativa europea.
Anche tali principi, come si avrà modo di esporre più compiutamente *infra*, sono stati recentemente ribaditi dalla prima giurisprudenza successiva alla sentenza della Corte di Giustizia in parola, chiamata ad applicare i principi di diritto ivi espressi.
In ultima istanza, seppure non sembri applicabile la fattispecie concreta, soprattutto a seguito delle prime pronunce giurisprudenziali sul tema, deve rilevarsi che, nell'ipotesi in cui il giudice ritenga di non poter disapplicare la normativa interna, egli potrà rivolgersi alla Corte costituzionale, domandando la verifica dell'illegittimità della norma nazionale con l'ordinamento unionale, per il tramite degli artt. 11 e 117 della Costituzione.
In tale evenienza, la Corte costituzionale, ove ritenga fondato il dubbio di compatibilità, potrà dichiarare l'incostituzionalità della disciplina del diritto di prelazione, con conseguente espunzione della stessa dall'ordinamento.
Una sentenza di dichiarazione dell'illegittimità costituzionale dell'art. 193 del Codice dei Contratti Pubblici esplicherebbe, sui provvedimenti amministrativi, i medesimi effetti esposti *supra* con riferimento alla disapplicazione in quanto, come per quest'ultima, anche l'eliminazione della norma comporterebbe l'illegittimità dell'atto su di essa fondato[31].
Tale problematica è stata affrontata dal Consiglio di Stato in una prospettiva sistematica[32], secondo la quale, richiamato l'indirizzo dell'Adunanza plenaria 8 aprile 1963, n. 8, "*il punto di equilibrio raggiunto tra l'interesse generale alla legalità costituzionale e la natura del giudizio amministrativo impugnatorio*", è sorretto dai seguenti passaggi logico giuridici:
a) "*dalla carenza in astratto del potere esercitato deriva, per pacifica giurisprudenza civile ed amministrativa, la nullità del provvedimento che ne costituisce estrinsecazione*";
b) "*le sentenze di incostituzionalità producono effetti retroattivi erga omnes, con il limite dei rapporti esauriti*";
c) "*il provvedimento emanato in applicazione di una norma dichiarata incostituzionale dà luogo ad una fattispecie di invalidità 'sopravvenuta' o 'derivata', che non attribuisce al giudice amministrativo la indiscriminata disponibilità del provvedimento*"; "*gli effetti della pronuncia di incostituzionalità sul giudizio amministrativo si diversificano a seconda che la norma scrutinata dal giudice delle leggi attribuisca all'amministrazione il potere ovvero ne regoli i modi di esercizio*", poiché "*nel primo caso il giudice può procedere all'annullamento*

[31] Per un approfondimento sul tema degli effetti della sentenza della Corte costituzionale sul provvedimento amministrativo cfr. L. PASSARINI, *Gli effetti del giudicato costituzionale sul provvedimento amministrativo*, in *Il Diritto Amministrativo*, 2022.
[32] Il riferimento è a Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 30 novembre 2010 n. 8363, in www.giustizia-amministrativa.it.

ISSN 2036-7821

officioso del provvedimento sottoposto ritualmente al suo sindacato", mentre "*nel secondo caso, invece, potrà farlo solo se il ricorrente abbia articolato, nella sostanza, una censura avente ad oggetto il cattivo esercizio della funzione pubblica regolato dalla norma poi eliminata dalla Consulta (e pur se il ricorrente non abbia esplicitato una questione di legittimità costituzionale di una siffatta norma 'procedimentale')*".

In definitiva "*Si deve quindi ritenere che nel provvedimento con cui si sia fatta applicazione di una norma dichiarata incostituzionale sopravvenga un'invalidità in relazione alla quale:*

d) il giudice dispone l'annullamento dello stesso provvedimento, in quanto nullo per carenza di potere sopravvenuta, se detta norma è attributiva del potere amministrativo (cfr. Cons. Stato sez. VI, n. 5058/2009, cit.), a prescindere dagli specifici motivi del gravame;

e) mentre, da tali motivi il giudice non può prescindere, occorrendo che l'interessato abbia dedotto in merito all'illegittimità costituzionale della norma, pur senza prospettare una questione di legittimità costituzionale, qualora quest'ultima attenga alle modalità di esercizio del potere amministrativo."[33].

Da quanto ora esposto emerge che, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia 5 febbraio 2026, causa C-810/24, *Urban Vision*, il giudice nazionale – eventualmente adito al fine di ottenere l'annullamento degli atti di una procedura di finanza di progetto nella quale sia stato previsto e/o esercitato il diritto di prelazione – dovrà applicare direttamente il diritto dell'Unione europea, disapplicando il diritto di prelazione in quanto contrastante con il diritto unionale e, per l'effetto, annulla gli atti di gara in diretta applicazione della sentenza della Corte di Giustizia.

IV. (segue) Sugli effetti della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea per l'amministrazione

Come accennato *supra*, l'obbligo di attuare i rimedi utili a garantire il primato del diritto dell'Unione europea e, quindi, la piena efficacia della norma sovranazionale violata, specialmente attraverso l'applicazione del rimedio della disapplicazione, non spetta solo al giudice nazionale, ma anche all'amministrazione.

Infatti, come chiarito dalla Corte costituzionale sulla scorta di quanto precedentemente affermato dalla Corte di Giustizia, "*tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili*"[34].

Trattasi di un principio di recente ribadito dalla Corte di Giustizia in materia di concessioni demaniali marittime, la quale ha confermato che "*l'amministrazione, anche comunale, è tenuta, al pari del giudice nazionale, ad applicare le disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva e a disapplicare le norme del diritto nazionale non*

[33] Così Consiglio di Stato, Sez. I, sentenza 12 aprile 2024, n. 470, in www.giustizia-amministrativa.it.
[34] Così Corte costituzionale, sentenza 4 luglio 1989, n. 389, in www.cortecostituzionale.it.

conformi a tali disposizioni"[35].

Da ultimo, anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha avallato le conclusioni cui è pervenuta la Corte di Giustizia, affermando che "*o si ammette che la legge non è disapplicabile nemmeno dal giudice (ma in questo modo il contrasto con il principio di primazia del diritto dell'Unione diventa stridente) oppure si ammette che l'Amministrazione è "costretta" ad adottare un atto illegittimo, destinato poi ad essere annullato dal giudice, che può fare ciò che la P.A. non ha potuto fare, cioè non applicare la legge nazionale anticomunitaria. Ma immaginare un'Amministrazione "costretta" ad adottare atti comunitariamente illegittimi e a farlo in nome di una esigenza di certezza del diritto (legata all'asserita difficoltà di individuare le direttive self-executing) appare una contraddizione in termini*"[36].

Da ciò deriva che, se, da una parte, la scelta dell'annullabilità per i provvedimenti amministrativi in contrasto con il diritto eurounitario comporta un breve termine per far valere l'invalidità mediante ricorso di fronte al giudice amministrativo, pena l'inoppugnabilità del provvedimento, dall'altra parte, l'intervenuta inoppugnabilità non esclude che l'amministrazione possa rimettere in discussione il rapporto giuridico esercitando il potere di autotutela, quale l'annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21-*nonies* legge 241/1990 o la revoca ai sensi dell'art. 21 *quinquies*[37].

Se tale potere era in passato considerato un obbligo per la pubblica amministrazione, che imponeva di procedere autonomamente alla rimozione dell'atto contrastante con le norme comunitarie, i più recenti arresti della Corte di Giustizia convergono sulla natura tendenzialmente discrezionale dell'annullamento dell'atto assunto in violazione del diritto dell'Unione europea.

Tuttavia, un'ipotesi in cui l'amministrazione rimane obbligata a rivalutare un

[35] Così Corte di Giustizia, sentenza 20 aprile 2023, causa C-348/22, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Commune de Ginosa)*, punto 77, che richiama anche la Corte di Giustizia, sentenza 14 luglio 2016, cause C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa e a.*, punto 43, e Corte di Giustizia, sentenza 10 ottobre 2017, causa C-413/15, *Farrell*, punto 33, tutte in eur-lex.europa.eu.

[36] Così Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenze 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, punto 34.3, in www.giustizia-amministrativa.it.

[37] Come noto, nell'ordinamento interno, l'autotutela decisoria si estrinseca negli istituti dell'annullamento d'ufficio *ex* art. 21-*nonies* e della revoca *ex* art. 21-*quinquies* della legge 7 agosto 1990, n. 241.

In particolare, ai fini dell'annullamento *ex officio* occorre che sia accertata l'illegittimità del provvedimento e che sussista un interesse concreto e attuale alla sua eliminazione, tale da non integrare un mero interesse a ripristinare la (presunta) legalità violata.

La revoca, differentemente dall'annullamento di ufficio, non presuppone vizi di legittimità, riguardando atti viziati "nel merito" giacché divenuti inopportuni per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, per mutamento della situazione di fatto, nonché per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario. In ogni caso, le Amministrazioni, nell'esercizio del potere di autotutela decisoria, incontrano un duplice limite nella stabilità dell'assetto delineato nel provvedimento e nella protezione degli interessi privati potenzialmente lesionati dall'esercizio dell'autotutela.

Per approfondire il tema degli effetti, in particolare per l'amministrazione, di una sentenza della Corte di Giustizia resa a seguito di rinvio pregiudiziale di interpretazione sui provvedimenti interni cfr. M. BUCCARELLA, *op. cit.*, p. 40-60, e L. PASSARINI, *Gli effetti dell'incompatibilità con il diritto dell'Unione sui provvedimenti amministrativi*, in *Il Diritto Amministrativo*, 2022.

ISSN 2036-7821

proprio atto, anche se non necessariamente a doverlo annullare, è individuata nei riguardi della decisione amministrativa confermata da giudicato, in presenza di talune condizioni[38].

In particolare, per la giurisprudenza unionale, a tali fini è necessario che:

a) la decisione sia divenuta definitiva in seguito alla sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza;
b) alla luce della successiva giurisprudenza della Corte di giustizia, tale sentenza risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto europeo;
c) l'interessato, immediatamente dopo essere stato informato di tale nuova giurisprudenza, si sia rivolto all'organo amministrativo competente;
d) l'amministrazione disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di tornare su tale decisione e che tenga comunque conto degli interessi dei terzi.

Inoltre, i giudici di Lussemburgo hanno poi avuto modo di precisare che, ai fini della sussistenza dell'obbligo di riesame di una precedente decisione amministrativa definitiva, non è necessaria la previa deduzione in giudizio di una questione di compatibilità con la normativa europea[39].

I giudici dell'Unione sembrano dunque propendere per una soluzione applicativa che, nel caso di provvedimenti antieuropei, finisce per comprimere l'ampio margine di discrezionalità tradizionalmente riconosciuto all'amministrazione nell'esercizio dell'autotutela.

Si tratta di una soluzione che discenderebbe direttamente dai principi unionali del primato dell'ordinamento sovraordinato e della leale collaborazione, in applicazione dei quali, nel caso di contrasto tra normativa interna e normativa direttamente applicabile dell'Unione, il Paese membro – e, quindi, anche le strutture pubbliche che ne sono diretta emanazione – è tenuto a riconoscere prevalenza alla seconda e, di conseguenza, a utilizzare i poteri di autotutela per garantirvi effettività[40].

Ad ogni modo, considerato che l'obbligo di attuare i rimedi utili a garantire la primazia vige anche nei confronti della Pubblica Amministrazione, ne discende che per le future procedure di gara le stazioni appaltanti saranno obbligate a rispettare le previsioni contenute nella Sentenza della Corte di Giustizia 5 febbraio 2026, causa C-810/24, *Urban Vision*.

Per l'effetto esse non potranno bandire procedure di gara, a seguito della valutazione

[38] In questo senso cfr. Corte di Giustizia CE, sentenza 13 gennaio 2004, C-453/00, *Kühne & Heitz*, in eur-lex.europa.eu. Ma nello stesso senso, a livello nazionale, cfr. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenze 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, punto 40, in www.giustizia-amministrativa.it.

[39] In questo senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Willy Kempter*, in eur-lex.europa.eu. Per un commento a tale pronuncia, si veda F. CORTESE, *Il riesame di decisioni amministrative definitive tra obbligo di cooperazione e certezza del diritto*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2008, p. 1527 ss..

[40] Sul tema cfr. B. G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico*, 2007, fasc. n. 6, p. 1256-1257; D. U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, fasc. n. 1, p. 35 ss.

positiva della proposta presentata dall'operatore economico, che riconoscano il diritto di prelazione a favore del promotore/proponente.
In altre parole, non potranno essere più attuate procedure di finanza di progetto che prevedano il diritto di prelazione.
In definitiva, da quanto illustrato emerge che l'amministrazione, da un lato, non può più bandire procedure di gara che prevedano il diritto di prelazione e, dall'altro, conserva, in ogni caso, la facoltà di procedere all'annullamento degli atti di gara già pubblicati entro i termini e nei limiti stabiliti dalla legge sul procedimento amministrativo, ma non è gravata da un obbligo giuridico di esercitare tale potere, se non al verificarsi delle condizioni poc'anzi illustrate.

V. Sulla procedura d'infrazione

Come si accennava *supra*, pur se la Corte di Giustizia è intervenuta a dichiarare l'incompatibilità del diritto di prelazione di cui alla disciplina della finanza di progetto con la normativa unionale, la procedura d'infrazione avviata nei confronti dell'Italia non perde di interesse rispetto al tema in esame[41].
Al riguardo, se è vero che le due procedure hanno ad oggetto il medesimo istituto della finanza di progetto, è anche vero che l'ampiezza delle relative censure è certamente differente.
Infatti, se la questione pregiudiziale interpretativa sollevata dal Consiglio di Stato ha avuto ad oggetto la sola figura del diritto di prelazione, la procedura d'infrazione ha ad oggetto l'istituto della finanza di progetto nel suo complesso, sotto plurimi profili.
Da ciò deriva che la sentenza della Corte di Giustizia, la quale ha dichiarato l'incompatibilità della figura del diritto di prelazione, non risolve tutte le contestazioni mosse da parte della Commissione europea.
Pertanto, pur se limitatamente a tale profilo potrebbe ritenersi risolta ogni questione di incompatibilità, per i restanti profili la procedura potrebbe dover proseguire.

---

[41] Il riferimento è alla procedura d'infrazione INFR(2018)2273. Per un approfondimento sull'istituto della procedura d'infrazione, con specifico riferimento alla funzione della fase precontenziosa e all'inquadramento giuridico della lettera di messa in mora, si v. C. BURELLI, *La discrezionalità della Commissione europea nelle procedure di infrazione*, Torino, 2024, p. 175 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino,2024, IV ed., p. 326-329; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell' Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE; F.FERRARO, vol. I, IV ed., Napoli, 2023, p. 434 ss.; M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *La procedura di infrazione dieci anni dopo Lisbona*, in *Federalismi*, 2020, fasc. n. 19, p. 217-300; R. MASTROIANNI (a cura di), *Il diritto processuale dell'Unione europea*, Torino, 2025, p. 121 ss.. Per alcuni contribuiti più risalenti si v. anche C. PENNACCHIETTI, *Il precontenzioso*, in G. DI COSIMO (a cura di), *L'Italia inadempiente. La difficile attuazione del diritto europeo in materia ambientale*, Padova, 2012, p. 165 ss.; C. AMALFITANO, *La procedura di "condanna" degli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 13 ss.; G. GRECO, *Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 705 ss.; F. GENCARELLI, *La Commissione "custode del Trattato": il controllo dell'applicazione del diritto comunitario negli Stati membri*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2004, fasc. n. 2, pp. 231 ss.; P. MORI, *Profili problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte di giustizia di condanna degli Stati membri ex art. 260 TFUE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, fasc. n. 2, p. 427 ss.

Fatta questa necessaria premessa, appare utile illustrare, seppur brevemente le contestazioni mosse dall'istituzione europea, al fine di poterne apprezzare le differenze rispetto a quelle sollevate dal Consiglio di Stato ed in parte condivise dalla Corte di Giustizia.

Con specifico riferimento alla procedura di infrazione, la Commissione ha evidenziato che la fase preliminare di selezione del progetto da porre a base di gara, se considerata autonomamente rispetto alle successive fasi procedimentali, possa essere qualificata come una procedura di affidamento avente ad oggetto la predisposizione di un progetto.

Tuttavia, si ammette che, se considerata nel suo complesso, la finanza di progetto possa essere considerata come una procedura articolata in più fasi finalizzata all'aggiudicazione contratti di concessione.

Per tali motivi, la Commissione rileva che in entrambe le ipotesi, la procedura della finanza di progetto presenta alcuni profili di criticità.

Infatti, da un lato, qualora la procedura di selezione del progetto da porre a base di gara si volesse considerare individualmente, come avulsa dalle dinamiche delle procedura di evidenza pubblica e assimilata a un processo di definizione dell'interesse pubblico in collaborazione con il soggetto privato, nell'ambito del quale l'amministrazione è chiamata ad esercitare un più ampio margine di discrezionalità, allora l'esito di tale fase preliminare non potrebbe consistere nell'attribuzione di un vantaggio competitivo determinante al promotore/proponente selezionato nell'ambito della successiva gara.

Dall'altro lato, ove invece si volesse valutare la procedura di affidamento nel suo complesso, come un procedimento volto all'aggiudicazione di una concessione, essa dovrebbe soggiacere interamente alle regole stabilite dalla direttiva 2014/23/UE e dovrebbe garantire dall'inizio alla fine il rispetto delle garanzie procedurali ivi stabilite.

Ancora, la Commissione rileva che la disposizione, nella sua *ratio*, è anche contraria al principio di proporzionalità, il quale impone, in materia di attuazione delle direttive, che le misure adottate dagli Stati membri o dalle amministrazioni aggiudicatrici non eccedano quanto strettamente necessario per il conseguimento degli obiettivi perseguiti.

In altri termini, una regolamentazione nazionale, nonostante i suoi effetti restrittivi sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi, può ritenersi giustificata se risponde a esigenze imperative di interesse generale, purché tali esigenze non siano già tutelate da altre norme, sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non ecceda quanto necessario a tal fine[42].

In definitiva, sebbene la Commissione riconosca che la direttiva 2014/23/UE consente

[42] Sul tema cfr. Corte di Giustizia, sentenza 22 novembre 2018, C-625/17, *Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank*, e sentenza 15 settembre 2011, C-347/09, *Dickinger e Ömer*, entrambe in eur-lex.europa.eu.

l'inclusione tra i criteri di aggiudicazione di criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione[43], tuttavia ritiene, da un lato, che l'applicabilità della finanza di progetto non presuppone in alcun modo che la proposta avanzata da un promotore sia innovativa, e, dall'altro, che non si individua alcun nesso di causalità tra i vantaggi concessi al promotore/proponente e la promozione di soluzioni innovative, nonché gli obiettivi ambientali e sociali asseritamente perseguiti dalla misura.
Tanto più se si considera che l'ordinamento degli Stati membri e dell'Unione, comprende un'ampia gamma di strumenti notevolmente meno restrittivi per raggiungere i medesimi obiettivi.
Infatti, la Commissione, rileva che per promuovere gli investimenti privati e la partecipazione di tutti gli operatori economici interessati alle fasi preparatorie delle offerte, nonché per incoraggiare lo sviluppo di soluzioni innovative e il perseguimento di obiettivi ambientali e sociali, le amministrazioni aggiudicatrici possono ispirarsi alle procedure a tal fine delineate dalla direttiva 2014/24/UE, tra le quali i partenariati per l'innovazione (articolo 31), i dialoghi competitivi (articolo 30) e procedure competitive con negoziazione (articolo 29), utili proprio nei casi in cui non sono in grado di predeterminare come soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche.
La Commissione Europea, poi, censura l'istituto della finanza di progetto, oltre che nella sua interezza e con riferimento al principio di proporzionalità, anche sotto ulteriori profili critici che si riferiscono alle due macrofasi della procedura, ossia la individuazione del progetto da porre a base di gara e la procedura di gara per l'aggiudicazione del contratto di concessione.
Relativamente alla prima fase, la Commissione ritiene la procedura di

[43] In particolare, il considerando 73 della direttiva 2014/23/UE prevede che "*Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori dovrebbero valutare le offerte sulla base di uno o più criteri di aggiudicazione. Per garantire trasparenza e parità di trattamento, i criteri per l'aggiudicazione delle concessioni dovrebbero sempre rispettare alcune norme di carattere generale. Tali norme possono fare riferimento a fattori di carattere non puramente economico ma tali da influenzare il valore di un'offerta dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e da permettere di individuare un vantaggio economico globale per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore. I criteri dovrebbero essere comunicati in anticipo a tutti i potenziali candidati od offerenti, dovrebbero riguardare l'oggetto del contratto e non dovrebbero lasciare all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore una libertà di scelta incondizionata. Essi dovrebbero inoltre permettere una concorrenza effettiva e andrebbero accompagnati da requisiti che consentano di verificare efficacemente le informazioni fornite dagli offerenti. Dovrebbe essere possibile includere nei criteri di aggiudicazione, tra l'altro, criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori dovrebbero inoltre indicare i criteri di aggiudicazione in ordine decrescente di importanza in modo da garantire la parità di trattamento dei potenziali offerenti consentendo loro di conoscere tutti gli elementi di cui tener conto al momento della preparazione delle loro offerte.*
In casi eccezionali in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista da un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore diligente, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore dovrebbe poter modificare, in via eccezionale, l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tener conto delle nuove possibilità offerte da detta soluzione innovativa, purché tale modifica garantisca la parità di trattamento di tutti gli offerenti attuali o potenziali emettendo un nuovo invito a presentare offerte o, se opportuno, pubblicando un nuovo bando di concessione".

individuazione del progetto da porre a base di gara violi la normativa europea nella misura in cui, da un lato, non presta le adeguate garanzie procedurali a presidio dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, lasciando invece uno spazio troppo ampio alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice, e, dall'altro, non impone la previa trasmissione di un bando conforme ai modelli stabiliti all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea[44].

In materia di pubblicità, inoltre, la Commissione rileva che la pubblicazione delle proposte o dell'invito a presentare progetti nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito istituzionale non costituisce un bando di concessione conforme all'art. 31 della direttiva 2014/23/UE, secondo cui *"le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che intendono aggiudicare una concessione rendono nota tale intenzione per mezzo di un bando di concessione"*, e non garantisce un livello di pubblicità e trasparenza equivalente a quello richiesto ai sensi delle direttive sui contratti pubblici, che impongono invece la trasmissione dei bandi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea per la loro pubblicazione nella relativa sezione della Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea.

Con riguardo, poi, alla successiva fase della procedura di gara per l'aggiudicazione del contratto di concessione, la Commissione ritiene che il d.lgs. n. 36/2023 violi i principi di parità di trattamento e non discriminazione nella misura in cui prevede, da una parte, l'obbligo per l'ente concedente di prevedere nel bando di gara un diritto di prelazione a favore del promotore/proponente e, dall'altra, il diritto per il medesimo, ove risultasse non aggiudicatario, al pagamento, a carico dell'effettivo aggiudicatario, delle spese per la predisposizione della proposta, senza che vi sia alcun meccanismo imparziale per la quantificazione effettiva delle stesse.

In definitiva, la Commissione contesta l'istituto della finanza sotto plurimi aspetti, nel suo complesso e con riferimento a singoli aspetti di entrambe le fasi della relativa procedura di aggiudicazione, in relazione a diverse disposizioni della direttiva sulle concessioni.

---

[44] Più nello specifico, la Commissione contesta che la procedura in parola non presta le garanzie procedurali minime richieste ai sensi dell'art. 37 della direttiva 2014/23/UE, il quale prevede esplicitamente che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore indichino *"nel bando di concessione, nell'invito a presentare offerte o negli altri documenti di gara, una descrizione dei criteri di aggiudicazione e, se del caso, i requisiti minimi da soddisfare"*.

L'art. 193 del Codice dei Contratti, infatti, non impone un esplicito obbligo in capo all'amministrazione di inserire, in sede di pubblicazione delle proposte ricevute o dell'avviso, una descrizione dei criteri di aggiudicazione.

Ad avviso della Commissione, tale lacuna non sarebbe colmata neanche dall'obbligo di svolgere la valutazione delle proposte sulla base dei principi generali del Codice, in quanto i criteri di aggiudicazione dovrebbero essere comunicati agli offerenti in anticipo di modo da assicurare la rispondenza alle previsioni dell'articolo 41 della direttiva 2014/23/UE, il quale stabilisce che le concessioni siano aggiudicate sulla base di criteri oggettivi che siano conformi ai principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva.

ISSN 2036-7821

Ciò premesso, come è noto, la procedura d'infrazione presenta l'obiettivo di garantire l'effettività dell'attuazione e l'uniformità dell'interpretazione del diritto dell'Unione.

Infatti, a mezzo della procedura d'infrazione, la Commissione europea, istituzione onerata di tutelare gli interessi dell'Unione europea tramite l'attuazione dei trattati, avvia un confronto con il governo di uno Stato membro, nella specie il Ministro degli Affari esteri e della Cooperazione Internazionale, per lamentare la violazione di una norma dell'ordinamento sovranazionale, la quale può consistere nella mancata attuazione di una norma europea oppure in una disposizione o in una pratica amministrativa nazionali che risultano con essa incompatibili.

Tale procedura è divisa in due fasi.

La fase pre-contenziosa, la prima, è caratterizzata dalla lettera di messa in mora, nella quale è mossa una prima contestazione degli addebiti e alla quale lo Stato può rispondere facendo valere gli argomenti di fatto e di diritto posti a fondamento delle decisioni contestate, e dal parere motivato, nel quale sono indicate le infrazioni che si ritengono commesse, gli elementi di fatto e di diritto che ne sono alla base, nonché il termine entro il quale lo Stato deve porre fine alla sua infrazione.

La *ratio* di tali passaggi è ravvisabile nell'esigenza di garantire al massimo il contraddittorio, al fine di trovare una soluzione stragiudiziale.

A questa segue la fase contenziosa, solamente eventuale, attraverso la quale la Commissione può adire la Corte di Giustizia affinché quest'ultima verifichi che lo Stato membro non si sia adeguato al parere motivato o non lo abbia fatto nel termine indicato dalla Commissione.

Per quel che maggiormente interessa, nella fase contenziosa, la Corte di giustizia, qualora constati l'esistenza di un'infrazione, emana una sentenza di mero accertamento della violazione in cui lo obbliga a dare esecuzione alla sentenza mettendo fine all'illecito, pur non potendo indicare le misure necessarie per far cessare l'inadempimento.

Trattasi, dunque, di una procedura connotata da una certa discrezionalità politica, in cui le Istituzioni nazionali e sovranazionali interagiscono al fine di porre rimedio a una violazione del diritto europeo.

La funzione propria di una sentenza di tale natura è infatti quella di consentire alla Commissione di avviare una seconda procedura d'infrazione, consequenziale alla prima, avente ad oggetto la violazione dell'obbligo di eseguire la sentenza di accertamento dell'inadempimento dello Stato membro.

Tale seconda procedura si caratterizza per una maggiore incisività, poiché, ove lo Stato membro non si sia conformato alla sentenza d'inadempimento emessa ai sensi dell'art. 258 del TFUE e non fornisca idonee giustificazioni in risposta alla successiva lettera messa in mora, la Commissione può deferirlo al giudizio della Corte di Giustizia e chiedere l'irrogazione di una sanzione senza necessità di dover avviare

una nuova fase precontenziosa.
Nella maggiore parte dei casi, tuttavia, lo Stato membro provvede ad adeguarsi a quanto rilevato dalla Commissione europea già nella fase precontenziosa della prima procedura d'infrazione e, dunque, prima che la Corte di Giustizia giunga a emanare una sentenza con la quale accerti l'inadempimento dello Stato membro.
Tuttavia, nell'ipotesi in cui lo Stato membro non si adegui alle prescrizioni contenute nel parere motivato o non lo faccia in tempo utile, un'eventuale sentenza di accertamento dell'infrazione potrebbe, in astratto, esperire effetti anche nei confronti dei giudici o dell'amministrazione nazionale[45].
Infatti, pur trattandosi di una mera sentenza dichiarativa che, come tale, non impone alcun obbligo diretto nei confronti dei soggetti nazionali diversi dal legislatore, non può escludersi la produzione di effetti indiretti, in parte sovrapponibili a quelli propri delle sentenze pregiudiziali di interpretazione.
Ciò avverrebbe, in particolare, nella ipotesi in cui il giudice europeo non si limiti ad accertare l'inadempimento dello Stato membro ma si spinga a condividere la sussistenza dell'antinomia tra normativa interna e la normativa europea.
In tal caso, la sentenza esplicherebbe effetti paragonabili ad una sentenza pregiudiziale d'interpretazione.
Ciò in quanto, come accennato *supra* e come specificato dalla Suprema Corte di Cassazione, "*le sentenze della Corte di Giustizia posseggono il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità*"[46].
La Corte prosegue affermando che "*Tale efficacia va riconosciuta a tutte le sentenze della Corte di Giustizia, sia pregiudiziali ai sensi dell'art. 177 del Trattato* [n.d.r.: il riferimento è al Trattato CEE, ora art. 267 T.F.U.E.] *(Corte Cost. n. 113/85), sia che siano emesse in sede contenziosa ai sensi dell'art. 169 dello stesso Trattato* [n.d.r.: ora art. 258 T.F.U.E.] *(Corte Cost. n. 389/89, come la precedente richiamata da Corte Cost. n. 168/91)*".
Da ciò discende che ove la Corte di Giustizia in sede di accertamento dell'inadempimento dello Stato membro si spinga ad interpretare il diritto unionale, giungendo a delinearne "*il significato ed i limiti di applicazione*", una simile interpretazione potrà assumere eventualmente valore vincolante anche nei confronti dei giudizi nazionali.
Si consideri che ciò accade soventemente poiché, al fine di verificare la capacità delle misure introdotte dallo Stato membro a superare le criticità sollevate dalla Commissione nella prima fase precontenziosa, il giudice dovrà verificarne la compatibilità con l'ordinamento europeo.
Ove, poi, ritenga che il diritto interno e quello europeo siano incompatibili, emetterà

[45] Sul tema si v. G. GRASSO, *op. cit.*, pp. 525-544.
[46] Così Cassazione civile, Sez. III, sentenza 2 marzo 2005, n. 4466, in www.italgiure.giustizia.it.

ISSN 2036-7821

una sentenza di inadempimento nei confronti dello Stato membro per non aver esso rimediato alle criticità mosse dalla Commissione.
In definitiva, alla luce delle considerazioni sopra svolte, si può concludere che, ove la Corte di Giustizia, adita mediante ricorso per inadempimento, si spinga ad interpretare il diritto europeo in senso difforme a quello statale, allora una tale pronuncia sarà idonea a spiegare effetti nell'ordinamento interno e, dunque, tale interpretazione sarà vincolante anche per il giudice nazionale; nella residuale ipotesi in cui, invece, tale interpretazione non avvenga, ma il giudice europeo si limiti ad accertare l'inadempimento, allora, mancando un'interpretazione contraria del diritto europeo a quello statale, il giudice nazionale non subirà alcun effetto.

VI. Conclusioni

In conclusione, da quanto illustrato emerge come persistano numerosi dubbi circa la sopravvivenza dell'istituto della finanza di progetto a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea illustrata.
Le amministrazioni e i giudici nazionali sono ora chiamati a valutare gli effetti della pronuncia della Corte di Giustizia sui procedimenti o sui giudizi in corso.
Si è detto che per il giudice nazionale eventualmente adito al fine di ottenere l'annullamento degli atti di una procedura di finanza di progetto, la sentenza della Corte di Giustizia potrebbe determinare tanto un obbligo di interpretazione conforme, quanto di disapplicazione, ovvero anche di rinvio alla Corte costituzionale.
In ognuna di tali ipotesi, gli effetti sui procedimenti amministrativi e sui giudizi in corso variano in dipendenza dello stato del procedimento e della pendenza dei termini di impugnativa.
Andando oltre il dato meramente dogmatico, si è ritenuto di poter concludere che la via più verosimilmente percorribile sia quella della disapplicazione della normativa nazionale contrastante con quella europea, in forza dell'obbligo di applicazione diretta del diritto dell'Unione europea.
Sul punto, i giudici nazionali e l'amministrazione dovranno adeguarsi alla sentenza della Corte di Giustizia e disapplicare la norma interna sul diritto di prelazione nell'ambito delle procedure di finanza di progetto, non potendo, per l'effetto, più riconoscere il diritto di prelazione a favore dei promotori di iniziative di finanza di progetto, non solo con riferimento alle procedure da avviare, bensì anche a quelle già avviate, ai sensi del Codice dei Contratti Pubblici attualmente vigente.
D'altro lato, si sono anche analizzati gli effetti della sentenza della Corte di Giustizia con riferimento al potere di autotutela dell'amministrazione.
Sotto tale profilo, si è visto che l'amministrazione conserva, in ogni caso, la facoltà di procedere all'annullamento degli atti di gara entro i termini e nei limiti stabiliti dalla legge sul procedimento amministrativo, ma non è gravata da un obbligo giuridico di

ISSN 2036-7821

esercitare tale potere.

Le tesi ora esposte sono state peraltro avvalorate dal Consiglio di Stato[47], pronunciatosi nel giudizio di rimessione a seguito della sentenza della Corte di Giustizia.

In quella sede, i giudici del rinvio hanno riconosciuto che il giudice nazionale è tenuto a non riconoscere "*al promotore di una procedura di finanza di progetto un diritto di prelazione che gli consente, nell'ipotesi in cui il contratto di cui trattasi non gli sia stato inizialmente aggiudicato, di adeguare la sua offerta a quella dell'aggiudicatario inizialmente prescelto e di ottenere così l'aggiudicazione di tale contratto*" e, quindi, a non applicare la disciplina interna della finanza di progetto nella parte in cui prevede il diritto di prelazione, perlomeno nella cornice del D.lgs. n. 50/2016.

Inoltre, la decisione introduce una precisazione di grande rilievo per gli operatori: il contrasto con il diritto europeo costituisce un vizio di annullabilità, non di nullità: da ciò discende che per ottenere l'annullamento della determina di aggiudicazione, l'operatore economico interessato deve impugnarla nel termine di 30 giorni, non potendo essere dichiarato dal giudice d'ufficio[48].

Ulteriormente, la giurisprudenza, non solo amministrativa, ha offerto interessanti spunti interpretativi nell'applicazione del principio di diritto formulato dalla Corte di Giustizia.

Nello specifico, la Corte dei Conti[49], interrogata dai Comuni di Cattolica e Riccione sulla disciplina applicabile nell'ambito di una procedura di finanza di progetto a seguito delle criticità emerse in ambito europeo, ha avuto modo di chiarire che "*in considerazione dell'autonomia strutturale delle diverse fasi e subfasi di cui si compone la procedura di project financing, come regolata dall'art. 193 del Codice dei contratti pubblici, il principio del "tempus regit actum" deve essere valutato in relazione agli specifici atti adottati in ciascuna di dette fasi, così che l'affidamento del promotore, per quanto meritevole di considerazione, non assume carattere assoluto e deve essere bilanciato con il rispetto del quadro sovraordinato*"; con la conseguenza che, anche laddove sia stato riconosciuto il citato diritto di prelazione in favore del promotore all'atto della dichiarazione di pubblico interesse di una data iniziativa, la successiva procedura di gara dovrà essere indetta disapplicando il medesimo diritto in precedenza riconosciuto.

---

[47] Consiglio di Stato, Sez. V, 14 maggio 2026, n. 3805, in www.giustiziaamministrativa.it.

[48] Nel caso di specie, la questione si è posta in quanto il ricorrente aveva impugnato solamente la determina che ha disposto l'aggiudicazione a seguito dell'esercizio del diritto di prelazione e non anche la precedente determina che ha aggiudicato la gara al miglior offerente: pertanto, gli ulteriori atti di gara, non impugnati, sono divenuti incontrovertibili e, per conseguenza, il giudice non ha potuto vagliare eventuali ulteriori profili di illegittimità della procedura di gara, in applicazione del principio della domanda e di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

[49] Il riferimento è a Corte dei Conti, Sezione di controllo dell'Emilia-Romagna, delibere 26 febbraio 2026, nn. 14 e 15, in www.cortedeiconti.it.

Nello stesso senso si è espresso il T.A.R. Napoli[50], il quale, vagliando la legittimità di una procedura di affidamento in finanza di progetto che ancora contemplava il diritto di prelazione, pur se esso non era oggetto di specifica contestazione, ai fini conformativi della successiva riedizione della procedura ha affermato che le statuizioni della Corte di Giustizia dovranno essere tenute in conto, non potendosi applicare la normativa interna in senso difforme a quanto statuito dalla Corte di Giustizia.

Da ultimo, l'obbligo di disapplicazione della clausola di prelazione nella procedura di finanza di progetto è stato ribadito non solo nei confronti del giudice nazionale, ma anche nei confronti dell'amministrazione e, soprattutto, non solo con riferimento al previgente D.lgs. n. 50/2016, oggetto del giudicato della Corte di Giustizia, ma anche all'attuale D.lgs. n. 36/2023[51].

In quel caso, il giudice di prime cure ha confermato la legittimità dell'operato del R.U.P., il quale ha proceduto alla disapplicazione della clausola di prelazione prevista dal vigente art. 193, comma 12, del D.lgs. 36/2023 e dal relativo disciplinare di gara.

Tale sentenza è, inoltre, rilevante per due ulteriori passaggi: in primo luogo riconosce che la disapplicazione della clausola di prelazione non costituisce un atto di autotutela e non integra una revoca, bensì "*costituisce unicamente un doveroso atto di conformazione al diritto eurounitario*" e, in secondo luogo, evidenza che l'autovincolo della stazione appaltante non può impedire la rimozione di clausole incompatibili con il diritto europeo, capaci di produrre effetti pregiudizievoli nei confronti degli altri concorrenti.

In definitiva, i giudici interni, allineandosi a quanto disposto dalla sentenza della Corte di Giustizia, hanno decretato l'eclissi della clausola di prelazione e, forse, anche del relativo istituto della finanza di progetto.

Infatti, dall'obbligo di disapplicazione della clausola di prelazione discenderebbe l'impossibilità, per il promotore/proponente, di applicare l'istituto della finanza di progetto, in maniera tale da conseguirne un qualche effetto utile.

Una delle principali criticità che potrebbero discendere dal mancato riconoscimento del diritto di prelazione è il venir meno dello stimolo per l'operatore privato di intraprendere un rischio imprenditoriale, sviluppando un progetto da proporre alla pubblica amministrazione, se poi non può godere di alcun tipo di vantaggio concorrenziale o economico ove il medesimo progetto venga posto a base di gara.

Tuttavia, in tale ipotesi, potrebbe permanere uno spiraglio applicativo per l'istituto della finanza di progetto.

---

[50] In questo senso T.A.R. per la Campania, Napoli, sez. II, 3 marzo 2026, n. 1508, in www.giustiziaamministrativa.it.

[51] Il riferimento è al T.A.R. per la Lombardia, Brescia, Sez. II, 18 maggio 2026, n. 669, in giustiziaamministrativa.it.

ISSN 2036-7821

Ciò in quanto l'incompatibilità espressa dalla Corte di Giustizia è espressamente riferita al solo istituto della prelazione, non anche al possibile riconoscimento di un rimborso al soggetto promotore/proponente il cui progetto risulti messo a gara e aggiudicato a un'offerente terzo.

In particolare, l'art. 193, comma 12, secondo periodo, del d.lgs. n. 36/2023 riconosce al promotore/proponente il diritto al pagamento, da parte dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta ove risultino avverate due condizioni cumulative: che non sia risultato aggiudicatario e che non eserciti il diritto di prelazione[52].

Allora, considerato che a seguito della sentenza della Corte di Giustizia, il diritto di prelazione non può più essere esercitato e, dunque, il promotore/proponente non lo eserciterà, la prima delle due condizioni esposte non può certamente integrarsi.

Di conseguenza, affinché il promotore/proponente che non risulti aggiudicatario possa avere diritto al pagamento di quanto inizialmente investito per la predisposizione della proposta, sarebbe necessario che si avveri la sola seconda condizione, vale a dire la mancata aggiudicazione del contratto.

In tale prospettiva, se è vero che devono ritenersi inapplicabili le disposizioni relative alla disciplina della finanza di progetto che prevedono l'esercizio del diritto di prelazione o che a ciò vi ricollegano degli effetti giuridici, è altrettanto vero che le differenti disposizioni che prevedono una facoltà dal mancato esercizio del diritto medesimo potrebbero non ritenersi inapplicabili.

In altre parole, la norma certamente condiziona il riconoscimento di tale rimborso al non esercizio del diritto di prelazione, ma il venir meno del diritto medesimo potrebbe anche non comportare automaticamente il venir meno del diritto al rimborso.

D'altra parte, tale specifico indennizzo ha una funzione di mero rimborso delle spese effettivamente sostenute per la predisposizione della proposta dichiarata di pubblico interesse.

Parrebbe muoversi in tale direzione anche la stessa Commissione europea, la quale, nella lettera di messa in mora, non ha esteso la incompatibilità del diritto di prelazione anche al diritto il rimborso alle spese sostenute per la predisposizione della proposta, ma ne ha solamente contestato le modalità di quantificazione, in quanto rimesse integralmente al promotore/proponente non aggiudicatario, seppur nel limite del 2,5% del valore dell'investimento.

Allora, la permanente validità della procedura di selezione del proponente nell'ambito della finanza di progetto ad iniziativa privata – in assenza, allo stato, di determinazioni di senso contrario aventi carattere prescrittivo – e la possibilità che il

[52] La disposizione in parola prevede espressamente che "*Se il promotore ovvero il proponente non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno*".

proponente, in caso di mancata aggiudicazione, possa ancora avere diritto al rimborso delle spese sostenute per la presentazione della proposta dichiarata di pubblico interesse e poi messa in gara, rappresentano argomenti da cui potrebbe discendere la possibilità di salvare l'applicazione dell'istituto della finanza di progetto nell'ordinamento italiano, pur se monco della figura del diritto di prelazione, perlomeno sino alla conclusione della procedura d'infrazione che dovesse eventualmente obbligare lo Stato italiano a rivedere tutta la procedura così come disciplinata.

D'altra parte, bisognerebbe anche valutare se l'operatore economico riterrebbe ancora attraente una procedura siffatta, considerato che lo stesso dovrebbe accollarsi il rischio della redazione di un progetto d'investimento da proporre all'ente concedente, senza la possibilità di ricevere alcun vantaggio competitivo in sede di gara, ma solo, eventualmente, di ricevere il rimborso delle spese ottenute per la redazione del medesimo, sempre che il giudice amministrativo ritenga che tale previsione sia ancora applicabile.

In ipotesi alternativa, l'arresto dettato dalla Corte di Giustizia potrebbe anche costituire l'occasione per assecondare il monito mosso da entrambi i giudici amministrativo ed europeo e stimolare l'utilizzo degli ulteriori strumenti, già previsti sia nell'ordinamento europeo che in quello interno, eppure ancora poco utilizzati, quali il partenariato per l'innovazione, il dialogo competitivo e la procedura competitiva con negoziazione, pensati proprio per promuovere gli investimenti privati e la partecipazione di tutti gli operatori economici interessati alle fasi preparatorie delle offerte, nonché per incoraggiare lo sviluppo di soluzioni innovative e il perseguimento di obiettivi ambientali e sociali, nei casi in cui le amministrazioni non sono in grado di predeterminare le modalità per soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche[53].

[53] Per una disamina generale sulle procedure di scelta del contraente, tra cui quelle indicate, si v. A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *op. cit.*, p. 109 ss.; R. ESPOSITO, *Le procedure di scelta del contraente nei settori ordinari*, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi appalti pubblici, commento al Codice dei Contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) con i nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2024, p. 413 ss.; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di Diritto Amministrativo, Parte Generale e Speciale*, Molfetta, VII Ed., 2023, p. 1413 ss.; A, GIUSTI, *Le procedure di scelta del contraente*, in G. TROPEA (a cura di), *Lineamenti di Diritto dei Contratti Pubblici*, Napoli, 2024, p. 117 ss.; A. LA MARCA, *Le modalità di affidamento*, in L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. ROVELLI (a cura di), *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, 2024, p. 331 ss.; R. DIPACE, *Tipologie di procedimenti*, in S. FANTINI, H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici - Principi e regole in cerca di ordine*, Piacenza, 2023, p. 109 ss. Con particolare riferimento al dialogo competitivo, alla procedura competitiva con negoziazione e al partenariato per l'innovazione si v. M. CORRADINO, *Manuale di diritto amministrativo*, Bari, 2022, p. 556 ss.; A. TRAVI, *Esecuzione del contratto pubblico e debolezza del modello bifasico*, in M. CAFAGNO, C. LEONE, M. BARBERA, M. FAZIO (a cura di), *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità*, Sesto San Giovanni, 2019, p. 41 ss.; L. IANNOTTA, *Il Dialogo Competitivo*, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, p. 441-462; B. RAGANELLI, *Il dialogo competitivo dalla direttiva 2004/18/CE al codice dei contratti: verso una maggiore flessibilità dei rapporti tra pubblico e privato*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2009, fasc. n. 1, p. 127 ss. G.F. LICATA, *Partenariato per l'innovazione*, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, p. 463-477.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Crisi d'impresa e concorrenza: obiettivi convergenti o contrastanti?

di Federico Mastromattei

(Dottore in Giurisprudenza e Dottore magistrale in Economia e Management presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata")

Sommario

1. L'evoluzione dei rapporti tra diritto concorsuale e disciplina antitrust - 1.1. soluzioni estranee al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza funzionali a garantire la permanenza nel mercato delle aziende in crisi – 1.2 Gli interventi del legislatore volti a privilegiare interessi socio-economici diversi da quelli concorrenziali – 2. La nuova concezione del diritto concorsuale e i suoi riflessi sui rapporti con il diritto antitrust – 2.1 L'amministrazione delle grandi imprese in stato di insolvenza – 2.2. Gli strumenti funzionali a garantire il risanamento dell'impresa in crisi contenuti nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – 3. Gli strumenti "speciali" per la permanenza nel mercato delle imprese in crisi – 3.1. Le concentrazioni di salvataggio – 3.2. I cartelli difensivi – 3.3. Gli aiuti di salvataggio – 4. Il recupero degli aiuti di Stato illegali e le sanzioni antitrust alle imprese in crisi – 5. L'attuale assetto dei rapporti tra diritto concorsuale e disciplina antitrust – 5.1 L'importanza del giudizio di meritevolezza in ambito concorsuale – 5.2. L'assenza, quantomeno in astratto, di un vero e proprio conflitto di obiettivi tra diritto concorsuale e disciplina antitrust – 5.3. Le ipotesi di possibile attrito tra finalità concorrenziali e concorsuali – 5.4. Il giudizio di meritevolezza come strumento atto a garantire la coerenza sistematica tra diritto concorsuale e disciplina antitrust – 5.5. Ripristino della parità concorrenziale o salvaguardia del complesso aziendale in crisi a seguito della violazione delle norme antitrust – 6. Riflessioni conclusive.

Abstract

This paper aims to examine the current state of the relationship between corporate crises and competition law, with the goal of identifying potential areas of conflict between the two legal frameworks. The analysis focuses, in particular, on the significance of the assessment made by insolvency proceedings bodies regarding the possibility for the company in crisis to resort to the corporate restructuring tools provided by insolvency law, and on the potential harm that a refusal by the European Commission or the national antitrust authority to approve a merger intended to ensure the rescue of a company in crisis is likely to cause to the objectives pursued by the two legal frameworks.

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

1. L'evoluzione dei rapporti tra diritto concorsuale e disciplina antitrust.

I rapporti tra crisi d'impresa e concorrenza[1], che originariamente sembravano tendere entrambe verso l'obiettivo dell'espunzione dal mercato dell'impresa insolvente, sono divenuti progressivamente più problematici.

Siffatta problematicità è da ascriversi, da un lato, all'evoluzione del diritto concorsuale, sempre più orientato a garantire, ove possibile, la conservazione dell'azienda insolvente piuttosto che la relativa liquidazione[2] e, dall'altro, all'emersione della crisi congiunturale del 2008, a seguito della quale parte della dottrina economica e giuridica si è espressa con sfavore nei confronti dell'impiego delle le politiche antitrust[3] quali strumenti volti al superamento delle fasi di

[1] Sullo sviluppo dei rapporti tra crisi d'impresa e concorrenza, si v. i contributi di V. MINERVINI, *Insolvency, Competition and the Theory of the Firm*, in 32 *European Business Law Review*, 2021, 743 ss.; ID. *Insolvenza e mercato. Itinerari per la modernizzazione delle discipline sulla crisi d'impresa*, Napoli, 2018; ID. *Disciplina delle crisi e diritto della concorrenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, in cui l'Autore, alle pp. 305-306, ha efficacemente sottolineato come il rapporto tra le due discipline si svolga "*secondo uno sviluppo di linee tematiche caratterizzato da (parziali) armonie, ma anche da frequenti (e talora persino stridenti) dissonanze*".

[2] Per una ricostruzione delle tendenze evolutive del diritto concorsuale si v. Cfr. M. LIBERTINI, *Crisi d'impresa (aspetti concorrenziali)*, in *Enciclopedia del Diritto – I Tematici* VIII, 2024, 406 ss.; *Le azioni revocatorie nella ristrutturazione della grande impresa in crisi e la tutela della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2006, 1554; ss.; R. BORK, *Corporate Insolvency Law. A Comparative Textbook*, Cambridge (UK), 2020; V. MINERVINI, *Disciplina delle crisi e diritto della concorrenza*, cit., 310 ss.; G. CABRAS, *L'Impresa al tempo della crisi, davanti alla Legge*, Padova, 2019; F. DI MARZIO, *Fallimento. Storia di un'idea*, Milano, 2018; H. EIDENMÜLLER, *Comparative Corporate Insolvency Law*, in *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance* a cura di J.N. Gordon e W.B. Ringe, 2018, 9 ss.; G. TERRANOVA, *La crisi d'impresa in un'economia finanziaria*, Torino, 2018; L. PANZANI, *Conservazione dell'impresa, interesse pubblico e tutela dei creditori: considerazioni a margine della proposta di direttiva in tema di armonizzazione delle procedure di ristrutturazione*, in *Il caso.it - Crisi e insolvenza*, 11 settembre 2017; C.G. PAULUS, *Competition Law versus Insolvency Law: When Legal Doctrines Clash*, in *Uniform Law Review*, 2013, 1 ss.; N. RONDINE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Milano, 2012; L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007; D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio d'insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006; G. TERRANOVA, *Le procedure concorsuali. Problemi d'una riforma*, Milano, Giuffrè, 2004; F. D'ALESSANDRO, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 411 ss.

[3] Sulle finalità delle politiche concorrenziali, si v. R.H. LANDE, *Commentary: Implications of Professor Sherer's Research for the Future of Antitrust*, in 29 *Washburn L. J.* 1990, 258 ss.; R. BORK, *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, in 9 *J.L. & Econ.*, 1966, 7 ss.; R.A. SKITOL, *The Shifting Sands of Antitrust Policy: Where it Has Been, Where It is Now, Where it Will Be in its Third Century*, 9 *Cornell J.L. Pub. Pol'y*, 1999, 239 ss.; F. EASTERBROOK, *Workable Antitrust Policy*, in 84 *Mich. L. Rev.* 1986, 1689 ss.; J.F. BRODLEY, *The Economic Goals of Antitrust Efficiency: Consumer Welfare, and Technological Progress*, in 62 *N.Y.U. L. Rev.*, 1987, 1020 ss.; L.A. SULLIVAN, *Post Chicago Economics: Economists, Lawyers, Judges, and Enforcement Officials in a less determinate theoretical World*, in 63 *Antitrust L.J.* 1996, 669 ss.; A. DEVLIN, *Antitrust in an Era of Market Failure*, in 33 *Harv. J. L. Pub. Pol'y*, 2010, 8 ss; R.H. LANDE, *Proving the Obvious: The Antitrust Law were Passed to Protect Consumers (not just to increase Efficiency)*, in *Hastings L.J.* 1999, 963-66; S.C. SALOP, *Question: What is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The true Consumer Welfare Standard, Statement before the Antitrust Modernization Commission*, Nov. 4, 2005, § 2A; R. PITOFSKY, *The Political Content of Antitrust*, 127 *U. Pa. L. Rev.* 1979, 1051 ss.; M.E. STUCKE, *Behavioral Economics at the Gate: Antitrust in the Twenty-First Century*, in 38 *Loy. Un. Chi. L. J.*, 2007, 513 ss.; W. KERBER, *Should Competition law Promote Efficiency? Some Reflections of and Economist on the Normative Foundations of Competition Law*, in J. Drexl, L. Idot, J. Moneger (eds.), *Economic Theory and Competition Law*, 2008; per la dottrina italiana, si v. L RISTORI, *Il sistema dei limiti alla libertà di iniziativa economica. Anatomia del diritto della concorrenza*, in *Conc. Merc.*, 2007, 248 ss.; M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto* - Annali III, 2010, 191 ss.

recessione[4].

1.1. Le soluzioni estranee al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza funzionali a garantire la permanenza nel mercato delle aziende in crisi

Con riferimento alle soluzioni per il superamento della crisi d'impresa, si sono sviluppate diverse correnti di pensiero volte ad individuare lo strumento che rappresentasse il miglior compromesso tra l'esigenza di garantire la sopravvivenza degli operatori economici colpiti dalla crisi e quella di arrecare il minor pregiudizio possibile alla struttura e alla contendibilità dei mercati.

Ebbene, secondo una prima tesi, al fine di garantire il mantenimento in vita delle imprese in difficoltà e, conseguentemente, la stabilità del sistema economico, si potrebbe ricorrere agli aiuti di Stato, in ragione della loro minore incidenza, rispetto alle intese o alle concentrazioni, sulla struttura del mercato[5].

Ad avviso di altra corrente di pensiero, invece, risulterebbe preferibile la soluzione dei cosiddetti "cartelli difensivi" - accordi volti, mediante la regolazione dell'offerta, a far fronte ai problemi di sovracapacità produttiva delle imprese – che presenterebbero il vantaggio, rispetto alle concentrazioni, di garantire il mantenimento dell'indipendenza degli operatori economici coinvolti, e, rispetto alle misure di sostegno pubblico, di evitare i rischi di legami politico-clientelari ad esse connessi[6].

Secondo un'ultima dottrina, invece, la soluzione migliore sarebbe da individuarsi nelle concentrazioni di salvataggio, atteso che le stesse, senza rappresentare la causa della successiva restrizione concorrenziale che si verificherà nel mercato rilevante, garantirebbero il mantenimento all'interno di quest'ultimo del patrimonio produttivo dell'azienda in crisi, evitando i costi sociali connessi alla relativa dissoluzione[7].

1.2. Gli interventi del legislatore volti a privilegiare interessi socio-economici diversi da quelli concorrenziali

[4] Diversi sono gli Autori che hanno sottolineato l'esigenza, in tempi di crisi, di riconsiderare il ruolo assolto dal diritto della concorrenza quale strumento atto a garantire la tutela del benessere collettivo. Tra questi, si veda, ad esempio, J. FINGLETON, *La politica della concorrenza in tempi di crisi,* in *Mercato Concorrenza Regole,* 2009, 7 ss.; M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza in tempi di crisi economica,* in *Orizzonti del Diritto Commerciale,* 2013, 11 ss.; G. Olivieri – A. PEZZOLI, *L'antitrust e le tentazioni della crisi*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 115 ss.; L. BERTI – A. PEZZOLI, *Le stagioni dell'antitrust,* Milano, 2010, 170 ss.; E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia,* Torino, 2014, 1 ss.

[5] Cfr. J. FINGLETON, *La politica della concorrenza in tempi di crisi*, cit., 6 ss.

[6] Cfr. M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza in tempi di crisi economica,* in *Orizzonti del Diritto Commerciale,* 2013, 11 ss.

[7] Cfr. G. OLIVIERI – A. PEZZOLI, *L'antitrust e le tentazioni della crisi*, cit., 119 ss. Per un'analisi delle condizioni necessarie affinché possa essere autorizzata, in ambito comunitario, un'operazione concentrativa volta al salvataggio di un'impresa in crisi, si v. il paragrafo 3, dedicato alle concentrazioni liquidative e al connesso istituto della *failing firm defense*.

ISSN 2036-7821

Altro aspetto su cui, a seguito dell'emersione della crisi finanziaria del 2008, si è innestato un animato dibattito in seno alla dottrina giuridica ed economica è quello relativo opportunità di un intervento del legislatore che, nelle fasi di recessione o di crisi delle imprese di grandi dimensioni, attribuisca privilegio, rispetto agli interessi strettamente concorrenziali, a diverse esigenze collettive o meta-individuali connesse al salvataggio dell'operatore economico in difficoltà[8].

Ed infatti, è evidente che la dissoluzione di un'entità economica implichi il sacrificio di una pluralità di interessi facenti capo agli *stakeholders* che gravitano intorno all'impresa e che, in caso di dissoluzione di quest'ultima, subirebbero un grave pregiudizio.

Ebbene, le esigenze di tali soggetti si pongono in conflitto con quelle rilevanti sul piano antitrust, atteso che la finalità della disciplina concorrenziale dovrebbe essere, almeno in astratto, quella di estromettere dal mercato le imprese inefficienti, così da favorire la crescita di quelle meritevoli, nell'ottica che ciò contribuisca all'innovazione e all'efficientamento dell'intero sistema economico.

Secondo una prima tesi, qualora la liquidazione dell'operatore economico implichi il sostenimento di significativi costi sociali, non dovrebbe guardarsi con sfavore l'intervento del legislatore che, all'esito della ponderazione di una pluralità di interessi in gioco, tutti costituzionalmente rilevanti, persegua la creazione di un regime giuridico *ad hoc* in parziale deroga alla normativa antitrust e la soddisfazione di esigenze di natura socio-economica diverse da quelle concorrenziali[9].

Il caso emblematico, in questo senso, si è registrato con l'adozione del cosiddetto "Decreto Alitalia" del 2008[10], con cui, ai fini del salvataggio della compagnia di aviazione *Alitalia*, la cui dissoluzione avrebbe provocato gravi conseguenze sul piano sociale, dato l'elevato numero di lavoratori dipendenti occupati presso di essa, il legislatore ha introdotto delle disposizioni speciali atte a consentire la concentrazione tra la detta azienda e l'operatore economico *Air One*[11] – concentrazione che, in quanto

[8] Sul punto, si v. G. NAPOLITANO, *Il nuovo "Stato salvatore": strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, (11), 1083 ss.; AA.VV., *Uscire dalla crisi*, a cura di G. Napolitano, Bologna, 2012; F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto delle crisi economiche*, Torino, 2013; G. Amato - F. Forquet, *Lezioni dalla crisi*, Bari, 2013.

[9] Si v. in particolare G. GUIZZI, *Concentrazione tra imprese e insolvenza. Appunti a margine del caso Alitalia*, in *Riv dir. comm.*, 2009, 340 ss.

[10] Decreto-Legge 28 agosto 2008, n. 134, recante "*Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi*", convertito con modifiche dall'art. 1, della Legge 27 ottobre 2008, n. 166.

[11] L'art. 4, comma 4-*quinquies*, della cosiddetta "Legge Marzano"[11], introdotto, per l'appunto, dal Decreto-Legge 134/2008, recita: "*Con riferimento alle imprese di cui all'articolo 2, comma 2, secondo periodo, le operazioni di concentrazione connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato di cui al comma 2 del presente articolo, ovvero nel provvedimento di autorizzazione di cui al comma 1 dell'articolo 5, rispondono a preminenti interessi generali e sono escluse dalla necessità dell'autorizzazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287, fermo quanto previsto dagli articoli 2 e 3 della stessa legge. Fatto salvo quanto previsto dalla normativa comunitaria, qualora le suddette operazioni di concentrazione rientrino nella competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, le parti sono, comunque, tenute a notificare preventivamente le suddette operazioni all'Autorità unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente*

attributiva all'impresa risultante dalla fusione di una posizione di sostanziale monopolio sul mercato rilevante, sarebbe stata senz'altro vietata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito anche "Autorità antitrust" o "AGCM")[12].

---

gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione. L'Autorità, con propria deliberazione adottata entro trenta giorni dalla comunicazione dell'operazione, prescrive le suddette misure con le modificazioni e integrazioni ritenute necessarie; definisce altresì il termine, comunque non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare. In caso di inottemperanza si applicano le sanzioni di cui all'articolo 19 della citata legge n. 287 del 1990. Il presente comma si applica alle operazioni effettuate entro il 30 giugno 2009".

[12] Ed infatti, l'art. 6, comma 1, della Legge 10 ottobre 1990, n. 287, nella versione antecedente alle modifiche introdotte dall'art. 32 della Legge 5 agosto 2022, n. 118 ("*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*"), prevedeva che "*Nei riguardi delle operazioni di concentrazione soggette a comunicazione ai sensi dell'articolo 16, l'Autorità valuta se comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza. Tale situazione deve essere valutata tenendo conto delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, della posizione sul mercato delle imprese interessate, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato, della struttura dei mercati, della situazione competitiva dell'industria nazionale, delle barriere all'entrata sul mercato di imprese concorrenti, nonché dell'andamento della domanda e dell'offerta dei prodotti o servizi in questione*".

L'attuale versione dell'art. 6, comma 1, della Legge 10 ottobre 1990, n. 287, così recita: "*Nei riguardi delle operazioni di concentrazione soggette a comunicazione ai sensi dell'articolo 16, l'Autorità valuta se ostacolino in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante, in particolare a causa della costituzione o del rafforzamento di una posizione dominante. Tale situazione deve essere valutata in ragione della necessità di preservare e sviluppare la concorrenza effettiva tenendo conto della struttura di tutti i mercati interessati e della concorrenza attuale o potenziale, nonché della posizione sul mercato delle imprese partecipanti, del loro potere economico e finanziario, delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato, dell'esistenza di diritto o di fatto di ostacoli all'entrata, dell'andamento dell'offerta e della domanda dei prodotti e dei servizi in questione, degli interessi dei consumatori intermedi e finali, nonché del progresso tecnico ed economico purché esso sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza. L'Autorità può valutare gli effetti anticompetitivi di acquisizioni di controllo su imprese di piccole dimensioni caratterizzate da strategie innovative, anche nel campo delle nuove tecnologie*".

Ed infatti, tra le condizioni imposte dalla *failing firm defence* (per la cui disamina si rinvia al paragrafo 3.1), e, quindi, essenziali affinché possa procedersi con l'attuazione di una concentrazione volta al salvataggio di un impresa in crisi, rientra la necessità di provare che, in assenza dell'operazione, gli *assets* concorrenziali detenuti dall'impresa andrebbero inevitabilmente incontro alla fuoriuscita dal mercato, con conseguente contrazione dell'offerta di beni e servizi nel mercato rilevante.

Orbene, tale condizione non risultava soddisfatta nella vicenda in questione, atteso che il principale bene di valore concorrenziale era rappresentato dagli *slots*, ossia dalla banda oraria che consentiva l'atterraggio e il decollo in relazione a uno specifico collegamento tra due aeroporti – "*il quale è, nei fatti, un bene pubblico che le compagnie aeree sfruttano in base a un regime di autorizzazione, ed il cui cospicuo valore di scambio i vettori non possono monetizzare cedendone singolarmente l'uso, ma solo attraverso la cessione dell'azienda in esercizio*" (così G. GUIZZI, *Concentrazione tra imprese e insolvenza. Appunti a margine del caso Alitalia*, in *Riv. dir. comm*, 2009, nota 44 a p. 358; sul tema, si v. anche M. COLANGELO, *Il mercato secondario di diritti di creazione amministrativa nell'Unione Europea. Il caso degli slots aereoportuali e dello spettro radio*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 113 ss.).

In buona sostanza, è verosimile che in caso di dissoluzione di *Alitalia S.p.A.* e, dunque, in assenza dell'operazione concentrativa posta in essere con *Air One S.p.A.*, si sarebbe assistito, anche nel breve termine, a un incremento della concorrenza nel mercato rilevante, in quanto la riassegnazione degli *slots* sarebbe avvenuta con vantaggio potenzialmente per tutti gli operatori che ne avessero fatto richiesta.

Ed infatti, il Regolamento CE 95/93, recante "*norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità*", prevedeva dei meccanismi finalizzati ad assicurare la re-distribuzione in maniera equilibrata tra le imprese già presenti nel mercato e le nuove entranti degli *slots* che, fino ad allora, avevano fatto capo all'impresa espunta dal mercato.

Ebbene, tale intervento legislativo, sulla cui legittimità si è espressa la Corte costituzionale[13], non risultava, secondo la summenzionata corrente di pensiero, meritevole di censura, in quanto adottato all'esito di un'attività di bilanciamento di tutte le conseguenze, sociali ed economiche, che da un eventuale fallimento di *Alitalia* sarebbero derivate[14].

In altri termini, non poteva precludersi al legislatore, nella sua qualità di organo di rappresentanza politica, l'adozione di una decisione che privilegiasse interessi costituzionalmente rilevanti diversi da quelli concorrenziali.

Secondo altra dottrina invece, il ricorso, specie se frequente, a soluzioni di tal guisa, oltre a determinare la creazione di una pluralità di regimi speciali di scarsa coerenza sistematica, presenterebbe diversi aspetti critici, primi tra i quali: a) il sacrificio di interessi che fanno capo alla collettività – in particolare, quello dei consumatori a beneficiare di un'offerta adeguata in termini di quantità, qualità e prezzi e quello delle imprese a competere ad armi pari con i propri concorrenti – a vantaggio delle esigenze di una cerchia più ristretta di soggetti, quali i creditori, gli azionisti, i fornitori, i clienti e i lavoratori dipendenti[15]; b) la conseguente perdita di benessere collettivo che, nel medio-lungo termine, si verificherebbe per effetto della tutela, a discapito dell'interesse al mantenimento di un contesto pienamente concorrenziale, di istanze di breve periodo; c) la possibilità che, a distanza di qualche anno, gli interessi che si era inteso tutelare con l'introduzione di norme speciali finiscano per subire un pregiudizio maggiore di quello che si sarebbe determinato per effetto della dissoluzione dell'impresa[16].

Pertanto, la rigorosa applicazione dei criteri della *failing firm defense* avrebbe, probabilmente, impedito l'attuazione della concentrazione.

Ciò, tuttavia, avrebbe determinato un evidente pregiudizio per i creditori portatori dell'interesse a vedere liquidati i propri diritti di credito nei confronti dell'azienda, in quanto tali soggetti, con la dissoluzione dell'impresa, sarebbero stati impossibilitati a monetizzare quelli che erano gli *assets* di maggiore valore dell'operatore economico.

Emergeva, dunque, di quale portata potesse rivelarsi il conflitto di interessi inerente ad un'operazione di salvataggio di un'impresa in crisi, atteso che l'integrale soddisfazione delle esigenze sottese al mantenimento di un contesto pienamente concorrenziale avrebbe, nel caso di specie, pregiudicato irrimediabilmente la tutela degli interessi creditorii a vario titolo coinvolti (tali considerazioni sono state sollevate da G. GUIZZI nella già citata nota 44 di p. 358 del già citato saggio "*Concentrazione tra imprese e insolvenza. Appunti a margine del caso Alitalia*", cit., 2009).

[13] Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 70 del 22 luglio 2010, in *Foro.it*, 2010, I, 2902, con nota fortemente critica di A. PALMIERI e R. PARDOLESI; in *Giur. cost.*, 2010, I, 3251, con nota parzialmente critica di M. LIBERTINI.

In senso fortemente critico si v. anche L. STECCHETTI e G. AMARETTI, *Il ventennale dell'antitrust e la Corte costituzionale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, 459 ss.

[14] Cfr. G. GUIZZI, "*Concentrazione tra imprese e insolvenza. Appunti a margine del caso Alitalia*", cit., 352. Sul punto, si v. anche S. WEBER WALLER, *A comparative look at failing firms and failing industries*, in *Antitrust law journal*, 1996, 703 ss.

[15] Cfr. E.O. CORREIRA, *Re-examining the failing company defence,* in 64 Antitrust L.J., 683, 1996, 696.

[16] Ed infatti, potrebbe ben accadere che, all'esito dell'operazione concentrativa, la riduzione della produzione e, conseguentemente, dell'offerta di beni e servizi nel mercato rilevante, risulti maggiore rispetto a quella che si sarebbe determinata a seguito della dissoluzione dell'impresa in crisi, con la conseguenza che anche il livello

In ogni caso, prima ancora dell'adozione del "Decreto Alitalia" e dei successivi interventi di normazione speciale[17], è stata introdotta, all'art. 25 della Legge 10

dell'occupazione finirebbe per subire una riduzione maggiore nel primo scenario piuttosto che nel secondo (sul punto, in questi termini, P. MAPELLI – F. STELLA, *Concentrazioni tra imprese e failing firm defense: un confronto tra l'esperienza statunitense e l'esperienza comunitaria*, cit., I, 57).

[17] Tra questi meritano di essere annoverati il c.d. "Decreto Salva banche", Decreto Legge 25 luglio 2017, n. 99 (recante "*Disposizioni urgenti per assicurare la parità di trattamento dei creditori nel contesto di una ricapitalizzazione precauzionale nel settore creditizio nonché per la liquidazione coatta amministrativa di Banca Popolare di Vicenza S.p.A. e di Veneto Banche*"), che ha introdotto una deroga puntuale alla disciplina delle concentrazioni al precipuo fine di consentire l'attuazione di una strategia di risanamento volta al superamento della crisi di alcuni istituti bancari veneti. La norma richiamava espressamente il disposto dell'art. 25 della Legge 287/1990, che, come si avrà modo di evidenziare, attribuisce al Governo il potere di imporre all'AGCM, sulla base di criteri predeterminati in via generale, l'autorizzazione di operazioni di concentrazione, che pure dovrebbero essere vietate, "*per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale*", con ciò evidenziando come il regime derogatorio dalla stessa introdotto rispondesse alla necessità di tutelare valori diversi e ulteriori rispetto a quelli concorrenziali; il Decreto-Legge 19 maggio 2020, n. 34 ("Decreto rilancio"), convertito con modifiche dalla Legge 17 luglio 2020, n. 77, che, all'art. 171, comma 4, prevede la possibilità per il Ministero dell'economia e delle finanze di concedere sostegno pubblico alle operazioni in cui una banca acquisti attività e passività d'azienda, rami di azienda e rapporti giuridici (c.d. compendio ceduto) individuabili in blocco di un altro istituto di credito sottoposto a liquidazione coatta amministrativa (la disposizione può essere invocata nei soli casi in cui la banca oggetto di acquisizione non sia un istituto di credito cooperativo le cui attività presentano un valore superiore ai 5 miliardi di euro). Tale operazione concentrativa può essere autorizzata in deroga alla normativa antitrust qualora la relativa attuazione si renda necessaria ai fini della tutela di rilevanti interessi generali dell'economia nazionale.

Occorre altresì menzionare, tra le disposizioni introdotte dal legislatore nazionale in deroga alla normativa antitrust, l'art. 75, commi da 1 a 3, del Decreto-Legge 14 agosto 2020, n. 104 ("Decreto Agosto"), convertito con modifiche dalla Legge 13 ottobre 2020, che ha introdotto un'autorizzazione in deroga alle procedure previste dalla Legge 10 ottobre 1990, n. 287, in quanto rispondenti a rilevanti interessi generali dell'economia nazionale, alle operazioni di concentrazione non di dimensione comunitaria notificate all'AGCM entro il 31 dicembre 2020 riguardanti imprese operanti in mercati caratterizzati dalla presenza di servizi ad alta intensità di manodopera ovvero servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 14 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea che abbiano registrato perdite di bilancio negli ultimi 3 esercizi e che, anche a causa degli effetti derivanti dall'emergenza sanitaria dettata dalla pandemia da Covid-19, correvano il pericolo di cessare la propria attività.

La norma introdotta dal Decreto Agosto è ispirata al modello tracciato dall'art. 25 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287 (per la cui analisi si rinvia al paragrafo successivo) in quanto, ai fini dell'ottenimento dell'autorizzazione in deroga, era necessario che l'operazione concentrativa venisse comunicata preventivamente all'Autorità antitrust, unitamente alla proposizione di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali gravose per gli utenti. A seguito di tale notifica, l'Autorità avrebbe potuto, entro 30 giorni dalla comunicazione e sentito il parere del Ministero dello Sviluppo Economico e dell'Autorità di regolamentazione del settore, prescrivere tali misure con le modifiche e le integrazioni ritenute necessarie a tutela dell'utenza e della concorrenza, tenuto conto anche della sostenibilità complessiva dell'operazione.

L'Autorità antitrust ha ritenuto che la disposizione fosse applicabile all'operazione concentrativa posta in essere tra *Poste Italiane* e *Nexive Group* (AGCM, 22 dicembre 2020, *Poste Italiane/Nexive Group*), con cui la prima ha acquisito il controllo esclusivo della seconda.

Tuttavia, l'Autorità ha prescritto l'adozione, da parte dell'operatore economico risultante dall'operazione, dei rimedi comportamentali ritenuti idonei a prevenire la possibilità che, in conseguenza della concentrazione, venissero applicati prezzi o condizioni contrattuali ingiustificatamente gravosi per gli utenti. Tali rimedi, rispetto alla versione che, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. l'art. 75, comma 2, del Decreto-Legge 14 agosto 2020, n. 104, era stata proposta da *Poste Italiane*, sono stati modificati dall'Autorità in modo da renderli maggiormente compatibili con l'esigenza di limitare gli effetti negativi derivanti della restrizione concorrenziale conseguente all'operazione.

ISSN 2036-7821

ottobre 1990, n. 287[18], una disposizione, tutt'ora vigente, che consente al Governo di individuare in via preventiva i criteri sulla base dei quali, nell'interesse economico generale, l'Autorità antitrust è chiamata ad autorizzare concentrazioni altrimenti vietate. Tuttavia, a tale disposizione non si è mai fatto ricorso, in quanto, da un lato, il provvedimento eventualmente adottato dal Consiglio dei Ministri potrebbe essere soggetto a un sindacato penetrante del giudice amministrativo, dall'altro, consente comunque all'AGCM di introdurre rimedi sia comportamentali che strutturali, potenzialmente in grado di far venire meno i vantaggi connessi all'operazione[19].

2. La nuova concezione del diritto concorsuale e i suoi riflessi sui rapporti con la disciplina antitrust

Come anticipato, un ulteriore elemento che ha contribuito a complicare i rapporti tra crisi d'impresa e concorrenza risiede nell'evoluzione del diritto concorsuale registratasi negli ultimi decenni.

Sul punto, ha inciso significativamente il passaggio dalla concezione punitiva del fallimento, secondo cui l'imprenditore insolvente andava estromesso dal mercato

[18] L'art. 25 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287 prevede che "*i criteri sulla base dei quali l'Autorità può eccezionalmente autorizzare, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea, operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell'articolo 6, sempreché esse non comportino la eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti. In tali casi l'Autorità prescrive comunque le misure necessarie per il ristabilimento di condizioni di piena concorrenza entro un termine prefissato*".

Disposizioni di tal guisa sono presenti anche in ordinamenti diversi da quello italiano.

Ed infatti, in Francia, l'art. L 430-7-1 II del Codice di commercio attribuisce al Ministro dell'economia, entro 25 giorni lavorativi dalla decisione dell'Autorità antitrust di negare, in considerazione della conseguente restrizione concorrenziale, un'operazione concentrativa, il potere di disporne l'autorizzazione (condizionandola, se del caso, all'adozione di impegni da parte delle imprese coinvolte), qualora ciò sia necessario ai fini della tutela di interessi generali, quali lo sviluppo industriale, la competitività delle imprese nei confronti della concorrenza internazionale e la salvaguardia dei livelli occupazionali.

In Germania, l'art. 42 GWB (Legge sulla concorrenza) prevede la possibilità che il Ministro dell'economia, per ragioni di interesse generale o ai fini della tutela di un preminente interesse della collettività (e purché la limitazione della concorrenza sia compensata da vantaggi per l'economia generale), autorizzi, all'esito di un procedimento attivato su istanza delle imprese coinvolte ed entro un mese dalla notifica del diniego, operazioni in precedenza vietate dall'Autorità antitrust. In ogni caso, il ricorso a tale disposizione normativa deve essere confinato alle sole ipotesi in cui l'obiettivo non possa essere raggiunto da una soluzione pubblica conforme alle norme antitrust. Tuttavia, qualora il pregiudizio alla concorrenza non sia compensato dai vantaggi derivanti dalla concentrazione, l'autorizzazione potrà essere subordinata dall'Autorità antitrust a condizioni e vincoli nel rispetto del principio di proporzionalità.

Nel Regno Unito, invece, l'*Enterprise Act* del 2002 attribuisce al Segretario di Stato competente per gli Affari e l'Impresa la possibilità di intervenire sul diniego espresso dall'Autorità antitrust a una concentrazione quando ciò sia necessario ai fini della salvaguardia di interessi pubblici aventi ad oggetto i media, la stabilità del sistema finanziario nazionale o quando ciò risulti essenziale a fronteggiare emergenze sanitarie. Nello specifico, il Segretario di Stato potrà, anche a seguito dell'accettazione di impegni da parte delle imprese coinvolte, autorizzare l'operazione o richiedere all'Autorità antitrust ulteriori approfondimenti – che dovranno essere resi entro il termine di 24 settimane, prorogabile di ulteriori 8 settimane – all'esito dei quali potrà adottare i rimedi necessari a tutelare il pubblico interesse coinvolto.

[19] Cfr. M. LIBERTINI, *Crisi d'impresa (aspetti concorrenziali)*, cit., nota 114 a p. 425.

ISSN 2036-7821

senza possibilità di rientrarvi, alla concezione secondo cui, ove possibile, andrebbe garantita la permanenza nel mercato dell'impresa in crisi, pena la perdita di un patrimonio, materiale ed immateriale, di difficile replicazione, nella convinzione che ciò garantisca il dinamismo competitivo del sistema economico e il corretto funzionamento dei mercati[20].

Tale nuova configurazione del diritto concorsuale ha determinato il sorgere di potenziali conflitti tra la disciplina della crisi d'impresa e la normativa antitrust, atteso che, quest'ultima ha tendenzialmente come obiettivo primario quello della espunzione dal mercato delle imprese inefficienti[21].

In realtà, ciò è parzialmente vero, in quanto la dissoluzione di un'impresa non sempre rappresenta un evento desiderabile sotto il profilo concorrenziale, posto che la dispersione della relativa capacità produttiva potrebbe determinare un'improvvisa contrazione dell'offerta di beni e servizi, a detrimento, dunque, del benessere dei consumatori. Ne deriva che, a determinate condizioni, le finalità delle due discipline potrebbero anche convergere.

2.1. L'amministrazione delle grandi imprese in stato di insolvenza

Altro istituto potenzialmente critico sotto il profilo concorrenziale è l'amministrazione delle grandi imprese in stato di insolvenza[22] - introdotto con la "Legge Prodi"[23] e successivamente modificato dalla "Legge Prodi *bis*"[24] - il quale, ai

[20] Cfr. V. MINERVINI, *Disciplina delle crisi e diritto della concorrenza*, cit., 310.

[21] In realtà, tale obiettivo deve essere contemperato, come rileva G. D'ATTORE, *La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato*, in *Dir. comm. internaz.*, 2004, 87, con quello di mantenere sul mercato il numero maggiore possibile di imprese, nell'ottica secondo cui maggiore è il numero di concorrenti operanti sul mercato, maggiori saranno il tasso di concorrenza e gli effetti positivi da questa generati in termini di prezzo, livelli della produzione, qualità e varietà dei prodotti.

In ogni caso, l'interesse privatistico e meramente utilitaristico dei creditori a vedere soddisfatte le proprie pretese e quello, evidentemente pubblicistico, alla conservazione di un contesto concorrenziale dinamico non necessariamente coincidono: è possibile che l'attuazione di in determinato piano di risanamento e ristrutturazione aziendale, come anche la dismissione di compendi produttivi ed *assets* attraverso delle modalità che garantiscano il prezzo più elevato o, in una diversa prospettiva, la conservazione del maggior numero possibile di posti di lavoro, rappresentino una soluzione ottimale in ambito concorsuale, risultando, tuttavia, inaccettabili sotto il profilo concorrenziale (cfr. V. MINERVINI, *Disciplina delle crisi e diritto della concorrenza*, cit., 314).

Il possibile conflitto tra le due normative era già stato denunciato da C.G. PAULUS, *Competition Law versus Insolvency Law: When Legal Doctrines Clash*, cit., 65 ss.; evidenzia le criticità di questa relazione, altresì con riferimento al nuovo corso globale del diritto della crisi d'impresa, anche A. FLESSNER, *La conservazione delle imprese attraverso il diritto fallimentare. Uno sguardo di diritto comparato*, cit., in *Dir. fall*, 2009, I, 20-21; per l'enunciazione delle problematiche relative al rapporto tra diritto antitrust e diritto dell'insolvenza con specifico riferimento all'ordinamento nordamericano, si v. il saggio di M. HUFFMAN, *Words Colliding: Competition Policy and Bankruptcy Asset Sales*, in 60 *Villanova Law Review*, 840, 2016, 839 ss.

[22] Per una ricostruzione dell'evoluzione storica dell'istituto e per l'analisi dei suoi tratti normativi essenziali, si v. A. ELIA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: continuità aziendale e tutela del credito*, in *Diritto della crisi*, 2025.

[23] Legge 3 aprile 1979, n. 95 (recante "*conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 gennaio 1979, n. 26, concernente provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*") che ha convertito in legge, con modificazioni, il Decreto-Legge 2 aprile 1979, n. 95.

fini del mantenimento in vita dell'azienda insolvente, prevede dei meccanismi di congelamento forzoso del debito, nonché un regime di prededuzione in favore degli apportatori di nuova finanza[25]. Tali elementi, a ben vedere, sono suscettibili di attribuire patenti vantaggi competitivi all'impresa, che, da un lato, viene sostanzialmente a finanziarsi con le risorse dei creditori, e, dall'altro, finisce per godere di un canale privilegiato di accesso al credito.

Ed infatti, come osservato, la procedura di amministrazione straordinaria prevede, mediante un meccanismo di forzoso congelamento del debito pregresso, che i ricavi realizzati dall'impresa siano integralmente destinati al perseguimento dell'obiettivo del risanamento e della riorganizzazione aziendale, senza che nulla sia dovuto ai creditori prima della completa attuazione del piano predisposto dal commissario straordinario. Ne deriva che l'attività aziendale, nel corso della procedura, viene di fatto a essere finanziata dai creditori, con conseguente vantaggio concorrenziale in

---

[24] Decreto Legislativo 8 luglio 1999, n. 270 (recante "*Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, a norma dell'articolo 1 della legge 30 luglio 1998, n. 274*").

[25] L'amministrazione straordinaria presenta un carattere bifasico: nel corso di una prima fase, detta di "osservazione", si procede alla verifica dei presupposti per il risanamento, e nella successiva, a seconda dei casi, l'impresa accede alla procedura ovvero viene posta in liquidazione.

Nel corso della prima fase, che si apre con la dichiarazione resa dal tribunale dello stato di insolvenza dell'azienda, assume rilievo centrale il ruolo svolto dal commissario giudiziale, il quale è chiamato ad accertare che le condizioni economiche dell'impresa siano compatibili con gli scopi dell'amministrazione straordinaria risultanti dall'art. 1 del Decreto Legislativo 8 luglio 1999, n. 270, ossia la conservazione del patrimonio produttivo attraverso la prosecuzione, il rilancio o la riconversione dell'attività aziendale. Allo scopo, il commissario giudiziale procede alla redazione di una dettagliata relazione, che viene depositata presso la cancelleria del tribunale e trasmessa al Ministro delle imprese e del *Made in Italy*.

Fintantoché perdura tale fase, i creditori non possono intraprendere o proseguire azioni esecutive o cautelari individuali e i rispettivi crediti vengono "congelati" in attesa della successiva fase di regolazione concorsuale. Al contempo, sono inefficaci nei confronti di questi ultimi i pagamenti di debiti anteriori alla dichiarazione dello stato di insolvenza che sono stati eseguiti dall'imprenditore successivamente alla stessa senza l'autorizzazione del giudice. Tuttavia, anche nel caso in cui tale autorizzazione venga concessa, è possibile che si proceda alla ripetizione del pagamento qualora emerga, all'esito della procedura, che il creditore abbia ricevuto più di quanto gli spettasse in sede concorsuale.

Infine, occorre segnalare come la disciplina dell'amministrazione straordinaria, già nella fase dell'osservazione, attribuisca un trattamento privilegiato ai crediti concessi per consentire la prosecuzione dell'attività imprenditoriale, atteso che questi devono essere soddisfatti in prededuzione, ossia con priorità rispetto agli altri crediti.

Nella fase successiva, ossia quella in cui effettivamente l'impresa viene sottoposta ad amministrazione straordinaria, l'organo centrale della procedura diviene il commissario straordinario, che subentra al commissario giudiziale e viene incaricato della redazione del programma volto al recupero dell'equilibrio economico-finanziario dell'impresa. La stesura di tale piano - che può essere sia di cessione dei complessi aziendali che di ristrutturazione dell'attività imprenditoriale - rappresenta il punto nevralgico dell'intera procedura, atteso che è dalla sua efficace elaborazione ed attuazione che dipende il raggiungimento degli scopi propri dell'amministrazione straordinaria. Inoltre, il commissario straordinario, data la regola dell'automatica prosecuzione dei contratti pendenti, sceglie discrezionalmente quelli da cui ritiene che l'impresa debba sciogliersi.

Infine, anche nel corso di tale fase, permane il divieto assoluto di azioni esecutive in capo ai creditori, e, per i crediti concessi al fine di consentire la prosecuzione dell'attività aziendale, continua ad applicarsi la regola della prededuzione, anche in caso di successiva liquidazione giudiziale dell'impresa.

ISSN 2036-7821

favore dell'impresa in crisi rispetto agli operatori economici in *bonis*, i quali continuano, invece, ad essere soggetti all'obbligo di restituzione a scadenza delle somme prese in prestito – obbligo che, a differenza di quanto accade all'azienda soggetta ad amministrazione straordinaria, se disatteso, legittima i creditori ad avviare azioni esecutive per il recupero.

Tali circostanze non solo danno luogo ad una potenziale alterazione del principio della parità concorrenziale tra imprese, ma risultano suscettibili di determinare altresì il sorgere di rilevanti profili di criticità in ordine alla compatibilità con la disciplina in materia di aiuti di Stato ogniqualvolta l'operatore economico ammesso a procedura presenti una rilevante esposizione debitoria, anche se di natura tributaria, nei confronti di dello Stato o di altri soggetti pubblici.

Ne deriva l'esigenza di confinare l'applicazione dell'istituto alle sole ipotesi in cui l'azienda presenti effettive possibilità di risanamento. Ciò in quanto, altrimenti, si finirebbe per procrastinare ed acuire le conseguenze pregiudizievoli che, sotto il profilo concorrenziale (ma anche concorsuale) deriverebbero dalla dissoluzione del complesso aziendale[26].

In tali casi, l'interesse, senz'altro meritevole di tutela, alla conservazione degli organi produttivi e dei posti di lavoro, non dovrebbe essere perseguito attraverso l'artificioso mantenimento in vita dell'impresa in crisi, con conseguente grave pregiudizio per i creditori e i concorrenti, ma, semmai, attraverso un adeguato sistema di ammortizzatori sociali i cui costi siano ripartiti in capo alla collettività[27].

2.2. Gli strumenti funzionali a garantire il risanamento dell'impresa in crisi

[26] Ed infatti, come è stato correttamente osservato, "*un'impresa che perde e che viene artificialmente mantenuta in vita costituisce una minaccia al sistema, attuando un pericoloso dumping concorrenziale che rischia di distorcere il processo di allocazione delle risorse e di danneggiare i concorrenti che operano secondo corrette dinamiche di mercato. In breve, mentre il salvataggio delle imprese insolventi ma suscettibili di produrre ricchezza e` un'operazione a favore del sistema economico e della concorrenza (che si giova del fatto che un concorrente in più resti sulla scena), il salvataggio di imprese che distruggono ricchezza e` un'operazione che danneggia l'economia e le imprese concorrenti. Queste ultime devono infatti far coincidere i ricavi con i costi, ivi incluso fra questi il costo del debito, e ciò a differenza di quelle che vengono sottratte alle ferree leggi del mercato e, benché improduttive, artificialmente tenute in vita*" (così, L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2007, 93. Tali aspetti, in realtà, erano già stati rilevati da F. D'ALESSANDRO, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 53 ss.).

[27] Cfr. V. MINERVINI, *Disciplina delle crisi e diritto della concorrenza*, cit., 344. Tra gli economisti, tale osservazione è condivisa da M. GRILLO, *Tutela della concorrenza e diffusione sociale del rischio,* in *Concorrenza, Mercato e Crescita in Italia: il lungo periodo,* a cura di A. Gigliobianco e A. Toniolo, Venezia, 2017 – Collana Storica della Banca d'Italia. Contributi, 533 ss. Tra i giuristi, invece, si schiera favore della sopracitata soluzione F. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali,* in *Giust. civ.*, 2006, II, 331, che rileva come "*il* vulnus *occupazionale prodotto dal dissesto può e deve essere curato con genuini ammortizzatori sociali. Non può e non deve farsi a questo scopo uso (improprio) della artificiale conservazione in vita di imprese ormai irreversibilmente decotte*").

È stato altresì correttamente evidenziato come nel vano tentativo di mantenere in vita un'impresa che non abbia alcuna prospettiva di recupero, specie se di grandi dimensioni, è possibile che si finisca per mettere in crisi di molti altri operatori economici strutturalmente sani (cfr. V. MINERVINI, *Disciplina delle crisi e diritto della concorrenza*, 345).

contenuti nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Ed infine, la nuova concezione del diritto concorsuale come strumento atto a garantire, laddove ve ne sia la possibilità, la sopravvivenza e il risanamento delle aziende in crisi, ha portato all'introduzione di altrettante misure protettive in favore dell'imprenditore insolvente che finiscono per allentare la pressione competitiva nei confronti di esso. Tra queste rientrano, ad esempio, la prededuzione[28], lo scudo avverso le azioni esecutive dei creditori[29], il divieto per le parti contrattuali

[28] Ebbene, appare evidente che tale beneficio, accordato a chi eroga la nuova finanza necessaria ad assicurare la continuità aziendale, determina una maggiore facilità di accesso al credito per l'azienda in crisi, potendo i nuovi creditori godere di un privilegio che, invece, non può essere concesso negli stessi termini dalle imprese in *bonis* ai propri finanziatori.

I finanziamenti prededucibili ottenibili dall'impresa possono assumere, a seconda del momento in cui vengono contratti, la qualifica di "finanza ponte", "finanza interinale" o "finanza in esecuzione".

La finanza ponte, nella sua versione originaria, ossia quella contemplata all'art. 182 *quater*, comma 2, della Legge Fallimentare (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267), risultava funzionale a provvedere alle esigenze di cassa per il periodo necessario alla presentazione di una domanda di concordato preventivo ovvero di omologa dell'accordo di ristrutturazione.

Tuttavia, al creditore la prededuzione veniva accordata solo se il finanziamento fosse stato previsto nel piano e se questa fosse stata espressamente riconosciuta nel provvedimento di accoglimento della domanda di ammissione al concordato ovvero di omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

Tale forma di finanziamento, in ogni caso, era stata espunta dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza a causa, probabilmente, dello scarso utilizzo che di tale strumento si era fatto sotto la vigenza della precedente disciplina concorsuale, ed è stata successivamente reintrodotta con il Decreto Legislativo 26 ottobre 2020, n. 147, che ne ha sostanzialmente mantenuto immutati presupposti, apportando soltanto alcune novità di carattere procedurale.

La finanza interinale, invece, è quella concessa per garantire la continuità aziendale dell'impresa nella fase che intercorre tra il deposito della domanda di accesso alla procedura di risoluzione della crisi e il provvedimento di omologazione (ovvero l'apertura della procedura nel caso di concordato preventivo). Le peculiarità che caratterizzano tale forma di finanziamento sono la possibilità che lo stesso: a) venga erogato anche nel caso in cui l'impresa opti per il concordato liquidatorio; b) sostenga l'impresa sino all'omologa del concordato o dell'accordo, con un'estensione temporale, dunque, maggiore rispetto a quella prevista dalla precedente disciplina fallimentare.

La finanza in esecuzione ricomprende tutte le forme di finanziamento contratte dall'impresa al precipuo fine di attuare il piano di ristrutturazione, che, dunque, hanno come presupposto essenziale l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione e del concordato preventivo. Con riferimento a tali tecniche di finanza, il beneficio della prededuzione è ancorato alla semplice previsione del finanziamento nel piano di concordato o nell'accordo di ristrutturazione del debito, indipendentemente dalla regolarità del successivo adempimento delle obbligazioni concordatarie da parte dell'imprenditore.

Orbene, tratto distintivo di tali tecniche di finanziamento è quello della prededucibilità, che consente all'impresa di ottenere la liquidità necessaria a garantire la continuità aziendale, e, al contempo, di ottenere un vantaggio competitivo risultante nella possibilità per l'azienda di godere di un accesso agevolato alle linee di credito.

Per un'ampia disamina delle disciplina in materia di finanziamenti all'impresa in crisi contenuta nel Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 ("Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza") si v. E. MATTEI, *I finanziamenti all'impresa in crisi*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 2 aprile 2024, 31 ss.

[29] L'art. 54, comma 2, del Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 ("*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*") prevede che "*Se il debitore ne ha fatto richiesta nella domanda di cui all'articolo 40, anche nell'ipotesi di cui all'articolo 25-sexies, oppure con successiva domanda, dalla data della pubblicazione della medesima domanda nel registro delle imprese, i creditori non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali*

ISSN 2036-7821

dell'impresa di sospendere, revocare o modificare unilateralmente i rapporti negoziali che risultino essenziali ad assicurare la continuità aziendale[30] la possibilità per l'impresa di svincolarsi dai contratti ritenuti non più remunerativi[31]. Anche in tal

---

viene esercitata l'attività d'impresa. Dalla stessa data le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano e la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata.

Il debitore, dopo il deposito della proposta, del piano o degli accordi, unitamente alla documentazione prevista dall'articolo 39, comma 3, può richiedere al tribunale, con successiva istanza, misure, anche diverse da quelle di cui al primo periodo, per evitare che determinate azioni o condotte di uno o più creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza".

[30] Si veda, ad esempio, il considerando 41 della Direttiva UE 2019/1023 riguardante "*i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132*"), che evidenzia come "*La risoluzione anticipata può compromette la capacità di un'impresa di continuare a operare durante le trattative di ristrutturazione, in particolare per quanto riguarda i contratti di fornitura di beni o servizi essenziali quali gas, energia elettrica, acqua, telecomunicazioni e servizi di pagamento tramite carta. Gli Stati membri dovrebbero disporre che, durante il periodo di sospensione, ai creditori, cui si applica la sospensione delle azioni esecutive individuali e i cui crediti siano sorti prima della sospensione e non siano stati pagati da un debitore, non sia consentito di rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti essenziali né di risolverli, di anticiparne la scadenza o modificarli in altro modo, purché il debitore adempia gli obblighi che gli incombono a norma di tali contratti in scadenza durante la sospensione*".

Negli stessi termini, l'art. 7, paragrafo 4, della medesima Direttiva, secondo cui "*Gli Stati membri prevedono norme che impediscono ai creditori cui si applica la sospensione di rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti essenziali, o di risolverli, anticiparne la scadenza o modificarli in altro modo a danno del debitore, in relazione ai debiti sorti prima della sospensione, per la sola ragione di non essere stati pagati dal debitore. I contratti pendenti essenziali devono essere intesi come i contratti pendenti necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa, inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione comporterebbe la paralisi dell'attività del debitore*".

Con riferimento alla disciplina nazionale, l'art. 94 *bis* del Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 ("*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*"), prevede che "*1. I creditori non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né 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 oppure della richiesta o della concessione delle misure protettive o cautelari. Sono inefficaci eventuali patti contrari.*

2. Fermo quanto previsto dal comma 1, i creditori interessati dalle misure protettive concesse ai sensi dell'articolo 54, comma 2, non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti essenziali in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo in continuità aziendale. Sono essenziali i contratti necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa, inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione impedisce la prosecuzione dell'attività del debitore".

Il primo correttivo al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, adottato con Decreto legislativo 26 ottobre 2020, n. 147 (recante "*Disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20, al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155*") ha mitigato la portata della regola, permettendo agli istituti di credito di procedere, con decisione motivata, alla revoca o alla sospensione delle linee di credito nel caso in cui ciò sia richiesto dalla disciplina in materia di vigilanza prudenziale.

[31] Risulta infatti evidente il vantaggio concorrenziale in questo modo accordato all'azienda in crisi, la quale, a differenza dei propri concorrenti, potrà beneficiare di condizioni contrattuali più favorevoli rispetto a quelle precedentemente pattuite.

Ed infatti, potendo cogliere le nuove e più vantaggiose opportunità nel frattempo presentatesi nel mercato, l'impresa sottoposta alla procedura di risanamento potrà contare su soluzioni contrattuali di cui le aziende *in bonis* - per cui la possibilità di sciogliersi unilateralmente dai contratti in essere non sussiste - non possono avvalersi (cfr. V. MINERVINI, *Disciplina delle crisi e diritto della concorrenza*, cit., 350).

caso, si presenta come particolarmente delicato il ruolo ricoperto dagli organi di procedura, che dovranno evitare di concedere tali misure alle imprese prive di qualsivoglia prospettiva di recupero dell'equilibrio economico-finanziario[32]. E ciò, si badi, non solo perché, altrimenti, si comprometterebbe il corretto funzionamento dei mercati, ma anche perché un ritardo nella liquidazione determinerebbe un grave pregiudizio agli interessi dei creditori sociali[33].

3. Gli strumenti "speciali" per la permanenza nel mercato delle imprese in crisi.

3.1. Le concentrazioni di salvataggio

La dottrina e la giurisprudenza comunitaria, come in parte evidenziato, hanno individuato alcuni strumenti speciali a cui potrebbe farsi ricorso al fine di garantire la permanenza nel mercato di un'impresa in crisi.

La specialità di tali strumenti risiede nella circostanza che siffatti fenomeni concentrativi, aggregativi e di sostegno non possono definirsi anticoncorrenziali ai sensi della normativa unionale antitrust.

Tra questi rientrano le "concentrazioni di salvataggio" o "concentrazioni liquidative"[34], che, attraverso un processo di acquisizione, da parte di un operatore economico sano, del complesso aziendale in crisi, consentono al patrimonio produttivo di quest'ultimo di permanere nel mercato, con ciò evitando gli effetti negativi che in conseguenza della relativa dissoluzione verrebbero a determinarsi sull'offerta di beni e servizi.

Ebbene, risulta evidente che tali operazioni, nel caso in cui coinvolgano operatori economici dotati di un elevato potere di mercato, siano suscettibili di produrre patenti effetti anti-competitivi, atteso che dalla loro realizzazione potrebbe derivare la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante in capo all'impresa

[32] Cfr. V. MINERVINI, *Disciplina delle crisi e diritto della concorrenza*, cit., 345.

[33] Ciò in quanto, a fronte del mantenimento in vita di un'impresa incapace di generare ricchezza, si determina una progressiva riduzione sia del valore di funzionamento che del valore di liquidazione della stessa. Pertanto, constatata l'impossibilità di intraprendere un percorso di risanamento dell'azienda, occorrerebbe procedere ad una tempestiva liquidazione della medesima, così da garantire la soddisfazione possibile delle pretese creditorie nella misura più elevata possibile.

[34] Per un'ampia ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto della *failing firm defense* nel diritto statunitense, si v. P. MAPELLI – F. STELLA, *Concentrazioni tra imprese e failing firm defense: un confronto tra l'esperienza statunitense e l'esperienza comunitaria*, cit., 49 ss.; I. KOKKORIS, *Failing Firm Defence Under the Clayton Act*, in *Eur. C. L. Rev.*, 2007, 158 ss.; W.A. CANN Jr.., *Section 7 of the Clayton Act and the Pursuit of Economic "Objectivity": is there any role for social and political values in merger policy?*, in 60 *Notre Dame L. Rev.*, 1985, 273 ss.; T. CAMPBELL, *The efficiency of the failing firm defense*, in 63 *Tex. L. Rev.* 1984, 251 ss.; W.E. BAXTER, *Remarks: the failing firm doctrine*, in 50 *Antirust L. J.*, 1982, 247; P.M. LAURENZA, *Section 7 of the Clayton act and the failing company: an updated perspective*, in *65 Va. L. Rev.* 1979, 947 ss.; M.F. CONNOR III, *Section 7 of the Clayton Act: the "failing company" Myth*, in 49 *Geo. L.J.*, 1969, 84 ss.; R.E. LOW, *The failing company doctrine revisited*, in 38 *Fordham L. Rev.*, 1969, 23 ss., mentre, per l'evoluzione dell'istituto in ambito unionale, si v. S. BARIATTI, *Le concentrazioni di salvataggio nel diritto della concorrenza*, in *N. dir. soc.*, n. 3, 2018, 580 ss.; M. MAGGIOLINO – F. GHEZZI, *Crisi di impresa e diritto antitrust*, in *Rivista delle società*, 2011, 334 ss.

risultante dalla concentrazione.

Pertanto, a partire dagli anni 30', negli Stati Uniti, è sorta, in ambito giurisprudenziale, la cosiddetta "*failing firm doctrine*", poi recepita anche in ambito comunitario, volta ad individuare i criteri in presenza dei quali, ai fini del salvataggio di un'impresa in crisi, sia possibile ricorrere a un'operazione concentrativa altrimenti vietata.

Orbene, qualora le imprese coinvolte nella fattispecie concentrativa superino determinate soglie di fatturato, sorge in capo alle stesse, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del Regolamento CE 139/2004, un obbligo di notifica dell'operazione alla Commissione europea, la quale dovrà valutarne gli effetti sul piano concorrenziale.

In particolare, la Commissione, ricevuta la comunicazione con cui gli operatori economici esprimono la volontà di porre in essere la concentrazione, è chiamata a verificare se, per effetto dell'operazione, venga a costituirsi o a rafforzarsi una posizione di dominanza in capo all'impresa risultante dal processo aggregativo, ma anche e soprattutto se, all'esito della stessa, emergeranno ostacoli ad una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una sua parte rilevante. In altri termini, la Commissione è tenuta a valutare se la fattispecie concentrativa verrà a configurarsi quale causa di una significativa restrizione concorrenziale.

È sulla scorta di tali premesse che la *failing firm doctrine* giunge ad ancorare l'ammissibilità delle concentrazioni di salvataggio all'assenza di un nesso di causalità tra la fattispecie concentrativa e il deterioramento della concorrenza nel mercato. Ciò sull'assunto che, se in assenza della concentrazione dovessero prodursi effetti anticoncorrenziali analoghi a quelli che si sarebbero verificati qualora l'operazione venisse attuata, risulterebbe certamente preferibile mantenere nel mercato il complesso aziendale in crisi, così da evitare la drastica riduzione dell'offerta che verrebbe a determinarsi per effetto della relativa dissoluzione.

Ebbene, in tali casi il pericolo è che il soggetto acquirente, per effetto dell'operazione, venga ad assumere o consolidare una posizione dominante, o, in ogni caso, che in conseguenza della concentrazione si verifichi una significativa restrizione della concorrenza nel mercato rilevante.

Pertanto, sia in ambito unionale che oltreoceano, sono stati elaborati dei criteri atti a verificare se il danno concorrenziale che si produrrà a seguito della concentrazione sia o meno evitabile nel caso in cui la relativa attuazione dovesse essere vietata dall'Autorità antitrust.

Tali criteri[35] sono soddisfatti se: a) l'azienda non presenta prospettive di risanamento

[35] Tali criteri, come evidenziato, sono stati coniati in ambito giurisprudenziale e, oggi, sono contenuti nelle *Merger guidelines* del *Department of Justice* statunitense del 2023 e nelle *Linee guida sulle concentrazioni orizzontali* del 2004 redatte dalla Commissione europea. Per una selezione delle pronunce giurisprudenziali e delle decisioni della Commissione in materia, si v. M. MAGGIOLINO - F. GHEZZI, *Crisi di impresa e diritto antitrust*, cit., note 51 e 52 a p. 352.

e, quindi, in assenza della concentrazione la stessa andrebbe incontro al fallimento; b) non vi sono offerte di acquisto alternative meno pregiudizievoli per l'assetto concorrenziale; c) a seguito della mancata attuazione dell'operazione, si verificherebbe l'inevitabile fuoriuscita dal mercato degli *assets* aziendali. In presenza di tali condizioni, dunque, si ritiene che venga meno il nesso di causalità tra concentrazione e restrizione concorrenziale e che, pertanto, non vi siano motivi per vietare che il processo aggregativo vada a buon fine.

3.2. I cartelli difensivi

Il secondo strumento adottabile per far fronte a una situazione di difficoltà economico-finanziaria, più utile nei casi in cui la crisi non sia individuale, ma si estenda a uno o più comparti produttivi, risiede nei già citati cartelli difensivi, che, attraverso l'attuazione di misure di contingentamento della produzione, garantiscono la sopravvivenza delle imprese finanziariamente più deboli[36]. Tuttavia, l'impiego di tale strumento, sia nell'ordinamento comunitario che in quello nordamericano, è stato progressivamente ridotto[37], tanto che, allo stato attuale, le

---

Tra i casi più recenti di applicazione della *failing firm defence* in ambito comunitario meritano di essere annoverati: Commissione europea, 2 settembre 2013, *Nysan/Shell/Harburg Refinery*; Commissione europea, 9 ottobre 2013, *Agean/Olympic II*; Commissione europea, 7 maggio 2018, *Arcelor Mittal / Ilva*. In ambito nazionale si v. AGCM, 31 marzo 1993, *Banco di Sardegna/B. Popolare di Sassari*, punti 20-23 (per una compiuta analisi di tale provvedimento si v. F. GHEZZI - P. MAGNANI, *Banche e concorrenza. Riflessioni sull'esperienza antitrust statunitense, comunitaria e italiana*, Milano, 1999, 284 ss.); AGCM, 15 febbraio 1996, *Fiatimpresit-Mannesmann-Techint/Italimpianti*; AGCM, 22 dicembre 1997, *Agip/Tmf-Energon*; AGCM, 13 maggio 2002, *Group Canal+/Stream*.

Per un caso di applicazione del regime derogatorio alla normativa antitrust in materia di concentrazioni introdotto dal Decreto-Legge 14 agosto 2020, n. 104, si v. AGCM, 22 dicembre 2020, *Poste Italiane/Nexive Group*. In questo caso, la concentrazione tra le entità coinvolte è stata autorizzata dall'AGCM, subordinatamente all'adozione di una serie di rimedi comportamentali volti a ridurre l'impatto anticoncorrenziale dell'operazione, data la sussistenza, nel caso di specie, delle tre condizioni di cui all'art. 75, comma 1, del Decreto-Legge 14 agosto 2020, n. 104. Ed infatti, l'operazione non superava le soglie di fatturato individuate all'art. 1 del Regolamento CE 139/2004; b) il costo della manodopera nel settore di interesse risultava pari ad almeno il 50% dell'importo totale del contratto – soglia superata la quale si è in presenza di un servizio ad alta intensità di manodopera, secondo quanto previsto dall'art. 50 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (il Codice dei contratti pubblici in vigore nel momento in cui è stata notificata l'operazione); il servizio postale universale era riconosciuto come servizio di interesse economico generale dal Decreto Legislativo 22 luglio 1999, n. 261; c) negli ultimi tre esercizi la società aveva registrato perdite tali da rendere altamente probabile la cessazione della relativa attività.

[36] Cfr. M. LIBERTINI, *Crisi d'impresa (aspetti concorrenziali)*, cit., 418. Favorevoli al ricorso alla *failing firm defence* anche nelle ipotesi di crisi generalizzata, G. OLIVIERI - A. PEZZOLI, *L'antitrust e le sirene della crisi*, cit., 11 ss.; M. MAGGIOLINO – F. GHEZZI, *Crisi di impresa e diritto antitrust,* cit., 347 ss., ma anche O.E.C.D., *Global Forum on Competition - Crisis Cartels*, 18 ottobre 2011.

[37] In una prima fase storica si sono riscontrati atteggiamenti di favore, sia in Europa che oltreoceano, nei confronti dei cartelli di crisi.

In Germania, ad esempio, è stata riconosciuta l'ammissibilità di intese, dette di "razionalizzazione produttiva", che consentivano alle imprese maggiormente affette dalla crisi di rimuovere efficacemente la capacità produttiva in eccesso, così da renderla compatibile con la ridotta domanda di beni e servizi presente nel mercato (si trattava del cosiddetto "*Strukturkrisenkartell*", finalizzato ad evitare che un'eventuale guerra di logoramento tra gli operatori economici in tempi di crisi congiunturale finisse per determinare la sopravvivenza non delle imprese più efficienti, ma di quelle con una maggiore solidità finanziaria. Secondo l'art. 6 del *German Act against Restraints*

ipotesi di possibile ricorso alle suddette intese risultano assolutamente residuali.
Ed infatti, nell'ordinamento comunitario sussistono soltanto due fattispecie di cartelli difensivi ritenute ammissibili dalla Commissione europea.
La prima è quella degli accordi che, nel corso di una fase di recessione, prevedono una riduzione della produzione da parte di tutte le imprese partecipanti all'intesa. Tali accordi, tuttavia, affinché possa affermarsene la compatibilità con la disciplina recata dall'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, oltre a contenere le sole misure restrittive della concorrenza che siano indispensabili allo scopo, devono prevedere un programma volto alla riorganizzazione della produzione all'interno del settore, finalizzata a porre rimedio alla relativa situazione

---

of Competition, il *Bundeskartellamt* (di seguito anche solo "ARC") avrebbe potuto disapplicare il divieto, sancito al successivo art. 7, di conclusione di intese anticoncorrenziali, "*In the event of a decline in sales due to a lasting change in demand, […] provided the agreement or decision is necessary to systematically adjust capacity to demand, and the arrangement takes into account the conditions of competition in the economic sectors concerned*". In ogni caso, il ricorso al *Strukturkrisenkartell* era ammissibile nelle sole ipotesi di "crisi strutturale", quando, cioè, si era di fronte a un cambio strutturale dei parametri di mercato che non consentisse un superamento della recessione nemmeno nel medio-lungo periodo).

Anche negli Stati Uniti, in passato, si è affermata la legittimità del ricorso ai cartelli difensivi, nella convinzione che questi potessero rappresentare un'efficiente strumento atto a garantire la sopravvivenza degli operatori economici finanziariamente più fragili e a porre un freno al fenomeno della concentrazione industriale. A seguito della Grande crisi del 1929, con l'emanazione del *National Recovery Act* del 1933 si è assistito ad una sostanziale sospensione della normativa antitrust e del divieto di conclusione di intese restrittive della concorrenza per tutti gli accordi economici di settore, purché fossero approvati da un'autorità indipendente e prevedessero dei codici di condotta a cui le imprese in esso operanti avrebbero dovuto attenersi (per una ricostruzione delle ragioni che hanno condotto all'emanazione del detto atto normativo, si v. R. PERITZ, *Competition Policy in America*, O.U.P., Oxford, 2000; H. HOVENKAMP, *United States Competition Policy in Crisis: 1890-1955*, in *Minn. Law Rev.* 2009, 311 ss., K. HEYER - S. KIMMEL, *Merger Review of Firms in Financial Distress, Economic Analysis Group Discussion Paper*, EAF 09-1, 2009.

Negli Stati Uniti, il primo passo verso la delegittimazione dei cartelli di crisi si è avuto con la dichiarazione di incostituzionalità, da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti, del *National Industrial Recovery Act*. In realtà, la ragione della decisione risiedeva nella volontà dei giudici di limitare l'intervento pubblico nel mercato, che, invece, avrebbe beneficiato di un forte effetto espansivo per effetto della creazione di un'autorità indipendente la quale, senza limiti di sorta, avrebbe potuto autorizzare accordi economici di varia natura potenzialmente restrittivi della concorrenza.

Ed infatti, anche a seguito dell'abrogazione di tale intervento normativo, la Corte Suprema, nel caso *Sugar Institute, Inc. v. United States, 297 U.S. 553 (1936)*, ha sancito la legittimità di un cartello difensivo atto a contenere gli effetti distruttivi di un eccesso di concorrenza (cfr. M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza in tempi di crisi economica*, cit., 3).

Tuttavia, il mutamento decisivo dell'atteggiamento nordamericano nei confronti dei cartelli di crisi si è registrato con la presidenza di Franklin Delano Roosevelt, che, con l'attribuzione dell'incarico di dirigente dell'*Antitrust Division* del *Department of Justice* a Thurman Arnold, ha impresso una svolta attivistica alla politica antitrust statunitense, nella convinzione che la soluzione più idonea ad uscire dalla situazione di crisi fosse quella di combattere i cartelli e tutelare la libertà e il potere di acquisto dei consumatori (cfr. ancora M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza in tempi di crisi economica*, cit., 3).

Anche in Germania, come rilevato dall'O.E.C.D., *Global Forum on Competition - Crisis Cartels*, 18 ottobre 2011, 123, a seguito dell'entrata in vigore del Regolamento CE 1/2003 (concernente "*l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del trattato*"), il legislatore nazionale ha abrogato l'art. 6 dell'ARC, eliminando, con ciò, l'unica previsione di espressa ammissibilità dei cartelli di crisi presente negli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione Europea.

di squilibrio strutturale fra domanda e offerta.

La seconda riguarda gli accordi che, volti alla ripartizione merceologica e/o territoriale del mercato fra gli operatori economici in esso operanti, abbiano durata e oggetto limitati e risultino indispensabili a realizzare la ristrutturazione o la riconversione di un settore industriale in crisi[38].

Infine, occorre segnalare che lo stesso legislatore comunitario, all'art. 150 del Regolamento UE 1308/2013 (che così recita: "*Su richiesta di un'organizzazione di produttori riconosciuta ai sensi dell'articolo 152, paragrafo 3, un'organizzazione interprofessionale riconosciuta ai sensi dell'articolo 215, paragrafo 3, o un gruppo di operatori di cui all'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento (UE) n. 1151/2012, gli Stati membri possono stabilire, per un periodo di tempo limitato, norme vincolanti per la regolazione dell'offerta di formaggio che beneficia di una denominazione di origine protetta o di un'indicazione geografica protetta ai sensi dell'articolo 5, paragrafi 1 e 2, del regolamento (UE) n. 1151/2012*), prevede una particolare ipotesi di possibile conclusione, da parte dei consorzi DOP operanti nel settore caseario, di intese temporanee in deroga alle norme antitrust, volte all'adozione di misure di riequilibrio tra domanda e offerta.

Tuttavia, il ricorso ai cartelli difensivi come strumento funzionale a rispondere alle situazioni di crisi è stato duramente criticato da parte della dottrina[39], che ha sottolineato come, rispetto ad altre misure, quali gli aiuti di Stato o le concentrazioni di salvataggio, avrebbe come effetto quello di ridurre in misura ulteriore gli incentivi alla concorrenza e di mettere in pericolo, in conseguenza dell'invio di segnali contrastanti agli operatori in ordine a ciò che è lecito e ciò che non lo è, la stessa

[38] Cfr. O.E.C.D., *Global Forum on Competition - Crisis Cartels*, 18 ottobre 2011, 120.

[39] Ad avviso di tale corrente di pensiero, autorizzare i cartelli difensivi sarebbe come rispondere a un fallimento di mercato attraverso la creazione di un secondo fallimento di mercato (cfr. J. FINGLETON, *La politica della concorrenza in tempi di crisi*, cit., 14; G. OLIVIERI – A. PEZZOLI, *L'antitrust e le tentazioni della crisi*, cit., 129).

Secondo altra dottrina, invece, nel caso in cui la crisi di mercato non riguardi singole imprese, ma interi settori o comparti produttivi, i cartelli difensivi rappresenterebbero una soluzione migliore rispetto alle concentrazioni liquidative e agli aiuti di Stato per il superamento della situazione di recessione. Ciò in quanto tali accordi, posto che le imprese coinvolte mantengono la loro indipendenza, avrebbero un impatto di minore portata sulla struttura del mercato, e rappresenterebbero un ostacolo più fragile e precario al ripristino della concorrenza effettiva nel settore. Al contrario, nel caso delle operazioni concentrative, si correrebbe il rischio di arrecare un pregiudizio irreversibile alla contendibilità del mercato che, a differenza di quanto accade nelle ipotesi di ricorso ai cartelli difensivi, resterebbe compromessa anche a seguito del superamento della fase di crisi; nel caso degli aiuti di Stato, il pericolo è che si instaurino legami politico-clientelari relativi alla gestione dell'aiuto che finiscano per alimentare le ipotesi collusive e le inefficienze (cfr. M. LIBERTINI., *Il diritto della concorrenza in tempi di crisi economica*, cit., 13).

Tale corrente di pensiero riconosce come i suddetti accordi, tuttavia, in virtù del meccanismo di *self-assesment* delle intese vigente in ambito euro-unitario, nonché della segretezza che normalmente le caratterizza, prestino il fianco a pericoli di applicazione patologica della fattispecie in esame ed a notevoli incertezze applicative. Ne deriva, secondo la dottrina in esame, la necessità di introdurre meccanismi di autorizzazione anticipata degli accordi che consentano alla Commissione europea o alle Autorità antitrust nazionali di verificare la funzionalità e la proporzionalità delle relative misure con lo scopo perseguito (cfr. M. LIBERTINI, *Crisi d'impresa (aspetti concorrenziali)*, cit. 419. L'Autore, in ogni caso, evidenzia altresì come in questa maniera si ripropongano i medesimi rischi di legami politico-clientelari sollevati con riferimento agli aiuti di Stato).

ISSN 2036-7821

osservanza della disciplina concorrenziale.

3.3. Gli aiuti di salvataggio

L'altra soluzione perseguibile per evitare la dissoluzione degli operatori economici in una fase di recessione, anch'essa normalmente adottata nelle ipotesi di crisi sistemiche o congiunturali, consiste nel ricorso a misure di sostegno pubblico alle imprese. Nei casi di impiego di tale soluzione, la Commissione europea, al fine di vagliarne la compatibilità con la disciplina in materia di aiuti di Stato, si dimostra, rispetto alle fattispecie sopracitate, decisamente più propensa a considerare la funzionalità dello strumento al perseguimento di obiettivi di interesse comune diversi da quelli concorrenziali[40]. Ciò in quanto, da un lato, oltre alla sussistenza di un espresso riferimento normativo nelle fonti comunitarie che consente alla Commissione di autorizzare misure di sostegno pubblico essenziali a far fronte alla situazioni di crisi economica di uno o più Stati membri[41], tali misure, a differenza delle concentrazioni e delle intese, che si configurano alla stregua di operazioni di mercato, rappresentano un vero e proprio strumento di politica pubblica, che, per sua natura, può essere orientato al perseguimento di finalità economico-sociali anche di natura extra-concorrenziale[42].

4. Il recupero degli aiuti di Stato illegali e le sanzioni antitrust alle imprese in crisi

Ulteriori ipotesi di possibile attrito tra le finalità sottese alla disciplina concorsuale e

---

[40] Cfr. M. LIBERTINI, *Crisi d'impresa (aspetti concorrenziali)*, cit. 423. In ambito comunitario, la disciplina relativa agli aiuti di salvataggio alle imprese in crisi è contenuta in Commissione europea, *Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese non finanziarie in difficoltà*, 31 luglio 2014. La Commissione, inoltre, ha adottato diverse Comunicazioni volte ad garantire l'accesso alle misure di sostegno pubblico alle imprese colpite dalle crisi congiunturali verificatesi negli ultimi decenni.

Con riferimento alla crisi finanziaria del 2008, si v. Commissione europea, Comunicazione su *The application of State aid rules to measures taken in relation to financial institutions in the context of the current global financial crisis*, 25 ottobre 2008; Commissione europea, Comunicazione su *The recapitalisation of financial institutions in the current financial crisis: limitation of aid to the minimum necessary and safe- guard against distortion of competition*, 5 dicembre 2008.

Relativamente alla crisi derivante dalla diffusione della pandemia da Covid-19, si v. Commissione europea, Comunicazione sul *Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*, 19 marzo 2020.

In merito alla situazione di crisi generata dal conflitto tra Russia e Ucraina, si v. Commissione europea, *Comunicazione - Quadro temporaneo di crisi e transizione per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina*, 23 marzo 2022, come da ultimo integrata con la Comunicazione del 20 novembre 2023 (Gazzetta ufficiale C, C/2023/1188).

[41] L'art. 107, comma 3, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea prevede che "*possono considerarsi compatibili con il mercato interno…gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro*".

[42] Si v. G. BRUZZONE, *Controllo degli aiuti di Stato e politica industriale: quale rapporto?*, Assonime - *Interventi*, n. 8/2019, che evidenzia come "*diversamente da antitrust e controllo delle concentrazioni, dove — correttamente — non c'e` spazio per bilanciamenti con obiettivi diversi dalla tutela della concorrenza, la politica degli aiuti di Stato e`intrinsecamente collegata al perseguimento di altri obiettivi di politica pubblica*".

al diritto antitrust si rinvengono in materia restituzione degli aiuti illegali e di irrogazione di sanzioni antitrust alle imprese che hanno commesso un illecito anticoncorrenziale.

Ebbene, sul punto sono stati adottati approcci radicalmente diversi nelle due sopra citate fattispecie, prevedendosi in ambito comunitario, nel primo caso, un obbligo di restituzione integrale delle somme ricevute, indipendentemente dalla situazione di crisi in cui versa l'impresa beneficiaria[43] e, nel secondo, la possibilità di ottenere una riduzione della sanzione qualora, in presenza di determinate condizioni, ed in conseguenza della comminazione della stessa, dovesse verificarsi il fallimento dell'impresa.

Ed infatti, la Commissione, sulla scorta degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza comunitaria[44], ha mostrato di attribuire rilievo, ai fini del calcolo dell'ammenda ad una pluralità di criteri, individuabili:

a) nel contesto economico-sociale in cui opera l'impresa;

b) nelle ricadute sia sociali che concorrenziali derivanti dall'eventuale fallimento di essa;

c) la perdita della redditività e del valore del complesso aziendale.

Con riferimento al criterio sub a), emblematica è la ormai risalente decisione del 2 aprile 2003, *Carni bovine francesi*[45](Commissione, *Carni bovine francesi*, Bruxelles, 10 agosto 2003), in cui la Commissione ha deciso di ridurre - nei confronti di un complesso di allevatori francesi, colpevoli di aver adottato delle misure protezionistiche per far fronte al calo della domanda di carne bovina registratosi a seguito della diffusione del cosiddetto "morbo della mucca pazza" - la sanzione ad

[43] La Commissione europea, nella Comunicazione *sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili* del 23 luglio 2019, in continuità con quanto già previsto nella Comunicazione *Verso l'esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili* del 15 novembre 2007, ha sancito che è assolutamente irrilevante che l'impresa destinataria della misura si trovi un una situazione di crisi economico-finanziaria o in stato di insolvenza, dovendosi dare comunque esecuzione alla decisone di recupero, anche se ciò comporti la dissoluzione dell'azienda e la cessazione definitiva della sue attività.

Ne deriva, che, anche nelle ipotesi in cui la società in crisi sia stata ceduta o sia stato predisposto un piano volto alla relativa ristrutturazione o riorganizzazione, all'azienda non possa essere concessa né una proroga né un parziale esonero dalla restituzione, con la conseguenza che, se non vi sono risorse sufficienti ad assicurare l'integrale recupero dell'aiuto nei tempi individuati dalla Commissione, occorrerà procedere alla liquidazione dell'impresa (per una critica a tale impostazione, si v. C.G. PAULUS, *Competition Law versus Insolvency Law: When Legal Doctrines Clash*, cit., 5 ss.).

[44] Per una approfondita analisi degli orientamenti comunitari in materia irrogazione di sanzioni antitrust alle imprese in crisi, si v. M. MAGGIOLINO – F. GHEZZI, *Crisi di impresa e diritto antitrust*, cit., 393 ss.; P.M. FERRARI, *L'"incapacità contributiva" dell'impresa ai fini del calcolo delle ammende antitrust irrogate dalla Commissione*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, 241 ss. e, per una disamina più recente, si v. D. GERADIN - K. SADRAK, *The EU Competition Law Fining System: A Quantitative Review of the Commission Decisions between 2000 and 2017*, *Tilburg University - TILEC Discussion Papers*, 2017, 20 ss.; M. LIBERTINI, *Crisi d'impresa (aspetti concorrenziali)*, cit., 421 ss.

[45] Commissione, *Carni bovine francesi*, 10 agosto 2003.

ISSN 2036-7821

esse applicata in misura pari al 60%[46]. Ciò al precipuo fine di non gravare sulle condizioni, rese precarie dal crollo dei prezzi, delle imprese operanti nel settore[47].
Tale approccio è stato seguito, in ambito nazionale, anche dall'Autorità antitrust, che, nella decisione *Compagnie aeree – fuel charge* del 1° agosto 2002[48], ha irrogato, nei confronti delle imprese sanzionate, un'ammenda ridotta, in ragione: a) della grave situazione di sofferenza in cui, a seguito del repentino incremento del costo del carburante avio, versava il settore di operatività delle aziende coinvolte; b) della crisi strutturale che aveva interessato il mercato del trasporto aereo in conseguenza dell'attentato alle Torri gemelle di New York dell'11 settembre 2001.
In relazione al criterio sub b), invece, la giurisprudenza comunitaria ha sottolineato come, da un lato, nonostante risulti necessario tenere conto della capacità contributiva dell'impresa in sede di determinazione dell'ammontare della sanzione, non vi sia alcun obbligo in capo alla Commissione di ridurre la stessa in ragione della crisi dell'impresa[49]. Ciò in quanto, altrimenti, si finirebbe per attribuire a priori un indebito vantaggio alle imprese meno efficienti, il che potrebbe indurre le stesse, specie qualora facciano parte di un gruppo societario, a creare ad arte una situazione di difficoltà economico-finanziaria al fine di beneficiare della riduzione[50].
Dall'altro lato, tuttavia, ha rilevato come la riduzione dell'ammenda sia necessaria qualora il destinatario provi che dalla relativa comminazione deriverebbe un grave pregiudizio alla redditività economica dell'impresa nonché al valore delle sue attività, nella consapevolezza dell'importanza che la permeanza nel mercato dell'operatore economico sanzionato e del relativo patrimonio produttivo rivestano ai fini della salvaguardia della concorrenza e dei livelli qualitativi e quantitativi dell'offerta di beni e servizi[51].
Infine, con riferimento al criterio sub c), la Corte di giustizia ha rilevato che un elemento essenziale da tenere in considerazione ai fini della determinazione del *quantum* dell'ammenda risiede nelle conseguenze che l'irrogazione della sanzione determinerebbero nel contesto economico-sociale in cui l'impresa opera, con particolare riguardo ai livelli occupazionali e alle prospettive di deterioramento dei

[46] Il Tribunale di primo grado ha poi ulteriormente ridotto la sanzione nella misura del 70%. Cfr. Tribunale primo grado, 13 dicembre 2006, T-217/03 e T-245/03, *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) c. Commissione*.
[47] Con riferimento all'elemento del particolare contesto sociale, occorre dimostrare che il fallimento dell'azienda, in conseguenza dell'irrogazione della sanzione, determinerebbe effetti negativi sui livelli occupazionali o sulla filiera produttiva a monte o a valle dell'impresa (cfr. Corte di giustizia, 29 giugno 2006, causa C-308/04 P, *Elettrodi di grafite*, punto 106).
[48] AGCM, 1° agosto 2002, *Compagnie aeree - Fuel charge*.
[49] Cfr. Corte di giustizia, 29 giugno 2006, C-308/04, *SGL Carbon/Commissione* punto 100.
[50] Il requisito del particolare contesto economico, invece, viene in rilievo nei casi in cui il settore di operatività dell'impresa sia caratterizzato da uno stato di crisi non transitorio, che può essere causato, come avvenuto nel caso *Carni bovine francesi*, da un calo della domanda o dei prezzi ovvero da una difficoltà di accesso al credito da parte delle aziende (cfr. Commissione, *Acciaio per precompresso*, 30 giugno 2010, punto 1137).
[51] Cfr. Tribunale di primo grado, 29 novembre 2005, T-62/2, *Union Pigments*, punto 76.

settori a monte e a valle dell'azienda interessata[52]

Il criterio dell'irrimediabile pregiudizio alla redditività dell'impresa, invece, ricorre nei casi in cui, a seguito di un'analisi relativa alla solidità finanziaria, alla solvibilità, alla profittabilità e al *cash flow* dell'azienda, risulti evidente che, in conseguenza della comminazione della sanzione, l'operatore economico diverrebbe insolvente[53].

L'azienda che soddisfi i summenzionati criteri può alternativamente beneficiare: a) di una riduzione o di un azzeramento dell'ammenda - ipotesi, quest'ultima, che si verifica spesso nei casi in cui l'impresa risulti soggetta ad una procedura liquidatoria, ove l'Autorità incaricata di assicurare l'*enforcement* della disciplina antitrust nel caso di specie si astiene dal gravare sul patrimonio destinato alla soddisfazione dei creditori sociali -; b) di una rateizzazione senza garanzia del pagamento; c) di una combinazione delle misure di cui ai punti precedenti.

Tali criteri sono stati testualmente recepiti dalla Commissione europea negli *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lettera a), del Regolamento CE n. 1/2003* del 1 settembre 2006, ove viene specificato che la sanzione non può essere ridotta in ragione delle sole condizioni di instabilità finanziaria dell'impresa, ma è necessario dimostrare che quest'ultima operi in un particolare contesto economico-sociale e che, in conseguenza dell'irrogazione dell'ammenda, verrebbe meno la propria capacità di produrre reddito e i suoi attivi perderebbero qualsiasi valore.

Tale ultimo onere probatorio è stato tuttavia attenuato dalla Commissione che, allo stato attuale, sembra richiedere, più semplicemente, la dimostrazione di "un consistente rischio" di perdita di valore degli *assets* aziendali. Tuttavia, affinché possa essere accolta l'istanza volta ad ottenere una riduzione dell'ammenda, è necessario che i tre sopracitati criteri ricorrano cumulativamente[54].

---

[52] Cfr. Corte di giustizia, 29 giugno 2006, C-308/04, *SGL Carbon/Commissione*, punto 105. Si v. anche Commissione, 3 settembre 2004, *Tubi di rame*, punto 833.

[53] Lo strumento comunemente utilizzato per misurare il rischio di insolvenza di un'impresa è l'*Altman Z-s core test*, sviluppato nel 1968 dall'omonimo professore statunitense. Si tratta di un modello previsionale di calcolo che, sulla base di una pluralità di variabili, tra cui le vendite nette, il risultato operativo, le attività e le passività correnti, il capitale investito, l'utile non distribuito e, per le società quotate, il valore di mercato delle partecipazioni, consente di quantificare il detto rischio. Tuttavia, tale elemento deve essere esaminato con particolare rigore nelle ipotesi in cui l'impresa faccia parte di un gruppo societario, dovendosi valutare, in tal caso, anche i risultati e le condizioni economico-finanziarie dello stesso (cfr. Commissione, *Articoli da cucito: cerniere*, 31 marzo 2011, punti 5-6)

Ed infine, l'ultimo criterio, ossia quello della perdita del valore delle attività aziendali, ricorre qualora non sia individuabile un potenziale acquirente interessato a rilevare il patrimonio produttivo dell'impresa a un prezzo ragionevole e a farsi carico dell'organico dell'operatore economico insolvente. Ne deriva che se la vendita degli *assets* dell'azienda non possa avvenire che a un prezzo fortemente ridotto e gli eventuali offerenti non siano disposti a farsi carico dell'intero personale dell'impresa in crisi, il requisito in esame risulterebbe integrato (cfr. Commissione, *Articoli da cucito: cerniere*, 31 marzo 2011, punto 6).

[54] Cfr. Commissione europea, *Servizi internazionali di trasloco*, 11 marzo 2008, punto 655.

ISSN 2036-7821

5. L'attuale assetto dei rapporti tra diritto concorsuale e disciplina antitrust

Sulla scorta delle suesposte osservazioni, si cercherà di formulare alcune sintetiche riflessioni in ordine all'attuale assetto dei rapporti tra crisi d'impresa e concorrenza, così da evidenziare i profili di maggiore attrito tra le due discipline.

Ebbene, come si è sottolineato, i possibili conflitti tra le due discipline si manifestano innanzitutto nell'ambito delle procedure concorsuali, ove alle imprese in crisi, nel caso in cui si decida di intraprendere un percorso volto al risanamento, vengono concesse delle misure protettive attributive di patenti vantaggi concorrenziali.

5.1 L'importanza del giudizio di meritevolezza in ambito concorsuale

Come detto, appare particolarmente delicato il compito assegnato agli organi della procedura concorsuale[55], le cui decisioni risultano suscettibili di incidere in maniera rilevante non soltanto sugli interessi dei creditori sociali, ma anche sul corretto funzionamento del mercato.

Ed infatti, qualora questi optino per la ristrutturazione e, dunque, per il mantenimento in vita di un'impresa che non presenti possibilità di risanamento, si determinerebbe, da un lato, un'ulteriore perdita del valore dei beni aziendali e del prezzo ottenibile attraverso la relativa liquidazione, con conseguente pregiudizio per le ragioni creditorie e, dall'altro, per effetto della permanenza nel mercato di una *zombie firm*, un danno alle dinamiche concorrenziali e alle prospettive di innovazione ed efficientamento del settore economico di appartenenza dell'impresa.

Tuttavia, nel caso in cui gli organi di procedura decidessero per la liquidazione di un operatore che, al contrario, risultava suscettibile di essere risanato, arrecherebbero, anche in tal caso, un duplice danno: ai creditori sociali, posto che, tendenzialmente, una ristrutturazione aziendale completata con successo consentirebbe a questi ultimi di ottenere più di quanto avrebbero ricavato dalla liquidazione della società; al funzionamento del mercato, in quanto la dissoluzione di un patrimonio materiale e conoscitivo di difficile replicazione determinerebbe un improvviso deterioramento dell'offerta di beni e servizi nel mercato rilevante, con conseguente pregiudizio per il benessere collettivo[56].

Pertanto, risulta necessario che il giudizio degli organi di procedura circa l'opportunità di mantenere in vita l'impresa in crisi si fondi su criteri economico-aziendalistici volti a verificare la sussistenza di ragionevoli e concrete prospettive di recupero, in tempi quanto più possibile prevedibili e contenuti, dell'equilibrio economico-finanziario e della capacità dell'impresa di generare ricchezza, nella consapevolezza che gli effetti della decisione saranno suscettibili di incidere non solo sugli interessi di creditori (o, più in generale, sugli interessi degli *stakeholder* che gravitano intorno all'operatore economico), ma anche sulla stabilità e sull'efficienza

[55] Cfr. V. MINERVINI, *Disciplina delle crisi e diritto della concorrenza*, cit., 345.
[56] *Ivi*, 371.

ISSN 2036-7821

dell'intero sistema economico[57].
Alla luce di tali considerazioni, emerge, tuttavia, come non vi sia un vero e proprio conflitto di obiettivi tra diritto della crisi d'impresa e normativa antitrust.
Ed infatti, se è vero che la finalità della concorrenza è quella di estromettere dal mercato le imprese inefficienti, così che gli attivi di queste ultime possano essere utilmente reimpiegati nel mercato, nella convinzione che ciò induca le imprese ad innovare ed efficientarsi, con conseguente beneficio per qualità, quantità, varietà e prezzi dei beni e servizi offerti, è anche vero che non sempre, anche sotto il profilo antitrust, la dissoluzione di un operatore economico in crisi rappresenta uno scenario desiderabile.
Ciò in quanto, la perdita irreversibile del patrimonio materiale e conoscitivo intrinsecamente connesso all'impresa in funzionamento può determinare, oltre a un possibile deterioramento della struttura del mercato - mercato che, infatti, per effetto del fallimento dell'azienda in crisi potrebbe addirittura registrare un allentamento della pressione concorrenziale - anche un'improvvisa riduzione della produzione e, quindi, dell'offerta, con conseguente pregiudizio per il *consumer welfare*.

5.2. L'assenza, quantomeno in astratto, di un vero e proprio conflitto di obiettivi tra diritto concorsuale e disciplina antitrust

Emerge, dunque, come, almeno in astratto, non si possa correttamente parlare di un conflitto tra finalità concorsuali e concorrenziali, in quanto, in entrambi i casi, anche se la gamma di soggetti tutelati dalle due discipline è diversa – creditori, lavoratori dipendenti e fornitori da un lato – e consumatori ed imprese concorrenti dall'altro – la salvaguardia di un operatore economico potenzialmente in grado di recuperare la propria efficienza e la propria capacità di generare ricchezza rappresenta un obiettivo condiviso, nella convinzione che ciò generi effetti positivi per il dinamismo dei mercati e per la stabilità del sistema economico.
Il conflitto sembra piuttosto determinarsi nei casi di uso patologico degli strumenti che il diritto concorsuale mette a disposizione delle imprese per garantire il relativo risanamento, ossia nelle ipotesi in cui il ricorso a tali strumenti venga concesso ad operatori economici che non hanno alcuna prospettiva di superare la crisi.
Tuttavia, l'incoerenza tra gli obiettivi perseguiti dalle due discipline non può certo farsi derivare dall'applicazione distorta che si faccia dell'una o dell'altra. Ed infatti, a fronte di eventuali disfunzioni nell'impiego degli strumenti che il diritto della crisi d'impresa mette a disposizione degli operatori economici, sarebbe necessario intervenire non tanto per ricercare un maggiore coordinamento tra le due discipline, quanto piuttosto per garantire una più efficiente applicazione della normativa concorsuale, nella consapevolezza che ciò determinerebbe anche una migliore

[57] *Ivi*, 370.

soddisfazione delle finalità concorrenziali.

La rilevanza assunta, in ambito antitrust, dalla conservazione dei complessi aziendali in crisi, che si compongono di un insieme di *assets* materiali ed immateriali la cui dissoluzione potrebbe generare effetti negativi sul corretto funzionamento del mercato, è desumibile altresì dall'istituto, coniato nell'ordinamento nordamericano e recepito in quello comunitario, della *failing firm defence*.

Ebbene, si è osservato come, nel caso in cui in assenza della concentrazione si registri la perdita irreversibile del patrimonio dell'impresa, la Commissione europea o le Autorità antitrust nazionali, qualora non vi siano offerte alternative meno distorsive della concorrenza e l'azienda non presenti alcuna possibilità di risanamento, possano autorizzare l'operazione, anche se a seguito della stessa si determini la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante ovvero si arrechi un significativo pregiudizio all'assetto competitivo del mercato[58].

Ed infatti, con riferimento a tale profilo, il giudizio relativo all'ammissibilità della concentrazione di salvataggio non si fonda sull'accertamento del nesso di causalità tra l'operazione e il deterioramento della struttura di mercato, quanto piuttosto sulla comparazione tra gli effetti che sull'offerta di beni e servizi si verificherebbero nei due scenari dell'attuazione e della non attuazione della fattispecie concentrativa.

Sul punto, appare rilevante segnalare che la dottrina[59] ha criticato l'originaria interpretazione della Commissione secondo cui, ai fini della valutazione della liceità della concentrazione di salvataggio, sarebbe necessario, per confutare l'esistenza del nesso di causalità tra la stessa e il rafforzamento della posizione di dominanza dell'impresa acquirente, dimostrare che, anche in assenza dell'operazione, l'impresa acquirente si accaparrerebbe la totalità delle quote di mercato precedentemente possedute dal complesso aziendale in crisi.

Risultava evidente, dunque, che in ambito comunitario si fosse adottato un approccio decisamente più restrittivo rispetto a quello fatto proprio dall'ordinamento nordamericano, ove invece è richiesto di provare "più semplicemente" che la fattispecie concentrativa rappresenti l'unica soluzione perseguile per mantenere nel mercato gli *assets* dell'operatore economico insolvente.

Il requisito inizialmente coniato dalla Commissione rischiava di agevolare le concentrazioni di salvataggio laddove la struttura concorrenziale del mercato era più gravemente compromessa, ossia nei casi in cui vi fossero, nel mercato rilevante, due operatori economici con un potere di mercato decisamente maggiore rispetto a quello degli altri concorrenti[60].

---

[58] Cfr. con riferimento all'ordinamento nordamericano le *Merger Guidelines* del *Department of Justice statunitense* del 2023, 30, e, con riferimento all'ordinamento comunitario, le *Linee guida sulle concentrazioni orizzontali* del 2004 redatte dalla Commissione europea, punti 89 ss.

[59] Cfr. in particolare G. GUIZZI, "*Concentrazione tra imprese e insolvenza. Appunti a margine del caso Alitalia*" cit., 349.

[60] *Ibidem*.

ISSN 2036-7821

Pertanto, la Commissione, anche al fine di evitare che, in ragione dei differenti approcci, una concentrazione transfrontaliera potesse essere autorizzata in un ordinamento e vietata in un altro, si è adeguata allo *standard* valutativo adottato dalla giurisprudenza statunitense, provvedendo alla sostituzione, poi cristallizzata nelle *Linee guida sulle concentrazioni orizzontali* del 2004, della condizione dell'assorbimento della quota di mercato con quella dell'inevitabile fuoriuscita dal mercato del patrimonio materiale e immateriale dell'impresa.

Ne deriva che, allo stato attuale, anche in ambito unionale, le parti che vogliano porre in essere una concentrazione di salvataggio dovranno dimostrare che le risorse e gli *assets* del complesso aziendale in crisi non permarrebbero nel mercato in assenza dell'operazione.

Anche tale requisito è stato progressivamente affinato dalla Commissione europea, che ha evidenziato come occorra verificare quali beni e impianti produttivi possano essere ceduti nell'ambito della procedura volta alla liquidazione dell'impresa, e, in relazione ad essi, se le imprese potenzialmente interessate abbiano la forza finanziaria per procedere al relativo acquisto e se sarebbero in grado di sfruttarne le potenzialità in maniera tale da esercitare una concorrenza effettiva[61].

Tale verifica è necessaria ad accertare che, effettivamente, in assenza della concentrazione, lo scenario competitivo risulterebbe deteriore rispetto a quello che deriverebbe dall'effettuazione dell'operazione.

In altri termini, è ben possibile che, nonostante alla dissoluzione dell'impresa non segua un rafforzamento del potere di mercato del potenziale acquirente della società in crisi, ma, piuttosto, un incremento della pressione competitiva, per effetto di un'equa ripartizione tra i concorrenti della quota precedentemente posseduta dall'azienda fallita ovvero dell'ingresso di nuovi operatori economici nel mercato, la concentrazione venga comunque autorizzata, sull'assunto che il pregiudizio che si determinerebbe in capo all'offerta di beni e servizi in conseguenza della dispersione del patrimonio aziendale potrebbe più che compensare i vantaggi che alla stessa deriverebbero in virtù della maggiore contendibilità del mercato.

E ciò appare coerente con la natura della concorrenza, che non rappresenta un fine in se[62] ma un mezzo atto a garantire la tutela del benessere collettivo, il che rende perfettamente ragionevole optare per uno scenario meno competitivo qualora questo si presenti come il più idoneo a soddisfare (o a pregiudicare in misura minore) gli interessi dei consumatori.

5.3. Le ipotesi di possibile attrito tra finalità concorrenziali e concorsuali

5.3.1. Con riferimento alle concentrazioni liquidative, i profili di attrito tra esigenze di conservazione del complesso aziendale e finalità concorrenziali possono sorgere, in

[61] Cfr. Commissione, 11 luglio 2001, *BASF/Eurodiol/Pantochim*, punti 153-154.

[62] Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. III, 12/10/2023, n. 8896.

primo luogo, all'esito di un intervento legislativo.

Ed infatti, come avvenuto con il "Decreto Alitalia", il legislatore ha introdotto un regime giuridico *ad hoc* al fine di autorizzare operazioni di aggregazione tra imprese altrimenti vietate. Si tratta, in altri termini, delle ipotesi in cui, in mancanza dei requisiti della *failing firm defence*, l'intervento di un organo politico si rende necessario ad evitare che la Commissione europea (o l'Autorità antitrust nazionale) vieti la concentrazione.

Come si è osservato, simili scenari sorgono allorché il legislatore ritenga, all'esito di un'attività di ponderazione di tutti gli interessi in gioco, di privilegiare la tutela di esigenze socio-economiche diverse da quelle concorrenziali.

Ebbene, con riferimento a tali fattispecie, si è osservato che la dottrina ha avanzato opinioni contrastanti, da chi si è espresso con sfavore nei confronti dei suddetti interventi legislativi, adducendo che gli eventuali costi sociali della dissoluzione di un'impresa andrebbero gestiti in maniera diversa[63], a chi, invece, ha ne ha sottolineato la possibile ragionevolezza, sull'assunto che le finalità concorrenziali non debbano prevalere sempre e comunque, ma possano recedere di fronte alla necessità di tutelare altri e diversi interessi costituzionalmente rilevanti[64].

In ogni caso, indipendentemente da che si condivida o meno il ricorso, da parte del legislatore, a soluzioni di tal guisa, risulta evidente come, in simili ipotesi, venga accordato un patente privilegio alle esigenze concorsuali, in particolare a quelle legate alla salvaguardia dei livelli occupazionali, a scapito del perseguimento degli obiettivi di natura concorrenziale.

Tuttavia, il mezzo adottato per la risoluzione del conflitto non pare possa essere criticato in quanto tale, atteso che è insito nella natura degli organi di rappresentanza politica, a fronte di un possibile contrasto tra interessi socio-economici diversi,

---

[63] Cfr. E.O. CORREIRA, *Re-examining the failing company defence,* in 64 Antitrust L.J., 683, 1996, 695 ss.

[64] Cfr. G. GUIZZI, "*Concentrazione tra imprese e insolvenza. Appunti a margine del caso Alitalia*", cit., 340 ss.

Tuttavia, A. SCHETTINO, *Le deroghe antitrust per le concentrazioni nazionali di salvataggio: potenziali criticità, possibili contemperamenti, eventuali contromisure*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2020, ha evidenziato l'importanza, in tali casi, dell'adozione di rimedi di natura comportamentale e strutturale che mitighino i risvolti anticoncorrenziali della concentrazione autorizzata.

Ed infatti, l'Autore sottolinea come, in assenza di tali rimedi, si corra il pericolo di limitare, oltre quanto necessario a perseguire gli obiettivi di interesse generale sottesi all'intervento legislativo, la possibilità per i potenziali concorrenti dell'impresa risultante dalla concentrazione di accedere al mercato o di contenderle la posizione di dominanza acquisita.

Inoltre, sorgerebbe altresì il pericolo di rafforzare gli incentivi dell'operatore economico a sfruttare la propria posizione di dominanza per commettere abusi escludenti, con conseguenti fenomeni di input *foreclosure* per i mercati verticalmente collegati o di *incumbency* per i settori caratterizzati da concorrenza per il mercato.

Altro pericolo è che tali interventi del legislatore, laddove precludano all'Autorità antitrust di effettuare valutazioni accurate in ordine ai cosiddetti effetti unilaterali delle concentrazioni orizzontali (ossia delle verifiche volte ad accertare se il potere di mercato acquisito per effetto della fusione consenta all'entità *post merger* di sfruttarlo indebitamente nei confronti delle proprie controparti contrattuali mediante l'imposizione di condizioni inique) e restringano il novero delle decisioni tese a sterilizzarli, propizino la commissione, da parte dell'impresa risultante dalla concentrazione, di abusi di sfruttamento in danno delle imprese e dei consumatori.

adottare delle decisioni che favoriscano taluni di essi a discapito di altri[65].
Si tratta, in altri termini, di valutazioni di politica economica, che è normale vengano effettuate da chi è competente ad assumersene politicamente la responsabilità, e che, pertanto, possono essere sindacate unicamente sotto i profili della ragionevolezza, dell'adeguatezza e della proporzionalità. Al contrario, tale attività di ponderazione dei diversi interessi in gioco deve ritenersi preclusa ad organi di natura eminentemente tecnica, quali sono le Autorità antitrust, che, nel giudizio relativo all'ammissibilità di un'operazione concentrativa, potranno tenere conto dei soli effetti anticoncorrenziali dalla stessa prodotti[66].

5.3.2. Ulteriore e diverso profilo di attrito tra esigenze concorsuali e finalità concorrenziali si manifesta in seno alle procedure disciplinate dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza atte a garantire, ove possibile, la permanenza nel mercato dell'impresa in difficoltà.
Ed infatti, gli organi competenti a presidiare tali procedure non hanno né le competenze né il compito di valutare gli effetti che gli atti posti in essere in ambito concorsuale generano sulla struttura e sul funzionamento dei mercati. Ne deriva che questi non potranno privilegiare soluzioni che, seppur meno pregiudizievoli sotto il profilo concorrenziale, sacrifichino, anche se in misura lieve, gli interessi dei creditori sociali[67]. Pertanto, potrebbe ben accadere che tali organi optino per l'attuazione di operazioni concentrative che, se da un lato garantiscono la sopravvivenza del complesso aziendale in crisi ed assicurano la soddisfazione delle ragioni creditorie, dall'altro, finiscono per determinare la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante ovvero una restrizione significativa della concorrenza nel mercato rilevante[68].
In questo caso, differentemente dal precedente, le esigenze concorsuali parrebbero assumere carattere di recessività, in quanto non può tralasciarsi di considerare il pregnante potere di intervento della Commissione europea (o l'Autorità antitrust) che, qualora non sussistano i requisiti necessari ai fini dell'applicazione della *failing firm defence*, dovrebbe in ogni caso vietare l'operazione o, al limite, a subordinare la relativa autorizzazione all'adozione di misure comportamentali o strutturali che, tuttavia, potrebbero far venire meno la convenienza economica della concentrazione per il soggetto acquirente.

[65] Cfr. M. LIBERTINI, *Crisi d'impresa (aspetti concorrenziali)*, cit., 426.
[66] Cfr. M. MAGGIOLINO – F. GHEZZI, *Crisi di impresa e diritto antitrust,* cit., 346; G. GUIZZI, "*Concentrazione tra imprese e insolvenza. Appunti a margine del caso Alitalia*", cit., 352.
[67] Cfr. V. MINERVINI, *Disciplina delle crisi e diritto della concorrenza*, cit., 314.
[68] *Ivi*, 315. Del resto, come evidenziato dall'Autore, è verosimile che l'offerta più elevata per l'acquisto dell'impresa in crisi provenga dall'operatore economico che, per effetto della concentrazione, sia in grado di consolidare o incrementare in maniera determinante il proprio potere di mercato ovvero di conseguire economie di scala o altri guadagni di efficienza.

Ciò, a ben vedere, determinerebbe la caduta dell'assetto di interessi che gli organi della procedura avevano individuato come il più idoneo a perseguire le finalità concorsuali di tutela dei lavoratori dipendenti e dei creditori sociali[69].
Emerge, pertanto, come nella sopra descritta situazione si determini una netta prevalenza dell'esigenza al mantenimento di un contesto pienamente concorrenziale rispetto a quella della conservazione del complesso aziendale in crisi.
Ed infatti, nelle procedure volte al risanamento delle imprese insolventi, risulta necessaria, al fine di garantire la sopravvivenza della società, la tempestiva individuazione di una soluzione che sia idonea allo scopo, posto che, altrimenti, il deterioramento del valore di funzionamento dell'azienda a cui si andrebbe incontro potrebbe divenire tale da rendere l'acquisto del patrimonio produttivo di quest'ultima non più appetibile per alcun operatore economico.
Ne discende che, qualora la fattispecie concentrativa congegnata in ambito concorsuale venga negata dalla Commissione europea (o dall'Autorità antitrust), si arrecherebbe un patente pregiudizio ai creditori sociali, in quanto non solo questi dovrebbero accontentarsi di una soluzione alternativa meno satisfattiva delle proprie pretese, ma è possibile che le eventuali offerte diverse da quella del soggetto acquirente precedentemente recapitate all'impresa in crisi o agli organi di procedura non vengano più replicate alle medesime condizioni per effetto della contrazione del valore di funzionamento dell'impresa verificatosi tra la data di notificazione dell'operazione e la decisione di diniego resa dalla Commissione (o dall'Autorità antitrust nazionale).
5.3.3. E si badi che, a fronte di un simile scenario, il pregiudizio non si determina in capo alle sole finalità concorsuali della procedura, ma altresì agli interessi di natura concorrenziale.
Ed infatti, si sarebbe potuto optare sin da subito per soluzioni meno restrittive per la concorrenza alternative a quella individuata, quale l'accettazione tempestiva dell'offerta, pur meno conveniente sotto il profilo economico, presentata da un'impresa con minore potere di mercato del soggetto acquirente.
In tal modo si sarebbe garantita, pur a fronte di un parziale sacrificio delle ragioni *latu sensu* creditorie, la permanenza nel mercato del complesso aziendale in crisi o di una sua parte rilevante, con ciò evitando gli effetti negativi sull'offerta di beni e servizi connessi alla dissoluzione dello stesso.
Il danno antitrust, peraltro, in una situazione di tal guisa, potrebbe non riguardare esclusivamente la produttività e l'offerta dei beni e servizi nel mercato rilevante, ma altresì il livello di pressione concorrenziale presente all'interno di esso.
È ben possibile che la quota dell'azienda in crisi, la cui fuoriuscita dal mercato, come detto, potrebbe non essere più evitabile a seguito del diniego all'operazione

[69] *Ivi*, 324.

concentrativa reso dalla Commissione, venga coperta in tutto o in parte dal prospettato acquirente, con la conseguenza che il potere di mercato che questo viene a detenere a seguito della liquidazione dell'impresa finisce per risultare maggiore di quello che avrebbe consolidato se, sin dall'inizio, fosse stata percorsa una soluzione alternativa per il mantenimento in vita dell'operatore economico in crisi.
In altri termini, in caso di accettazione tempestiva dell'offerta, pur meno conveniente sotto il profilo economico, presentata da un'impresa con minore potere di mercato del prospettato acquirente, la quota di quest'ultimo rimarrebbe invariata, venendosi invece ad accrescere quella di un diverso concorrente, con conseguente incremento della contendibilità del mercato rilevante.
Tali criticità, allo stato attuale, non sono state affrontate né dal legislatore nazionale né da quello euro-unitario, atteso che la disciplina in materia di insolvenza non tratta di concorrenza e la normativa antitrust non si occupa di crisi d'impresa. L'unica norma, presente a livello comunitario, in cui, in ambito concorrenziale, viene attribuito rilievo all'attivazione di una procedura di regolazione della crisi si rinviene nell'art. 3, paragrafo 5, del Regolamento 139/2004 ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni"), secondo cui non si ha concentrazione quando il controllo dell'impresa insolvente viene acquisito da una soggetto incaricato, da una pubblica autorità o da una legge dello Stato, di dare corso alla detta procedura[70].
Tuttavia, tale disposizione è semplicemente volta ad evitare che la sottoposizione dell'azienda al controllo degli organi della procedura faccia scattare l'obbligo di notificazione e valutazione preventiva della Commissione. Ed infatti, qualora successivamente si proceda all'attuazione di una concentrazione che superi le soglie di fatturato indicate all'art. 1 del medesimo Regolamento, la comunicazione alla Commissione sarà invece necessaria, potendo quest'ultima procedere al diniego nel caso in cui l'operazione determini la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante ovvero una significativa restrizione concorrenziale nel mercato rilevante[71].
Pertanto, risulta auspicabile un intervento del legislatore, comunitario o nazionale, che sani tale criticità, eventualmente attraverso l'introduzione di presidi che, già nel corso della procedura concorsuale, consentano di individuare tempestivamente il possibile conflitto tra l'operazione prospettata e la normativa antitrust, nella consapevolezza che ciò sia necessario non solo al fine di garantire una miglior tutela degli interessi *latu sensu* creditorii, ma anche delle esigenze concorrenziali alla conservazione della contendibilità del mercato e della stabilità, in termini di qualità, quantità, varietà e prezzi, dell'offerta di beni e servizi.

[70] L'art. 3, paragrafo 5, del Regolamento 139/2004 ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni"), prevede che "*Non si ha concentrazione quando…il controllo sia acquisito da una persona che abbia ricevuto mandato dalla pubblica autorità in virtù della legislazione di uno Stato membro relativa alla liquidazione, al fallimento, all'insolvenza, alla cessazione dei pagamenti, al concordato o ad altre procedure analoghe*".
[71] Cfr. V. MINERVINI, *Disciplina delle crisi e diritto della concorrenza*, cit., 321-322.

5.4. Il giudizio di meritevolezza come strumento atto a garantire la coerenza sistematica tra diritto concorsuale e disciplina antitrust

Le considerazioni svolte in ordine alla rilevanza del giudizio di meritevolezza e alla possibilità di tenere conto degli interessi diversi da quelli concorrenziali nelle decisioni relative all'opportunità di tentare il risanamento di un'impresa in crisi pare possano essere riproposte negli stessi termini anche con riferimento agli istituti dell'amministrazione straordinaria e degli aiuti di Stato.

Ed infatti, con riferimento alla prima, che, come osservato, rappresenta uno strumento messo a disposizione dal legislatore in favore delle imprese dotate di determinati requisiti dimensionali ai fini del superamento dello stato di crisi, si è evidenziata la configurazione, in capo agli operatori economici beneficiari della misura, di patenti vantaggi concorrenziali, derivanti, essenzialmente, dalla possibilità per gli stessi, grazie al congelamento forzoso dei debiti e alla prededucibilità dei nuovi finanziamenti, di destinare integralmente i ricavi generati dall'attività aziendale al perseguimento dell'obiettivo del risanamento e di godere un canale privilegiato per l'accesso al credito.

Tale istituto, peraltro, potrebbe addirittura finire per attribuire, seppur in via indiretta, sostanziali misure di sostegno pubblico all'impresa, qualora, come spesso accade per gli operatori economici di grandi dimensioni, una parte rilevante della loro esposizione debitoria sia nei confronti dello Stato o altri enti pubblici[72]. Ed infatti, nella detta ipotesi, l'azienda finisce sostanzialmente per finanziarsi con delle risorse pubbliche che, inoltre, con il meccanismo della prededucibilità, presentano addirittura una minore possibilità di essere recuperate.

Pertanto, in tal caso, assume ancora maggiore rilevanza il ruolo ricoperto dagli organi di procedura, atteso che, dato l'elevato potere di mercato di cui normalmente godono gli operatori economici sottoponibili ad amministrazione straordinaria[73], le ritorsioni, sotto il profilo concorrenziale, legate alla decisione di mantenere in vita un'impresa senza prospettive di risanamento sarebbero anche più gravi rispetto all'ipotesi in cui si opti per salvataggio di una *zombie firm* in seno ad una procedura concorsuale ordinaria.

Ed infatti, qualora non vi siano, per la società, possibilità di recupero dell'equilibrio economico-finanziario, occorrerebbe far fronte ai costi sociali derivanti dalla dissoluzione, piuttosto che attraverso la salvaguardia del complesso aziendale in crisi, mediante strumenti alternativi, come, ad esempio, la predisposizione di un adeguato sistema di ammortizzatori sociali[74]. Ciò, in quanto, altrimenti, si arrecherebbe un grave pregiudizio, oltre che agli interessi dei creditori che, come

[72] *Ivi*, 342.
[73] *Ibidem*.
[74] Risultano favorevoli al ricorso a tale soluzione L. BERTI – A. PEZZOLI, *Le stagioni dell'antitrust*, cit., 170 ss.

precedentemente sottolineato, a fronte di un procrastinamento della liquidazione, finiscono per ottenere una minore soddisfazione delle proprie pretese, alle finalità concorrenziali, in virtù degli ostacoli che al processo di efficiente allocazione delle risorse verrebbero apposti dalla permanenza nel mercato di un'impresa incapace di generare ricchezza.

Analogo discorso deve essere riproposto con riferimento alle misure di sostegno pubblico, che, come evidenziato dalla Commissione europea, devono rappresentare una soluzione di *extrema ratio*, perseguibile, cioè, quando non vi siano soluzioni di mercato alternative, il cui ricorso, in ogni caso, deve essere confinato alle sole ipotesi in cui l'operatore economico presenti delle concrete possibilità di risanamento[75]. Ciò in quanto l'uscita dal mercato delle imprese inefficienti, che, peraltro, rappresenta l'esito naturale del gioco concorrenziale, favorisce la crescita degli operatori economici maggiormente competitivi e restituisce al mercato attivi che potranno essere impiegati a fini più produttivi[76].

Pertanto, anche in tal caso assume rilevanza centrale il giudizio volto ad indagare l'effettiva capacità dell'impresa di recuperare il proprio equilibrio economico-finanziario, in quanto l'erogazione di risorse pubbliche ad un'azienda che non presenta prospettive di risanamento arrecherebbe pregiudizio alla collettività sotto un duplice profilo: da un lato, ciò determinerebbe un deterioramento del benessere dei consumatori, atteso che, come evidenziato, la permanenza nel mercato di imprese che distruggono ricchezza impedisce la corretta allocazione delle risorse all'interno del mercato, con conseguenti effetti negativi sull'offerta di beni e servizi; dall'altro, a fronte del fallimento dell'impresa, si determinerebbe la perdita irreversibile di risorse pubbliche.

Ne deriva, dunque, la necessità di confinare l'assegnazione delle misure di sostegno

---

[75] Cfr. Commissione europea, *Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese non finanziarie in difficoltà*, 31 luglio 2014, 3 ss., il cui ambito di applicazione si estende a tutti i settori dell'economia, esclusi quello della produzione di carbone e acciaio, soggetto a norme più restrittive, ed il settore bancario, soggetto, invece, ad un regime normativo più elastico.

La Commissione europea, nella parte introduttiva del detto documento, esprime una posizione di tendenziale sfavore nei confronti degli aiuti di Stato alle imprese in difficoltà, in quanto la possibilità di ricorrere a tale strumento: a) fungerebbe da ostacolo alla crescita delle imprese maggiormente efficienti e tecnologicamente più avanzate, che, a seguito dell'uscita dal mercato di quelle meno efficienti, sarebbero in grado di impiegare i relativi *assets* a fini più produttivi; b) favorirebbe il cosiddetto "*moral hazard*", spingendo, dunque, le aziende ad investire in attività rischiose o insostenibili; c) assicurerebbe agli operatori economici che ne beneficiano una riduzione artificiale del proprio costo di capitale, con conseguente vantaggio competitivo sugli altri concorrenti; d) condurrebbe a una traslazione dell'onere dell'aggiustamento strutturale e delle relative difficoltà economiche e sociali su altri Stati membri, rischiando così di innescare una corsa alle sovvenzioni statali e all'erezione di barriere all'ingresso, con grave pregiudizio per gli scambi transfrontalieri.

Ne deriva, da un lato, la necessità di limitare l'impiego della misura ai soli casi in cui questa si configuri come l'unica soluzione percorribile ai fini del perseguimento di un obiettivo comune, e, dall'altro, di restringere il più possibile il relativo campo di applicazione.

[76] Cfr. Commissione europea, *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficolta*̀,1 ottobre 2004, par. 4.

ISSN 2036-7821

pubblico alle sole imprese meritevoli, ossia quelle che, all'esito di un'analisi condotta sulla base di criteri economico-aziendalistici, presentino la possibilità di recuperare, entro tempi prevedibili e non eccessivamente diluiti, l'autosufficienza economica e, quindi, la capacità di generare ricchezza[77].

Del resto, l'effettuazione di un giudizio di meritevolezza realmente improntato alla selezione, sia ai fini dell'accesso alle procedure di superamento della crisi che all'erogazione di aiuti di Stato, dei soli operatori economici in grado di recuperare la capacità di generare ricchezza conferirebbe alle due discipline anche una maggiore coerenza sistematica. Ciò in quanto, in questo modo, si garantirebbe, in ambito sia concorrenziale che concorsuale, la selezione delle sole imprese meritevoli (nel primo caso, di consolidare ed accrescere la propria posizione nel mercato e, nel secondo, di intraprendere un percorso volto al risanamento).

Altra peculiarità che connota gli aiuti di Stato e li contraddistingue rispetto agli strumenti delle concentrazioni di salvataggio e dei cartelli di crisi è la possibilità che la misura venga concessa all'operatore economico quando ciò sia necessario a perseguire obiettivi di interesse comune diversi da quelli concorrenziali. Ed infatti, si è osservato che è ben possibile che la misura venga concessa non solo nei casi in cui essa risulti essenziale ad evitare la perdita di un patrimonio conoscitivo e materiale difficilmente replicabile, l'interruzione di un servizio pubblico oppure la propagazione della crisi ad altre imprese, ma anche in quelli in cui il ricorso alla stessa appaia necessario a prevenire difficoltà di ordine sociale ovvero l'uscita dal mercato di una società che svolga un rilevante ruolo sistemico a livello territoriale o merceologico[78].

Ebbene, appare evidente che in tali ultime ipotesi l'aiuto non viene erogato al fine di soddisfare esigenze di natura concorrenziale, ma vere e proprie finalità di politica pubblica.

Tuttavia, come si è osservato, ciò è perfettamente coerente con la natura degli aiuti di

---

[77] Cfr. V. MINERVINI, *Disciplina delle crisi e diritto della concorrenza*, cit., 370.

[78] Cfr. Commissione europea, *Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese non finanziarie in difficoltà*", cit., paragrafo 3.1., nella parte in cui prevede che: "*Gli Stati membri devono dimostrare che il dissesto in cui si trova il beneficiario rischia di comportare gravi difficoltà di ordine sociale o un grave fallimento del mercato, in particolare mostrando che: a) il tasso di disoccupazione nella regione o regioni interessate (a livello NUTS II) è: i) superiore alla media dell'Unione, persistente e accompagnato dalla difficoltà di creare nuovi posti di lavoro nella regione o regioni interessate, oppure ii) superiore alla media nazionale, persistente e accompagnato dalla difficoltà di creare nuovi posti di lavoro nella regione o regioni interessate;*

b) esiste il rischio di interruzione di un importante servizio difficile da riprodurre e che un eventuale concorrente avrebbe difficoltà a garantire al posto del beneficiario (ad esempio, un fornitore di infrastruttura nazionale);

c) l'uscita dal mercato di un'impresa che svolge un ruolo sistemico essenziale in una regione o in un settore particolare (ad esempio in quanto fornitore di un importante fattore produttivo) comporterebbe potenziali conseguenze negative;

d) vi è il rischio di interruzione della continuità nella fornitura di un SIEG;

e) il fallimento o gli incentivi negativi sui mercati del credito spingerebbero un'impresa altrimenti redditizia al fallimento; f) l'uscita dell'impresa in questione dal mercato produrrebbe una perdita irreversibile di importanti conoscenze o competenze tecniche, oppure g) emergerebbero situazioni analoghe di gravi difficoltà sociali motivate dallo Stato membro interessato".

ISSN 2036-7821

Stato, che non rappresentano una soluzione di mercato, ma si configurano alla stregua di strumenti di politica industriale che, come tali, possono perseguire obiettivi anche diversi da quelli concorrenziali.
Sotto tale profilo, si rinviene una somiglianza tra le ipotesi di erogazione dei misure di sostegno pubblico e quelle in cui il legislatore interviene per consentire l'attuazione di una concentrazione altrimenti vietata: si tratta, in entrambi i casi, di soluzioni di politica economica che, pertanto, anche qualora implichino il sacrificio di interessi di natura concorrenziale (che, tuttavia, dovranno essere mitigati attraverso l'introduzione, ove necessario, di rimedi strutturali e comportamentali), potranno essere sindacate unicamente sotto i profili della ragionevolezza, della proporzionalità e dell'adeguatezza rispetto al fine perseguito.

5.5. Ripristino della parità concorrenziale o salvaguardia del complesso aziendale in crisi in seguito alla violazione delle norme antitrust

Un'ipotesi di conflitto tra esigenze concorsuali e finalità concorrenziali si rinviene, invece, in materia recupero degli aiuti di Stato illegali. Ciò emerge in maniera evidente da quanto dichiarato sul tema dalla Commissione europea, che ha evidenziato come le procedure finalizzate al superamento della crisi d'impresa possano fungere da ostacolo alla restituzione tempestiva ed integrale delle misure di sostegno pubblico indebitamente percepite.
Ed infatti, proprio al fine di evitare che la situazione di difficoltà economico-finanziaria in cui versa l'impressa finisca per impedire il recupero dell'aiuto, la Commissione ha stabilito che l'attuazione di un eventuale piano di risanamento individuato d'accordo con i creditori sociali possa essere eseguito soltanto qualora garantisca la piena ed efficace restituzione delle somme erogate.
Pertanto, come si è osservato, qualora risulti evidente che, in caso di prosecuzione dell'attività d'impresa, la società non sarebbe in grado di liberare le risorse necessarie a far fronte al proprio obbligo di restituzione entro i termini stabiliti dalla Commissione, occorrerebbe procedere alla liquidazione del complesso aziendale.
Ne deriva che, in tal caso, l'esigenza di ripristinare la parità concorrenziale tra i concorrenti prevale su quella di garantire la permanenza nel mercato dell'operatore economico.
Tuttavia, le criticità di un simile approccio rischiano di manifestarsi non soltanto sotto il profilo concorsuale - il pregiudizio arrecato in tali ipotesi ai creditori sociali, ai lavoratori dipendenti e ai fornitori dell'impresa è palese, posto che questi, con il mantenimento in vita dell'impresa in crisi (e con il relativo risanamento) avrebbero potuto, rispettivamente, ottenere una migliore soddisfazione delle proprie pretese, conservare il posto di lavoro, evitare la perdita di un cliente – ma anche sotto quello concorrenziale, atteso che, come si è più volte evidenziato, la perdita di un patrimonio conoscitivo e materiale di difficile replicazione potrebbe arrecare un

danno all'offerta di beni e servizi maggiore di quello che conseguirebbe all'alterazione della parità concorrenziale derivante dalla concessione (e dal recupero solo parziale) di un aiuto di Stato.

La ragione di un simile approccio della Commissione, che, a ben vedere, risulta assai distante da quello seguito per le concentrazioni di salvataggio o per l'erogazione di misure di sostegno pubblico per la ristrutturazione d'impresa, ove l'imminente fuoriuscita dal mercato degli *assets* dell'azienda in crisi giustifica, in presenza di altre condizioni, il ricorso a strumenti che sarebbero altrimenti vietati dal diritto antitrust, risiede probabilmente nell'esigenza di evitare che la situazione di difficoltà economico-finanziaria di un'impresa nazionale possa indurre gli Stati membri a concedere a quest'ultima aiuti, anche al di fuori dei limiti imposti dalla normativa unionale, nella consapevolezza che l'obbligo di recupero non potrebbe essere efficacemente attuato in virtù dello stato di crisi dell'operatore economico beneficiario.

Tale impostazione, tuttavia, non è stata replicata con riferimento alla disciplina sulle ammende antitrust.

Ed infatti, la Commissione europea, come detto, ha previsto che le imprese che si trovino in una situazione di fallimento imminente, possano, nel caso in cui operino in un particolare contesto economico-sociale e non vi siano acquirenti alternativi disposti a rilevare il complesso aziendale ad un prezzo ragionevole, beneficiare di uno sconto della sanzione[79].

[79] Cfr. Commissione europea, *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lettera a), del Regolamento CE n. 1/2003* del 1 settembre 2006.

In ambito nazionale, invece, gli orientamenti dell'AGCM sul tema sono contenuti in AGCM, Delibera 22 ottobre 2014, n. 25152 - *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione zione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*, punto 31, in cui si evidenzia che "*L'Autorità considera le condizioni economiche dell'impresa responsabile dell'infrazione, in base a quanto previsto dall'articolo 11 della legge n. 689/81. Al riguardo, su motivata e circostanziata istanza di parte avanzata entro il termine di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori, di cui all'articolo 14, comma 2, del DPR n. 217/98, l'Autorità può ridurre la sanzione per tener conto dell'effettiva limitata capacita` contributiva della stessa. L'impresa che intende avanzare tale istanza deve produrre evidenze complete, attendibili e oggettive da cui risulti che l'imposizione di una sanzione, determinata secondo quanto delineato nelle presenti Linee Guida, ne pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica, potendo pertanto determinarne l'uscita dal mercato. L'Autorità non prenderà in considerazione istanze basate unicamente su perdite di bilancio negli ultimi esercizi o di crisi generalizzata del settore interessato*".

Pertanto, anche in ambito nazionale occorre dare prova della sussistenza di uno stretto nesso di causalità tra la sanzione irrogata e il rischio concreto che, in conseguenza del relativo pagamento, l'impresa andrà incontro al fallimento (Cfr. Consiglio di Stato, 16 luglio 2021, n. 4211; Consiglio di Stato, 21 dicembre 2017, n. 5998).

La giurisprudenza nazionale, tuttavia, ha chiarito che tale nesso di causalità non sussiste nei casi in cui la cessazione dell'attività d'impresa, pur imminente, non dipende dal pagamento della sanzione antitrust ovvero nelle ipotesi in cui la situazione di crisi messa in risalto dagli indicatori di solvibilità dipenda da condizioni di strutturale sottocapitalizzazione della società (cfr. ancora Consiglio di Stato, 16 luglio 2021, n. 4211). Ciò anche al fine di evitare che sia vanificata l'efficacia deterrente della sanzione e che, dunque, venga riconosciuto un indebito vantaggio concorrenziale alle imprese inefficienti (cfr. Consiglio di Stato, 16 marzo 2020, n. 1838; Consiglio di Stato, 16 marzo 2020, n. 1839; Consiglio di Stato 19 marzo 2020, n. 1943, *Mercato del calcestrutto in Veneto*).

In ogni caso, l'AGCM e i giudici amministrativi hanno dimostrato di tenere conto, anche in assenza del nesso di causalità tra irrogazione della sanzione e rischio di fallimento dell'azienda, delle precarie condizioni economico-

Si tratta, a ben vedere, di un approccio che presenta similarità sia con quello adottato con riferimento alle concentrazioni liquidative che con quello riservato alle ipotesi di erogazione di aiuti di salvataggio. Ed infatti, del primo, la Commissione riprende il requisito dell'inevitabile fuoriuscita dal mercato del patrimonio produttivo dell'operatore economico in crisi; del secondo, la necessità di considerare, ai fini dello sconto, gli effetti economico-sociali – anche di natura non concorrenziale – derivanti dalla dissoluzione dell'impresa.

6. Riflessioni conclusive

Alla luce delle sopra esposte considerazioni, è possibile innanzitutto concludere circa l'assenza di un vero e proprio conflitto di obiettivi tra concorrenza e crisi d'impresa. Ciò in quanto la permanenza di un'impresa in crisi nel mercato rappresenta, laddove vi siano delle effettive possibilità che essa possa essere risanata, uno scenario

---

finanziarie in cui versa l'impresa, oltre che dell'operatività della medesima in un settore in crisi (cfr. Consiglio di Stato 19 marzo 2020, n. 1943; AGCM, 15 marzo 2020, *Ostacoli alle arene a titolo gratuito*: in tal caso, pur non sussistendo la condizione dell'*inability to pay*, è stata riconosciuta agli enti sanzionati, in ragione della difficoltà oggettiva in cui versava il settore cinematografico a causa della pandemia da Covid-19, una consistente riduzione delle ammende, in linea con quanto previsto dal punto 34 delle summenzionate Linee guida, che attribuisce all'Autorità la possibilità di tenere conto, in fase di determinazione dell'importo della sanzione, delle "*specifiche circostanze del caso concreto*")

Tuttavia, la giurisprudenza ha anche sottolineato che, se la crisi del settore rappresenta un elemento atto a giustificare un'eventuale riduzione dell'ammenda, l'attuazione di un'intesa restrittiva della concorrenza finalizzata a contrastare la recessione non rappresenta una circostanza attenuante del comportamento illecito posto in essere dalle parti, ma, al contrario, un fattore di maggiore gravità. Ciò in quanto una condotta di tal guisa finisce per rappresentare un elemento di ulteriore destabilizzazione dei meccanismi concorrenziali in un contesto di difficoltà complessiva. Ne deriva, dunque, anche in ambito nazionale, una posizione di netto sfavore nei confronti dei cartelli difensivi. (in questo senso si v. Consiglio di Stato, 16 marzo 2020, n. 1838).

L'Autorità antitrust e la giurisprudenza amministrativa hanno altresì chiarito che, affinché possa ritenersi sussistente la condizione dell'*inability to pay*, non basta la mera allegazione di perdite di bilancio o della situazione di crisi del settore, ma occorre valutare lo stato di salute complessivo dell'impresa attraverso l'impiego di indici che ne evidenzino la solvibilità, la redditività, la liquidità (cfr. T.A.R. Lazio, 18 aprile 2018, *Gare ossigenoterapia e ventiloterapia*) e il grado di salute finanziaria (a tal fine, è normalmente impiegato il cosiddetto *Altman Z-s core test*, per la cui descrizione si veda la nota 53; cfr. AGCM 15 marzo 2022, *Ostacoli alle Arene a titolo gratuito*; AGCM 30 gennaio 2019, *Gara SO.RE.SA. rifiuti sanitari regione Campania*; AGCM 8 giugno 2016, *Accordo tra operatori del settore del vending*).

Infine, anche in assenza delle condizione dell'*inability to pay*, le imprese sanzionate possono chiedere una rateizzazione del pagamento, ai sensi dell'art. 26 della Legge 24 novembre 1981, n. 689, recante "*modifiche al sistema penale*". Tale disposizione prevede che "*L'autorità giudiziaria o amministrativa che ha applicato la sanzione pecuniaria può disporre, su richiesta dell'interessato che si trovi in condizioni economiche disagiate, che la sanzione medesima venga pagata in rate mensili da tre a trenta; ciascuna rata non può essere inferiore a lire trentamila. In ogni momento il debito può essere estinto mediante un unico pagamento.*

Decorso inutilmente, anche per una sola rata, il termine fissato dall'autorità giudiziaria o amministrativa, l'obbligato è tenuto al pagamento del residuo ammontare della sanzione in un'unica soluzione"). La rateizzazione viene concessa nel caso in cui venga provata sussistenza di elementi atti a dimostrare una situazione di crisi economico-finanziaria tale da determinare un concreto rischio per la sopravvivenza dell'operatore economico (cfr. AGCM, 9 agosto 2017, *Gare ossigenoterapia e ventiloterapia*) o una situazione che renda oggettivamente difficile per l'impresa adempiere all'obbligazione pecuniaria in un'unica soluzione (cfr. AGCM, 4 agosto 2016, *Accordo tra operatori del vending*).

desiderabile sul piano sia concorsuale - i creditori ottengono una migliore soddisfazione delle proprie pretese, i lavoratori dipendenti conservano il proprio posto di lavoro, i fornitori evitano la perdita di un cliente - che su quello concorrenziale - si scongiurano, da un lato, la perdita di un *player* e, quindi, un allentamento della pressione competitiva, dall'altro, la dissoluzione di un patrimonio materiale ed immateriale difficilmente replicabile e gli effetti negativi che ne conseguono sull'offerta di beni e servizi.

Profili critici emergono, semmai, in concreto, qualora, nell'ambito delle procedure volte alla composizione della crisi, il giudizio di meritevolezza, volto cioè alla selezione delle imprese meritevoli di intraprendere un percorso di risanamento, non venga condotto in maniera adeguata.

Tuttavia, ciò non fa che avvalorare la considerazione secondo cui, in astratto, vi sia una convergenza tra finalità concorsuali e concorrenziali.

Ed infatti, tentare la ristrutturazione di un'impresa che non ha prospettive di recupero dell'equilibrio economico-finanziario, o, al contrario, liquidare un'azienda che può essere risanata, arreca un significativo pregiudizio agli interessi sottesi ad entrambe le discipline: con riferimento agli interessi concorsuali, i creditori ottengono meno di quanto avrebbero percepito in caso di immediata vendita del complesso aziendale (o, nel caso opposto, meno di quanto avrebbero percepito in caso di attuazione del piano di risanamento); i lavoratori dipendenti ed i fornitori vedono soltanto procrastinata la perdita, rispettivamente, del proprio posto di lavoro e di un proprio cliente (o, al contrario, vanno incontro alla perdita del proprio posto di lavoro o del proprio cliente quando l'operatore economico avrebbe potuto essere risanato); in relazione alla seconda, si verificano inefficienze nel processo di corretta allocazione delle risorse nel mercato (o, nel caso opposto, si verifica la perdita irreversibile di un complesso aziendale che avrebbe potuto essere mantenuto in vita, con conseguente pregiudizio per la produttività del settore e per la relativa offerta di beni e servizi).

I principali elementi di attrito, sui quali sarebbe opportuno che intervenga il legislatore comunitario o nazionale, emergono nel caso delle concentrazioni di salvataggio, allorquando l'assetto di interessi individuato all'interno della procedura di superamento della crisi venga a cadere per effetto del diniego all'operazione reso dalla Commissione europea (o dall'Autorità antitrust nazionale). Ciò in quanto, in tal caso, la tutela delle finalità concorrenziali determina un evidente pregiudizio a quelle concorsuali.

Tuttavia, come si è evidenziato, in assenza di presidi che consentano di individuare, già in seno alla procedura, le soluzioni che, in base alla normativa antitrust, sarebbero vietate, il sopra descritto scenario produrrebbe effetti negativi anche sotto il profilo concorrenziale.

In ogni caso, occorre evidenziare che, anche con l'introduzione di tali presidi, il

conflitto non sarebbe integralmente risolto in quanto, a fronte della necessità di ripiegare su un'operazione concentrativa meno remunerativa, i creditori sociali vedrebbero parzialmente sacrificati i propri interessi.

Analoghe criticità, ma di segno opposto, posso essere ravvisate con riferimento agli aiuti di salvataggio e alle ipotesi di intervento del legislatore volto a consentire una concentrazione altrimenti vietata.

Ed infatti, in tali casi, è possibile che un'operazione venga autorizzata (o che una misura di sostegno pubblico venga concessa) per il perseguimento di finalità concorsuali (o, più in generale, di obiettivi socio-economici di natura extra-concorrenziale), ancorché ciò arrechi un pregiudizio alla struttura o al corretto funzionamento dei mercati (nel caso della concentrazione, in virtù della restrizione concorrenziale che ne deriva; nel caso degli aiuti di Stato, per effetto dell'alterazione della parità concorrenziale che ne consegue).

Tuttavia, in tali casi, come si è osservato, si è di fronte e vere e proprie soluzioni di politica economica, che, legittimamente, possono privilegiare il perseguimento di obiettivi diversi da quelli concorrenziali e che, pertanto, risultano sindacabili unicamente sotto i profili dell'adeguatezza, della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto agli obiettivi perseguiti.

Ed infine, profili di attrito sono ravvisabili nella materie della restituzione degli aiuti di Stato illegali, ove la finalità di ripristino della parità concorrenziale tra gli operatori economici prevale su quella concorsuale di conservazione del complesso aziendale in crisi.

Dalle suesposte considerazioni emerge come, nonostante l'assenza, quantomeno in astratto, di un conflitto tra le finalità concorrenziali e quelle concorsuali, sussistano tutt'ora delle fattispecie in cui il perseguimento delle prime finisce per determinare un fisiologico sacrificio delle seconde e viceversa.

Risulta pertanto essenziale, in tali ipotesi, il ricorso a presidi che garantiscano un maggiore contemperamento tra gli obiettivi perseguiti dalle due discipline, anche attraverso l'introduzione di tecniche di natura anticipatoria che, in via preventiva, evitino la produzione di un danno in capo all'uno o all'altro interesse che la normativa intende tutelare.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Diritto di difesa e protezione del know-how nei contratti pubblici: le due "anime" dell'accesso documentale al vaglio del Consiglio di Stato.

di **Emanuela Guarino**

(Dottoressa in Giurisprudenza)

Sommario

Premessa. 1. La vicenda processuale. 2. I requisiti soggettivi dell'accesso: l'interesse diretto, attuale e concreto dell'operatore economico non concorrente a presidio del mercato concorrenziale — profili di accesso cd. "difensivo. 3. I requisiti oggettivi dell'accesso: gli elementi caratterizzanti gli atti contenenti segreti tecnici e commerciali. L'onere probatorio in capo all'impresa che protegge il know-how. 4. Conclusioni: il diritto di accesso difensivo "comunque" garantito – le due anime del diritto di accesso, di cui agli artt. 22 e ss. L. 241/1990.

Abstract

Council of State judgment no. 3714/2026 clarifies the scope of defensive documentary access for non-competing operators in oligopolistic markets. The analysis outlines the strict link of instrumentality between disclosing PEF revision acts and judicial protection against selective State aid (Arts. 107 TFEU). The conflict with trade secrets protection is evaluated under recent CJEU case law and EU compatibility objections to Article 35 of Legislative Decree 36/2023.

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

Premessa.

Il contributo esamina il permetro del diritto di accesso documentale "difensivo" spettante all'operatore economico non partecipante alla gara in mercati a struttura oligopolistica, muovendo dalla sent. n. 3714/2026 del Consiglio di Stato. L'indagine si sofferma sul nesso di strumentalità necessaria tra ostensione degli atti di revisione del PEF e tutela giurisdizionale, finalizzata alla verifica di aiuti di Stato selettivi (ex artt. 107 ss. TFUE). Infine, viene approfondito il bilanciamento con il segreto tecnico-commerciale alla luce dei recenti approdi della CGUE e dei rilievi di compatibilità eurounitaria sull'art. 35 d.lgs. 36/2023.

1. La vicenda processuale.

Può un'impresa che non ha partecipato alla procedura ad evidenza pubblica vedersi riconosciuta l'ostensione degli atti modificativi della concessione conclusa con l'aggiudicatario? Il Consiglio di Stato si pronuncia con sentenza favorevole al ricorrente, operatore economico concorrente nel medesimo settore della vincitrice e istante per l'accesso agli atti convenzionali.

Il caso oggetto della sentenza n. 3714/2026, riguarda un'impresa concorrente nel medesimo settore dell'aggiudicatario della concessione che, presentata istanza di accesso agli atti istruttori prodromici[1] all'adozione del Decreto Ministeriale con cui veniva autorizzata la disposizione di un'ingente somma di denaro da una società *in house* in favore della concessionaria, si vedeva negata l'ostensione[2].

Atteso il diniego, quindi, la ricorrente adiva il Tribunale Amministrativo Regionale contro il Ministero delle Imprese e del Made in Italy per l'annullamento della nota ministeriale[3] di parziale diniego dell'istanza di accesso avente ad oggetto gli atti adottati nell'iter procedimentale prodromico alla pubblicazione del Decreto Ministeriale con cui si disponeva il pagamento della somma in favore della concessionaria. Chiedeva, altresì, l'annullamento del provvedimento tacito del Ministero con cui veniva rigettata la predetta istanza di accesso, presentata anteriormente al provvedimento espresso di diniego parziale, nonché l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente di acquisire copia degli atti indicati nell'istanza di accesso, con conseguente condanna della resistente al rilascio, ex art. 116 c.p.a.

Nel corso del rapporto concessorio, viene avviato un procedimento di revisione dei Piani Economico-Finanziari (PEF) in ragione dei costi sopravvenuti e delle mutate condizioni economiche, al fine di ristabilire equilibrio nel rapporto tra le parti: valutate le nuove esigenze patrimoniali, all'esito del procedimento istruttorio, veniva

[1] In particolare, i verbali delle riunioni tenutesi tra i contraenti i giorni 13.03.2024 e 14.03.2024, allegati alla nota ministeriale in entrata n. 19168 del 18.07.2024; il verbale dell'11.12.2024, allegato alla nota ministeriale in entrata n. 3375 del 15.01.2025 della riunione fra Infratel S.p.A. e Open Fiber S.p.A; la nota ministeriale n. 71876 del 17.12.2024; la nota ministeriale n. 71878 del 17.12.2024;

[2] Decreto Ministeriale del 21 gennaio 2025.

[3] Prot. n. 47060 del 7 maggio 2025.

adottato Decreto del Ministero delle Imprese e del Made in Italy con cui veniva autorizzata l'erogazione della somma di 660 milioni di euro. Al fine di comprendere le ragioni sottese alle misure di riequilibrio del PEF — e quindi accertarsi della compatibilità degli ulteriori fondi erogati con la disciplina vigente in materia di divieto di aiuti di stato — la ricorrente presentava istanza di accesso agli atti istruttori, ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge 241/90 e dell'art. 5, c. 2 del D. Lgs. 33/2013.

La richiesta dell'interessato riceveva solo un parziale accoglimento: in particolare, il Ministero delle Imprese e del Made in Italy rigettava l'istanza ai sensi degli artt. 22 e ss. della L. n. 241/1990, ritenendo che l'istante non fosse titolare di un interesse diretto, concreto e attuale collegato ai documenti richiesti, e accoglieva l'istanza di accesso civico cd. "generalizzato" di cui al d.lgs. n. 33/2013 limitatamente alla nota 17.12.24 prot. MIMIT in entrata 71876, con cui la concedente chiedeva al Ministero di erogare alla concessionaria l'importo di 50 milioni di euro, ai sensi dell'art. 8, c. 1 ter D.L. n. 155/2024, alle note 17 (prot. in uscita n. 71878) e 18.12 (prot. n. 72487) con cui il Ministero delle Imprese e del Made in Italy chiedeva al Ministero dell'Economia e delle Finanze una anticipazione dell'importo di 50 milioni ai sensi dell'art. 20 comma 30 L. n. 213/23, alla nota 10.1.25 (prot. MEF-RGS n. 9135) con cui la Ragioneria Generale dello Stato comunicava che con D.M. 19.12.24 n. 260505 veniva disposta una variazione di bilancio in attuazione del provvedimento legislativo richiamato e al D.M. 19.12.2024 n. 260505. Di contro, veniva negata l'ostensione dei verbali delle riunioni tra concedente e concessionario, dei pareri resi dal N.A.R.S. – Nucleo di consulenza per l'Attuazione delle linee guida per la Regolazione dei Servizi di pubblica utilità – e delle decisioni del C.C.T. – Collegio Consultivo Tecnico – a cui le parti avevano devoluto la valutazione delle questioni relative alla determinazione del prezzo e all'incremento del costo dei materiali. Il diniego dei primi veniva motivato in ragione della carenza di interesse diretto, attuale e concreto dell'istante collegato ai documenti richiesti; relativamente agli atti resi dal N.A.R.S. e dal C.C.T., invece, il rigetto veniva giustificato in ragione della qualificazione giuridica di pareri legali per la risoluzione delle controversie relative al rapporto concessorio: l'Amministrazione, quindi, richiamava l'art. 35, c. 4, lettere a) e b) del D. Lgs. 36/2023 in materia di limiti del diritto di accesso agli atti dai quali emerga una *discovery* dei segreti tecnico-commerciali delle parti contraenti. Avverso tale diniego, l'istante agiva contro il Ministero delle Imprese e del Made In Italy: il TAR Lazio accoglieva preliminarmente il ricorso, ritenendo sussistente l'interesse attuale, concreto e diretto della ricorrente, operatore economico direttamente attivo nel medesimo mercato di riferimento. In particolare, secondo il Collegio la posizione della ricorrente integrava pienamente i requisiti di concretezza e attualità richiesti dall'art. 22 della legge n. 241 del 1990, in quanto l'esigenza conoscitiva era funzionale a verificare che l'intervento di revisione dei piani non si fosse tradotto, seppur indirettamente, nell'attribuzione di un

vantaggio economico selettivo suscettibile di integrare un aiuto di Stato, in contrasto con la disciplina eurounitaria di cui agli artt. 107 e seguenti del TFUE.
La pronuncia del Collegio capitolino veniva poi appellata innanzi al Consiglio di Stato dall'operatore economico soccombente che adduce l'*error in iudicando*, nonché violazione e falsa applicazione degli artt. 22 e ss. della L. 241/1990 e 53 del D. Lgs. 50/2016 per la parte in cui, nella sentenza emessa dai giudici di prima istanza, si riconosceva il diritto di accesso documentale dell'appellato che, difettando della qualifica di concorrente, non poteva essere considerato portatore di un interesse giuridico qualificato. Adduceva, poi, l'*error in iudicando* del provvedimento impugnato per aver ritenuto sussistente l'interesse conoscitivo del ricorrente, senza preventivamente preordinarlo all'accertamento circa l'assolvimento dell'obbligo di cd. "motivazione rafforzata" in capo al non concorrente. Con un terzo motivo, eccepiva la violazione e la falsa applicazione dell'art. 53, c. 5, lett. a) del d. Lgs. N. 50/2016, censurando la sentenza appellata per il mancato riconoscimento delle limitazioni all'accesso dei documenti contenenti segreti tecnici o commerciali, specificando che, non avendo partecipato l'appellato alla gara, non potesse ritenersi prevalente il principio di trasparenza rispetto a quello di riservatezza. Con un ultimo quarto motivo, censurava il provvedimento impugnato per violazione e falsa applicazione dell'art. 53, co. 5, lett. b) del D. Lgs. N. 50/2016, sostenendo che i pareri del N.A.R.S e del C.C.T. non fossero qualificabili come atti inerenti all'istruttoria endoprecedimentale ma attinenti alla fase esecutiva del rapporto contrattuale tra concedente e concessionario e quindi relativi a questioni tanto tecniche, quanto giuridiche da cui i contraenti sarebbero direttamente interessati.
Il Ministero delle Imprese e del Made in Italy impugnava la medesima sentenza, aderendo alle motivazioni avanzate dall'aggiudicatario: ritenuti trattabili congiuntamente, gli appelli venivano quindi riuniti, in applicazione dell'art. 96 c.p.a.
Il Collegio, precisando preliminarmente che, in ragione della mancata proposizione da parte dell'appellata della doglianza relativa all'accesso civico cd. "generalizzato", avanzata in primo grado e assorbita dal Giudice di prima istanza, circoscriveva il *thema decidendum* alla trattazione dell'istanza di accesso di cui all'art. 22 L. 241/1990 e rigettava entrambi gli appelli.
La pronuncia in esame si inserisce nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo alla modulabilità del diritto di accesso documentale nella fase esecutiva dei contratti pubblici, offrendo una ricostruzione sistematica che lega la legittimazione partecipativa alla tutela della concorrenza in mercati a struttura complessa.

2. I requisiti soggettivi dell'accesso: l'interesse diretto, attuale e concreto dell'operatore economico non concorrente a presidio del mercato concorrenziale — profili di accesso cd. "difensivo".

Nel suffragare la sussistenza dell'interesse all'accesso agli atti richiesti in capo

ISSN 2036-7821

all'operatore economico non partecipante alla procedura evidenziale, il Supremo Consesso amministrativo delinea un'argomentazione giuridica che trascende il perimetro atomistico della singola gara. Il Collegio, infatti, svincola la titolarità dell'interesse ostensivo dell'appellata dalla formale partecipazione alla gara, valorizzando, di contro, una prospettiva di analisi squisitamente macroeconomica. Preliminarmente, la qualifica di concessionario in capo all'appellante viene ritenuta non dirimente ai fini del decidere; l'attenzione del Collegio, infatti, si sposta sulla natura oligopolistica del mercato di riferimento, la cui conformazione strutturale — caratterizzata dalla presenza di pochissimi operatori economici — è di per sé idonea a corroborare e intensificare l'interesse qualificato all'accertamento circa la potenziale ricezione, da parte della *competitor*, di aiuti di Stato contrari al diritto eurounitario. Alla luce di ciò, precisa il Consiglio di Stato, l'istanza di accesso documentale esperita dall'operatore non concorrente si rivela pienamente rispondente alla *ratio* sottesa all'istituto di cui all'art. 24, comma 7, L. 241/1990, per effetto dell'art. 53, comma 3, del D. Lgs. n. 50/2016 che, *ratione temporis*, trova applicazione al caso *de quo*.
Il Giudice, in particolare, cita testualmente il rinvio normativo, secondo cui, *"salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli artt. 22 e ss della Legge 7 agosto 1990, n. 241"*. Il Collegio, muovendo dall'esegesi dell'art. 22 della l. n. 241/1990, riconosce in capo all'operatore economico non concorrente un interesse diretto, concreto e attuale che trascende la mera aspirazione alla regolarità dell'azione amministrativa[4], radicandosi piuttosto nella necessità di monitorare che il riequilibrio del Piano Economico-Finanziario (PEF) non divenga lo strumento per l'attribuzione di vantaggi economici selettivi, potenzialmente elusivi del divieto di aiuti di Stato di cui agli artt. 107 e ss. TFUE. Tale posizione di vantaggio non è configurata come un controllo ispettivo generalizzato, bensì come una prerogativa specifica e qualificata, strettamente correlata alla morfologia marcatamente oligopolistica del settore delle infrastrutture digitali, dove l'elevata densità di barriere all'ingresso e l'ingente fabbisogno di capitale rendono ogni alterazione del sinallagma contrattuale di un operatore un evento idoneo a riverberarsi immediatamente sulla posizione competitiva del *competitor*, modificando *ex post* l'assetto concorrenziale cristallizzato all'esito della gara. Sussistono, pertanto, i presupposti di cui all'art. 22 della legge n. 241/1990[5] in ordine alle ragioni sussunte all'istanza presentata dall'operatore economico, titolare e portatore di una posizione giuridica soggettiva tutelata, non meramente ipotetica o astratta, ma sussumibile nell'esigenza di garantire che sostegni economici

[4] E. FURIOSI, L'accesso civico "generalizzato" alla luce delle Linee Guida Anac, *Giustamm.it*, n. 4, pag. 12, 2017
[5] Il testo previgente distingueva tra visione e rilascio di copia del documento, ma attualmente, in forza dell'entrata in vigore della L. 15/2005, si ritiene superato il discrimine tra le modalità di accesso contemplate, come cristallizzato anche dal Cons. Stato, sez. VI, n. 6393/2009.

significativi non alterino gli equilibri di mercato, favorendo in modo selettivo alcuni operatori[6]. Il Consiglio di Stato, in particolare, specifica che le ragioni sottese all'interesse concreto, attuale e astratto dell'appellata trovano la propria fonte nella natura difensiva dell'accesso *de quo*. L'operatore economico non concorrente, infatti, motivava in ordine alla "possibile attivazione di strumenti a tutela dei suoi diritti", essendosi già concretamente attivata trasmettendo una segnalazione alla Commissione europea al fine di valutare la compatibilità della revisione con la disciplina eurounitaria a tutela della concorrenza nel mercato.

L'accesso difensivo costituisce una *"fattispecie ostensiva autonoma[7]"* che, da un lato, ha una forza tale da superare i normali limiti di segretezza degli atti amministrativi; dall'altro, impone al richiedente un onere probatorio rigoroso, dovendo dimostrare che la conoscenza del documento è necessaria o, nel caso di dati sensibili o giudiziari, strettamente indispensabile. Di conseguenza, la richiesta di accesso deve essere valutata in anticipo secondo un criterio di pertinenza: occorre cioè verificare se quel documento sia lo strumento idoneo a ottenere le prove dei fatti (principali o secondari) su cui si fonda la situazione giuridica contestata e le relative azioni che si intendono avviare in giudizio[8]. Tuttavia, il potere dell'Amministrazione di valutare l'idoneità dei documenti rispetto alle esigenze di difesa non è privo di limiti. Sul punto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito i confini applicativi dell'accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990, delineando, da un lato, l'onere probatorio dell'istante, dall'altro, i poteri di verifica della P.A[9]. Sotto il primo profilo, l'istanza non può limitarsi a un generico richiamo a esigenze probatorie o difensive, sia che si riferisca a un giudizio pendente, sia a un'azione ancora da instaurare: l'ostensione del documento richiede un esame rigoroso del nesso di strumentalità necessaria[10] tra la documentazione richiesta e la situazione giuridica che si intende tutelare. Sotto il secondo profilo, l'Amministrazione detentrice e il giudice amministrativo (adito ex art. 116 c.p.a.) non devono compiere alcuna valutazione preventiva sull'ammissibilità, la rilevanza o la decisività del documento nell'eventuale giudizio di merito. Questo tipo di apprezzamento spetta esclusivamente al giudice investito della controversia principale. Il diniego di accesso è legittimo solo in caso di evidente e totale mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive, ipotesi in cui l'istanza si configura come un esercizio pretestuoso del diritto per radicale assenza dei presupposti di legge. La cristallizzazione della prevalenza del diritto di accesso difensivo sulla riservatezza aziendale è stata riconosciuta anche dal legislatore del

[6] G. PASSARELLI DI NAPOLI, Il diritto di accesso nelle gare di appalto, in Lezioni di diritto dei contratti pubblici, a cura di M. R. SPASIANO , M. CALABRO', Editoriale Scientifica, pag. 163, 2026.

[7] C. TONOLA, *L'accesso c.d. difensivo: i requisiti e le condizioni di esercizio*, *njus.it*, 2021.

[8] E. MAZZOLENI,, *Il nuovo diritto di accesso agli atti nelle pubbliche amministrazioni*, n.d.

[9] Consiglio di Stato, sentenza n. 2655, 11 aprile 2022.

[10] M. CASELLA, *Accesso difensivo e nesso di strumentalità*, *njus.it*, 2022.

ISSN 2036-7821

2023 il quale, aderendo agli arresti della Giurisprudenza del Consiglio di Stato sul tema, con l'art. 35, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023, delimita i confini tra la tutela del *know-how* commerciale e le garanzie processuali del concorrente, riconoscendo la supremazia delle seconde sulla prima. Prevedendo che l'ostensione dei segreti tecnici o commerciali debba essere accordata qualora risulti strumentale alla difesa in giudizio in relazione alla procedura di affidamento, il legislatore della riforma ha inteso predeterminare a monte l'esito del conflitto di interessi, precludendo all'amministrazione di operare un giudizio di bilanciamento tra il diritto di accesso e la tutela della riservatezza aziendale, attesa l'indispensabilità degli atti richiesti ai fini dell'esercizio del diritto di difesa[11]. La dottrina maggioritaria[12] ravvisa nell'espressione imperativa «è consentito» l'azzeramento di ogni discrezionalità in capo alla stazione appaltante, alla quale viene sottratto il potere di operare un autonomo bilanciamento *in concreto* tra i valori contrapposti. A tale impostazione si allineano i recenti arresti del Consiglio di Stato[13], costanti nell'affermare che, una volta acclarata la strumentalità della documentazione richiesta rispetto alle esigenze difensive, all'amministrazione non sia demandata alcuna valutazione prognostica o ultronea sulla concreta influenza o sulla decisività del documento nell'eventuale giudizio. Il tratto di più marcata specificità dell'istituto emerge dal raffronto con la disciplina generale dell'accesso documentale di cui all'art. 24 della legge n. 241/1990, dal quale si ricava una sensibile asimmetria circa il rigore dei presupposti legittimanti. Mentre la legge sul procedimento si assesta su un regime meno restrittivo, reputando sufficiente la sussistenza di una mera "necessità" conoscitiva per la cura degli interessi giuridici dell'istante, la disciplina speciale dei contratti pubblici eleva la soglia di "necessarietà" richiedendo il più stringente requisito dell'*indispensabilità* della documentazione segretata. Ne consegue che, sebbene il legislatore del 2023 abbia sottratto alla stazione appaltante ogni margine di apprezzamento discrezionale sul bilanciamento degli interessi, l'onere deduttivo gravante sul concorrente risulta significativamente appesantito rispetto alla disciplina di diritto comune: l'accesso difensivo nel settore degli appalti non si accontenta di una generica utilità della documentazione ai fini della lite, ma esige la dimostrazione di una stretta e insostituibile strumentalità dell'atto. Nel caso di specie, come rilevato dal Consiglio di Stato valorizzando le motivazioni addotte dall'appellata a supporto dell'istanza ostensiva, l'operatore economico non concorrente ha già attivato un canale di tutela mediante segnalazione alla Commissione Europea. Ne deriva la potenziale facoltà di agire in sede giurisdizionale avverso l'eventuale provvedimento di archiviazione o di esito

[11] G. PASSARELLA DI NAPOLI, *Il diritto di accesso nelle gare di appalto*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, M. CALBARO', M. R. SPASIANO (A cura di) Editoriale Scientifica, 2023, pag. 175 e ss.

[12] V. MIRRA, *Nota a Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, Il Foro Italiano*, pag. 3, 2020; (7-8): 411-413.

[13] cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 6750 del 1° agosto 2022.

ISSN 2036-7821

sfavorevole del procedimento europeo[14]. In particolare, specifica il Consiglio, nel peculiare settore degli aiuti di Stato, la legittimazione a impugnare le decisioni della Commissione — in quanto soggetti individualmente interessati — spetta alle imprese concorrenti del beneficiario che abbiano assunto un ruolo attivo nella fase istruttoria. Tale prerogativa resta tuttavia subordinata alla condizione che la misura agevolativa oggetto del giudizio arrechi un pregiudizio concreto e sostanziale alla loro posizione di mercato. Quindi, conclude che, anche soltanto l'astratta esistenza di rimedi, amministrativi e giurisdizionali, di cui l'istante potrebbe avvalersi, se del caso, o di cui si è concretamente avvalsa, come nel caso di specie, dimostrano l'esistenza di un interesse diretto, concreto e attuale alla conoscenza dei documenti di cui domanda l'ostensione.

3. I requisiti oggettivi dell'accesso: gli elementi caratterizzanti gli atti contenenti segreti tecnici e commerciali. L'onere probatorio in capo all'impresa che protegge il know-how.

In ordine al tema della tutela dei segreti tecnico commerciali e, in particolare, al rapporto degli stessi con il diritto di accesso documentale, il Collegio offre un'interessante riflessione che si pone in perfetta aderenza con il costante orientamento giurisprudenziale. In particolare, il Consiglio di Stato pone l'accento sull'onere probatorio a carico dell'impresa che invochi la tutela del *know-how* aziendale e precisa che la qualificazione di un'informazione quale segreto tecnico o commerciale richiede un'attività di perimetrazione rigorosa, per la quale alla parte controinteressata non è solo richiesto di isolare le singole componenti documentali sottratte alla *disclosure*[15], ma anche di fornire un'allegazione circostanziata circa l'attualità e la sensibilità del dato in relazione alla propria posizione competitiva sul mercato. Tale onere probatorio si sostanzia nella necessità di provare che l'idea o l'informazione strategica di cui si invoca la protezione siano suscettibili di applicazioni future idonee a generare un vantaggio concorrenziale concreto, a discapito dell'impresa che ha operato la *discovery*[16]. Alla luce del nuovo *asset* normativo improntato dal legislatore con il D. Lgs. 36/2023, la nozione di *know-how* si identifica in quell'insieme di cognizioni, esperienze e prassi operative che garantiscono all'impresa un differenziale competitivo e un'aspettativa di marginalità superiore[17].

Nel caso di specie, la tutela di tale patrimonio economico-conoscitivo, dunque, cede il

[14]Corte di Giustizia, 28 gennaio 1986, 169/84, *Cofaz*; 23 maggio 2000, causa C106/98 P, *Comitè d'entreprise de la Société française de production e a*/Commissione, punto 39; Tribunale, 21 ottobre 2004, T-36/99, *Lenzing*/Commissione).

[15] TAR Lazio, I quater, 26 febbraio 2024, n. 3811.

[16] Consiglio di Stato, sez. V, 18.12.2025, n. 10036.

[17] Accesso agli atti: definizione di *knowhow* e di segreti tecnici commerciali ai fini oscuramento (art. 35 D. Lgs. 36/2023), *Sentenzeappalti.it.*

ISSN 2036-7821

passo all'esigenza di trasparenza della procedura di gara qualora manchino elementi probatori idonei a dimostrare il nesso di causalità tra la divulgazione del dato e il pregiudizio effettivo alla capacità competitiva dell'impresa, riaffermando così la natura eccezionale delle deroghe al diritto di accesso, specie laddove l'ostensione sia strumentale alla verifica della parità di trattamento tra operatori economici[18]. Tuttavia, la prevalenza riconosciuta nel caso *de quo* non deve suggerire l'operatività di un rigoroso automatismo sul tema, al contrario, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, nel solco tracciato dalla Corte di Giustizia UE, ha elevato la protezione del segreto commerciale a rango di principio generale, ricollegandosi al diritto fondamentale alla riservatezza di cui all'art. 7 della Carta di Nizza[19]. Proprio sulla scorta dell'inquadramento assiologico del Consiglio di Stato in materia di tutela del know-how, emerge chiaramente che l'orientamento non è quello di tradurre l'accesso documentale in una prerogativa incondizionata, dovendo necessariamente coordinarsi con l'esigenza di preservare il patrimonio immateriale dell'operatore economico controinteressato. Tuttavia, sottolinea la Giurisprudenza maggioritaria, affinché tale tutela trovi concreta applicazione, la segretezza deve assumere un carattere oggettivo e non meramente declamatorio: non è sufficiente, infatti, che l'impresa invochi un generico timore di divulgazione del proprio patrimonio informativo, essendo invece onere della stessa individuare con precisione tecnica l'oggetto e la funzione della competenza o della metodologia che intende secretare[20]. Questo perché, partecipando a una procedura di evidenza pubblica, l'operatore accetta implicitamente un regime di trasparenza attenuata, sicché la privativa può riguardare esclusivamente quegli elementi dell'offerta che, svelando la struttura produttiva e l'originalità del modello imprenditoriale, procurerebbero un vantaggio competitivo indebito al concorrente. Il punto nevralgico di questo bilanciamento è oggi cristallizzato nell'art. 35 del d.lgs. n. 36/2023, la cui esegesi esclude qualsivoglia gerarchia precostituita che imponga un'automatica prevalenza dell'accesso difensivo sulla riservatezza aziendale che resta subordinata a un rigoroso vaglio di stretta strumentalità e indispensabilità rispetto alla difesa in giudizio[21]. Se da un lato la trasparenza è presidio di legalità dell'azione amministrativa, dall'altro la protezione del segreto industriale è baluardo della sopravvivenza stessa dell'impresa sul mercato: l'interprete è chiamato ad una valutazione caso per caso che salvaguardi l'effettività della tutela giurisdizionale senza però compromettere l'integrità del *know-*

[18] A. VITIRITTI, *Evidenza pubblica e accesso difensivo tra Codice dei contratti pubblici e disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza,* Il diritto dell'economia, issn 1123-3036, anno 71, n. 116 (1 2025), pp. 275-310.

[19] Corte di Giustizia UE, grande sezione, 7 settembre 2021, C-927/19.

[20] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 4.

[21] Cfr. Cons. Stato, IV, 4 giugno 2025, n. 4857.

how[22] della concorrente. Si ritiene parimenti opportuno evidenziare che tale arresto interpretativo non è stato costante nel tempo, al contrario, rappresenta il risultato di un recente rinvio pregiudiziale innanzi al Giudice Unionale. In particolare, l'ordinanza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 10 giugno 2025[23], scaturita dal rinvio pregiudiziale operato dal Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 8278/2024 chiarisce la compatibilità dell'art. 39 della direttiva 2014/25/UE[24] con la disciplina nazionale che impone l'esibizione di segreti tecnici o commerciali sulla base della mera preordinazione dell'accesso alla tutela giurisdizionale, in assenza di un adeguato giudizio di bilanciamento in ordine alla prevalenza dell'uno o dell'altro in relazione al caso di specie. La Corte di Lussemburgo ha chiarito che il combinato disposto delle norme europee osta a una normativa nazionale che sancisca un obbligo di *discovery* basato esclusivamente sul parametro della necessità difensiva, allorquando tale meccanismo privi le stazioni appaltanti del potere-dovere di operare un bilanciamento caso per caso tra l'effettività della tutela giurisdizionale e l'esigenza di protezione del patrimonio informativo dell'offerente. In questa occasione, la Corte chiarisce che il principio di trasparenza che deve orientare l'intera procedura di gara, non ha carattere assoluto, al contrario, rappresenta una variabile dipendente da un giudizio di proporzionalità volto a evitare che l'esercizio del diritto di azione si risolva in un ingiustificato pregiudizio per la competitività delle imprese e per il principio di concorrenza leale. Tale orientamento ha trovato un'eco immediata sul piano dei rapporti istituzionali con la Commissione Europea, la quale, nell'ambito della procedura di infrazione[25], ha censurato l'attuale formulazione dell'art. 35 del d.lgs. n. 36/2023, anche alla luce delle recenti modifiche apportate dal d.lgs. n. 209/2024. Con la lettera di costituzione in mora dell'8 ottobre 2025[26], l'Esecutivo europeo ha rilevato come la clausola di "indispensabilità" prevista dal comma 5 del richiamato articolo non sia sufficiente a garantire il rispetto dell'art. 21 della direttiva 2014/24/UE[27]. La Commissione contesta, in particolare, la persistenza di un regime che stabilisce una prevalenza automatica e generalizzata dell'accesso difensivo, eludendo l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di non rivelare informazioni considerate riservate, salvo i casi espressamente e tassativamente bilanciati a livello europeo. Il messaggio del monito mosso da Lussemburgo è chiaro: il legislatore nazionale non può legittimamente prefigurare una gerarchia rigida che sacrifichi aprioristicamente la riservatezza industriale sull'altare della tutela

[22] Cfr. Nozione di segreti tecnici o commerciali desumibile dall'art. 98 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, in attuazione dell'articolo. 2, n. 1 direttiva n. 2016/943/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2016.

[23] Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-686/2024.

[24] Analogamente agli artt. 21 della direttiva 2014/24/UE e 28 della direttiva 2014/23/UE.

[25] INFR(2018)2273.

[26] rif. SG(2019) D/1357, SG(2019)/17429.

[27] Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU L 94 del 28.3.2014).

giurisdizionale.

4. Conclusioni: il diritto di accesso difensivo "comunque" garantito – le due anime del diritto di accesso, di cui agli artt. 22 e ss. L. 241/1990.

Respingendo gli appelli, il Collegio risolve il bilanciamento tra i due interessi contrapposti, il diritto di accesso per ragioni "difensive" e la tutela del *know-how* aziendale, alla luce del nesso di strumentalità necessaria tra le esigenze dell'istante e i documenti non ostesi.

Il Supremo Consesso valorizza la portata precettiva della clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 24, comma 7, della l. n. 241/1990, laddove si prevede che debba «comunque» essere garantito l'accesso ai documenti amministrativi necessari alla cura o alla difesa degli interessi giuridici del richiedente. L'utilizzo dell'avverbio risponde a una precisa scelta dogmatica del legislatore, tesa a evitare l'appiattimento dell'istituto ostensivo sulla sola dimensione endoprocedimentale o sulla finalità di controllo diffuso dell'azione amministrativa.

La disciplina generale, chiarisce il Consiglio, si articola in due *"anime"* distinte ma coesistenti: l'accesso partecipativo, legato ai canoni di imparzialità e trasparenza, e l'accesso cd. "difensivo", che opera in regime di autonomia rispetto alla partecipazione procedimentale, configurandosi come rimedio preordinato alla tutela giurisdizionale dell'interessato.

Alla seconda delle due "anime", spiega il Consiglio, va riconosciuta indipendenza dogmatica in quanto l'affrancamento dell'accesso difensivo dalla dinamica partecipativa ne consacra la sottrazione alle rigidità e alle preclusioni della fase interna al procedimento e impedisce che un valore di rango primario come l'esercizio del diritto di difesa possa essere sacrificato in favore della tutela del segreto commerciale, confermando che l'unico limite all'ostensione risiede nella verifica rigorosa del nesso strumentale.

La tutela del *know-how* commerciale, pur costituzionalmente protetta quale espressione della libertà di iniziativa economica, recede necessariamente dinanzi alla necessità di garantire la pienezza della tutela giurisdizionale, la quale non può essere subordinata a limiti procedimentali o a valutazioni amministrative sulla convenienza della strategia processuale della parte[28].

Nel caso di specie, la pendenza del procedimento eurounitario e l'attivazione dei relativi rimedi di tutela da parte dell'operatore economico escludono la natura meramente esplorativa dell'istanza; al contrario, qualificano la posizione soggettiva dell'istante quale interesse diretto, concreto e attuale, saldando il nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e le difese relative alle segnalazioni già incardinate dinanzi alla Commissione Europea.

[28] S. TRANQUILLI, *Il segreto in giudizio, contributo allo studio del rapporto tra diritto di difesa e tutela della segretezza nel processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2023, pag 155 e ss.

In tal senso, si ritiene condivisibile l'orientamento della VI Sezione che àncora la fondatezza dell'istanza formulata dal ricorrente alla sussistenza di un procedimento di natura sanzionatoria già formalmente incardinato in sede sovranazionale il cui esito, qualora sfavorevole per l'istante, può essere comunque da lui impugnato, ove l'atto lo riguardi *direttamente* ed *individualmente*[29], come nel caso in esame. Relativamente alla perimetrazione del *know-how* aziendale, si annota con altrettanto favore la posizione del Collegio in ordine al bilanciamento tra la tutela segreti tecnici e l'accesso "defensionale", in perfetta aderenza con i precedenti arresti giurisprudenziali sul tema.

Nel caso *de quo*, infatti, l'Amministrazione destinataria delle istanze di accesso non ha puntualmente motivato in ordine alle informazioni "secretate", né ha specificamente individuato diverse ragioni in base alle quali i documenti debbano considerarsi sottratti all'accesso.

Dunque, se in chiave difensiva spetta al privato dimostrare il nesso di stretta necessità tra il documento richiesto e la tutela giurisdizionale — così da qualificare il proprio interesse come diretto, concreto e attuale — sul versante opposto l'Amministrazione ha l'onere di provare il pregiudizio effettivo che la diffusione del *know-how* arrecherebbe alle strategie aziendali del terzo. Il confronto tra un interesse difensivo puntualmente allegato e una totale carenza di prova sulle ragioni di segretezza conduce linearmente all'accoglimento dell'istanza, confermando la piena condivisibilità dell'orientamento espresso dal Collegio.

[29] cfr. Art. 263, par. 4, TFUE.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

I nuovi paradigmi premiali dell'autonormazione nel progetto di riforma del "decreto 231"

di Francesco Marzullo

(Abilitato alle funzioni di professore di seconda fascia di diritto penale)

Sommario

1. Paradigmi premiali e attività di autonormazione "correttiva" *post factum*. Prime osservazioni. – 1.1. *Segue.* L'estinzione dell'illecito amministrativo, come causa estintiva a formazione progressiva. - 2. La presunzione relativa di idoneità dei modelli deontici -*ante delictum*-, conformati alle "linee guida", alle buone prassi e ai c.d. modelli "pilota". Rilievi critici. - 2.1. *Segue.* La motivazione rafforzata del giudizio di inidoneità del modello autopoietico "conformato"..

Abstract

This paper investigates two crucial issues related to the functional paradigm of preventive self-regulation regarding corporate criminal liability, analyzing the solutions offered in this regard by the very recent reform package (approved by the ministerial study table). (i) The first issue concerns the potential benefits to be granted to an entity that, having adopted reflective ante delictum models that are nevertheless deemed unsuitable, requests to be "put to the test" to address the shortcomings of the self-regulated product (Article 6 of the reform project proposes the extinction of the administrative offense). (ii) The second issue concerns the potential benefits that may arise from the adoption of autopoietic models "conforming" to guidelines or best practices (Article 4 proposes that the judge's dissenting opinion be supported by a burden of specific motivation).

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

1. Paradigmi premiali e attività di autonormazione "correttiva" post factum. Prime osservazioni.

All'interno del recente articolato di riforma del decreto 231[1], un ruolo centrale è senza dubbio rappresentato dalla introduzione dei c.d. paradigmi premiali della autormazione *post factum*[2], alla cui analisi sono destinate queste prime note[3].

Nelle linee essenziali, la riforma introduce l'estensione, alla persona giuridica[4], dei benefici delle c.d. condotte riparatorie *post delictum*, già previste per la persona fisica[5], nella prospettiva della più ampia valorizzazione di un nuovo paradigma punitivo fondato sui principi della *reactive fault.* Tale prospettiva è stata già anticipata da una parte della dottrina che ha suggerito la positivizzazione dell'istituto della "messa alla

[1] Il gruppo di lavoro, coordinato dal dott. Fidelbo, ha recentemente licenziato una proposta di riforma, piuttosto articolata e di ampio respiro, che punta alla revisione della disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche", istituito con decreto del 7 febbraio 2024 presso l'Ufficio di Gabinetto del Ministro della Giustizia, con il compito di individuare una "concreta prospettiva" di riforma del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, finalizzata a superare talune sue eventuali criticità.

[2] M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in C. BERIA DI ARGENTINE (a cura di), *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata*, Milano, 2017, p. 31. L. FOFFANI, *Genesi e sviluppo (e prospettive future) di un modello di responsabilità degli enti nell'Unione europea*, in D. Piva (a cura di), *La responsabilità degli enti* ex *d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, Torino, 2021, p. 26.

[3] Per completezza, si deve dare atto che è stata di recente elaborata una seconda proposta di riforma del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 – artt. 1-23-*bis*, 58, 61, 64-*bis*, 66, 67, compendiata nel Progetto di legge, a firma dell'On. Morrone, depositato alla Camera il 29 settembre 2025 A.C. 2632; anche tale proposta di riforma è corredata da una relazione illustrativa, a cura del Gruppo di ricerca del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo, in *Sistema Penale.it*., 14 ottobre 2025.

[4] F. MAZZACUVA, *Prevenzione, riparazione e premialità nel prisma della responsabilità da reato degli enti,* in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2025, 1-2, pp. 269 ss.; P. ASTORINA, *Premialità, collaborazione processuale e d.lgs. n. 231/2001: spunti per una riforma,* in L. CORNACCHIA, E.D. CRESPO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti collettivi. Profili dogmatici e politico-criminali a oltre vent'anni dal d.lgs. 231/2001*, Torino, 2023, p. 143 ss.; C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti,* in *Dir. pen. proc*., 2019, p. 543 ss.; ID, *Aspettative e realtà della (ancor breve) storia del D.Lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità da reato degli enti*, in *Dir. Pen. Proc*., 2022, 7, p. 866 ss.; E. BASILE, *La Società (non) punibile: del come e del perché*, in C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M. SCOLETTA E F. CONSULICH (a cura di), Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, II, Milano, 2022, p. 913 ss; M. PELISSERO, *La responsabilità dell'ente tra dipendenza da reato e autonomia*, in L. CORNACCHIA, E.D. CRESPO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti collettivi. Profili dogmatici e politico-criminali a oltre vent'anni dal d.lgs. 231/2001*, Torino, 2023, p. 29 ss.; G. DE SIMONE, *La non punibilità nel prisma della responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M. SCOLETTA, F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, II, Milano, 2022, p. 991 ss..; E. SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità*, in *Dir. pen. cont*., 2020, 2, p. 189 ss.

[5] G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 4, p. 9 ss.; R.A. RUGGIERO, *Il futuro della responsabilità degli enti e la valorizzazione del modello post factum mediante un nuovo rito speciale*, in *Cass. pen*., 2019, 9, p. 3386 ss; V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni applicabili all'ente collettivo tra prevenzione e riparazione. Prospettive de iure condendo,* in L. Cornacchia, E.D. Crespo (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti collettivi. Profili dogmatici e politico-criminali a oltre vent'anni dal d.lgs. 231/2001,* Torino, 2023, p. 617 ss.. Per interessanti osservazioni in merito al paradigma della giustizia riparativa, si rinvia a D. FONDAROLI, *La misura del dubbio: giustizia riparativa ex d.lgs. n. 150/2022 e d.lgs. n. 231/2001*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI, *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale. Teorie, prassi e nuove prospettive*, Trento, 2025, p. 173 ss..

ISSN 2036-7821

prova" degli enti[6], come "causa di estinzione" dell'illecito[7], a condizione che l'ente si sia dotato, *post factum*, di validi modelli organizzativi e a condizione e che *ante factum* fosse comunque dotato di un modello autopoietico, ancorché asseritamente "imperfetto" (o inidoneo).

Nel caso di contestazione dell'illecito corporativo 231, l'ente avrebbe così due alternative, affrontare direttamente il giudizio e, conseguentemente, accettare il rischio che il precedente modello possa essere giudicato non-adeguato dall'Autorità giudiziaria, ovvero ammetterne la inadeguatezza e richiedere, nell'ambito del controllo giurisdizionale, la concessione di un termine, per emendare il modello e renderlo effettivo, rispetto alle contestazioni.

Una recente proposta dottrinale ha, invece, ipotizzato il ricorso al paradigma della *reactive fault*, secondo la quale la responsabilità dell'ente verrebbe agganciata alla mancata rimozione delle carenze strutturali e organizzative, che hanno agevolato la realizzazione[8]: in breve, l'adozione di protocolli "riflessivi" *ante factum* sarebbe il requisito ineludibile per accedere alla messa alla prova, mentre la loro correzione *post factum* finalizzata a renderli idonei ed efficaci, e la concreta attuazione degli stessi, giustificherebbe la non punibilità dell'ente per l'esito positivo della *probation*.

Si dovrebbe poi individuare il soggetto, cui demandare la predisposizione delle misure che l'ente sarebbe chiamato ad attuare e la verifica sulla corretta attuazione.

In buona sostanza, così come nella messa alla prova prevista per gli imputati persone fisiche è l'UEPE a determinare gli adempimenti e le prescrizioni cui l'imputato deve attenersi, altrettanto dovrebbe avvenire anche in relazione all'ente: se la *probation* presuppone l'impegno dell'ente ad adeguarsi alle prescrizioni finalizzate a consentire un recupero di legalità, attraverso l'adeguamento della *compliance* interna, ne consegue la necessità di individuazione di un *soggetto terzo* (e qualificato), cui affidare

---

[6] M. CERESA GASTALDO, G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, G. CANESCHI, *Esercizio dell'azione a carico dell'ente e condotte riparatorie: valorizzazione del modello* post factum *e regolamentazione della discrezionalità del p.m. per rilanciare il d.lgs. n. 231/2001*, in F. Centonze, S. Manacorda (a cura di), *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*, Bologna, 2023, p. 385.

[7] P. DI GERONIMO, *L'estensione all'ente della disciplina in tema di tenuità del fatto, messa alla prova ed estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *www.rivista231.it*, 2018, p. 4.

[8] Per un'analisi completa del modello di *reactive fault*, si rinvia a A. ORSINA, *La responsabilità da reato dell'ente tra colpa di organizzazione e colpa di reazione*, Torino, 2024, in particolare pp. 199 ss..

Sul paradigma premiale preventivo che dovrebbe informare il giudizio sulla colpa di organizzazione alla luce della sua natura cautelativa (e non cautelare), si rinvia a R. BARTOLI, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco,* in *Sist. pen.*, 29 marzo 2021, secondo il quale l'ente che si riorganizzi nei termini di legalità dovrebbe andare esente da sanzione, mentre l'autentico rationale sanzionatorio si riscontrerebbe soltanto in presenza di un ente pervicacemente fermo nella disorganizzazione anche *post factum*; il paradigma reattivo viene valorizzato in termini analoghi anche da D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, 2022, p. 142 ss., nonché in prospettiva *de lege ferenda*, si veda p. 366 ss..

l'individuazione di tutti gli adempimenti di natura emendativa da porre in essere durante il percorso di riallineamento alla *compliance*.

Viene così in rilievo quella proposta suggerita, da una parte della dottrina[9], di consentire al giudice delle indagini preliminari di provvedere, mediante perizia, ad individuare le carenze organizzative, con la conseguente indicazione delle relative aree di intervento, per poi procedere alla nomina di un commissario giudiziale (figura prevista dall'art. 15 del decreto 231/2001), cui affidare non solo la gestione dell'ente, ma anche il compito di adeguarne la struttura organizzativa.

In tal modo, l'ente avrebbe la certezza – sia pur con riferimento ai soli modelli adottati *ex post* – che attenendosi al programma indicato all'atto dell'ammissione alla messa alla prova, potrà ottenere un giudizio positivo circa l'idoneità del modello e l'effetto estintivo dell'illecito amministrativo 231[10].

La soluzione da ultimo proposta consente da un lato l'acquisizione di un "programma trattamentale" confezionato sulla base delle specifiche carenze che potrebbero emergere dall'attività commissariale; dall'altro apre all'acquisizione delle prescrizioni il cui adempimento potrebbe condurre all'estinzione dei reati contestati all'ente.

L'ente sarebbe incentivato a dotarsi di un modello organizzativo *ex ante*, in assenza del quale gli sarebbe precluso l'accesso alla messa alla prova; e qualora, nonostante la predisposizione della *compliance* interna, si fossero realizzati ipotesi di reato, l'ente avrebbe la possibilità di chiedere la messa alla prova per "correggere" le carenze del modello e ottemperare alle prescrizioni imposte, "guadagnando" la meritata non punibilità.

L'alternativa all'efficacia "scusante" della presenza di un modello organizzativo *ex ante* (che però successivamente viene emendato per risultare idoneo in chiave prevenzionistica) potrebbe essere la valorizzazione della condotta riparatoria dell'ente e della *compliance* postuma rispetto alla commissione del reato presupposto, cui riconnettere la non punibilità del soggetto metaindividuale.

In siffatta evenienza, qualunque ente, anche quello privo di un modello organizzativo che sia stato adottato *ante delictum*, potrebbe chiedere, al fine di conseguire la non punibilità ai sensi del decreto 231, la concessione di un termine in

[9] Per le osservazioni in tema di commissariamento giudiziale ex decreto 231/2001, si rinvia a F. VIGANÒ, *Art. 15. Commissario giudiziale*, in A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, C. FLORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, Padova, 2008.

[10] Il commissariamento ad esempio potrebbe essere ammesso proprio in conseguenza della richiesta di messa alla prova, nel qual caso il commissario avrebbe meno poteri gestori e si attiverebbe soltanto per individuare le carenze organizzative e verificare l'attuazione delle prescrizioni impartite all'ente.

ISSN 2036-7821

sede processuale per dotarsi di un modello di organizzazione e gestione che sia adeguato *pro futuro* alla prevenzione del rischio reato.

Sul punto merita di essere richiamata l'ulteriore proposta *de lege ferenda* avanzata in dottrina[11], con cui si vorrebbero tipizzare i casi in cui, pure a fronte del difetto organizzativo emerso, andrebbe esclusa la responsabilità dell'ente per la mancata prevenzione dell'illecito individuale e contestualmente andrebbe fatto slittare *post factum* il giudizio di responsabilità dell'attore collettivo;

I siffatta evenienza, si porrebbero le basi di un illecito di rischio del quale l'ente deve essere chiamato a rispondere in caso di *inadeguatezza della riorganizzazione apprestata in sede reattiva*.

Si tratterebbe di un radicale cambio di paradigma della responsabilità *de societate*, in cui, alla struttura dell'illecito di evento fondato sull'inadempimento del dovere di organizzazione *ex ante*, si vorrebbe sostituire la struttura di un *illecito di rischio* fondato sull'inadempimento del *dovere di riorganizzazione ex post*.

Di qui, come è facile rilevare, l'evidente spostamento del baricentro del giudizio di responsabilità dalla dimensione della *prevenzione* a quella della *reazione*, con la conseguente esenzione della responsabilità non solo a titolo di colpa di organizzazione, *ma anche a titolo di colpa di reazione.*

Probabilmente tale proposta di riforma potrebbe rivelarsi in linea con la filosofia di fondo del d.lgs. n. 231 del 2001, nella parte in cui consente di valorizzare, ai fini del riempimento contenutistico della colpevolezza di impresa, il dovere di aggiornamento dei modelli organizzativi, ossia il dovere di un costante adattamento nel tempo delle misure di gestione dei rischi-reato.

Infatti, ove fosse recepito il paradigma dell'illecito di rischio quale fondamento della responsabilità dell'attore collettivo, si darebbe preminenza alla natura intrinsecamente dinamica del dovere di prevenzione mediante organizzazione; di tal chè la colpevolezza di impresa non potrebbe essere concepita soltanto in una prospettiva prevenzionale, ma andrebbe *proiettata anche in una dimensione reattiva*, facendo assurgere la colpa di reazione a criterio ascrittivo - integrativo della colpa di organizzazione.

E la diretta conseguenza è rappresentata, come è stato recentemente sostenuto [12], dalla emersione dei c.d. *accordi di diversione processuale* (di matrice statunitense), che

[11] A ORSINA, *Messa alla prova e «colpa di reazione» dell'ente. Riflessioni critiche a partire da un recente intervento della giurisprudenza*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 4, p. 111 ss..

[12] E. DAVÌ, *Compliance, riparazione e diversione. Prime sperimentazioni italiane dei pre-trial agreements nel campo della responsabilità da reato delle imprese*, in *Archivio penale*, 2024, 1, p. 49 ss.. A giudizio dell'Autore, la tesi che nega l'applicazione della messa alla prova agli enti finisce per produrre sfiducia e scetticismo nel mondo imprenditoriale, sempre meno disposto a investire in una riorganizzazione che non la garantisce dalle

postulano una cooperazione a contenuto tipicamente negoziale tra Pubblico ministero, Autorità giudiziaria ed ente incolpato.

Anche la recente presa di posizione di Confindustria[13] va nella direzione di ipotizzare l'introduzione di strumenti analoghi ai *deferred prosecution agreements* di matrice statunitense[14], che consentono alle imprese di raggiungere, con la magistratura inquirente, una soluzione transattiva[15], attraverso accordi predibattimentali che tuttavia non dovranno mai trasfigurare la tipica e originaria vocazione autonormativa dei M.O.G..

Viene cioè in rilievo il c.d. paradigma della non punibilità ancorata all'autocontrollo della *Corporation*, di matrice nordamericana. Infatti, di recente nell'esperienza di oltreoceano si è andato diffondendo un diverso orientamento nella gestione del contenzioso in fase predibattimentale che consente all'impresa di sottrarsi al processo e alla pena, ricorrendo determinate condizioni.

Si tratta dei *Pretrial Diversion Agreements*[16] in cui si possono distinguere i *Non Prosecution Agreements* e i *Deferral prosecution agreements*; in entrambi i casi viene offerta all'impresa la possibilità di dirottare il procedimento penale su una piattaforma alternativa a quella strettamente processuale, in forza di un accordo raggiunto con il *Prosecutor*.[17]

---

ripercussioni del processo *de societate* e da sanzioni pecuniarie, interdittive e anche reputazionali che potrebbero compromettere gravemente la sua permanenza sul mercato.

[13] Vedi *Position Paper*, del marzo 2025, elaborata da Confindustria, *Prospettive di riforma della responsabilità amministrativa degli enti (disciplina 231*), in *www.ossservatoriocompliance231.it,* 23 aprile 2025, pp. 11 e 12. Si tratta di un documento predisposto da Confindustria e indirizzato al Ministero della Giustizia che ha inteso avviare una riflessione sulla riforma della cd. responsabilità 231 di società ed enti, riflessione che si è sostanziata nella costituzione di un Tavolo tecnico con il compito di formulare una proposta di modifica, che sarà poi sottoposta alla valutazione politica del Ministero e, a seguire, di Governo e Parlamento.

[14] Il modello dei *deferred prosecution agreements,* come implementato nell'ordinamento statunitense, sembra proiettare il sistema di prevenzione del reato mediante l'organizzazione in uno scenario di vero e proprio dirigismo economico delle procure, fustigando così la componente autonormativa, che era stata individuata come chiave di volta per l'abbandono dell'applicazione della teoria della deterrenza pura nella *Corporate Criminal Liability*, e impedendo la reale costruzione di una cultura dell'impresa orientata alla legalità.

[15] A MERLO, *Alla ricerca della via italiana ai non prosecution agreement. Il caso Esselunga*, in *Sist. pen.*, 31 luglio 2023.

[16] J. ARLEN, *Corporate Governance Regulation through Nonprosecution*, in *The University of Chicago Law Review*, 2017, pp. 84, 1, 323 ss.

[17] L'argomento dei *Pretrial Diversion Agreements* è stato di recente approfondito in una pregevole monografia di S.B. TAVERRITI, *L'autocontrollo penale, Sistematica e funzionalità politico-criminale del diritto riflessivo*, Giuffrè, 2025, pp. 402 ss.; secondo l'Autrice nei *Pretrial Diversion Agreements* è molto marcata la dialettica tra impresa e Stato riguardante le misure da intraprendere ai fini di migliorare l'autorganizzazione. I doveri imposti alla *corporation* nell'individuazione dell'accordo possono riguardare il miglioramento di alcuni snodi organizzativi funzionali alla prevenzione del reato come il miglioramento del sistema di *reporting*, o la previsione che i funzionari addetti al controllo si incontrino periodicamente con la procura, o l'introduzione di nuove cautele frappositive, sino ad arrivare alla sostituzione di uno o più amministratori su indicazione e gradimento della procura. L'imposizione delle prescrizioni restituisce quindi l'immagine di un'autorità giudiziaria fortemente interventista, pronta a entrare nei gangli più profondi della corporation disciplinandoli imperativa- mente dall'esterno, un approccio che appare quanto meno sorprendente in un contesto tradizionalmente ispirato al liberismo economico.

Nel caso di accordi del primo tipo primi, *l'agreement* consiste in un vero e proprio accordo negoziale che contempla l'abbandono dell'azione penale da parte della pubblica accusa, prima che venga registrata la notizia di reato, imponendo però sanzioni pecuniarie all'impresa.

Mentre negli accordi del secondo tipo, è prevista la registrazione dell'accusa a carico dell'impresa e la previsione di prescrizioni tese a governare il comportamento futuro dell'impresa (inclusa l'adozione di un *compliance program*). Sicchè il *prosecutor* sospende il procedimento e lo differisce alla corretta e completa implementazione delle prescrizioni imposte. In questo modo, l'ente è sottoposto ad un continuo monitoraggio da parte dell'autorità giudiziaria che vigila sul corretto rispetto delle prescrizioni a suo tempo imposte. Come avviene nel mostro ordinamento in caso di controllo giudiziario ex art. 34-bis del codice antimafia.

In entrambi i casi, comunque, è possibile che l'accordo raggiunto tra *prosecutor* e società si traduca in una forma di non punibilità dell'ente, tanto che questo trend è stato interpretato come un passaggio che vira verso una duty based liability, quantomeno per le società ad azionariato diffuso, ritenute le candidate ideali per questo tipo di accordi

In disparte la conclusione di tali "accordi predibattimentali" tra l'ente e gli organi inquirenti che si possono raggiungere nella fase di merito che precede l'accertamento della responsabilità, a parere di chi scrive, andrebbe poi valutata l'introduzione di un meccanismo di *probation* per le società in sede cautelare e quindi nella fase camerale in cui la Procura chiede al G.I.P., ad esempio, l'applicazione di una misura interdittiva dei rapporti con la Pubblica amministrazione.

Muovendo dall'art. 49 del Decreto 231 occorrerebbe prevedere la facoltà per l'ente di chiedere la sospensione del procedimento camerale promosso dalla Procura innanzi al Giudice della cautela (tendenzialmente il G.I.P.), al fine di adottare un nuovo modello organizzativo e conformarsi alle prescrizioni dell'art. 17, per all'estinzione dell'illecito 231 e, quindi, alla *esclusione della responsabilità dell'ente*[18].

La diffusa valorizzazione delle condotte riparatorie, si qui sinteticamente esaminate, è stata efficacemente criticata da attenta dottrina[19], secondo la quale l'efficacia delle

[18] Ancora Confindustria nella sua Position Paper del marzo 2025 ha inviato il legislatore a chiarire espressamente che sia i provvedimenti di estinzione dell'illecito corporativo sia quello di applicazione della pena su richiesta (art. 63 decreto 231) non sono configurabili alla stregua di sentenze di condanna, in linea con la novella contenuta nella cd. Riforma Cartabia (decreto legislativo n. 150 del 2022), con particolare riferimento alla modifica degli effetti extra-penali dell'applicazione della sanzione su richiesta di parte. Si propone altresì di escludere la menzione del provvedimento finale nel casellario giudiziale in modo che l'impresa dovrà poter continuare a operare sul mercato, senza alcuna preclusione rispetto all'accesso a gare pubbliche, a finanziamenti pubblici, ecc. Infatti, la *ratio* di fondo di tali istituti processuali risiede nel reinserimento sociale del soggetto, con conseguente esclusione di qualunque effetto pregiudizievole, anche in termini di reputazione, a suo carico.

[19] F. CONSULICH, *La persona giuridica come centro di punibilità permanente. Il rapporto tra riparazione e punizione nel campo della responsabilità da reato dell'ente*, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2025, p. 11 ss.

condotte di implementazione *ex post* della *compliance* aziendale non può mai produrre la completa paralisi dei profili sanzionatori, attesa l'incoerenza con le linee generali del sistema di un collegamento diretto ed esclusivo della non punibilità a condotte *post delictum.*

Si tratta di rilievi assai puntuali e convincenti, che evidenziano da un lato la naturale economicità dell'adozione del modello organizzativo *ex ante*; dall'altro non può non rilevarsi la maggiore aderenza di tale costruzione verso la valorizzazione di iniziative in senso auto organizzativo, di chiara finalità specialpreventiva[20].

Altri Autori[21] suggeriscono infine il mantenimento -a carico dell'attore collettivo-di un'afflizione reputazionale anche in caso di avvenuta riparazione, in modo da evitare che quest'ultima esaurisca ogni conseguenza del reato e venga agevolmente contabilizzata entro un *business plan* criminale.

Si tratta insomma di preservare lo stigma economico connesso al riconoscimento della colpevolezza dell'ente, attraverso il mantenimento di una sia pur contenuta reazione sanzionatoria di marca interdittiva, anche a fronte di condotte riparatorie spontanee, persino quando anticipate da una *compliance* antecedente al reato, pur incerta o incompleta.

Per gli attori collettivi, non basta che la condotta illecita non sia conveniente, ma deve sostanzialmente comportare una perdita in termini reputazionali, poiché diversamente le strategie di *spill over* verso i dipendenti trasformati in capri espiatori o le controparti contrattuali, ridotte a casse extrasociali da cui attingere al bisogno, sono in grado di azzerare il costo della riparazione[22].

---

[20] S.B. TAVVERRITI, *L'autocontrollo penale*, cit., p. 417.

[21] Come talvolta accade nell'ambito delle condotte controffensive *post factum* che escludono la punibilità, il rischio sarebbe quello di indebolire la funzione general-preventiva riconducibile all'illecito dell'ente; così C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, cit., p.530 ss.; C.E. PALIERO, *Il sistema sanzionatorio dell'illecito dell'ente*, cit., p.1199 ss.; MAUGERI A.M., *La funzione del sistema sanzionatorio del D.Lgs. 231/01: la rieducazione dell'ente*, in M. CATENACCI, V.N. D'ASCOLA, R.RAMPIONI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, RomaTRE-Press, Roma, 2021, p. 89.

[22] F. CONSULICH, *La persona giuridica come centro di punibilità permanente. Il rapporto tra riparazione e punizione nel campo della responsabilità da reato dell'ente*, cit., p. 14. L'Autore in particolare suggerisce di definire il peso della riparazione per gli enti, costruendo un sistema integrato di commisurazione della sanzione tra individuo e persona giuridica. Una volta compreso quale sia il budget punitivo complessivo, questo dovrebbe essere equamente distribuito tra persona fisica e giuridica, diminuendo la pena per l'individuo e aumentando quella per l'organizzazione (o viceversa) al ricorrere di una maggiore o minore relativa riprovevolezza. Si potrebbe, ad esempio, innalzare la pena per l'individuo quando egli abbia agito eludendo le cautele dell'ente, ma a ciò evidentemente deve corrispondere una correlativa riduzione della misura afflittiva per quest'ultimo. Al contrario, i condizionamenti dell'organizzazione potrebbero, in alcuni selezionati casi, rendere applicabile un'attenuazione della sanzione per l'organo o dipendente, i cui margini di scelta sarebbero specularmente ridotti. In presenza di un reato, a meritare la non punibilità può essere, in alternativa, o l'ente o l'individuo, non entrambi: uno dei due ha indubitabilmente sfruttato l'altro per compiere il fatto, sicché non è difficile notare che un'indiscriminata rinuncia alla punizione potrebbe rivelarsi criminogena

ISSN 2036-7821

La riparazione effettuata dal soggetto collettivo non deve mai attribuire un prezzo all'offesa realizzata, bensì trovare la propria ragione d'essere in ragioni di valore e non di pura utilità patrimoniale, vale a dire in una più ampia opzione di campo dell'ente a favore della legalità di impresa.

Un simile programma politico-criminale non mira certo a punire o a disincentivare, la riparazione da parte della persona giuridica, ma presceglie come obiettivo preminente la deterrenza della disciplina sulla responsabilità dell'ente, pur modulandola al ribasso in caso di condotte autenticamente contro-offensive dell'attore collettivo incolpato.

In conclusione, dal variegato dibattito dottrinale surriportato emerge con palmare evidenza come la cifra comune all'interno di questa diversità di vedute converga comunque verso il paradigma autonormativo.

Si conferma pertanto l'imprescindibile necessità di modulare la punibilità a partire dalla componente autonormativa che si manifesta come condotta riparatoria *post delictum* sufficiente a escludere la punizione dell'ente. Tale componente può atteggiarsi come un programma trattamentale di una ipotetica *probation* riservata all'ente; ovvero come supporto normativo che assiste la *self disclosure.*

L'ipotesi della non punibilità offre un buon esempio di *autonormazione surrogatoria* al diritto punitivo degli enti ispirata dalla logica specialpreventiva correlata alla capacità di condizionamento rilasciata dal paradigma autonormativo, che può così esprimere il proprio potenziale anche *post delictum*.[23]

1.1 *Segue.* L'*estinzione dell'illecito amministrativo, come causa estintiva a formazione progressiva*.

[23] S.B. TAVERRITI, *L'autocontrollo penale, Sistematica e funzionalità politico-criminale del diritto riflessivo*, Giuffrè, 2025, p. 415; l'Autrice sottolinea, circa il carattere riflessivo della normazione, come nelle sue forme più sofisticate e strutturate, infatti, l'autonomia dell'ente regolatore si esplica anche nella fase esecutiva e nella fase sanzionatoria della vita della regola autonormata. In questi casi, dunque, il concetto di autonormazione fa riferimento a un vero e proprio sub-sistema in cui le funzioni di autodisciplina, autocontrollo, e autodichia vengono gestite da soggetti promananti dallo stesso ambiente regolato. E dal carattere riflessivo è possibile estrapolare tre corollari che caratterizzano ulteriormente l'autonormazione sui piani: del metodo; della legittimazione; e della portata applicativa. Il tratto riflessivo serve anche come marcatore dei confini di applicazione del diritto autonormato che, in quanto tale, è riferibile esclusivamente ai soggetti interni alla collettività di appartenenza, che può essere variamente individuata a contesti più circoscritti, ma anche più ampi rispetto a quello dello Stato. Basti pensare alla all'autonormazione d'impresa che può costituire un valido esempio per cogliere l'estensione sub-statuale o extra-statuale del campo di applicazione del diritto riflessivo: il modello organizzativo adottato da una impresa italiana di piccole o medie dimensioni, potrà trovare applicazione solo all'interno dell'organizzazione aziendale, estendendo la propria efficacia — in parte, eventualmente — ai fornitori della stessa; viceversa, un *compliance program* di una *corporation* multinazionale, sarà applicabile in tutte le sedi delocalizzate della stessa, assumendo — quindi — una portata transnazionale.

Proprio lo schema *dell'autonormazione parzialmente surrogatoria*, di matrice *specialpreventiva*, sembra aver ispirato la recente proposta di riforma suggerita dal Tavolo tecnico per la revisione della disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche", istituito con decreto del 7 febbraio 2024 presso l'Ufficio di Gabinetto del Ministro della Giustizia, con il compito di individuare una "concreta prospettiva" di riforma del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, finalizzata a superare le sue eventuali criticità.

Si tratta di una proposta di riforma[24] di ampio respiro, che punta ad implementarne la *vocazione preventiva* della *compliance*, in una duplice direzione: (i) da un lato, elevare la colpa di organizzazione ad elemento costitutivo dell'illecito dell'ente, superando la scelta "compromissoria" del 2001 imperniata sull'inversione probatoria nel caso di reato commesso da un soggetto apicale; (ii) dall'altro lato, introdurre nuove forme di *premialità*, volte a favorire il recupero dell'ente alla legalità.

La natura del presente lavoro non ci consente una diffusa trattazione di tutte le novità (di parte sostanziale e processuale del decreto 231/2001) contenute nel recentissimo articolato di riforma, se non nei limiti dell'analisi dell'art. 6, che si propone di introdurre nuove forme di premialità a beneficio di quegli enti che, prima della commissione del reato presupposto, si siano dotati di modelli autopoietici[25].

---

[24] Cfr. *Riforma della responsabilità da reato degli enti ex d. lgs. 231/2001: la relazione conclusiva del Tavolo tecnico presieduto dal Presidente Fidelbo*, Redazione giurisprudenza penale, in www.giurisprudenzapenale.com., 14 gennaio 2026. Per un primo commento all'impianto della riforma, si rinvia a C. SANTORIELLO, *Responsabilità degli enti: depositata la relazione conclusiva della Commissione ministeriale di riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in *iusgiuffrè.it*, 23 gennaio 2026; secondo l'Autore, l'impostazione della proposta di riforma è nel senso di confermare le scelte di fondo del d.lgs. n. 231 con particolare riferimento: (i) sia alle finalità "promozionali" di tale testo normativo - inteso a sollecitare l'adozione da parte delle società di forme di governance atte a prevenire (o comunque ridurre il rischio di) la commissione di illeciti da parte di chi opera per conto o all'interno dell'ente, come attestato dalla funzione esimente riconosciuta all'adozione dei *compliance programms* e dalla valorizzazione delle condotte riparatorie successive alla commissione dell'illecito -; (ii) sia all'individuazione del giudizio penale quale sede per l'accertamento della responsabilità delle persone giuridiche; (III) sia alla definizione dei fondamenti di tale responsabilità, che rimangono ancorati alla nozione di "colpa di organizzazione".

[25] L'Art. 6 (*Estinzione dell'illecito amministrativo*) così recita: *"1. Dopo l'articolo 8 del decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231, è inserito il seguente: «Art. 8-bis (Estinzione dell'illecito amministrativo dell'ente). - 1. L'ente che, prima della commissione del reato, ha adottato ed attuato il modello di organizzazione e di gestione può chiedere al giudice, entro novanta giorni dalla notifica dell'avviso di conclusione dell'indagine preliminare, un termine per eliminare le carenze del modello riscontrate dal pubblico ministero che hanno determinato o agevolato la commissione del reato. La richiesta, che va comunicata al pubblico ministero, deve contenere una proposta riorganizzativa del modello, nonché l'offerta dell'eventuale risarcimento del danno, l'indicazione delle attività che l'ente si impegna a svolgere per eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato e la messa a disposizione del profitto eventualmente conseguito dalla commissione del reato. 2. Il giudice fissa un'apposita udienza per valutare l'idoneità della proposta riorganizzativa e per indicare eventuali ulteriori interventi volti ad eliminare le carenze del modello. Si osservano le forme dell'articolo 127 del codice di procedura penale e il giudice, ove lo ritenga necessario, può nominare un perito. 3. All'esito dell'udienza il giudice, se accoglie la richiesta, dispone, con ordinanza, la sospensione del procedimento nonché delle misure cautelari eventualmente disposte e fissa il termine entro il quale deve essere realizzata l'integrazione del modello e adempiute le condotte riparatorie, determinando una somma di denaro a titolo di cauzione come previsto dall'art. 49 comma 2. 4. Se nel termine indicato o prorogato risultano realizzate le attività previste nel comma 3, il giudice, sentiti in un'apposita udienza il pubblico ministero e le altre parti, dichiara con*

Con il precipuo obiettivo di incrementare il sistema premiale del decreto 231, sempre nella prospettiva di valorizzare la prevenzione dei reati e di incentivare gli enti a dotarsi di modelli organizzativi efficaci, il gruppo di lavoro prone all'art. 6 dell'articolato l'inserimento di nuovo art. 8-*bis* nel tessuto normativo del decreto 231 intitolato "*Estinzione dell'illecito amministrativo*" nella parte in cui prevede una particolare forma di rivitalizzazione del modello *post factum* per l'esclusione della responsabilità dell'ente.

In particolare, la società, entro novanta giorni dalla contestazione dell'illecito amministrativo: (i) dovrà eliminare le carenze organizzative che hanno determinato o agevolato la commissione del reato, tramite una proposta di riorganizzazione; (ii) dovrà offrire il risarcimento del danno e (iii) indicare le attività volte ad eliminare le conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato

La nuova disposizione prevede, dunque, che l'ente, per poter beneficiare di questo meccanismo estintivo, deve essersi necessariamente dotato preventivamente di un modello, dimostrando la seria volontà di riorganizzarsi per prevenire il rischio reato; di talchè la richiesta non potrà trovare accoglimento, nei casi nei quali il reato si è consumato in un'area a rischio-reato, rispetto nella quale l'ente non aveva adottato un protocollo di contenimento di tale rischio.

Allo stesso modo, non potrà fruire della causa estintiva un ente che non abbia incardinato un organismo di vigilanza o che, sebbene lo abbia insediato, sia risultato sostanzialmente inoperativo. In altri termini, il modello *post factum* segue e completa il modello organizzativo di cui l'ente si è già tempestivamente dotato e che è stato ritenuto "parzialmente inidoneo".

A ben vedere, si tratta di un meccanismo di "messa alla prova", in cui vocazione preventiva ed esigenza premiale trovano una sintesi, con concessione di termini da parte del giudice, allorquando rilevi l'inidoneità del modello, consentendo all'ente di *correggere* e integrare le mancanze riscontrate attraverso condotte di riorganizzazione tardiva.

Il nuovo art. 8-*bis* descrive una causa estintiva *a formazione progressiva* dell'illecito amministrativo, che riguarderà solo e soltanto quell'ente che, dotatosi preventivamente di un modello *ante delictum*¸ sia coinvolto in un procedimento penale in cui il pubblico ministero rilevi alcune carenze nel modello stesso che abbiano determinato l'illecito amministrativo oggetto di contestazione.

---

sentenza l'estinzione dell'illecito amministrativo contestato all'ente, disponendo la confisca del profitto messo a disposizione. 5. La sospensione del procedimento è immediatamente revocata in caso di mancata o incompleta esecuzione delle attività di cui al comma 3 nel termine indicato o prorogato dal giudice. 6. Se il giudice rigetta la richiesta, l'ente la può riproporre non oltre la dichiarazione di apertura del dibattimento. In tale evenienza, se il giudice la accoglie, si osservano le disposizioni previste nei commi 2, 3, 4 e 5. 7. In caso di illecito amministrativo dipendente da delitto l'estinzione non può essere dichiarata più di due volte.».

La richiesta di "emenda" del Modello, promanante dall'ente, dovrà necessariamente contenere, una proposta di riorganizzazione ovvero di integrazione del modello (unitamente magari ad ulteriori forme di *self cleaning*), con l'indicazione delle attività funzionali ad eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato, fermo restando il risarcimento dell'eventuale danno arrecato e della messa a disposizione del profitto.

L'opzione preferita è stata dunque quella di non legare la non punibilità *esclusivamente* alle condotte *post delictum* che avrebbe potuto comportare la sostanziale diseconomicità dell'adozione del modello organizzativo ex ante e avrebbe potuto decretare il definitivo tramonto degli auspici relativi alla realizzazione del programma preventivo sotteso al d.lgs. n. 231/2001 che mira a una legalità d'impresa sempre più diffusa.

Proprio nell'ottica di non scoraggiare gli sforzi profusi in senso auto organizzativo preventivo, sembra più in linea con l'ideale specialpreventivo la coraggiosa proposta del Tavolo ministeriale di circoscrivere la rilevanza esimente dell'autonormazione riparatoria esclusivamente a quelle situazioni in cui, pur essendo stato adottato *ex ante*, il modello autopoietico, quest'ultimo si sia rivelato parzialmente inadeguato.

Viene quindi abbandonata l'opzione alternativa di dover riconoscere al modello *adottato tardivamente* (ossia dopo la consumazione del reato presupposto) un automatico effetto "esimente". Tale opzione ci sembra infatti condivisibile perché diversamente, verrebbe meno ogni funzione di prevenzione connessa all'adozione di prodotti autopietici *ante delictum;* nessun ente sarebbe motivato a dotarsi preventivamente di una piattaforma deontica seria e affidabile, differendone l'implementazione ad un momento successivo alla "scoperta" -da parte degli inquirenti- degli illeciti penali presupposto.

Infine, ad avviso dei componenti il *Tavolo* di lavoro, i profili di inadeguatezza del modello "da emendare" non potranno che possedere un carattere circoscritto e limitato.

Non dovrà trattarsi ovviamente di un modello organizzativo che si presenti *ab imis* solo "formale" o "cartolare", oppure non individualizzato o non individualizzante, redatto in modo superficiale (ad esempio scaricato *online* privo di individualizzazione rispetto alla società in cui viene adottato).

In breve: l'idea di fondo è quella di "premiare" la "lungimiranza" degli enti (*"vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*") non che non saranno puniti in presenza di condotte riparatorie postume, solo e soltanto ove si siano dotate *ex ante* di un modello di *compliance* espressivo di uno sforzo preventivo non fittizio o cosmetico, per quanto non del tutto idoneo o efficacemente attuato.

ISSN 2036-7821

Ci permettiamo tuttavia di rilevare che tale proposta di riforma affiderà inevitabilmente alla discrezionalità giudiziale in sede di udienza camerale ex art- 127 c.p.p. il potere di definire la linea di demarcazione tra un modello *ex ante* che presenti le necessari caratteristiche per essere ritenuto meritevole di "emenda", ovvero per non essere ritenuto tale, con l'ineluttabile conseguenza che sarà precluso all'ente di lucrare il beneficio dell'estinzione dell'illecito amministrativo per effetto della prevista condotta riparatoria.

2. *La presunzione relativa di idoneità dei modelli deontici -ante delictum-, conformati alle "linee guida", alle buone prassi e ai modelli "pilota". Rilievi critici.*

Come è noto, i principi direttivi formulati da fonti di rango primario sulla costruzione e attuazione dei *compliance program* si esauriscono esclusivamente negli artt. 6-7 d.lgs. n. 231/2001.

A fronte di tale carente determinatezza delle indicazioni legislative lo stesso decreto 231 ha evocato –in chiave suppletiva- il riferimento a una atipica fonte di *soft law* che è quella dei codici delle associazioni di categoria [155], previsti all'art. 6, co. 3, a norma del quale i modelli organizzativi possono essere adottati sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti e comunicati al Ministero della Giustizia, il quale *può* formulare, entro trenta giorni, osservazioni in punto di idoneità preventiva.

Le linee guida di categoria costituiscono una forma di autoregolamentazione privata rinforzata[26], nel senso di non essere dotate di imperatività e, dunque, di non essere vincolanti né per gli enti appartenenti alle associazioni che le abbiano redatte, né per il giudice.

La predetta disposizione non specifica gli effetti dell'intervento ministeriale, sia esso espresso o tacito, né attribuisce al Ministero la capacità di sancire una valutazione di idoneità preventiva che elida il potere discrezionale del giudice. Nondimeno, il suo inserimento nel tessuto del decreto testimonierebbe la volontà del legislatore di attribuire una certa rilevanza ai codici di comportamento, quanto meno sul piano probatorio, nel senso che la conformità del modello alle linee guida potrebbe ritenersi un "indizio qualificato" della diligenza dell'organizzazione.

Lo scopo della previsione in questione, al fine soprattutto di ridurre la discrezionalità applicativa in sede di verifica dell'idoneità del *compliance program*, era quello di fornire un preciso parametro alle imprese e al giudice; obiettivo, quest'ultimo –quantomeno fino alla sentenza Impregilo del 2021– mai realmente raggiunto.

[26] V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 3, p. 69 ss.

I codici di comportamento sono stati percepiti come uno strumento debole[27] e a carattere meramente orientativo, incapaci di fissare punti fermi nella strutturazione dei modelli organizzativi e, soprattutto, di assicurare alle imprese, in caso di adeguamento a essi, il buon esito della valutazione giudiziale in punto di idoneità.

Tali osservazioni hanno valenza sia con riguardo all'articolazione delle linee guida evocate dal legislatore del 2001 – la cui predisposizione è demandata alle associazioni di categoria -, sia con riguardo alla natura e struttura di tali codici.

Sul piano dei contenuti, si è poi sottolineato come essi rappresentino strumenti di *soft law* e si pongano quale *minimum standard*, nel senso di poter individuare indicazioni da recepire nella parte generale del modello (mappatura del rischio, norme in tema di composizione e assetto dell'organismo di vigilanza, sistema disciplinare, etc.), non offrendo però istruzioni di dettaglio per quanto riguarda i protocolli operativi di prevenzione contenuti nella parte speciale[28].

A queste linee guida di categoria va però riconosciuto il merito storico di aver contribuito alla diffusione della cultura e dei principi del controllo interno aziendale e di aver offerto, specialmente nella fase di avvio della normativa, un importante punto di riferimento agli operatori economici rispetto all'impianto strutturale del modello e della metodologia di *risk assessment e management* connaturata ai programmi di *compliance*.

Le stesse SS.UU. penali "Impregilo" nel 2021 hanno preso posizione sulla potenziale rilevanza di tali linee guida, affermando la loro centralità nel sistema di accertamento dell'idoneità del modello.

E' stato infatti statuito dal Supremo Consesso, nella sua più autorevole composizione, che, ferma la natura non vincolante delle linee guida, quel modello o protocollo organizzativo, che fosse conforme alle stesse, potrebbe beneficiare di una presunzione relativa (*iuris tantum*) di idoneità del modello conforme, facendo salvo il potere del giudice di non ritenere validi i modelli sottoposti al suo scrutinio in quanto inadeguati rispetto al caso specifico delibato.

Una prima soluzione in prospettiva *de lege ferenda* potrebbe essere quella di *positivizzare* (o standardizzare) le cautele protocollari mediante il ricorso a norme di rango primario, puntando così a una migliore definizione normativa del contenuto

[27] I Codici di comportamento di cui all'art. 6 assolvono ad una funzione prevalentemente pedagogica: evocano i principi costitutivi del modello, le finalità preventive e le regole generali di comportamento, senza rilasciare una elencazione analitica delle cautele sostanziali rivolte a ridurre il rischio-reato. Si collocano, perciò, a metà strada tra il piano della mera enunciazione dei valori aziendali, fissati, di regola, nel codice etico, e il livello di dettaglio che deve contraddistinguere il modello adottato dalla società. Possiedono, dunque, una funzione orientativa, di indirizzo, sì che la valutazione sull'efficacia e sull'effettività del modello concretamente adottato dall'ente resta, in larga par- te, affidata al giudice»: così C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, Parte II, cit., p. 861.

[28] L. LUPÁRIA DONATI, G. VACIAGO (a cura di), *Compliance 231. Modelli organizzativi e OdV tra prassi applicative ed esperienze di settore*, Milano, 2022, pp. 26 ss.

del modello autopoietico, in modo da rafforzarne il profilo dell'astratta idoneità, cioè la sua "tenuta" in caso di giudizio. In tale direzione, si potrebbero cristallizzare a livello normativo le indicazioni tratte dalla prassi più virtuosa consolidatasi in questi anni, volte a identificare le fasi del processo metodologico che conduce l'ente a definire il proprio M.O.G.

In altre parole, sarebbe utile offrire alle imprese una cornice di regole certe che possano guidarle nel metodo di costruzione del modello, accompagnandole nell'adozione di un corpo di presidi e protocolli preventivi che sia ben calibrato su ciascuna realtà aziendale.

Tali regole certe dovrebbero essere mutuate proprio dai Codici di comportamento redatti dalle associazioni di categoria più rappresentative e approvati dal Ministero della Giustizia, facendone il parametro di riferimento per la costruzione del MOG e la successiva valutazione giudiziale di astratta idoneità dei singoli modelli a essi conformi.

Un fulgido esempio di tale *modus operandi* lo si rinviene nella materia antinfortunistica ad opera dell'art. 30 del T.U. del 2008 n. 81, secondo cui l'attuazione di corretti modelli di gestione della sicurezza sul lavoro esonera il datore di lavoro dalle responsabilità amministrativa prevista dal d.lgs. n. 231/2001.

In particolare, tale diposizione, in materia di salute e sicurezza sul lavoro descrive i parametri in forza dei quali il modello organizzativo presenta efficacia esimente, introducendo, in particolare, una presunzione di idoneità del *compliance program* in sede di prima applicazione, in presenza di determinati requisiti.

Ai sensi del co. 1 della citata disposizione, il modello di organizzazione e gestione idoneo ad avere efficacia esimente deve assicurare un sistema aziendale per l'adempimento degli obblighi giuridici relativi:

(i) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici;

(ii) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti;

(iii) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;

(iv) alle attività di sorveglianza sanitaria;

(v) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori;

vi) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori;

(vii) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge;

(viii) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate.

Particolarmente significativo è stato infatti il comma 5 del citato art. 30, a mente del quale in sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale, definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 ovvero al British Standard OHSAS 18001:2007 ovvero gli ulteriori modelli indicati dalla Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro, *si presumono conformi* ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti.

Si valorizzano così le attività di individuazione e valorizzazione delle *best practices* realizzate da enti pubblici ovvero le metodologie di analisi e minimizza- zione del rischio confezionate da enti normatori indipendenti. La commistione tra diversi piani autoregolativi, in questo caso, consente in astratto di riporre maggiore affidamento nella tenuta del proprio prodotto autonormato, a maggior ragione quando lo stesso sia stato altresì certificato da un ente accreditato per asseverare la conformità rispetto alla norma ISO.

Infatti, uno dei più significativi vantaggi offerti dalle norme tecniche ISO consiste nel fatto che la loro osservanza può essere dimostrata attraverso l'ottenimento di una certificazione rilasciata da un organismo accreditato, all'esito di un audit condotto sull'organizzazione aziendale[29].

Recentemente si registra poi la posizione di chi[30] propone di favorire le *sinergie* tra sistema 231 e normative tecniche di settore, proprio partendo dall'esperienza dei reati in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. In tal senso, utili spunti di riflessione andrebbero tratti dalle ampie aree di sovrapposizione che esistono - specie nella fase di predisposizione dei M.O.G. - tra i sistemi di gestione certificati, che intercettano rischi rilevanti anche in ottica 231, e i M.O.G. stessi. Tale riflessione muove anche dall'analisi della prassi applicativa, da cui emerge che, di frequente, le imprese si orientano verso un approccio integrato nella gestione del rischio, al fine di massimizzare l'efficacia degli investimenti realizzati sulla compliance aziendale, con importanti effetti anche in termini di razionalizzazione dei controlli interni.

In dottrina[31], tuttavia, vi è chi ha avanzato qualche perplessità circa l'idea di recepire in norme di rango primario i contenuti suggeriti dalle linee guida, in ragione del fatto che la scelta di fissare analiticamente in norme di legge i requisiti -cui gli enti sono chiamati a conformarsi- potrebbe rivelarsi un opzione *non efficace* – soprattutto alla luce della grande varietà di destinatari del decreto, del tessuto imprenditoriale

[29] S.B. TAVERRITI, *L'autocontrollo penale, Sistematica e funzionalità politico-criminale del diritto riflessivo*, cit., p. 169.
[30] Ci riferiamo alla Position Paper, del marzo 2025, elaborata da Confindustria, *Prospettive di riforma della responsabilità amministrativa degli enti (disciplina 231)*, in *www.ossservatoriocompliance231.it*, 23 aprile 2025.
[31] R. SABIA, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 157

italiano fatto di piccole e medie imprese, dell'estesissima area di rischio-reato che i modelli sono chiamati a presidiare – e potrebbe irreggimentare (e soffocare) la libertà di impresa connaturata a ogni iniziativa economica dei soggetti collettivi.

Una proposta alternativa sia alla positivizzazione delle cautele sia al richiamo *per relationem* delle linee guida approvate dalle associazioni di categoria, potrebbe essere quella suggerita in dottrina di addivenire alla formalizzazione dei c.d. modelli (o protocolli) pilota[32], differenziati per settori omogenei di attività/tipologie di imprese (parlerei di protocolli "paradigmatici", nel senso di considerarli alla stregua di una *bussola di orientamento* in sede di attività di autonormazione da parte del soggetto collettivo).

Coerentemente, sostiene Piergallini, ove l'impresa si conformi a essi, ne dovrebbe discendere una *presunzione relativa* di idoneità del *compliance program* che il giudice potrebbe superare soltanto assolvendo a un onere motivazionale 'rafforzato', chiarendo specificamente la (diversa o alternativa) cautela doverosa (salvifica) che si sarebbe dovuto predisporre al fine di evitare la consumazione del reato presupposto.

Per giungere alla definizione dei modelli pilota, è necessaria la collaborazione da parte degli operatori economici che dovrebbe dar corso ad una *discovery* dei dettagli tipizzati nei modelli adottati dagli enti e nei relativi protocolli di prevenzione. Occorre quindi "mappare" le *best practice* adottate dagli operatori, cosa che potrebbe essere arduo concretare, stante la naturale ritrosia –per ragioni di riservatezza e privativa industriale- degli enti a far circolare pubblicamente le regole contenute nella c.d. parte speciale del modello.

A tale fase di ostensione dei protocolli cautelari, dovrebbe seguire quella di analisi e di revisione degli stessi, funzionale all'attribuzione di una "patente" di idoneità dei citati protocolli di prevenzione rispetto agli obiettivi delineati dal decreto 231. Tale fase dovrebbe attuarsi tramite un dialogo costruttivo tra imprese ed esponenti istituzionali (si pensi ai tavoli di lavoro congiunti[33]).

In sintesi, la proposta è quella di raccogliere, revisionare e, ove opportuno, integrare collaborativamente le migliori cautele esistenti per la realizzazione di un «compendio» della più avanzata e affidabile scienza ed esperienza settoriale.

Mentre il meccanismo normativo oggi previsto dall'art. 6 comma 3 del decreto 231 prevede la previa elaborazione delle linee guida in vista della successiva

[32] Intendiamo riferirci alla proposta sviluppata PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale: dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001*, in *Cass. pen.*, 2013, (Parte II), pp. 866 ss.

[33] L'ottica del dialogo costruttivo è stata alla base dei lavori condotti dal Tavolo tecnico di nomina ministeriale nel febbraio 2024; infatti nel corso dei lavori del Tavolo sono state disposte anche audizioni di associazioni che da sempre sono particolarmente sensibili alle istanze di riforma della disciplina della responsabilità da reato degli enti e sono stati ascoltati i rappresentanti di Confindustria, di Confcommercio, di Assonime, dell'Associazione Organismi di Vigilanza e dell'Osservatorio Nazionale 231 del Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili.

ISSN 2036-7821

sottoposizione ai soggetti pubblici, la proposta di elaborare modelli pilota dovrebbe prevedere il *preventivo coinvolgimento* di esponenti istituzionali (a monte della predisposizione materiale dei *compliance program*).

Tali protocolli "pilota" potrebbero rappresentare un valido riferimento orientativo per le imprese e al tempo stesso l'organismo pubblico o privato, preposto alla loro definizione, potrebbe svolgere un ruolo di *cooperative compliance*, offrendo attività di consulenza, orientamento e interpello preventivo, con particolare riguardo alle esigenze delle piccole e medie imprese, che spesso si trovano in maggiore difficoltà nell'affrontare autonomamente la progettazione dei nuclei autonormati.

In sede di diritto positivo potrebbe così essere tipizzato che la conformità dei modelli aziendali a tali modelli pilota è sufficiente ad attribuire ai primi *una presunzione relativa di idoneità*; il che potrebbe rappresentare una soluzione per ridurre ulteriormente le criticità connesse al procedimento di accertamento della colpa di organizzazione e della condotta inosservante (o infedele) dell'ente.

L'impresa, e soprattutto, il giudice, avrebbero a disposizione un prezioso strumento di riferimento deputato, a differenza di quanto accade oggi, a razionalizzare e racchiudere in sé, all'esito della ricognizione dei vari standard privati, le migliori pratiche di *compliance*, immediatamente consultabili anche nel contraddittorio processuale tra le parti.

All'autorità giudiziaria verrebbe così offerto un preciso parametro di giudizio della colpa di organizzazione dell'ente e una fonte che racchiude le regole cautelari scritte e rilevanti per scrutinare l'idoneità (o la bontà) del modello e dei protocolli in relazione a ciascun specifico settore imprenditoriale.

Per il sostenitore di tale proposta di riforma[34] la conformità al modello pilota non potrebbe mai determinare automatismi applicativi o una «pretesa di impunità» da parte dell'ente. Si tratta pur sempre di forme di generalizzazione delle *best practice;* sicché risulterà comunque necessario lo scrutinio giudiziale teso ad accertare che il modello implementato dall'ente "attenzionato" risulti adeguato allo specifico contesto in cui l'ente manifesta la sua operatività.

È questo il senso di fare riferimento a una presunzione d'idoneità *relativa*, essendo consentito al giudice il potere di vagliare l'assetto di prevenzione sottoposto al suo scrutinio, avendo tuttavia l'onere di fornire una motivazione rafforzata, indicando specificamente le ragioni dell'inadeguatezza della cautela suggerita dal modello pilota –come recepita dal protocollo esecutivo delibato, ed indicando altresì la

[34] Una volta reperite e censite regole cautelari 'pilota', appare plausibile conformare l'accertamento del giudice. Gli viene, infatti, messo a disposizione un catalogo di cautele, con il quale è chiamato a confrontarsi: sarà libero di discostarsene, se crede, ma, in questo caso, dovrà rilasciare convincenti (e 'rinforzate' motivazioni): così C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, Parte II, cit., p. 867.

ISSN 2036-7821

diversa (o alternativa) regola "salvifica", che si sarebbe dovuto predisporre per impedire la verificazione del reato presupposto.

Fermo restando l'autorevolezza della tesi qui esposta, un'opzione alternativa potrebbe essere invece quella di attribuire ai protocolli aziendali -che fossero conformi al modello pilota (o "idealtipo")- la presunzione *assoluta* (*iuris et de iure*) di idoneità, precludendo al giudice ogni ulteriore valutazione sulla bontà del modello scrutinato, dovendosi quest'ultimo limitarsi a verificare:

(i) la perfetta corrispondenza *in toto* o *in parte qua* (in ragione dell'area di rischio all'interno della quale è maturato il reato presupposto) del predetto modello rispetto a quello "pilota";

(ii) nonché la reale ed efficace attuazione nella realtà aziendale delle regole cautelari consacrate nel modello e nei protocolli di cui l'ente si è dotato.

Tale soluzione si appaleserebbe più garantista e più rispettosa del principio di certezza del diritto, che deve presidiare quella libertà di iniziativa economica, costituzionalmente garantita dall'art. 41 della nostra Carta costituzionale.

Ovviamente, tale attribuzione di una presunzione assoluta di idoneità del modello implementato e attuato dall'operatore economico "scrutinato" in sede giudiziale va subordinata alla preliminare verifica che il modello pilota di quello specifico settore economico sia periodicamente revisionato e risulti in linea con le più recenti buone pratiche, ad evitare il rischio tipico di qualsiasi forma di codificazione del sapere tecnico: ossia la rapida obsolescenza del modello pilota preso a "paradigma" o come "idealtipo".

2.1. Segue La motivazione rafforzata del giudizio di inidoneità del modello autopoietico "conformato".

Nella consapevolezza che per le imprese uno dei punti critici sia proprio il giudizio di idoneità del modello e la discrezionalità riservata al giudice penale per tale verifica, il Tavolo ministeriale ha proposto di valorizzare la funzione delle *best practices* e delle *linee guida*, quali strumenti orientativi e «conformativi» della valutazione giudiziale[35].

[35] L'Art. 4 (*Valutazione di idoneità dei modelli organizzativi*) dell'articolato del novembre 2025 introduce dopo l'articolo 7 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, il seguente articolo: «*7-bis (Valutazione di idoneità dei modelli di organizzazione e di gestione). 1. Il giudice, nel valutare l'idoneità del modello a prevenire reati della specie di quello verificatosi, deve tenere specificamente conto della conformità alle linee guida elaborate dalle associazioni rappresentative degli enti ovvero alle procedure semplificate rispettivamente previste dai commi 3 e 4 dell'articolo 7, alle norme accreditate dalla comunità tecnico-scientifica nonché alle buone prassi, sempre che le stesse risultino adeguate a prevenire il reato. 2. Per gli enti che hanno la sede principale al di fuori del territorio dello stato, il giudice nel valutare la sussistenza e l'idoneità delle misure organizzative a prevenire reati della specie di quello verificatosi deve tenere*

La costruzione di un modello "a prova di giudice" e la ricerca di criteri capaci di orientarne la discrezionalità rappresentano esigenze ineludibili per il mondo imprenditoriale[36].

Nel recente passato, in coincidenza con l'ampliamento dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente alle fattispecie di omicidio e lesioni colposi, derivanti dalla violazione della normativa antinfortunistica, abbiamo assistito all'introduzione dell'art. 30, comma 5, del d. lgs. 81/2008 (Testo Unico in materia di sicurezza e salute sul lavoro), secondo cui, in sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale, definiti in conformità alle linee-guida redatte dall'INAIL o al British Standard OHSAS 18000:2007, si *presumono* conformi ai requisiti di idoneità fissati nei commi precedenti della stessa disposizione.

Sul punto, il gruppo di lavoro ha pertanto inteso valorizzare il crescente processo di formalizzazione delle regole cautelari in contesti organizzativi complessi, attraverso il richiamo sia alle c.d. *buone prassi* ormai disponibili, sia ai sistemi di certificazione e alla significativa attività di positivizzazione di protocolli cautelari: si tratta come è stato puntualmente rilevato [37] della "promozione legislativa del diritto riflessivo" (anche sul terreno del sistema della responsabilità *de societate*).

In termini non dissimili da quanto avviene nell'ambito della colpa professionale del medico, governata da linee guida accreditate dalle associazioni categoria più rappresentative, e da protocolli terapeutici, la proposta di riforma punta, nel comma 1 dell'art. 7-*bis*, a conformare il potere discrezionale del giudice, che, nel valutare l'idoneità del modello, dovrà tenere *specificamente* conto delle *best practices*, variamente denominate, con la naturale conseguenza, che l'adozione di condotte differenti dovrà essere motivata alla stregua di una *dissenting opinion*, assistita da un onere di specifica motivazione.

---

specificamente conto della disciplina prevista dallo Stato estero al fine di verificarne in concreto l'equivalenza rispetto ai requisiti richiesti dall'articolo 7.».

[36] G. FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in *Le società*, 2011, p. 55 ss.; F. D'ARCANGELO, *I canoni di accertamento della idoneità del Modello Organizzativo nella giurisprudenza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, n. 2, p. 129 ss.; A. FIORELLA, *Elasticità dei parametri di idoneità dei modelli preventivi e incertezze della "pratica"*, in A.M. STILE - V. MONGILLO - G. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal D.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, p. 359 ss.; S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, n. 1-2, p. 49 ss.

[37] S.B. TAVERRITI, *L'autocontrollo penale, Sistematica e funzionalità politico-criminale del diritto riflessivo*, cit., p. 32 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche, Milano*, 2008, p. 172 ss.; C. PIERGALLINI, *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato,* in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2° ed., Milano, 2010, p. 153 ss.; ID., *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *Le società.* 2011, n. 12S, p. 46 ss.;

ISSN 2036-7821

La proposta di riforma ha un primo pregio: seguire il solco ermeneutico già tracciato dalla più recente giurisprudenza di legittimità[38], laddove:

(i) si censura con fermezza l'assunto ingannevole secondo cui l'inidoneità del modello possa essere dedotta dalla stessa consumazione del reato;

(ii) Si cerca di rivitalizzare, quale parametro giuridico di riferimento, le linee guida emanate dalle associazioni di categoria, pur rimarcando come tali linee-guida non possono rappresentare la regola organizzativa *esclusiva* ed *esaustiva* per la predisposizione dei modelli organizzativi, il cui contenuto deve essere frutto di un processo di auto-normazione "sartoriale", in cui è l'impresa, anche tenendo presenti le indicazioni delle associazioni di categoria, che ha l'onere di individuare le cautele da porre in essere all'interno della propria struttura (di cui vanno considerate le specifiche peculiarità: dimensioni, tipo di attività, evoluzione diacronica, ecc.);

(iii) E si conclude che, in presenza di un modello organizzativo conforme ai codici di comportamento del settore, il giudice sarà tenuto specificamente a motivare le ragioni per le quali possa ciò nonostante ravvisarsi la "colpa di organizzazione" dell'ente, individuando la specifica disciplina di settore, anche di rango secondario, che ritenga violata o, in mancanza, le prescrizioni della migliore scienza ed esperienza dello specifico ambito produttivo interessato, dalle quali i codici di comportamento ed il modello con essi congruente si siano discostati, in tal modo rendendo possibile la commissione del reato.

In altri termini, in caso di disconoscimento del valore normativo delle linee guida esaminate positivamente dal Ministero, incombe sul giudice un obbligo di motivazione rafforzata e a questa compressione della discrezionalità giudiziale corrisponde un miglior posizionamento processuale dell'ente osservante.

La proposta di riforma *de qua* ha certamente un ulteriore pregio, ossia quello di supplire alla carente determinatezza legale delle cautele preventive e alla problematica prevedibilità del vaglio di idoneità del modello organizzativo ed in particolare all'insufficiente prevedibilità delle decisioni giudiziarie circa l'adeguatezza dei programmi di *compliance* eventualmente predisposti dagli enti sotto procedimento 231. Si è cercato così di rimediare alla fragilità dell'impianto normativo interno, in ragione della scarsa precisione dei parametri di idoneità del modello organizzativo.

[38] Cass. pen., Sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401, in *dejure giuffrè*;,più recente: Cass. pen., Sez. IV, 13 maggio 2025, n. 30039, annotata da C. SANTORIELLO, *La rilevanza della certificazione dei modelli per escludere la responsabilità da reato delle società*, in *iuspenale giuffrè*, 22 settembre 2025; l'Autore, in particolare, evidenzia come tale pronuncia si ponga nel solco della recente giurisprudenza di legittimità, che attribuisce assoluta rilevanza ai dettami dell'art. 30, comma 5, del d.lgs. n. 81 del 2008, laddove si sancisce che la conformità del contenuto del modello organizzativo rispetto a determina linee guida deve imporre particolare cautela nell'accertamento e nella stesura della motivazione circa la ricorrenza della colpa di organizzazione.

ISSN 2036-7821

Come è stato autorevolmente e recentemente sostenuto in dottrina[39], il sistema delineato dal d.lgs. 231/2001 si è evoluto nel segno di una *flessibilità strutturata*, fondata su un apparato di regole "multilivello", che si potrebbe rappresentare graficamente come *un sistema a cerchi concentrici*.

(i) Un primo cerchio è costituito da un nucleo centrale di *hard law*, che dettano i requisiti minimi generali e gli obiettivi essenziali del modello di prevenzione del rischio-reato (artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001), i quali oggi sono legalmente specificati solo nella materia della salute e sicurezza sul lavoro (art. 30 d.lgs. n. 81/2008).

(ii) Un cerchio intermedio di *soft law*, che consta di indicazioni, regole e direttive più puntuali ma non vincolanti e per questo più plasmabili in base alle specifiche realtà aziendali e facilmente aggiornabili. Ci riferiamo alle *linee guida* emanate dalle associazioni di categoria (i c.d. «codici di comportamento»)[40].

(iii) Un terzo cerchio esterno rappresentato occupato dalla c.d. *best practice*, ossia dalle migliori prassi, fondate su un sapere scientifico-esperienziale stabilizzato e dunque elevato, su basi consuetudinarie e prasseologiche, alla dignità di parametro doveroso (benché non positivizzato), che il giudice dovrebbe poi riconoscere come "vigente" al tempo della condotta,

Ebbene, l'art. 4 del progetto di riforma in esame, nel porre sullo stesso piano le linee guida, le norme accreditate dalla comunità tecnico scientifica e le buone prassi, ha inteso -a nostro avviso- porre un serio *argine* a quella discrezionalità giudiziale che potrebbe manifestarsi assoluta e dirompente (e finanche arbitraria), in grado in incidere significativamente sul fondamento giustificativo della responsabilità e dunque sulla punibilità dell'attore collettivo.

La valutazione giudiziale del "difetto di organizzazione" verrebbe così tendenzialmente "oggettivizzata", perché andrebbe compiuta secondo regole di diligenza riconoscibili e cristallizzate *ex ante* e sulla base di parametri chiari, preventivamente conoscibili, stabili e coerenti.

In conclusione, si tratta indubbiamente di un intervento normativo che, lungi dallo svilire le prerogative esegetiche del giudice, si propone di contenerle entro limiti

[39] V. MONGILLO, *Flessibilità e discrezionalità nel sistema della responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in *Riv. It. dir. proc.pen.*, 2025, 3, pp. 761 ss.

[40] Nell'esperienza italiana, le linee guida sono di matrice privata, mentre il controllo ministeriale ha assunto tratti essenzialmente burocratici e poco penetranti, come è stato puntualmente osservato orami da tempo da G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in A.M. Stile - V. Mongillo - G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal D.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, p. 177. E solo in tempi recenti si è registrata una inversione di tendenza, con la diffusione di criteri-guida ministeriali indirizzati alle associazioni di categoria per supportare in modo più strutturato la redazione dei modelli organizzativi; si pensi ai criteri guida per la redazione di codici di comportamento delle associazioni rappresentative degli enti, elaborati dal Ministero della Giustizia in data 10 febbraio 2025.

compatibili con i principi dello Stato di diritto e con le esigenze di ragionevole prevedibilità e calcolabilità delle conseguenze delle scelte imprenditoriali nell'economia contemporanea.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il potere amministrativo alla prova del tempo: limiti temporali, affidamento e carattere (in)esauribile dell'autotutela amministrativa

di **Henrik Thomas Luchetti**

(Dottore magistrale in giurisprudenza)

.

Sommario

1. Premessa. 2. Il caso concreto e le questioni sottese alla decisione in commento. 3. L'autotutela amministrativa e la sua tradizionale inesauribilità: radici teoriche e prima positivizzazione. 4. La svolta del 2015: il termine decadenziale di diciotto mesi e il nuovo paradigma nei rapporti tra amministrazione e privati. 5. La successiva evoluzione normativa: dal decreto Semplificazioni del 2021 alla legge n. 182 del 2025. 6. Il potere amministrativo al servizio della collettività e la conferma del carattere esauribile dell'autotutela. 7. L'irrilevanza dell'impegno di spesa ai fini del decorso del termine. 8. Osservazioni conclusive.

Abstract

This case note examines Council of State judgment no. 1761/2026 on the temporal limits of administrative self-review under Article 21-nonies of Law no. 241/1990. The ruling holds that the time limit runs from the final award, not from the later budgetary commitment, and that the award already confers a protected economic advantage. It thus strengthens legal certainty, legitimate expectations, and the exhaustible nature of administrative power, in line with Constitutional Court no. 27/2025.

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

1. Premessa.

La sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, del 5 marzo 2026, n. 1761, si colloca in un punto di snodo particolarmente significativo del Diritto Amministrativo, poiché affronta il tema dei limiti temporali dell'autotutela amministrativa nel settore dei Contratti Pubblici, mettendo in relazione la tradizionale questione dell'inesauribilità del potere amministrativo con i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento dell'operatore economico.

La pronuncia assume rilievo non solo per la soluzione offerta al caso concreto, ma anche perché si inserisce nel più ampio ripensamento dogmatico del rapporto tra amministrazione e privato, oggi sempre meno segnato da una logica di supremazia e più orientato a un modello di potere funzionalizzato, proporzionato e temporalmente delimitato.

Nel caso esaminato, i Giudici di Palazzo Spada sono stati chiamati a stabilire se il termine decadenziale di dodici mesi previsto dall'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 debba decorrere dalla data dell'aggiudicazione definitiva oppure da quella del successivo impegno di spesa, con evidenti ricadute sulla legittimità dell'annullamento d'ufficio disposto dalla stazione appaltante. La questione, solo in apparenza tecnica, investe in realtà un profilo sistematico di primario rilievo: individuare il momento a partire dal quale l'assetto di interessi consolidato dal provvedimento ampliativo diviene stabile e, quindi, meritevole di una tutela rafforzata contro il riesercizio tardivo del potere amministrativo.

La decisione in commento offre una soluzione chiara, individuando nell'aggiudicazione definitiva il provvedimento attributivo del vantaggio economico idoneo a far decorrere il termine decadenziale e negando che la successiva assunzione dell'impegno di spesa possa incidere su tale effetto. Il Consiglio di Stato chiarisce, infatti, che il successivo provvedimento di assunzione dell'impegno di spesa non appartiene al momento genetico dell'attribuzione del vantaggio, ma a una fase ulteriore, di carattere contabile ed esecutivo, e che, proprio per questo, non può incidere sulla decorrenza del termine per l'esercizio dell'autotutela.

La sentenza offre, dunque, una duplice indicazione. Da un lato, individua nell'aggiudicazione definitiva il provvedimento attributivo del vantaggio economico idoneo a far decorrere il termine decadenziale; dall'altro, esclude che la successiva assunzione dell'impegno di spesa possa assumere rilievo differitivo, negandole qualsiasi attitudine a incidere su un effetto che si è già prodotto sul piano pubblicistico. In tal modo, la sentenza si pone in linea con l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che, soprattutto a seguito della riforma Madia del 2015 e della decisione della Corte costituzionale del 2 luglio 2025, n. 27, ha progressivamente abbandonato il dogma dell'inesauribilità del potere di autotutela, riaffermando la centralità dell'affidamento del privato e della stabilità dei rapporti giuridici.

La portata della sentenza in commento non si esaurisce nella soluzione della pur

ISSN 2036-7821

rilevante questione concernente l'individuazione del *dies a quo* del termine previsto dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990. La pronuncia si segnala soprattutto perché ricostruisce in modo coerente l'evoluzione dell'istituto dell'annullamento d'ufficio e, nel farlo, offre una chiarificazione particolarmente significativa sul rapporto tra fase pubblicistica dell'aggiudicazione, fase negoziale e fase contabile della spesa, mostrando come il successivo sviluppo del procedimento non possa essere utilizzato per procrastinare l'esercizio del potere di riesame.
Muovendo da queste premesse, la presente nota si propone di analizzare il significato della pronuncia sotto un duplice profilo: da un lato, ricostruendo il percorso teorico e normativo che ha condotto al riconoscimento del carattere esauribile dell'autotutela amministrativa; dall'altro, soffermandosi sulle implicazioni applicative della decisione in materia di Contratti Pubblici, con particolare riguardo alla distinzione tra fase pubblicistica dell'aggiudicazione e la successiva fase esecutiva.
L'obiettivo è mostrare come la sentenza annotata contribuisca a consolidare una concezione del potere amministrativo non più aperta a un riesame indefinito, ma strutturalmente vincolata, anche nel tempo, alla funzione di garanzia dell'interesse pubblico e al rispetto della certezza delle posizioni giuridiche ormai consolidate.

2. Il caso concreto e le questioni sottese alla decisione in commento.

La sentenza in commento trae origine da una vicenda che, nella sua linearità fattuale, mette a nudo alcune delle più spinose questioni del diritto amministrativo dei contratti pubblici: la durata del potere di riesame della stazione appaltante e il confine tra legittima autotutela e violazione del legittimo affidamento dell'aggiudicatario.
Oggetto del contendere è l'annullamento in via di autotutela dell'aggiudicazione definitiva del servizio di raccolta differenziata, trasporto dei rifiuti solidi urbani e altri servizi di igiene urbana e pulizia dell'arenile e della successiva determina di assunzione del relativo impegno di spesa da parte della Stazione Appaltante.
La sentenza di primo grado che aveva respinto il ricorso avverso i suddetti provvedimenti formava oggetto di appello attraverso cinque motivi di gravame, l'ultimo dei quali, , in applicazione del principio della ragione più liquida[1], veniva esaminato in via prioritaria: la censura, concernente la violazione dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 per superamento del termine decadenziale di dodici mesi decorrente dall'adozione dell'aggiudicazione definitiva, veniva ritenuta fondata ed assorbente comportando l'accoglimento dell'appello.
La sentenza assume rilevanza sotto due profili distinti e convergenti. Il primo attiene al *dies a quo* del termine di decadenza del potere di autotutela, che il Collegio

[1] Sul punto v. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria del 27 aprile 2015, n.5.

ISSN 2036-7821

individua nella data dell'aggiudicazione definitiva e non in quella del successivo impegno di spesa, né tantomeno in quella di stipulazione del contratto. Il secondo riguarda la confutazione dell'argomento - avanzato dalla stazione appaltante in sede difensiva - secondo cui l'aggiudicazione priva di impegno di spesa sarebbe un atto meramente provvisorio, inidoneo a generare un legittimo affidamento e, quindi, insuscettibile di avviare il decorso del termine decadenziale.

3. L'autotutela amministrativa e la sua tradizionale inesauribilità: radici teoriche e prima positivizzazione.

Per comprendere appieno la portata della decisione annotata occorre muovere dalle radici dell'istituto. La potestà di annullare in via di autotutela i provvedimenti amministrativi illegittimi è stata tradizionalmente concepita come espressione dello stesso potere esercitato in primo grado, del quale condivideva il carattere di inesauribilità.[2] Già nella dottrina dei primi decenni del Novecento veniva segnalata, con forte preoccupazione, la distorsione applicativa dell'annullamento d'ufficio[3], utilizzato dall'amministrazione anche a notevole distanza di tempo dall'adozione dell'atto e non di rado per finalità non riconducibili all'interesse generale. A subire le conseguenze di tale *modus operandi* era spesso il privato, del tutto estraneo all'illegittimità originariamente determinata dalla stessa amministrazione. Anche a distanza di oltre mezzo secolo, la perdurante tendenza all'esercizio tardivo del potere di annullamento continuava a essere oggetto di critica in dottrina: si osservava, infatti, che la rimozione di un provvedimento reputato illegittimo dopo molti anni finiva per attribuire all'annullamento d'ufficio una funzione sostanzialmente analoga a quella propria dei procedimenti di revisione.[4]

La permanenza del potere amministrativo è stata ritenuta inevitabile, in quanto strettamente connessa alla funzione stessa dell'amministrazione, che consiste nella tutela concreta di interessi pubblici. Proprio per questo, i provvedimenti attraverso i quali tale funzione si manifesta non possono considerarsi definitivamente sottratti a

---

[2] Sul tema, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, *passim*; A. Police - G. della Cananea, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2025, pp. 367 e ss.; F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, Roma, 2023, pp. 892 e ss; v. anche Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, del 17 ottobre 2017, n. 8.

[3] L'annullamento d'ufficio deve essere tenuto ben distinto dall'annullamento giudiziale. L'annullamento d'ufficio si distingue dai ricorsi amministrativi, secondo un rilievo da tempo acquisito in dottrina, perché non attribuisce al privato alcuna pretesa all'attivazione del potere di autotutela. Anche quando l'amministrazione sia sollecitata da una iniziativa del singolo, quest'ultima conserva la natura di semplice denuncia e non è quindi idonea a far sorgere, in capo all'autorità competente, uno specifico dovere di provvedere. Sul punto cfr. G. CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi, Milano, 1939*, p. 151 e M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2024, pp. 226 e ss.

[4] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 2ª ed., Milano, 1988, vol. II, p. 1015, il quale rilevava che, secondo la logica del sistema, il riesame dovrebbe intervenire immediatamente dopo il procedimento di primo grado, mentre, quando sia avviato a notevole distanza di tempo, esso assume in concreto il ruolo tipico di un procedimento di revisione.

ISSN 2036-7821

ogni ulteriore intervento, ma devono restare suscettibili di adeguamento ogniqualvolta lo richieda l'interesse pubblico. Detto altrimenti, sarebbe contraddittorio attribuire all'amministrazione la cura di un interesse pubblico e, al tempo stesso, impedirle di intervenire nuovamente per assicurarne la soddisfazione, anche quando ciò comporti il superamento di una precedente determinazione. In questa prospettiva, l'inesauribilità del potere non rappresenta una scelta contingente, ma una conseguenza intrinseca della concezione dell'amministrazione quale attività volta alla cura in concreto degli interessi pubblici.

L'idea di "*inesauribilità del potere*" rinvia a una realtà che la riflessione dottrinale ha spiegato attraverso modelli teorici differenti, riconducendo alla categoria dell'autotutela decisoria spontanea la generale facoltà dell'amministrazione di intervenire per comporre una situazione conflittuale, già insorta o anche solo potenziale, con il destinatario dell'atto o della norma, servendosi a tal fine di strumenti quali l'annullamento d'ufficio, la revoca, l'abrogazione e la caducazione[5].

Su un diverso piano Massimo Severo Giannini ha individuato nella possibilità di ritrattazione, o comunque di modificazione, un tratto proprio dell'efficacia del provvedimento amministrativo, prendendo posizione contro l'impostazione di Merkl, secondo la quale l'efficacia degli atti precettivi dovrebbe essere ricondotta allo schema della cosa giudicata[6].

Secondo un'impostazione largamente condivisa dalla dottrina amministrativista, il potere amministrativo non si identifica con i singoli provvedimenti attraverso i quali trova concreta esplicazione, ma si colloca oltre essi, senza pertanto consumarsi nel loro esercizio. Da tale carattere di inesauribilità discende che una medesima situazione può essere assoggettata, in linea teorica, un numero indefinito di volte all'esercizio del potere amministrativo. Ne deriva che il provvedimento non determina in modo definitivo e irreversibile l'assetto del rapporto, poiché esso può essere nuovamente rimesso in discussione dalla stessa amministrazione, in quanto la determinazione successiva è idonea a sostituirsi a quella precedente[7].

Pur muovendo da presupposti teorici non coincidenti e approdando a ricostruzioni diverse, tali impostazioni convergono su un punto essenziale: il tratto dell'inesauribilità del potere viene fatto discendere da una condizione di preminenza

[5] Secondo B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, pp. 933-935, gli atti di secondo grado sono espressione "*della stessa funzione già esercitata, e non di una potestà generale e distinta*".

[6] In tema cfr. M.S. GIANNINI, *(voce) Atto amministrativo*, in *Enciclopedia diritto*, Milano, 1959, pp. 187-193. A. MERKL, *Zum problem der rechtskraft in justiz und verwaltung*, 1919, *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, in id., *Il duplice volto del diritto*, Milano, 1987, p. 339.

[7] S. ROMANO, *Poteri, potestà, Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 186, il quale definisce il potere come una entità che "*preesiste e deve necessariamente preesistere al suo esercizio e deve rimanere sempre il medesimo attraverso i vari casi in cui si esplica*". B. SORDI, *Il tempo e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Milano, 2003, pp. 362 e ss. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2015, pp. 308 e ss.

ISSN 2036-7821

riconosciuta all'amministrazione. La facoltà di incidere nuovamente sui propri provvedimenti, mediante revoca o annullamento, viene infatti considerata come una prerogativa generale, ricavata ora dalla posizione di supremazia dell'amministrazione – intesa come attitudine a tutelare da sé i propri interessi – ora dal carattere autoritativo dei suoi atti, visto come espressione diretta di quella medesima superiorità.

Secondo tale prospettiva, l'amministrazione può, in linea di principio, rivedere le proprie determinazioni senza limiti temporali predefiniti, con il solo limite del decorso di un termine ragionevole individuato dalla stessa giurisprudenza amministrativa, che aveva elaborato tale criterio come "correttivo" all'inesauribilità in assenza di una previsione legislativa espressa sul punto[8].

Muovendo da tale premessa, la giurisprudenza aveva elaborato orientamenti oscillanti.[9] Da un lato, si riteneva che l'annullamento d'ufficio potesse intervenire in qualsiasi momento, purché sussistesse un interesse pubblico concreto e attuale e purché l'amministrazione avesse tenuto conto dell'affidamento dei destinatari. Dall'altro, l'assenza di un parametro temporale certo rendeva la posizione del privato beneficiario dell'atto strutturalmente precaria, esposta al rischio di una revoca (illimitata) che, col passar del tempo, diveniva sempre più difficile da giustificare ma mai formalmente preclusa.

La prima positivizzazione dell'istituto è avvenuta con la legge 11 febbraio 2005, n. 15, che ha introdotto l'art. 21-*nonies* nella l. n. 241/1990[10]. La norma, pur codificando per la prima volta in via espressa il potere di annullamento d'ufficio, ha recepito il concetto pretorio di termine ragionevole senza pero fissare un limite temporale predeterminato. Si trattava di un parametro relazionale e non assoluto, che assicurava all'amministrazione una flessibilità ampia nell'esercizio del potere di riesame, a scapito della certezza del diritto e del legittimo affidamento nella posizione del privato.

4. La svolta del 2015: il termine decadenziale di diciotto mesi e il nuovo paradigma nei rapporti tra amministrazione e privati.

La svolta decisiva si è avuta con la legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. legge Madia), che ha emendato l'art. 21-*nonies* introducendo, per i provvedimenti autorizzatori e di attribuzione di vantaggi economici, un termine fisso - di diciotto mesi - entro cui

[8] N. PAOLANTONIO, *Note sul c.d. principio di continuità in diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2011, pp. 443 ss.

[9] Consiglio di Stato, sez. VI, 15 novembre 1999, n. 1812; Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 1996, n. 939. In ambito europeo, Corte di Giustizia, CE, 3 marzo 1982, causa 14/81, Alpha Steel Ltd c. Commissione.

[10] Introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, art. 14, comma 1. Con questa norma viene inserito, dopo l'art. 21, il Capo IV-*bis*, dentro il quale compare per la prima volta l'art. 21-*nonies*.

ISSN 2036-7821

l'annullamento deve intervenire[11]. La modifica ha radicalmente cambiato la prospettiva sistematica: da limite conformativo dell'esercizio del potere, il termine ragionevole è divenuto - per gli atti ampliativi - un vero e proprio termine decadenziale.

Viene, così, qualificato il limite temporale fisso come espressione di una regola di certezza dei rapporti tra il potere pubblico e i privati, che rende immodificabile l'assetto provvedimentale-documentale-fattuale che si è consolidato nel tempo. L'affidamento del privato diviene, così, valore primario che il legislatore ha inteso proteggere in modo esplicito e irrinunciabile.

Il baricentro della disciplina si sposta in tal modo dalla perdurante disponibilità del potere alla stabilità delle posizioni giuridiche ormai consolidate: una volta decorso il termine, l'interesse al ripristino della legalità non è più sufficiente, a riaprire il rapporto, perché l'ordinamento accorda tutela prioritaria alla certezza del diritto e al legittimo affidamento del privato. In questa prospettiva, l'autotutela si qualifica come potere eccezionale, sottoposto a presupposti rigorosi di interesse pubblico concreto e attuale, a un effettivo bilanciamento con gli interessi dei destinatari e a un onere motivazionale particolarmente stringente e rigoroso. La giurisprudenza successiva non è stata univoca sul tema se il limite temporale incida sulla sola modalità di esercizio del potere o ne determini la consumazione; ma il nuovo assetto legislativo ha spezzato il vecchio paradigma dell'inesauribilità, rendendo recessiva la logica della supremazia amministrativa rispetto a quella della prevedibilità e della stabilità dei rapporti giuridici.

La novella del 2015 si inscrive in un contesto più ampio di influenze sovranazionali. Il considerando n. 43 della direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva Bolkestein),[12] espressamente richiamato nei lavori preparatori, sottolineava come l'incertezza giuridica delle procedure amministrative incidesse negativamente sulla fiducia degli operatori economici - in particolare degli investitori stranieri e degli operatori del

[11] Il testo dell'articolo così modificato dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, art. 6, comma 1, lettera d), nn. 1) e 2) stabiliva che "*Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo.*

È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole.

I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445".

[12] Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (c.d. direttiva Bolkestein), considerando n. 43.

ISSN 2036-7821

mercato interno europeo - nei titoli pubblici. La fissazione di un termine certo risulta essere, dunque, anche una risposta alla necessita di garantire certezza e prevedibilità nel sistema dei contratti pubblici, in linea con i principi europei di trasparenza e di tutela del legittimo affidamento.[13]

In tale assetto, il Consiglio di Stato in Adunanza plenaria ha precisato, con la nota sentenza del 17 ottobre 2017, n. 8[14], che la scelta normativa di un concetto relazionale comporti la qualificazione del termine non come termine di decadenza del potere di autotutela, con sua conseguente consumazione in via definitiva, bensì come elemento determinante nella modalità di esercizio di tale potere - in una logica conformativa del potere al suo interno.

Difatti, in tale occasione i Giudici di Palazzo Spada hanno chiarito che l'interesse al ristabilimento della legalità lesa non è di per sé sovrapponibile a quell'interesse pubblico concreto e attuale che la legge richiede quale presupposto dell'annullamento d'ufficio.

Tale approccio, pur rappresentando un passo in avanti verso la limitazione dell'autotutela, lasciava ampi margini di incertezza, vanificando in parte la tutela dell'affidamento del privato.[15]

La natura decadenziale del termine non è rimasta priva di conseguenze sul piano applicativo. Trascorso inutilmente il termine, il potere di annullamento si esaurisce: la stazione appaltante non può più adottare un provvedimento di autotutela, salvo che si verta nelle ipotesi - tassativamente previste dall'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis* - di falsità di fatti o dichiarazioni accertata in via definitiva in sede penale.[16] Secondo

[13]Per la tutela dell'affidamento nell'ambito del nuovo codice dei contratti pubblici cfr. F. SCIARRETTA, *La clausola di buona fede nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Nomos le attualità del diritto*, 2023, pp. 4 e ss.

[14] La questione era giunta alla Quarta Sezione del Consiglio di Stato, la quale, ravvisando un contrasto giurisprudenziale circa un punto di diritto centrale ai fini della definizione della controversia, ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria articolando il seguente quesito "*se, nella vigenza dell'art. 21-nonies, come introdotto dalla legge n. 15 del 2005, l'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo, sub specie di concessione in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, debba o meno essere motivato in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico valutato in concreto in correlazione ai contrapposti interessi dei privati destinatari del provvedimento ampliativo e agli eventuali interessi dei controinteressati, indipendentemente dalla circostanza che il comportamento dei privati possa aver determinato o reso possibile il provvedimento illegittimo, anche in considerazione della valenza – sia pure solo a fini interpretativi – della ulteriore novella apportata al citato articolo, la quale appare richiedere tale valutazione comparativa anche per il provvedimento emesso nel termine di 18 mesi, individuato come ragionevole, e appare consentire un legittimo provvedimento di annullamento successivo solo nel caso di false rappresentazioni accertate con sentenza penale passata in giudicato*".

[15] M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., pp. 178 e ss.

[16]In tal senso il legislatore del 2015 ha sostanzialmente fatto proprio un indirizzo giurisprudenziale di lunga elaborazione, in forza del quale non assume rilievo meritevole di tutela, nell'ambito del procedimento di annullamento d'ufficio, l'interesse del privato che abbia ottenuto un provvedimento ampliativo mediante dolo o colpa grave, neppure in presenza di assetti fattuali nel frattempo consolidatisi. Sul punto, *ex multis* Consiglio di Stato, Sez. V, del 12 ottobre, n. 6554; Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 25 gennaio 2000, n. 2648.

l'interpretazione richiamata dalla Corte costituzionale[17], il requisito dell'accertamento con sentenza passata in giudicato riguarda le dichiarazioni sostitutive false o mendaci costituenti reato, mentre nell'ipotesi della falsa rappresentazione della realtà fattuale, la deroga può operare quando il contrasto tra fatto rappresentato e fatto reale sia accertato in modo inequivoco dall'amministrazione. Al di fuori da tale eccezione, dunque, il decorso del termine preclude definitivamente l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio. Ciò non significa, tuttavia, che l'illegittimità originaria diventi *in toto* irrilevante: essa non può più essere fatta valere per eliminare l'atto in sede di autotutela, ma può ancora assumere rilievo su piani diversi, in particolare sotto il profilo delle responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo, che la stessa disposizione fa espressamente salve.

5. La successiva evoluzione normativa: dal decreto Semplificazioni del 2021 alla legge n. 182 del 2025.

La disciplina introdotta nel 2015 non ha rappresentato il punto di approdo definitivo dell'evoluzione normativa, ma l'avvio di un percorso di progressiva riduzione del termine per l'esercizio del potere di autotutela, coerente con la traiettoria sistematica già descritta e pienamente in linea con le esigenze di semplificazione avvertite dal legislatore e dagli operatori economici.

Un primo ulteriore intervento riduttivo si è avuto con il Decreto-legge del 31 maggio 2021, n. 77 (c.d. decreto Semplificazioni-PNRR),[18] convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, il cui art. 63, comma 1, ha ridotto il termine massimo per l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti autorizzatori e di attribuzione di vantaggi economici da diciotto a dodici mesi. La modifica si collocava nell'ambito della più ampia stagione di semplificazione amministrativa connessa all'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), nella quale la certezza dei tempi dell'azione pubblica veniva percepita come condizione essenziale per l'efficace impiego delle risorse europee e per la credibilità del sistema-paese nei confronti degli investitori stranieri[19].

Come osservato dalla dottrina, la riduzione del termine si inserisce in una logica di progressivo irrigidimento del limite temporale, funzionale a rafforzare la stabilità dei

[17] Corte costituzionale, sentenza del 2 luglio 2025, n. 88, nel giudizio di legittimità costituzionale sull'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241/1990 per contrasto con gli artt. 3, primo comma, e 9, primo e secondo comma, della Costituzione.

[18] D.L. 31 maggio 2021, n. 77 (c.d. decreto Semplificazioni-PNRR), art. 63, convertito con modifiche dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, che ha sostituito le parole "diciotto mesi" con "dodici mesi" nell'art. 21-*nonies*, comma 1, l. n. 241/1990.

[19] M. A. SANDULLI, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, in *Giustizia Amministrativa*, 2022, pp. 4 e ss; F. CAPORALE, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021., pp. 773 e 774.

ISSN 2036-7821

titoli abilitativi e la certezza degli investimenti privati.[20] È questo il termine che il Consiglio di Stato, nella sentenza annotata, ha applicato al caso di specie, trattandosi del testo vigente al momento dell'adozione dell'aggiudicazione definitiva del 14 dicembre 2023.

Un secondo e più recente intervento ha ulteriormente ridotto il termine a sei mesi. L'art. 1 della legge 2 dicembre 2025, n. 182 – entrata in vigore il 18 dicembre 2025 - ha modificato l'art. 21-*nonies*, il cui testo attualmente vigente prevede, al comma 1, che il provvedimento illegittimo possa essere annullato d'ufficio entro un termine ragionevole, comunque non superiore a *sei mesi* dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici.

La l. n. 182/2025 persegue la finalità dichiarata di snellire le procedure amministrative in materia di attività economiche e di servizi, in un'ottica di attrazione degli investimenti e di riduzione del peso burocratico sulle imprese. La riduzione del termine di autotutela è stata sostenuta con particolare forza dalle associazioni di categoria del settore edilizio, che avevano da tempo segnalato come il termine di dodici mesi costituisse un fattore di incertezza penalizzante per gli operatori, esposti per un anno intero al rischio che l'amministrazione rivedesse titoli abilitativi già rilasciati e sulla scorta de quali erano stati avviati interventi e investimenti.

Dal punto di vista sistematico, la riduzione a sei mesi corona l'evoluzione di un istituto che, in un arco temporale di appena dieci anni, ha compiuto un percorso di progressiva "temporalizzazione" del potere pubblico: dal termine ragionevole senza limite fisso (2005), ai diciotto mesi (2015), ai dodici mesi (2021), ai sei mesi attuali (2025). Questo percorso riflette una evidente scelta legislativa a favore della stabilità delle situazioni giuridiche e della certezza del diritto, che la dottrina aveva da tempo auspicato.

Naturalmente, la novella del 2025 non modifica i presupposti sostanziali del potere di autotutela - che restano la sussistenza di ragioni di interesse pubblico e la valutazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati - ma comprime drasticamente la finestra temporale entro cui tali presupposti possono essere valutati e l'annullamento adottato. Ciò impone alle stazioni appaltanti, come rilevato dalla Dottrina, una più tempestiva e accurata verifica della legittimità dei propri atti già nelle fasi immediatamente successive alla loro adozione, non potendo più contare su un lasso di tempo prolungato per rimediare a eventuali vizi.[21]

[20] M. SINISI in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023, pp. 543 e ss.

[21] M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2021, ove si segnala il rischio che la progressiva riduzione del termine possa, in alcuni settori particolarmente complessi, ridurre eccessivamente il tempo utile per un'istruttoria adeguata da parte dell'amministrazione procedente, con possibili ricadute sulla qualità del riesame.

ISSN 2036-7821

Resta il problema dell'applicazione *ratione temporis* della nuova disciplina. Il principio *tempus regit actum* suggerirebbe che il termine applicabile sia quello vigente al momento dell'adozione del provvedimento di primo grado, con la conseguenza che ai provvedimenti adottati prima del 18 dicembre 2025 continuano ad applicarsi i dodici mesi previsti dalla normativa previgente.[22] E questa - come si dirà – l'interpretazione fatta propria dal Consiglio di Stato nella sentenza annotata, nella quale il termine decadenziale di dodici mesi decorreva dall'aggiudicazione definitiva del 14 dicembre 2023 ed era spirato il 14 dicembre 2024, ben prima dell'adozione dell'atto di autotutela del 16 gennaio 2025.

6. Il potere amministrativo al servizio della collettività e la conferma del carattere esauribile dell'autotutela.

Il quadro delineato ha trovato una solenne conferma nella recente pronuncia della Corte costituzionale del 2 luglio 2025, n. 88, richiamata espressamente nella pronuncia qui in esame, che ne recepisce le coordinate interpretative come premessa sistematica della decisione.

La questione di legittimità costituzionale su cui si è pronunciata la Consulta aveva ad oggetto l'art. 21-*nonies*, nella parte in cui, per i provvedimenti autorizzatori, prevede(va) il rispetto di un termine fisso di dodici mesi, in luogo del termine flessibile ragionevole previsto in generale dalla medesima disposizione, anche con riguardo ad autorizzazioni che incidono su interessi sensibili e di rango costituzionale, come la tutela del patrimonio storico e artistico nazionale. La Corte ha dichiarato infondata la questione, ma il rilievo della pronuncia va ben oltre il dispositivo, in quanto ha ricostruito in termini generali la natura del potere di annullamento d'ufficio e il significato del limite temporale che ne condiziona l'esercizio.

Nella motivazione, difatti, la Consulta elabora una ricostruzione organica della natura del potere amministrativo che si intreccia proficuamente con le tesi della dottrina. La Corte osserva che il potere amministrativo, originariamente concepito come espressione di assoluta supremazia (salvi i limiti segnati dalla legge) e caratterizzato dalla sua tradizionale inesauribilità, nel suo ancoraggio costituzionale è, piuttosto, una situazione soggettiva conferita al servizio degli interessi della collettività nazionale (art. 98 Cost.). La prospettiva così enunciata dalla Consulta trova riscontro nelle conclusioni cui era pervenuta la dottrina maggioritaria, la quale aveva messo in luce come la tradizionale concezione della potestà pubblica come inesauribile fosse il portato di una visione autoritativa del rapporto tra Stato e

[22]Per la posizione critica sull'applicazione della nuova disciplina ai procedimenti in corso cfr., in via analogica, Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 20 gennaio 2020, n. 2, sul principio *tempus regit actum*. Il problema si pone in termini analoghi a quello già affrontato in sede applicativa della riduzione da diciotto a dodici mesi: in entrambi i casi occorre stabilire se il nuovo termine più breve si applichi ai provvedimenti adottati prima dell'entrata in vigore della novella o solo a quelli successivi.

ISSN 2036-7821

cittadini, ormai incompatibile con i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità (art. 97 Cost.) e con la dimensione europea del diritto amministrativo, che impone proporzionalità e certezza delle regole del gioco.[23]

La Corte ricollega al descritto superamento della logica della preminenza in favore di quella del servizio una conclusione di ordine generale: la norma attributiva del potere, in quanto preordinata alla realizzazione di uno specifico interesse pubblico, fa di tale interesse non solo il fine dell'azione amministrativa, ma la stessa ragione giustificatrice del potere. Ne consegue che il potere, avendo natura strumentale, è legittimamente esercitabile solo entro i limiti di quanto necessario alla soddisfazione dell'interesse pubblico e secondo un impiego proporzionato, tale da incidere il meno possibile sulla posizione del privato. È proprio da tale impostazione che discende il superamento della tradizionale idea di inesauribilità dell'autotutela. La sentenza della Consulta valorizza con particolare chiarezza l'autonomia tra procedimento di primo grado e procedimento di secondo grado: il riesame non costituisce la mera prosecuzione del potere originario, ma espressione di un potere diverso, soggetto a presupposti propri, a una distinta disciplina procedimentale e a un differente assetto degli interessi rilevanti. Nel procedimento originario, infatti, l'interesse pubblico primario trova la sua sede naturale di emersione e di tutela; nel procedimento di autotutela, invece, esso deve essere nuovamente ponderato insieme ad altri interessi, anch'essi di rilievo costituzionale, quali la certezza delle relazioni giuridiche e l'affidamento del destinatario del provvedimento favorevole. Da qui l'impossibilità di leggere l'annullamento d'ufficio come manifestazione di un potere sempre riattivabile, poiché il decorso del tempo incide direttamente sulla legittimazione stessa del riesame.

In tale contesto, il contributo più significativo della sentenza è l'aver individuato nella variabile temporale il punto di equilibrio del bilanciamento tra interessi di pari rango. Il legislatore, secondo la Corte, ha costruito la disciplina dell'art. 21-*nonies* attraverso una scansione che affida proprio al tempo la regolazione della dialettica tra legalità, tutela dell'interesse pubblico, affidamento del privato e stabilità dei rapporti giuridici. Entro il termine decadenziale, l'amministrazione conserva la possibilità di annullare l'atto illegittimo previa adeguata ponderazione; oltre tale termine, e fuori dall'eccezione tassativa del comma 2-*bis*, il provvedimento diviene irretrattabile. Ne consegue che il limite fisso non rappresenta una deroga irragionevole alla legalità, ma una regola di certezza dei rapporti che rende immodificabile l'assetto di interessi consolidatosi nel tempo e segna il punto oltre il

[23]Sul punto, V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1999, p. 668; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO - F.G. SCOCA, Bologna, 2001, II, p. 1506; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Torino, 2015, p. 521, il quale aveva evidenziato che l'esistenza di situazioni già consolidate costituiscano impedimento all'annullamento d'ufficio, atteso che la loro rimozione confliggerebbe con il principio di buona fede o di affidamento.

ISSN 2036-7821

quale l'affidamento del privato prevale sul riesercizio del potere.
Né può sostenersi che una simile soluzione contrasti con il principio di buon andamento. Al contrario, come evidenzia la Corte costituzionale, il limite temporale dell'autotutela è funzionale all'efficienza e alla qualità dell'azione amministrativa, poiché impedisce all'amministrazione di confidare in un potere di ritiro *sine die* per correggere tardivamente i propri errori e la induce, invece, a svolgere già nel procedimento originario un'istruttoria completa e una ponderazione accurata degli interessi coinvolti. Sotto questo profilo, il buon andamento si traduce anche in rispetto del tempo dell'azione amministrativa: il che conferma che la fissazione di un termine decadenziale non impoverisce la funzione pubblica, ma ne rafforza la responsabilità.
L'affermazione segna un punto di rottura netto con la tradizionale concezione unitaria del potere amministrativo e della sua inesauribilità: l'autotutela non è il proseguimento del primo provvedimento, ma l'esercizio di una potestà autonoma, soggetta a propri limiti[24].
In tale rinnovata prospettiva, in sede di riesame emerge l'esigenza di una regola di certezza e di correttezza nei rapporti tra il potere pubblico e i privati, che rende immodificabile l'assetto degli interessi che si è consolidato nel tempo. Il termine decadenziale fisso non è pertanto irragionevole, ma al contrario è lo strumento necessario a garantire questa immodificabilità, bilanciando le esigenze di legalità dell'azione amministrativa con la tutela della certezza dellesituazioni giuridiche acquisite dai privati.
La sentenza del Consiglio di Stato in commento recepisce integralmente queste coordinate e le applica al contesto dei Contratti Pubblici, traendone una conseguenza di immediata rilevanza operativa: se il decorso del termine segna il punto oltre il quale l'affidamento del privato prevale sul riesercizio del potere, allora diviene decisiva l'individuazione del momento in cui tale affidamento si consolida

[24] La Consulta precisa che "*dal descritto passaggio dalla logica della preminenza a quella del servizio deriva che la norma che attribuisce il potere per la realizzazione di uno specifico interesse pubblico fa di questo non solo il fine, ma la causa stessa del potere: proprio in quanto il potere è strumentale, va esercitato nella misura in cui serve al soddisfacimento dell'interesse pubblico ed è proporzionatamente occorrente a tal fine, quindi con il minimo sacrificio dell'interesse del privato, ma anche degli altri interessi pubblici. La sede delle relazioni tra gli interessi è il procedimento amministrativo: in questa sede, l'interesse pubblico primario, che giustifica il potere, si confronta con gli altri interessi pubblici coinvolti e con gli interessi dei privati, i quali non solo possono avere consistenza oppositiva rispetto al potere che ne invade la sfera soggettiva, ma spesse volte hanno consistenza di pretesa al suo esercizio, volto ad ampliare la sfera soggettiva, pretesa che in molti casi ha fondamento nelle previsioni costituzionali. Il corretto confronto di questi interessi, secondo la conformazione datane dalla legge, è garanzia di legittimità della decisione amministrativa, così formatasi, con la quale si esaurisce quel potere.*

Il riesame del provvedimento, pur mosso da ragioni di legittimità, non costituisce espressione di quel potere già esercitato, bensì di un altro potere riconosciuto in via generale all'amministrazione, quello dell'annullamento d'ufficio, che, proprio perché diverso da quello esercitato e su cui va a incidere, è assoggettata a regole specifiche, quanto a presupposti, a disciplina procedimentale e a portata della discrezionalità di cui la funzione di autotutela è espressione. In particolare – come si è già osservato (punto 3.2.) – in sede di riesame emerge l'esigenza di una regola di certezza e di correttezza nei rapporti tra il potere pubblico e i privati, che rende immodificabile l'assetto degli interessi che si è consolidato nel tempo".

ISSN 2036-7821

sul piano giuridico. È precisamente in questa chiave che il Collegio affronta la questione del *dies a quo*, valorizzando il dato testuale dell'art. 21-*nonies*, che àncora il termine al momento dell'adozione del provvedimento ampliativo.

Nel procedimento di evidenza pubblica, tale momento non può che essere individuato nell'aggiudicazione, vale a dire nell'atto che conclude la fase pubblicistica di selezione del contraente e attribuisce all'operatore economico prescelto una posizione giuridica differenziata, qualificata e suscettibile di tutela. L'aggiudicazione, infatti, pur non equivalendo ad accettazione dell'offerta né producendo ancora gli effetti obbligatori propri del contratto, rappresenta nondimeno il provvedimento con cui l'amministrazione cristallizza l'esito della procedura comparativa e attribuisce al destinatario un vantaggio economicamente apprezzabile, idoneo a fondare un affidamento giuridicamente rilevante[25]. Da ciò discende che essa integra, a tutti gli effetti, il provvedimento di attribuzione di vantaggi economici cui l'art. 21-*nonies* ricollega la decorrenza del termine decadenziale.

Ne consegue che la questione relativa al *dies a quo* non si colloca su un piano esterno, ma costituisce il riflesso diretto della nuova concezione del potere di autotutela quale potere autonomo, eccezionale e temporalmente delimitato. Proprio per questo il termine non può essere fatto decorrere da atti successivi, interni o meramente esecutivi, che appartengono a una fase diversa da quella in cui il vantaggio viene attribuito e l'affidamento comincia a consolidarsi. Su tale specifico profilo si innesta, allora, il successivo problema dell'irrilevanza dell'impegno di spesa ai fini del decorso del termine.

La sentenza annotata non condivide la tesi, sostenuta dalla difesa dell'amministrazione resistente, secondo cui il termine decadenziale non avrebbe potuto decorrere dall'aggiudicazione definitiva , in quanto quest'ultima era priva del relativo impegno di spesa e, conseguentemente, inidonea a generare un legittimo affidamento nel privato. In questa prospettiva, il termine avrebbe dovuto essere computato a partire dalla successiva determinazione di impegno di spesa, rendendo così tempestiva la determinazione in autotutela adottata entro la scadenza dei dodici mesi successivi.

Il Consiglio di Stato respinge questa impostazione con argomenti convincenti sul piano sistematico. L'aggiudicazione definitiva è, già di per sé, un atto provvedimentale di attribuzione di un vantaggio economico, che produce effetti giuridici rilevanti nella sfera dell'aggiudicatario: essa cristallizza l'esito della

[25] In questi termini, Consiglio di Stato del 15 febbraio 2021 n. 1320, e Consiglio di Stato del 7 novembre 2025, n. 8676; *Contra*, Consiglio di Stato, del 22 marzo 2017, n. 1310, secondo cui *"il ragionevole termine di annullamento e in specie quello di diciotto mesi inserito all'art. 21 – nonies della L. n. 241/1990 dalla L. n. 124/2015 è contemplato dalla norma solo relativamente ai "provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici"* e vige *"per l'annullamento d'ufficio di atti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici" (cfr., Cons. di Stato, Sez. VI, 27.1.2017 n. 341); lo stesso non è applicabile ai provvedimenti di aggiudicazione di gare d'appalto"*.

ISSN 2036-7821

procedura competitiva e attribuisce all'operatore economico selezionato una posizione qualificata, tutelata sia in ambito pubblicistico sia in ambito risarcitorio. In tal senso, l'aggiudicazione definitiva integra senz'altro il requisito previsto dall'art. 21-*nonies*, laddove fa riferimento ai provvedimenti di attribuzione di vantaggi economici.
È significativo, peraltro, che il medesimo art. 17, comma 6, del Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (nuovo Codice dei contratti pubblici), preveda espressamente che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta, il che esclude che l'aggiudicazione produca effetti obbligatori di tipo contrattuale, ma non esclude che essa produca effetti pubblicistici qualificati, tra cui quello di avvio del decorso del termine decadenziale dell'autotutela. I due piani - quello contrattuale e quello amministrativo - devono essere tenuti concettualmente distinti, e la sentenza annotata lo ribadisce con chiarezza.

7. L'irrilevanza dell'impegno di spesa ai fini del decorso del termine.
Una volta riconosciuto che l'aggiudicazione è già l'atto attributivo del vantaggio rilevante ai sensi dell'art. 21-*nonies*, l'argomento fondato sull'impegno di spesa perde consistenza.
La peculiarità della decisione non risiede soltanto nell'esito cui perviene, ma nel fatto che essa porta al centro del discorso un problema che, pur implicato dalla disciplina positiva, non aveva ancora formato oggetto di una compiuta elaborazione autonoma: quello dell'irrilevanza dell'impegno di spesa ai fini della decorrenza del termine per l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione. In tal senso, la pronuncia sembra destinata a costituire un precedente di riferimento su un segmento interpretativo finora solo lambito dalla riflessione dottrinale.
Il procedimento di spesa è disciplinato dall'art. 183 del TUEL ("*Testo Unico degli Enti Locali*")[26], il quale collega l'impegno alla presenza di una obbligazione giuridicamente perfezionata, con determinazione della somma da pagare, del creditore, della ragione e della relativa scadenza; sul versante dei contratti pubblici, l'art. 17, commi 6 e 7, del d.lgs. n. 36 del 2023 distingue in modo netto l'aggiudicazione dal contratto, stabilendo sia che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta, sia che, una volta disposta, il contratto è stipulato secondo quanto previsto dal successivo art. 18. Il combinato disposto delle due norme porta a una conclusione lineare secondo cui il titolo che fonda l'impegno definitivo non è l'aggiudicazione, ma il contratto. Dunque, l'impegno di spesa appartiene a una fase successiva, contabile e negoziale, e

[26] Tale disposizione, è stata in gran parte riscritta dal decreto legislativo 10 agosto 2014, n. 126 contenente "*Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, recante disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42*" pubblicato in G.U. n. 199 del 28 agosto 2014 ed entrato in vigore il 12 settembre 2014.

ISSN 2036-7821

non può essere trasformato in requisito di efficacia del provvedimento di aggiudicazione.

La ricostruzione accolta dal Consiglio di Stato trova, del resto, una sponda anche nel versante contabile. La Corte dei conti, nei più recenti contributi in materia di procedure di spesa, ha ribadito che l'impegno segue il perfezionamento dell'obbligazione giuridica e non può essere confuso con la fase amministrativa di scelta del contraente[27].

Anche la riflessione dottrinale sviluppatasi sul terreno della contabilità pubblica e della gestione della spesa negli appalti converge, nel suo nucleo essenziale, verso una netta distinzione tra fase pubblicistica dell'affidamento, fase negoziale e fase contabile dell'esborso[28].

In tale prospettiva, la prenotazione di spesa viene ricondotta alla funzione di presidio provvisorio della copertura finanziaria della procedura, mentre l'impegno definitivo resta subordinato al perfezionamento dell'obbligazione giuridica, secondo lo schema accolto dall'art. 183 TUEL; specularmente, l'art. 17, commi 6 e 7, del d.lgs. n. 36 del 2023 esclude che l'aggiudicazione equivalga ad accettazione dell'offerta e colloca la stipulazione del contratto in un momento successivo. Ne risulta che l'aggiudicazione, pur essendo atto conclusivo della fase selettiva e pur producendo effetti amministrativi qualificati, non coincide ancora con il titolo negoziale da cui sorge l'obbligazione patrimoniale in senso proprio. Essa, difatti, esaurisce la competizione pubblicistica, ma non perfeziona ancora il rapporto obbligatorio sul piano civilistico-contabile.

Da questa premessa si può trarre una conseguenza che assume rilievo diretto anche ai fini dell'art. 21-*nonies*: l'impegno non è fonte dell'obbligazione, ma atto che la presuppone e la registra contabilmente, vincolando in via definitiva la relativa provvista di bilancio. Sulla base di tale assunto si possono muovere rilievi critici verso quelle prassi amministrative che tendono a concentrare in un unico provvedimento decisione a contrarre, aggiudicazione e impegno, quasi che la dimensione contabile potesse anticipare il momento genetico del vincolo negoziale. L'obiezione non è meramente formalistica, in quanto se si ammettesse che l'impegno possa assolvere, in via ordinaria, a funzione costitutiva o integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione, si finirebbe per alterare la scansione propria del procedimento di spesa e, insieme, per confondere un atto di gestione finanziaria con il provvedimento che conclude la fase pubblicistica di scelta del contraente. È esattamente questa confusione di piani che la sentenza annotata evita, riportando

[27] Corte dei conti, sezione regionale di controllo per il Molise, deliberazione n. 163 del 17 dicembre 2024, che chiarisce che dall'art. 183 TUEL, letto insieme al punto 5.1 dell'Allegato 4/2 al d.lgs. n. 118 del 2011, "*si evince l'assunto per cui solo a seguito del perfezionamento dell'obbligazione giuridica sorge l'obbligo di procedere alla registrazione dell'impegno di spesa*".

[28] L. OLIVIERI, *Il titolo giuridico per l'impegno definitivo della spesa è il contratto, non l'aggiudicazione o l'affidamento*, 2023, in *Le Autonomie*.

ISSN 2036-7821

l'impegno al suo terreno naturale, cioè quello esecutivo-contabile, e negandogli qualsiasi attitudine a incidere sul momento in cui l'aggiudicazione viene in essere quale atto ampliativo produttivo di affidamento.

Né vale opporre che l'ordinamento conosca ipotesi nelle quali l'impegno può essere assunto già sull'atto di affidamento o addirittura sulla decisione a contrarre. La più recente elaborazione applicativa, infatti, tratta tali fattispecie come eccezioni tipizzate, legate a casi in cui l'avvio stesso del procedimento comporta il perfezionamento immediato dell'obbligazione – come nell'affidamento diretto – ovvero a specifiche ipotesi di esecuzione anticipata[29]. Ma proprio il carattere eccezionale di tali figure conferma, per contrasto, la regola generale: nelle procedure ordinarie di gara l'impegno definitivo segue il perfezionamento del titolo negoziale e non può, quindi, essere assunto a parametro per differire il *dies a quo* del termine decadenziale di autotutela. Sotto questo profilo, il pregio maggiore della pronuncia in commento sta nell'avere trasformato una acquisizione maturata soprattutto sul versante contabile in una regola di sistema sul piano dell'autotutela, portando al centro della riflessione un problema che, pur presupposto da molte ricostruzioni, era rimasto sino ad ora ai margini di una trattazione davvero autonoma e sistematica.

Proprio per questo, la distinzione tra aggiudicazione, stipula del contratto e assunzione dell'impegno non risulta essere un tecnicismo formale, ma il riflesso di tre momenti giuridicamente distinti: il primo seleziona il contraente sul piano pubblicistico; il secondo costituisce il vincolo negoziale; il terzo registra contabilmente la relativa obbligazione.

La tesi difensiva che vorrebbe far decorrere il termine dall'impegno di spesa, allora, presenta un vizio sistematico evidente, finendo, in questo modo, per consegnare alla stessa amministrazione il potere di allungare unilateralmente la durata dell'autotutela attraverso il semplice ritardo di un adempimento interno. L'aggiudicazione definitiva, indipendentemente dalla successiva copertura finanziaria, aveva già attribuito all'operatore economico un vantaggio economico tutelato dall'ordinamento, e da quella data aveva iniziato a decorrere il termine di dodici mesi per l'esercizio del potere di autotutela. Ed è esattamente questo l'esito che la sentenza in commento esclude in termini chiari, osservando che, altrimenti, l'amministrazione dovrebbe attendere la fase esecutiva – ormai tendenzialmente privatistica – per poter incidere su un atto che appartiene invece alla fase pubblicistica. Una simile impostazione svuoterebbe di contenuto la funzione garantistica del termine decadenziale e renderebbe la certezza del rapporto dipendente non dalla legge, ma dalle scansioni organizzative della stazione appaltante.

[29] S. USAI, *Aggiudicazione e stipula del contratto: i casi (eccezioni) in cui l'impegno di spesa può essere assunto senza il previo perfezionamento dell'obbligazione giuridica (Parte II)*, 2026, in *Appalti&Contratti*; L. OLIVIERI, *Gli equivoci sulla decisione di contrarre e il perfezionamento dell'obbligazione*, 2024, in *Le Autonomie*.

ISSN 2036-7821

Sotto questo profilo, la portata della decisione annotata è duplice. Da un lato, essa ribadisce con nettezza la separazione tra fase pubblicistica, fase contrattuale e fase contabile; dall'altro, impedisce che il limite temporale dell'art. 21-*nonies* venga neutralizzato mediante un artificioso slittamento del *dies a quo* su un terreno – quello dell'impegno di spesa – che è esterno alla struttura e alla funzione dell'atto ampliativo. In tal modo, il Consiglio di Stato rafforza una lettura dell'autotutela coerente sia con il dato normativo, sia con la sua *ratio*: non lasciare l'affidamento del privato esposto, per un tempo indefinito o manipolabile, alla reversibilità delle decisioni amministrative.

8. Osservazioni conclusive.

La decisione del Consiglio di Stato in commento si segnala non soltanto per la correttezza della soluzione offerta in ordine all'individuazione del *dies a quo* del termine di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, ma, ancor prima, per la nitidezza con cui essa si colloca entro il più ampio processo di trasformazione della teoria dell'autotutela amministrativa, inserendosi con autorevolezza nel dibattito sull'(in)esauribilità del potere di autotutela. La pronuncia, infatti, si sottrae a una lettura meramente casistica della controversia e si lascia apprezzare per il suo rilievo sistematico, confermando che l'annullamento d'ufficio non può più essere concepito quale manifestazione di un potere naturalmente inesauribile, sempre suscettibile di riesercizio nel tempo, ma deve essere ricondotto entro i confini di una potestà eccezionale, funzionalizzata, rigorosamente giustificata e temporalmente circoscritta.

Va peraltro osservato che il dibattito dottrinale sull'inesauribilità del potere amministrativo non è stato alimentato soltanto dalla persistenza di categorie teoriche di matrice tradizionale, ma anche da un dato normativo a lungo rimasto non del tutto perspicuo. In particolare, la disciplina dell'art. 21-*nonies* ha fatto ricorso alle formule dei "*provvedimenti di autorizzazione*" e dei "*provvedimenti di attribuzione di vantaggi economici*" senza offrirne una definizione legislativa puntuale, né chiarire in modo espresso quali atti dovessero esservi ricompresi e quali, invece, ne restassero esclusi. Proprio tale indeterminatezza semantica ha favorito, nel tempo, oscillazioni interpretative circa l'ambito applicativo del termine decadenziale e, quindi, sulla stessa portata del superamento del paradigma dell'inesauribilità. Anche per questa ragione la sentenza annotata assume un rilievo che trascende il caso concreto: essa contribuisce a ridurre quell'area di incertezza, chiarendo che, nel settore dei Contratti Pubblici, l'aggiudicazione definitiva integra un provvedimento attributivo di un vantaggio economico e, come tale, segna il momento dal quale il tempo dell'autotutela comincia irreversibilmente a decorrere.

Sotto tale profilo, il pregio maggiore della sentenza risiede nell'avere ricondotto la questione del termine decadenziale alla sua matrice più autentica, vale a dire al

ISSN 2036-7821

rapporto tra esercizio del potere, affidamento del privato e stabilità dell'assetto degli interessi ormai consolidato. Non si tratta, in altri termini, di stabilire semplicemente da quale atto debba iniziare a decorrere il termine; si tratta, piuttosto, di individuare il momento oltre il quale l'ordinamento non reputa più tollerabile che l'amministrazione torni sui propri passi, sacrificando la certezza giuridica sull'altare di una legalità tardivamente rivendicata. Ed è precisamente in questa prospettiva che l'aggiudicazione definitiva viene correttamente valorizzata quale atto idoneo a fondare una posizione differenziata, qualificata e meritevole di tutela, senza che possa attribuirsi rilievo sospensivo o differitivo a vicende ulteriori, interne alla sfera organizzativa e contabile dell'amministrazione.

La pronuncia, dunque, assume un significato che oltrepassa il settore dei Contratti Pubblici. Essa offre, in controluce, una conferma particolarmente autorevole di una più generale riconfigurazione del potere amministrativo, ormai sempre meno leggibile secondo la grammatica della supremazia e sempre più interpretabile secondo quella della funzione. Se il potere è conferito per la cura dell'interesse pubblico, esso non può sopravvivere indefinitamente alla realizzazione di tale funzione, né può essere riesercitata *sine die* per correggere errori che l'amministrazione avrebbe dovuto prevenire o tempestivamente emendare. Il decorso del tempo non rappresenta, allora, un accidente esterno alla legalità dell'azione amministrativa, ma un elemento intrinseco della sua disciplina, perché è proprio nel tempo che si misura la compatibilità tra il riesame del provvedimento e la tutela dell'affidamento ingenerato nel destinatario[30].

In questa luce, la sentenza del Consiglio di Stato si lascia leggere come un'ulteriore tappa nel progressivo abbandono di un paradigma antico, nel quale la continuità del potere sembrava prevalere sulla stabilità delle situazioni giuridiche, e come l'affermazione di un diverso equilibrio ordinamentale, nel quale la legalità dell'azione amministrativa non si esaurisce nel potere di rimuovere l'atto illegittimo, ma comprende anche il dovere di rispettare il momento oltre il quale quell'atto, pur eventualmente viziato, non può più essere travolto. È, in fondo, il passaggio da una legalità intesa come dominio dell'amministrazione sul proprio operato a una legalità intesa come affidabilità dell'ordinamento nei confronti dei suoi destinatari.

Né va trascurato, sul piano più propriamente assiologico, che una simile impostazione restituisce all'autotutela la sua fisionomia autentica. Essa non è – e non può essere – uno strumento di reazione impropria, né una riserva di correzione tardiva cui l'amministrazione possa attingere quando mutino convenienze, equilibri o strategie difensive. È, invece, un rimedio eccezionale, ammesso nei limiti in cui la

[30] F. MERUSI, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, pp.1195 e ss.; F. MANGANARO, *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in *Diritto Amministrativo*, 2016, pp. 93 e ss.

tutela dell'interesse pubblico ne giustifichi davvero l'esercizio e purché ciò avvenga entro il perimetro rigoroso tracciato dal legislatore. Al di fuori di tale perimetro, il provvedimento favorevole si stabilizza e l'affidamento del privato prevale.
Può dirsi, allora, che la decisione in esame non si limita a risolvere una controversia in materia di appalti, ma contribuisce a chiarire una questione di fondo del diritto amministrativo contemporaneo: se il tempo sia un mero dato esterno all'esercizio del potere o, piuttosto, costituisca uno dei suoi limiti essenziali.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Intelligenza artificiale e governo del territorio: i limiti *intelligenti* alla proprietà edilizia

di **Emma Scapino**

(Dottoranda di ricerca in Diritti e Istituzioni presso l'Università degli Studi di Torino)

Sommario

1. Per una riconfigurazione *intelligente* della disciplina urbanistica. – 2. L'algoritmo nel governo del territorio: ridefinizione della discrezionalità e prospettive di trasparenza. – 3. I vincoli urbanistici tra espropriazione e conformazione. – 4. *Compensative planning* algoritmico: previsione dell'onere e nuove tecniche di garanzia patrimoniale.

Abstract

In the relationship between property rights, specifically defined as ius aedificandi, and urban planning, there has always been a tension between the individual interest in the economically advantageous use of property and the public interest in an orderly and planned urban development of the territory.

It has long been clear that the power of the public administration, which defines the content of property rights in relation to a generality of assets (Article 42, paragraph 2, of the Constitution), does not assume an expropriative legal nature. That is, limits and obligations are placed on private property while preserving its economic use.

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

1. Per una riconfigurazione intelligente della disciplina urbanistica.

Nel rapporto tra diritto di proprietà[1], nella specifica accezione dello *ius aedificandi*[2], e disciplina urbanistica[3] è da sempre manifesta una tensione tra l'interesse individuale a una utilizzazione economicamente vantaggiosa del bene e l'interesse pubblico a un ordinato e programmato assetto urbanistico del territorio[4].

Da tempo si è chiarito[5] che il potere della pubblica amministrazione, che definisce il contenuto del diritto di proprietà in relazione a una generalità di beni (art. 42, co. 2, Cost.), non assume natura giuridica espropriativa, cioè limiti ed obblighi sono apposti alla proprietà privata pur preservandone la possibilità di fruizione economica.

La pianificazione urbanistica[6] - che si esercita attraverso l'adozione di piani[7] o la

---

[1] S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà con riguardo particolare alla proprietà terriera*, Milano, Giuffrè, 1954; ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano, 1954 (rist. an. 1964); M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. del Dir.*, 1971, pp. 443 ss.; A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972; P. RESCIGNO, *Proprietà (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 254 ss.; A. GAMBARO, Jus aedificandi *e nozione civilistica di proprietà*, Milano, Giuffrè, 1975; U. NATOLI, *La proprietà (Appunti delle lezioni)*, Giuffrè, Milano, 1976; P. GROSSI, *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano, 1977; M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Rescigno, vol. VII, tomo I, pp. 207-226, Utet, Torino, 1982; C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, in *Comm. Schlesinger, Artt. 832-833*, Giuffrè, Milano, 1994; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, il Mulino, Bologna, 2013; M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Jovene, Napoli, 1965; V. CERULLI IRELLI, *Diritto pubblico della proprietà e dei beni*, Torino, Giappichelli, 2022; U. MATTEI, *La proprietà*, 3ª ed., Utet Giuridica, Milano, 2025.

[2] Per tutti: A. GAMBARO, Jus aedificandi *e nozione civilistica della proprietà*, Giuffrè, Milano, 1975. Si veda anche la L. 28 gennaio 1977, n. 10 (Legge Bucalossi), che ha sostituito alla licenza la concessione edilizia, al fine di sottolineare – almeno nelle intenzioni del legislatore – lo scorporo dello *jus aedificandi* dalla proprietà fondiaria.

[3] F. SPANTIGATI, *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè, Milano, 1984; P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Giuffrè, Milano, 1984; P. URBANI, *Urbanistica*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 868-883; ID., *Lo stato dell'urbanistica: viaggio nella disciplina e nella società*, Giappichelli, Torino, 2024. Nella legislazione urbanistica, *ex multis*: l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. A, art. 87, co. 1, n. 6, che prevedeva la facoltà per i Consigli comunali di deliberare sui "regolamenti d'igiene, edilità e polizia locale"; l. 25 giugno 1865, n. 2359 sulle espropriazioni per causa di utilità pubblica; l. 15 gennaio 1885, n. 2892 per il risanamento della città di Napoli; l. 18 aprile 1962, n. 167 per favorire l'acquisizione di aree fabbricabili per l'edilizia economica e popolare; l. 6 agosto 1967, n. 765 (Legge Ponte); l. 19 novembre 1968, n. 1187, che, all'art. 2, prevede la perdita d'efficacia dei vincoli espropriativi ove nei cinque anni dalla data di approvazione del P.R.G. non siano stati approvati i relativi piani particolareggiati od autorizzati i piani di lottizzazione convenzionati; l. 28 gennaio 1977, n. 10, contenente norme per la edificabilità dei suoli (Legge Bucalossi).

[4] Tale è il bene giuridico tutelato dalle norme urbanistico-edilizie. Cfr., *ex multis*: Cons. Stato, sez. II, 14 febbraio 2023, n. 1537; Cons. Stato (Ad. Plen.), 11 ottobre 2023, n. 16. Nella giurisprudenza penale, per tutte: Cass. pen., sez. unite, 21 dicembre 1993, n. 11635.

[5] Da ultimo: V. CERULLI IRELLI, *Diritto pubblico della proprietà e dei beni…cit.*

[6] G. MIELE, *La pianificazione urbanistica*, in *La pianificazione urbanistica* (Atti del VII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 14-17 settembre 1961), Giuffrè, Milano, 1962, pp. 29 ss..; A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1963; L. MAZZAROLLI, *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Cedam, Padova, 1966; P. STELLA RICHTER, *Il potere di pianificazione nella legislazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, n. 2/1968, pp. 114 ss.; G. MORBIDELLI, *La disciplina del territorio tra stato e regioni*, Giuffrè, Milano, 1974; G. TAMBURRANO, *Storia e cronaca del centro-sinistra*, 4ª ed., Feltrinelli, Milano, 1976, spec. pp. 282-286, p. 294; P. URBANI, *Pianificazione urbanistica, edilizia residenziale e interessi ambientali*, Giuffrè, Milano, 1988; P.L. PORTALURI, *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, Jovene, Napoli, 2003; D. DONATI, *La*

ISSN 2036-7821

conclusione di accordi (l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 11)[8], a tutela anche dell'ambiente-paesaggio (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 131; Convenzione europea del paesaggio del 19 luglio 2000, art. 1, lett. a)[9] – traccia nel territorio comunale linee di demarcazione che distinguono tra zone ove – seppur regolamentato – l'esercizio del diritto di proprietà o d'iniziativa economica privata è di molto redditizio e quelle soggette a vincoli che, pur non precludendolo, lo limitano significativamente.

Si tratta in entrambi di una disciplina del diritto di proprietà che l'ordinamento italiano ha assegnato alle comunità locali nell'esclusivo perseguimento del pubblico interesse, essendo assicurato un sindacato giurisdizionale per vizio di eccesso di potere[10] su ciascun atto di pianificazione che non sia a tal fine preordinato, sia nel caso di destinazioni che consentono al proprietario lucrosi sfruttamenti del bene, sia nel caso opposto in cui la destinazione urbanistica lo limita fortemente.

Dal punto di vista costituzionale la distinzione è tra limiti conformativi connaturali alla funzione sociale della proprietà (art. 42, co. 2, Cost.) – la cui apposizione non determina il sorgere di alcun diritto a un indennizzo del proprietario – e vincoli espropriativi, che, in ragione di un interesse pubblico determinato, sottraggono al proprietario la titolarità del bene o ne comprimono marcatamente le facoltà di godimento, con obbligo al pagamento di un indennizzo (art. 42, co. 3, Cost.)[11].

Si tratta di una distinzione (*infra* § 3) consolidata sin dalle leggi sull'Unità d'Italia[12],

---

forma e la sostanza, o dell'incerta affermazione della pianificazione strategica nell'ordinamento italiano, in *Le Regioni*, n. 5/2023, pp. 929-958; C. GIORGI, *Salute per tutti. Storia della sanità in Italia dal dopoguerra a oggi*, Laterza & Figli, Bari-Roma, 2024, spec. pp. 50-51.

[7] Il riferimento è *in primis* al piano regolatore generale, che la Legge urbanistica prevede (L. 7 agosto 1942, n. 1150, art. 13) sia attuato attraverso piani particolareggiati di esecuzione, cioè Piani particolareggiati e Piani di lottizzazione (c.d. Pianificazione d'attuazione). Cfr. per tutti: F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2012, p. 115.

[8] M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti con i privati. Problemi generali*, in M. Costantino (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti con i privati*, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 636 ss.; P. Urbani, S. Civitarese M. (a cura di), *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica. Nuovi moduli convenzionali*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 55 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, in F. Pugliese, A. Ferrari (a cura di), *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, Giuffrè, Milano, 1999; P. URBANI, *Pianificare per accordi*, in *Riv. giur. ed.*, n. 4/2005, pp. 177 ss.

[9] A. PREDIERI, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Giuffrè, Milano, 1969; E. BOSCOLO, *Paesaggio e tecniche di regolazione*, in *Urbanistica e paesaggio*, a cura di G. Cugurra, E. Ferrari, G. Pagliari, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, pp. 59-80; si veda già la l. 29 giugno 1939, n. 1497 sulla protezione delle bellezze naturali, che, all'art. 5, prevede la facoltà di disposizione di piani territoriali paesistici.

[10] Tra i primi: A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giur. it.*, III, 1892, pp. 128 ss., poi in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1901, pp. 285 ss.; E. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, pp. 1 ss.; da ultima: A. CAUDURO, *Eccesso di potere e abuso del diritto nella pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 2018.

[11] Per tutti: D. SORACE, *Gli indennizzi espropriativi nella Costituzione: fra tutela dell'affidamento, esigenze risarcitorie e problemi della rendita urbana*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà, Scritti in onore di P. Barile*, Cedam, Padova, 1990, p. 519.

[12] L. 25 giugno 1865, n. 2359 sulle espropriazioni per causa di utilità pubblica; sulla giurisdizione ordinaria a conoscere della nullità del decreto d'esproprio: Corte App. Torino, 17 settembre 1880, Comune di Ceva c. Giorelli e Prefetto della Provincia di Cuneo, in *Riv. Amm. del Regno*, 1880, XXXI, p. 810; rientrano nell'espropriazione sia

con oscillazioni che riguardano al più un regolamento di confine tra i due tipi di limiti od obblighi, cioè quali casi nelle diverse epoche rientrino nell'una o nell'altra ipotesi, non la distinzione in sé considerata.

Certo i recenti strumenti di ricerca offerti dall'intelligenza artificiale possono consentire di ricostruire in tempi rapidi e con estrema precisione quanto si possa considerare come elemento di persistenza nella definizione del diritto di proprietà e quanto all'opposto sia in esso stato una affermazione di discontinuità nella cultura di oltre centocinquant'anni di un ordinamento liberale.

Da altro punto di vista le più recenti tecnologie possono essere d'interesse. L'avvento dell'urbanistica *AI-driven*[13] consente di riconsiderare la distinzione sulla natura giuridica di limiti ed obblighi apposti al diritto di proprietà in una prospettiva di ottimizzazione performativa e razionalizzazione dei processi decisionali.

Sistemi d'intelligenza artificiale, alimentati da vasti *dataset* georeferenziati, socio-economici e ambientali, potrebbero invero supportare l'elaborazione di atti di pianificazione attraverso modelli di simulazione predittiva, capaci di valutare *ex ante* l'incidenza delle scelte pianificatorie sul carico insediativo, sull'andamento e sulla

---

l'occupazione materiale della proprietà sia le restrizioni recate per pubblica utilità, compresi i deprezzamenti per opere contigue alle strade pubbliche, da compensare con i vantaggi che derivano ai proprietari: Cass. Torino, 8 marzo 1882, Perratopre c. Comune di Settimo Torinese, *ivi*, 1882, XXXIII, p. 441; per esproprio di terreni non compresi nel progetto d'opera pubblica: Cass. Roma, 11 giugno 1887, Min. Lavori pubblici c. Fazzari, *ivi*, 1888, XXXIX, p. 44; cfr. l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. A, art. 87, co. 1, n. 6, sui regolamenti dei Comuni in materia d'igiene, edilità e polizia locale; r.d. 8 giugno 1865, n. 2321, art. 70, co. 1, n. 3, che annovera, tra le materie dei regolamenti edilizi, "i piani regolatori dell'ingrandimento e di livellazione, o di nuovi allineamenti delle vie, piazze o passeggi pubblici", di cui sull'efficacia dei "piani regolatori" e di ampliamento dei comuni e sui vincoli di edificabilità: Cass. Torino, 12 luglio 1881, Borzone c. Comune di Genova, *Riv. Amm. Del Regno*, 1881, XXXII, p. 673; la servitù, stabilita dal piano regolatore o dal regolamento edilizio, di costruire case con portici non dà diritto ad un indennizzo al proprietario: Cass. Torino, 8 ottobre 1891, Gambaro e Solari c. Comune di Chiavari, *ivi*, 1891, XLII, p. 922; in assenza di regolamenti speciali sulla costruzione degli edifici, il rifiuto che il Comune abbia dato per ragioni di bellezza e ornato di una piazza non è sufficiente ad autorizzarne la demolizione: Cass. Napoli, 25 luglio 1882, Municipio di Napoli c. Buono, *ivi*, 1882, XXXIII, p. 882; sulla costituzionalità dei regolamenti di polizia stradale e ornato: Cass. Firenze, 11 novembre 1880, Cosma ricorrente, *ivi*, 1880, XXXII, p. 260; sull'incompetenza del Prefetto a emettere la dichiarazione di utilità pubblica per le condutture di acque potabili da farsi dai Comuni: Cons. Stato, IV sez., 4 aprile 1902, Comune di Cinquefrondi c. Comune di Polistena, in *Riv. Amm. del Regno*, 1902, LIII, p. 555; sulla di dichiarazione di pubblica utilità emessa in favore di opere di proprietà privata: Cons. Stato, sez. IV, 7 marzo 1902, n. 91, Saldini c. Ministero dei lavori pubblici, *ivi*, p. 472; in tema anche: id., 6 giugno 1919, n. 296, *ivi*, 1920, LXXI, p. 346; sulla legittimità della dichiarazione di pubblica utilità della copertura di un canale per motivi di estetica e di igiene: Cons. Stato, sez. IV, 9 novembre 1908, Ferrario c. Prefetto di Parma, *ivi*, 1909, LX, p. 204; sull'indennità da assegnarsi all'espropriato ove l'espropriazione si compia per l'esecuzione di un piano regolatore: Corte App. Genova, 12 luglio 1910, Comune di Genova c. Carrega, *ivi*, 1911, LXII, p. 12; sulla specificazione dei fabbricati nei piani particolareggiati di espropriazione per pubblica utilità: Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 1920, *ivi*, 1920, LXXI, p. 512; sulla competenza nei casi di lesione di un diritto per atti illegittimi di espropriazione per causa di pubblica utilità: Corte App. Genova, 3 luglio 1925, Noli c. Ferrovie dello Stato, *ivi*, 1925, LXXVI, p. 668. Sulla cultura della città prima dell'Unità d'Italia e nell'Italia Unita, per tutti: I. INSOLERA, *L'urbanistica*, in *Storia d'Italia*, vol. V, *I documenti*, Einaudi, Torino, 1973, pp. 427-442.

[13] G. AVANZINI, *Digitalizzazione e decisioni territoriali*, in *Riv. giur. urb.*, n. 4/2024, pp. 522-541; M. DE MICHELIS, *Il coordinamento delle informazioni geografiche e territoriali per il governo digitale del territorio*, in *Dir. Amm.*, n. 2/2023, pp. 407-440.

ISSN 2036-7821

gestione dei flussi viari, sulla resilienza ambientale e sul benessere socio-abitativo.
Nell'esercizio di molte funzioni o servizi d'amministrazione come l'urbanistica, l'edilizia, il trasporto pubblico locale o, ancora, l'esercizio della funzione di polizia locale con particolare riferimento al traffico veicolare, l'utilizzo di algoritmi può recare vantaggi sia all'organizzazione della pubblica amministrazione sia a coloro che siano destinatari di tali funzioni e servizi.
L'esito di un'analisi critica sugli atti di pianificazione urbanistica – non meno che nei servizi pubblici locali[14] - è la tendenziale inattualità delle scelte amministrative una volta che si sia pervenuti all'approvazione degli atti medesimi, non solo per la lungaggine dei relativi procedimenti, ma soprattutto per l'incedere dei mutamenti che mal tollerano la definizione *ex ante* di ciò che potrà ritenersi conforme o non a un determinato atto normativo o amministrativo.
D'interesse può essere la possibilità di ricavare da un'ingente massa di dati relativi ai comportamenti delle persone che abitano o anche solo fruiscono un determinato territorio soluzioni che siano compatibili con uno sviluppo ad un tempo sostenibile e resiliente del medesimo, cioè con quelle scelte d'amministrazione che un algoritmo *di machine learning* o di *deep learning* è in grado di sistematizzare muovendo dall'analisi di variabili ambientali e sociali, traducendo la complessità dei dati in modelli predittivi volti a massimizzare l'efficienza dei servizi e a contenere il consumo di suolo.
Il diritto vigente nazionale e dell'Unione[15] mostra attenzione a tale evoluzione, incentivando l'impiego di soluzioni tecnologiche avanzate per l'efficientamento dell'azione amministrativa (cfr., *inter alia*, d.lgs. 12 luglio 2024, n. 103, artt. 4 e 9; l. 23 settembre 2025, n. 132, artt. 7-18).
L'intelligenza artificiale può agevolare una pianificazione *in action* e *data-driven*, favorendo il conseguimento efficace degli obiettivi di riduzione del consumo di suolo e rigenerazione urbana[16], in genere di sviluppo sostenibile[17], posti altresì dal diritto

[14] Per tutti: R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Giappichelli, Torino, 1998.
[15] Cfr. Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024.
[16] Sul suolo come risorsa limitata produttrice di servizi ecosistemici: M. Mufanò (a cura di), *Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici*, 2021. Report SNPA 22/21; Consiglio d'Europa, *Carta Europea del Suolo* (Strasburgo, giugno 1972); Commissione europea, *Verso una strategia tematica per la protezione del suolo*, COM(2002) 179 def. del 16 aprile 2002; id., *Strategia dell'UE per il suolo per il 2030. Suoli sani a vantaggio delle persone, degli alimenti, della natura e del clima*, COM(2021) 699 final del 17 novembre 2021; da ultimo: G.A. PRIMERANO, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.
[17] Trattato sull'Unione europea, art. 3, par. 3; d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, artt. 3, co. 1, e 4, co. 3 e co. 4, lett. a); nel senso di un obbligo degli Stati di proteggere l'ambiente per il bene delle generazioni presenti e future: ICJ, *Obligations of States in respect of Climate Change*, Summary 2025/4, 23 July 2025; si veda anche il Regolamento (UE) 2024/1991 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2024, sul ripristino della natura e che modifica il regolamento (UE) 2022/869; *Il Green Deal europeo*, Comunicazione della Commissione dell'11 dicembre 2019, COM(2019) 640, che è parte integrante della strategia della Commissione per attuare l'Agenda 2030 e gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite e di cui è elemento chiave la Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030.

ISSN 2036-7821

dell'UE (cfr., ad es., la Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030).
Un livello di automazione dei vari titoli d'assenso in conformità alla disciplina urbanistico-edilizia può consentire inoltre una significativa accelerazione procedimentale soprattutto per la rilevazione di conformità di quanto realizzato a ciò che si è comunicato al Comune di voler effettuare come attività edilizia, selezionando a campione i casi da sottoporre ad istruttoria[18], in ragione degli esiti negativi di un primo controllo di conformità effettuato dagli strumenti di intelligenza artificiale.
Un sistema esperto basato sull'intelligenza artificiale può infatti eseguire verifiche di rispondenza agli indici di edificabilità, alle distanze e alle destinazioni d'uso prescritte dagli strumenti urbanistici, segnalando in via preliminare le difformità riscontrate, con possibile riduzione dell'errore umano.
Un riscontro automatizzato può lasciare all'interessato la scelta tra modificare l'istanza edilizia, evitando un riscontro negativo, oppure insistere nella medesima sollecitando l'intervento di un funzionario, il quale deve verificare la conformità dell'esito dell'I.A. alle previsioni urbanistiche, con determinazione conclusiva del procedimento[19].

2. L'algoritmo nel governo del territorio: ridefinizione della discrezionalità e prospettive di trasparenza.

Si è chiarito che l'introduzione dell'intelligenza artificiale nel procedimento amministrativo deve garantire l'osservanza dei principi dell'azione amministrativa di comprensibilità, conoscibilità e significatività delle informazioni introdotte nel *data lake*[20], non ultimo il principio di non esclusività della decisione algoritmica, affinché il provvedimento sia l'esito di una decisione umana qualificata, che mantenga la funzione di validazione o sconfessione dell'*output* della macchina[21].
La sfida consiste nell'integrare l'efficienza algoritmica valorizzando le garanzie partecipative[22] e, in particolare, il nucleo essenziale della discrezionalità

[18] I. ALBERTI, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo. Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza*, Giappichelli, Torino, 2024.
[19] Per tutti: C. BENETAZZO, *Intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 2020, 16, pp. 1-13.
[20] Trattasi di casistica selezionata conferita all'algoritmo, su cui si veda: C. TASSO, *Attori, processi, meriti e responsabilità nell'utilizzo di algoritmi di Intelligenza Artificiale: il caso del Machine Learning*, in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino, 2021, spec. p. 29.
[21] R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2025, pp. 138-171, spec. pp. 167-168; E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, pp. 273 ss.; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del Diritto*, 2019, 2, pp. 199-236.
[22] A. CAUDURO, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, in *Dir. amm.*, n. 3/2017, pp. 601 ss.; ID., Gli *obblighi dell'amministrazione pubblica per la partecipazione procedimentale*, Jovene, Napoli, 2023; D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie:*

amministrativa[23], ovvero l'ineludibile ponderazione di interessi complessi e spesso configgenti, operazione che eccede la mera computazione di dati quantitativi.
La disciplina urbanistica non si risolve in un mero sistema di regole tecniche, ma è l'espressione di scelte politiche che bilanciano una pluralità di interessi pubblici e privati. Occorre escludere che l'affidamento di valutazioni complesse a un sistema algoritmico, per quanto sofisticato, possa occultare la *ratio* della ponderazione degli interessi dietro un velo di apparente neutralità tecnica, sollevando un problema primario di *explainability* (spiegabilità) e, conseguentemente, di sindacabilità della decisione.
In particolare, il principio di trasparenza[24] – oggi codificato per i sistemi di I.A. – impone che le decisioni algoritmiche siano agevolmente verificabili sia intrinsecamente sia ripercorrendo il processo logico per via umana, così da superare l'opacità tipica dell'effetto "scatola nera" (*black box*)[25]. La prima si verifica nelle ipotesi di esito algoritmico discriminatorio, qualora i *dataset* utilizzati per l'addestramento riflettano squilibri o pregiudizi storici (ad es., pratiche di *redlining* o una diseguale distribuzione dei servizi). Verificata la discriminazione, occorre procedere alla correzione del *data lake* che ha illegittimamente cristallizzato o amplificato disuguaglianze e discriminazioni, assolvendo così alla funzione correttiva della pianificazione condotta dall'agire umano. Tale compressione della potestà pianificatoria dei Comuni potrebbe derivare non da una fonte legislativa, ma dall'adozione di una piattaforma tecnologica standardizzata che, di fatto, limita gli spazi di decisione politica locale. Come già

brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2020, 3; S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2000.

[23] Da ultimo per la ricostruzione delle dinamiche giurisprudenziali, in particolare sull'edilizia e sul governo del territorio: A. MOLITERNI, *La discrezionalità dell'amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2025, pp. 160 ss., spec., pp. 231-236, pp. 239-293.

[24] F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. inf.*, n. 2/2025, pp. 227 ss.; T. ALTI, C. BARBIERI, *La trasparenza amministrativa come strumento di potere e di democrazia,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2023, pp. 809 ss.; E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, il Mulino, Bologna, 2022; ID., *Le intelligenze artificiali nella pubblica amministrazione e la sfida della trasparenza*, in A. Lalli (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 45 ss.; S. FOÀ, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa: dalle "scatole nere" alla "casa di vetro"?*, in *Dir. amm.*, n. 3/2023, pp. 515 ss.; sulla trasparenza e la *rule of law* nella I.A.: E. CARLONI, *Critica dell'amministrazione artificiale*, il Mulino, Bologna, 2025, pp. 129 ss., spec. pp. 145-151.

[25] Sulle criticità connesse alla non intelligibilità dell'algoritmo: F. PASQUALE, *Black box society. The secret algorithms that control money and information*, Harvard University Press, 2015; C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by robot: administrative decision-making in the machine learning era*, Institute for law and economics, University of Pennsylvania Law School, research paper, 8, 2017; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019, spec. pp. 117 ss.; G. FASANO, *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, in *MediaLaws*, 3, 2019, pp. 237 ss.

evidenziato da scetticismi verso meccanismi che esautorano i Consigli comunali dalla valutazione dell'interesse pubblico negli interventi di rigenerazione urbana, lo stesso principio deve valere per i sistemi di I.A. che si sostituissero *integralmente* alla valutazione discrezionale dell'ente locale, vanificandone l'autonomia.

Occorre dunque progettare e sperimentare sistemi di I.A. che – coniugando l'efficienza tecnologica a una rinnovata cultura giuridica – consentano agli esperti del dominio di esercitare una sorveglianza umana effettiva. Tale approccio è indispensabile per garantire la trasparenza e la piena contestabilità della decisione automatizzata, in linea con il quadro normativo vigente. In questo contesto, l'adozione di spazi di sperimentazione normativa (*regulatory sandboxes*) rappresenta un percorso virtuoso per testare tali tecnologie in ambienti controllati. Ciò favorisce un apprendimento normativo basato su evidenze concrete, permettendo di calibrare i meccanismi di garanzia prima della loro implementazione su larga scala.

La disciplina europea sull'intelligenza artificiale (Reg. UE 2024/1689) prescrive una previa valutazione dei rischi, graduati per intensità (basso, medio, alto, inaccettabile), la cui classificazione impone un'adeguata sperimentazione condotta dagli esperti del dominio di riferimento.

Entro questa fase, la supervisione umana assume configurazioni differenziate: nei procedimenti ad alto rischio (ad es., espropriazione) è necessario un controllo sistematico *ex ante* ed *ex post* dell'output algoritmico; in ambiti a rischio attenuato (es. verifiche di conformità edilizia) è ammissibile un controllo a campione con possibilità di ricorso al funzionario (d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, art. 7) o a una commissione tecnica di esperti. La sperimentazione deve accertare se il tasso d'errore dell'algoritmo risulti inferiore a quello della decisione umana, condizione necessaria per legittimare l'automazione progressiva del processo decisionale. L'elaborazione algoritmica innalza gli *standard* minimi dell'attività conoscitiva della pubblica amministrazione, operando su *data lake* che aggregano dati georeferenziati, indicatori socio-economici e serie storiche pluridecennali di comportamenti organizzati, raccolti nell'esercizio di funzioni amministrative o nella gestione di servizi pubblici. Tale massa informativa, previa anonimizzazione ove necessario, consente di superare la rappresentazione settoriale dell'azione amministrativa (trasporti, sanità, istruzione considerati isolatamente) per abbracciare una visione sistemica della complessità territoriale. Gli algoritmi di *machine learning* e di *deep learning* permettono di estrarre correlazioni non immediatamente percepibili dall'analisi umana, identificando connessioni tra variabili ambientali, demografiche, economiche e urbanistiche. La capacità predittiva non si esaurisce nell'elaborazione del singolo procedimento, ma si estende alla simulazione degli effetti di medio-lungo periodo delle scelte pianificatorie, anticipando le dinamiche di trasformazione urbana, i flussi di mobilità

indotti, le ricadute sul mercato immobiliare e le esternalità ambientali[26]. Si tratta di una conoscenza che non è più sequenziale né settoriale, ma sistemica e olistica, capace di integrare ogni informazione rilevante e disponibile, di processare predizioni probabilistiche e di valutare scenari alternativi nella loro complessità multidimensionale.

3. I vincoli urbanistici tra espropriazione e conformazione.

I vincoli urbanistici sono limiti pubblicistici[27] della proprietà edilizia prescritti dai piani per garantire il rispetto dell'ambiente urbano e degli *habitat* ad esso circostanti[28]. Trattasi precisamente di misure di inedificabilità, che impongono una compressione tale delle facoltà di godimento e di disposizione del bene da superare quel sottile equilibrio tra esigenze di funzionalizzazione sociale e tutela dei privati proprietari, tant'è che hanno efficacia limitata nel tempo e sono potenzialmente indennizzabili[29].

Dai vincoli urbanistici "in senso stretto" si distinguono quelli morfologici o ricognitivi, misure cioè ad effetto conservativo sul territorio, cui sono riconducibili i vincoli da osservare nelle zone a carattere storico, ambientale, paesistico (l. 17 agosto 1942, n. 1150, art. 7, n. 5) nonché le limitazioni alla proprietà fondiaria imposte dalle leggi[30] di tutela del territorio che prescindono dagli strumenti urbanistici in senso stretto. A differenza dei vincoli di carattere urbanistico, la cui imposizione deriva da scelte della pubblica amministrazione idonee a condizionare discrezionalmente le facoltà di godimento del bene, i vincoli di tipo ambientale sono immediata conseguenza delle caratteristiche intrinseche del bene, che l'amministrazione si limita a validare, e costituiscono attuazione della determinazione per legge del contenuto del diritto di proprietà (art. 42, co. 2, Cost.)[31].

Nella categoria dei *vincoli urbanistici* s'annoverano anzitutto le prescrizioni urbanistiche con cui il bene è destinato alla realizzazione di un'opera pubblica o ad un uso pubblico (c.d. vincoli localizzativi o preordinati all'esproprio)[32]. In tali ipotesi,

---

[26] Si pensi agli "urban digital twin", per la cui definizione cfr. Commissione UE, *Local Digital Twins: Forging the Cities of Tomorrow, event report*, 21 ottobre 2021; a iannuzzi, *Metaverso, Digital Twins e diritti fondamentali*, in *Riv. it. informatica e diritto*, n. 2/2024, pp. 1 ss.; L. RAES *et al*. (eds.), *Decide Better. Open and Interoperable Local Digital Twins*, Springer, Londra, 2025.

[27] Sull'inquadramento della categoria dei vincoli (urbanistici) in quella più generale dei limiti, cfr., tra gli altri, A. M. SANDULLI, *Natura ed effetti del vincolo paesistico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, pp. 809 ss., secondo il quale il vincolo si tradurrebbe in un dovere di *non facere* per il privato.

[28] M. BIANCA, *La proprietà*, in *Diritto civile*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2017, p. 213.

[29] P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico…cit.*, pp. 270 ss.

[30] Si veda, ad es., la l. 8 agosto 1985, n. 431 sulla tutela delle zone di particolare interesse ambientale, indica specificamente, all'art. 1, le zone sottoposte a vincolo paesaggistico; ma anche il r.d. 30 dicembre 1923, n. 3267, che nel Titolo I, Capo I, Sez. I, disciplina il vincolo per scopi idrogeologici, su cui specificamente: P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico…cit.*, pp. 245-253.

[31] Cfr. Corte cost., 21 dicembre 2020, n. 276; così già Corte cost., 29 maggio 1968, n. 56.

[32] D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, art. 9.

ISSN 2036-7821

il bene è sottoposto a un vincolo di immodificabilità in vista della successiva acquisizione alla mano pubblica.

Vi sono poi le prescrizioni di piano regolatore generale che condizionano la realizzabilità delle destinazioni previste alla preventiva approvazione di un piano particolareggiato (c.d. vincoli di rinvio). Anche in questi casi il bene è sottoposto a un vincolo di immodificabilità operante sino alla decisione dell'amministrazione di approvare il suddetto piano.

Ai vincoli c.d. preordinati all'esproprio e di rinvio – da ricomprendere nella subcategoria dei vincoli strumentali – si affiancano i vincoli sostanziali, che – pur non concretizzandosi in un provvedimento formale di esproprio – incidono in modo talmente profondo sulle facoltà di utilizzazione del bene del proprietario da svuotare concretamente il contenuto economico del diritto di proprietà. L'amministrazione ritiene opportuno conferire alle zone interessate un assetto che non ne preveda apprezzabili facoltà edificatorie, pur mantenendo il privato la titolarità del bene.

Di interesse è la distinzione tra vincoli alla proprietà edilizia di carattere espropriativo (art. 42, co. 3, Cost.) e limitazioni riconducibili invece al potere conformativo dell'amministrazione (art. 42 cit., co. 2)[33].

L'elaborazione di tale distinzione muove dalla nozione di "espropriazione sostanziale", secondo cui si considera[34] di carattere espropriativo anche l'atto che – pur non disponendo una traslazione totale o parziale di diritti – imponga limitazioni tali da svuotare di contenuto il diritto di proprietà, rendendo inutilizzabile il bene in rapporto alla destinazione confacente alla natura intrinseca del bene stesso[35].

Si afferma[36] che i vincoli conformativi siano quelli attraverso cui si provvede alla

---

[33] Costituiscono la base di partenza di ogni trattazione sul tema le sentenze della Corte costituzionale 20 gennaio 1966, n. 6 e 29 maggio 1968, nn. 55 e 56. Con la prima, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 2, l. 20 dicembre 1932, n. 1849 sulle servitù militari, in relazione all'art. 42, co. 3, Cost., in quanto tale disposizione non prevedeva indennizzo per le limitazioni della proprietà privata da ritenersi di natura espropriativa. Con la seconda, invece, l'illegittimità costituzionale degli artt. 7, nn. 2, 3 e 4, e 40, l. n. 1150/1942 nella parte in cui non prevedono un indennizzo per l'imposizione di limitazioni operanti immediatamente e a tempo indeterminato, nei confronti dei diritti reali, quando le limitazioni stesse abbiano carattere espropriativo. Con riguardo ad altri vincoli – pur comportanti l'inedificabilità del suolo – quali i vincoli paesistici, la Corte, nella sentenza n. 56, aveva invece riconosciuto la non necessità dell'indennizzo in considerazione della corrispondenza di tale limitazione a un carattere originario del bene. A conferma della natura conformativa di tale tipo di vincoli, cfr., tra le ultime, Cons. Stato, sez. IV, sent., 25 giugno 2025, n. 5525, che respinge l'appello in relazione all'impugnazione di una deliberazione della Giunta regionale di approvazione del Piano paesaggistico territoriale che imponeva un regime di inedificabilità assoluta sui terreni di proprietà della società ricorrente.

[34] Per tutte: Corte cost. n. 6/1966 cit.

[35] Cfr. A. M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, p. 829, il quale afferma che "[…] L'*ubi consistam* dell'espropriazione non è il trasferimento, bensì […] l'ablazione di un diritto, o di facoltà inerenti a un diritto".

[36] Cons. Stato, sez. IV, 2 luglio 2024, n. 5842, sull'imposizione sui terreni dell'appellante di un vincolo di apertura degli stessi alla generalità del pubblico senza previsione di indennizzo; id., 19 settembre 2019, n. 6241, che respinge il ricorso in relazione all'impugnazione del silenzio inadempimento del Comune sulla diffida a riqualificare l'area di proprietà del ricorrente con destinazione ad uso verde pubblico e servizi pubblici di livello

ISSN 2036-7821

zonizzazione di tutto o parte del territorio, sì da incidere su una generalità di beni, ricadenti nella medesima zona, quindi, connotati dalla medesima natura intrinseca, in funzione della destinazione attribuita dal piano regolatore generale alla zona stessa. Questi ultimi definiscono, limitandolo, l'esercizio dello *ius aedificandi*, ma non determinano la perdita definitiva delle facoltà connaturali al diritto di proprietà; di talché, essi non comportano indennizzi per le limitazioni previste dai piani urbanistici e non hanno scadenza temporale[37].

I vincoli espropriativi sono invece quelli che incidono su determinati beni, assoggettandoli a vincoli preordinati all'espropriazione, in funzione della localizzazione di un'opera pubblica, o che svuotano sostanzialmente il contenuto del diritto di proprietà, rendendo inutilizzabili i beni rispetto alla loro destinazione naturale ovvero diminuendone in modo significativo il valore di scambio[38]. In conseguenza ad essi si applica il principio della decadenza quinquennale (d.P.R. n. 327/2001 cit., art. 9, cit., co. 2).

Si vuole evidenziare come si stia determinando – attraverso quella che appare un'applicazione estensiva del criterio della potenziale iniziativa privata di godimento o sfruttamento del bene – un progressivo ampliamento della conformazione della proprietà privata, con una correlativa erosione della definizione dei vincoli come espropriativi.

Di interesse è la *ratio* del *discrimen* tra i due tipi di vincoli, che è stato rinvenuta[39] nell'effettiva possibilità di utilizzazione della destinazione d'uso del bene anche ad iniziativa privata o, quantomeno, promiscua pubblico-privata. Sono stati quindi ritenuti al di fuori dello schema ablatorio-espropriativo con le connesse garanzie costituzionali i vincoli che siano attuabili anche dal soggetto privato e senza necessità di previa ablazione del bene. Si fa riferimento ad attrezzature e servizi realizzabili anche attraverso l'iniziativa economico privata – pur se accompagnati da strumenti di convenzionamento – come, ad esempio, i parcheggi, gli impianti sportivi, i mercati, i complessi per la distribuzione commerciale, gli edifici per iniziative di cura e sanitarie o per altre utilizzazioni quali zone artigianali o industriali o residenziali. Trattasi, in altri termini, di "*tutte quelle iniziative suscettibili di operare in libero regime di*

locale; id., 24 maggio 2018, n. 3116, che respinge il ricorso in relazione all'impugnazione della deliberazione del Consiglio comunale di reiterazione del vincolo di destinazione a verde di quartiere.

[37] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2018, n. 5994, che respinge il ricorso in relazione all'impugnazione del diniego del permesso di costruire per la realizzazione di un impianto di distruzione carburanti in una zona commerciale con vincoli di destinazione a parcheggio e viabilità pubblica.

[38] Per tutte: Cons. Stato, sez. II, 14 gennaio 2020, n. 342 in relazione all'impugnazione della deliberazione del Consiglio comunale che disponeva di non provvedere alla ritipizzazione del terreno dei ricorrenti con destinazione a parco urbano e verde agricolo speciale; sull'applicazione del principio della decadenza quinquennale ai soli vincoli espropriativi, cfr. già Cons. Stato, sez. V, 19 settembre 2011, n. 5276 in relazione a un diniego di concessione edilizia su zona con vincolo a parco urbano e di quartiere; così anche Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2010, n. 3700 in relazione all'impugnazione della deliberazione del Consiglio comunale di rigetto dell'istanza di ritipizzazione urbanistica dei terreni della ricorrente destinati a parco urbano.

[39] Cfr., per tutte: Corte cost., 20 maggio 1999, n. 179.

ISSN 2036-7821

economia di mercato"[40].

Così il vincolo di destinazione urbanistica "zona attrezzature di interesse pubblico", impresso ad un'area dal Piano regolatore generale, è ritenuto senz'altro un vincolo conformativo, con validità dunque a tempo indeterminato e senz'obbligo di indennizzo, proprio perché tali attrezzature sono beni realizzabili e utilizzabili in economia di mercato e non dal solo intervento pubblico[41].

Allo stesso modo è ritenuta espressione della potestà conformativa del piano regolatore comunale la destinazione di un'area a verde pubblico[42] o urbano, essendo possibile per il proprietario realizzare opere e strutture d'effettivo godimento economico del verde o perché in adempimento degli obblighi di ripristino ecologico (cfr. Regolamento (UE) 2024/1991), con esclusione di un incisivo svuotamento del contenuto del diritto di proprietà.

La marginalizzazione dei casi che un tempo sarebbero stati considerati ipotesi di espropriazione sostanziale emerge dunque in modo paradigmatico in relazione a destinazioni (ad es., verde privato, parchi archeologici, servizi tecnologici) che – seppur ritenute di natura conformativa – impongono un'inedificabilità pressoché assoluta o consentono un'iniziativa privata meramente teorica ed economicamente poco sostenibile, riducendo o addirittura azzerando il valore di scambio del bene.

Ci si interroga se l'adattamento della pianificazione territoriale agli obiettivi di ripristino e resilienza degli ecosistemi posti dal diritto dell'UE (cfr., ad es., la Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030) pervenga a configurare una clausola così generale utile, in quanto tale, a considerare *tout court* qualsiasi vincolo a verde come conformativo, eludendo così la distinzione con i vincoli espropriativi che recano con sé la garanzia indennitaria.

Nondimeno, per un caso di impugnazione di un decreto assessoriale con cui si reiteravano vincoli a verde pubblico-urbano e spazi pubblici attrezzati afferenti a terreni di proprietà degli appellanti, si è affermato[43] che, ai fini della distinzione tra

[40] Id., punto 5 dei motivi della decisione.

[41] Sulla natura conformativa della destinazione ad attrezzature ricreative, sportive e a verde pubblico: Cons. Stato, n. 5842/2024 cit.; Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2022, n. 1142 in relazione all'impugnazione del diniego della richiesta di accertamento della decadenza del vincolo a parco pubblico e, quindi, della riclassificazione urbanistica dell'area; Cons. Stato, n. 3116/2018 cit.

[42] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 9 agosto 2024, n. 7077, che respinge il ricorso in relazione al diniego di un permesso di costruire per un complesso di civili abitazioni, locali commerciali e autorimesse; id., 2 maggio 2023, n. 4404, che respinge il ricorso in relazione a un'azione avverso il silenzio sulla pretesa dei ricorrenti di veder attribuito al loro terreno un idoneo indice di edificabilità; Cons. Stato, sez. III, 29 aprile 2024, n. 3888, che respinge il ricorso in relazione all'impugnazione di una variante che sottrae l'area dei ricorrenti dal preesistente vincolo espropriativo a opere di pubblica utilità per destinarla a verde pubblico attrezzato; id., 13 giugno 2024, n. 5302, che respinge il ricorso in relazione all'impugnazione dell'ordinanza di demolizione, poiché emanata in pendenza di istanza di riqualificazione urbanistica; Cons. Stato, n. 3116/2018 cit.; *contra*: CGARS, 25 agosto 2025, n. 675, che respinge il ricorso del Comune ritenendo che il vincolo a verde pubblico attrezzato sia espropriativo, poiché, nel caso di specie, si sottrae l'azione del privato al libero mercato.

[43] Cons. giust. amm. Sicilia, 19 agosto 2008, n. 1113; in senso conforme, da ultima: id., 25 agosto 2025, n. 675, sul ricorso avverso una nota del Comune che dichiarava come conformativo il vincolo a verde pubblico attrezzato,

ISSN 2036-7821

norme conformative e norme ablatorie si deve avere riguardo al tasso di deviazione dalla finalità ordinaria dell'area rispetto alla sua vocazione naturale. Quest'ultima consiste nell'essere suscettibile di un'utilizzazione economica proporzionalmente alle caratteristiche intrinseche dell'area, dando quindi luogo a un *opus* economicamente e commercialmente idoneo a procurare il massimo profitto al proprietario. Pertanto, la realizzabilità dell'opera o del servizio esclusivamente per opera della mano pubblica o anche del privato deve essere giudicata non con riferimento all'oggetto specifico della realizzazione, bensì alla destinazione di esso e, quindi, alla sua idoneità a soddisfare anche il diritto soggettivo di proprietà, oltre che l'interesse pubblico. In definitiva, ciò che rileva non è chi materialmente realizzi l'opera, ma chi concretamente possa esserne il solo destinatario della sua utilizzazione. Di talché, la destinazione a "verde pubblico attrezzato" è radicalmente incompatibile con la permanenza del fondo in proprietà privata, poiché le opere sono realizzate in aree destinate esclusivamente alla fruizione soggettivamente pubblica[44]. Parimenti, si è ritenuta[45] la natura espropriativa di un vincolo a servizi pubblici e attrezzature per scuola dell'obbligo, poiché non suscettibili di operare in regime di libero mercato, benché realizzabili anche ad opera di soggetti privati, previa convenzione con il Comune.

Se il criterio distintivo tra la natura espropriativa o conformativa dei vincoli alla proprietà edilizia si rinviene nell'effettiva possibile utilizzazione dell'opera realizzata anche ad iniziativa privata in regime di mercato, può ritenersi – come del resto già è avvenuto – che la pianificazione territoriale condizioni significativamente la libertà d'iniziativa economica privata, che s'atteggia a una delle facoltà del diritto di proprietà ed è quindi ad esso consustanziale. In altri termini, la conformazione del contenuto della proprietà privata assorbirebbe di fatto quella della libertà di iniziativa economica privata, tenendo conto che tali due diritti sono da ultimo limitati in conformità al principio dello sviluppo sostenibile, di recente integrato in Costituzione, quindi, a fini di tutela dell'interesse della collettività intera a un ambiente salubre.

In definitiva, il criterio fondamentale per distinguere i due tipi di vincoli risiede nell'effettiva utilizzabilità economica del bene in regime di mercato anche ad iniziativa privata. Da un lato, l'applicazione estensiva di questo criterio ha determinato un progressivo ampliamento dell'ambito conformativo, ricomprendendo destinazioni (come il verde urbano o servizi realizzabili da privati) che, pur limitando fortemente lo *ius aedificandi*, non prevedono l'obbligo di

secondo cui, invero, il riferimento ai "parcheggi" di cui alla Sentenza della Corte costituzionale n. 179 del 1999 è da intendersi ai parcheggi privati, che determinano un interesse commerciale al loro sfruttamento.

[44] Cons. giust. amm. Sicilia, 27 febbraio 2012, n. 212, sull'annullamento della nota del Comune di rigetto dell'istanza dei proprietari a ottenere la riqualificazione della disciplina pianificatoria del fondo di loro proprietà.

[45] Cons. giust. amm. Sicilia, 25 gennaio 2011, n. 95, sul silenzio del Comune in ordine a una diffida a ottenere l'adozione di un provvedimento di disciplina pianificatoria dell'area della società appellante.

ISSN 2036-7821

indennizzo né la decadenza quinquennale. Ciò induce a concludere che la conformazione del contenuto della proprietà privata (art. 42, co. 2, Cost.) stia di fatto assorbendo la conformazione della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), inglobandola e limitandola in ragione di interessi pubblici prevalenti, come la tutela ambientale. Dall'altro lato, è stato posto un limite essenziale a tale espansione, rilevando come il criterio dell'utilizzabilità economica debba essere letto in chiave sostanziale e qualitativa. Ciò significa che, per evitare l'ipotesi di espropriazione sostanziale, è necessario avere riguardo non a chi costruisce l'opera, ma chi ne è l'unico destinatario della fruizione. Se la destinazione d'uso (ad es., verde pubblico attrezzato o scuole dell'obbligo) è radicalmente incompatibile con l'esercizio di un'attività in libero regime di mercato e risponde a un interesse di fruizione esclusivamente pubblica, essa non può soddisfare il diritto soggettivo di proprietà e pertanto mantiene il suo carattere espropriativo, con la conseguente necessità dell'indennizzo e l'applicazione del termine di decadenza quinquennale.
In definitiva, sebbene la pianificazione urbanistica contemporanea stia chiaramente spingendo per marginalizzare i casi di espropriazione sostanziale in funzione della resilienza e del ripristino degli ecosistemi (influenzata dal diritto dell'UE), la garanzia costituzionale del proprietario rimane ancorata al concreto svuotamento del valore di scambio e di utilizzabilità economica. La distinzione finale, e dunque la sorte dell'indennizzo, si gioca sulla sottile linea tra una destinazione che consente un'iniziativa economica privata (sebbene limitata) e una destinazione che impone di fatto una fruizione esclusiva del bene da parte della collettività.
È in questa cornice sistematica – caratterizzata dalla perdurante difficoltà nel tracciare confini netti tra conformazione ed espropriazione – che si colloca la riflessione sull'impiego dell'intelligenza artificiale quale strumento di razionalizzazione e di superamento del paradigma tradizionale.

4. Compensative planning algoritmico: previsione del sacrificio e nuove strategie di garanzia patrimoniale.

L'introduzione di sistemi di intelligenza artificiale nel governo del territorio[46] dischiude la prospettiva di una radicale trasformazione della pianificazione urbanistica. Attraverso l'elaborazione di vasti *dataset* territoriali e mediante modelli predittivi, l'intelligenza artificiale può invero consentire non solo una più accurata definizione dei vincoli urbanistici (dimensione conformativa), ma anche una stima *ex ante* dell'entità del sacrificio imposto al proprietario e una conseguente quantificazione automatizzata degli eventuali indennizzi (dimensione compensativo-

[46] G. MORBIDELLI, *Il governo del territorio nella Costituzione*, in G. Sciullo (a cura di), *Governo del territorio e Autonomie territoriali*, Bononia University Press, Bologna, 2010, pp. 11 ss.; G. PAGLIARI, *Governo del territorio e consumo del suolo. Riflessioni sulle prospettive della pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, n. 5/2020, pp. 325 ss.; da ultima: M. DE MICHELIS, *Il governo digitale del territorio. Dagli usi temporanei alla rigenerazione urbana*, Jovene, Napoli, 2023.

predittiva). Tale evoluzione conduce al superamento della dicotomia tra vincoli conformativi ed espropriativi, nel senso che l'attenzione si sposta dalla qualificazione giuridica del vincolo alla portata effettiva della limitazione, e in proporzione ad essa si compensa il privato.

Un sistema di "*compensative planning* algoritmico" è potenzialmente capace di modellizzare e quantificare *ex ante* il sacrificio patrimoniale imposto a ogni singola proprietà da una determinata scelta di piano, traducendo in valore economico la perdita di potenzialità edificatorie, l'imposizione di servitù di fatto o l'incremento di esternalità negative.

Attraverso l'analisi computazionale di *big data* immobiliari, urbanistici e socio-economici, l'algoritmo può calcolare con precisione il differenziale di valore di un'area prima e dopo l'intervento pianificatorio, trasformando il concetto astratto di sacrificio in un dato oggettivo e misurabile[47].

Questa capacità predittiva costituisce il fondamento per l'elaborazione di strategie di garanzia patrimoniale innovative e dinamiche, che trascendono la logica dell'indennizzo *ex post*.

Si prefigura, ad esempio, la possibilità di implementare sistemi di "perequazione algoritmica" in tempo reale, dove la previsione di un decremento di valore su un fondo genera automaticamente l'attribuzione di crediti edilizi[48] digitali, negoziabili su una piattaforma gestita dall'I.A. e acquistabili dai proprietari dei fondi avvantaggiati dalla medesima variante. Invero, per una compensazione del privato proporzionale al contributo che egli offre al perseguimento del pubblico interesse – indipendentemente dalla natura conformativa o espropriativa del vincolo, che non rileverebbe più – si può favorire la creazione di un sistema di crediti di sviluppo territoriale.

La sfida giuridica si sposta dalla qualificazione del vincolo alla validazione del modello computazionale, sì che la garanzia patrimoniale cessa di essere un rimedio all'ablazione e diviene un diritto a una corretta, trasparente e non discriminatoria quantificazione algoritmica del contributo del privato al perseguimento dell'interesse

[47] Sul potere conoscitivo pubblico nell'era digitale: D.U. GALETTA, J. G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0*, in *federalismi.it*, 3, 2019, pp. 2 ss.; M. FALCONE, *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e big data*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023; ID., *La funzione conoscitiva nella rivoluzione dei dati*, in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Università degli Studi di Torino, Torino, 2021, pp. 183 ss.

[48] I crediti edilizi – più comunemente noti come "diritti edificatori" – sono uno strumento di pianificazione urbanistica che rappresenta una determinata volumetria o superficie edificabile (cfr. Cass. civ., sez. unite, 29 ottobre 2020, n. 23902). Essi non sono direttamente legati a un'area specifica, ma possono essere negoziati e trasferiti per essere utilizzati su altre aree designate dagli strumenti di pianificazione (cfr. Corte cost., 15 marzo 2017, n. 50).

ISSN 2036-7821

pubblico[49].

La tutela del proprietario è così anticipata alla partecipazione alla definizione del piano, dove la simulazione degli impatti consente di negoziare e ponderare le misure compensative prima ancora che il sacrificio si materializzi.

Il modello in oggetto presuppone l'elaborazione di algoritmi trasparenti e verificabili, capaci di integrare molteplici variabili, dalla densità edificatoria esistente ai valori di mercato georeferenziati, dalle proiezioni demografiche ai flussi di mobilità, fino agli indicatori di qualità ambientale e resilienza ecosistemica.

La complessità del modello computazionale non deve tuttavia tradursi in opacità decisionale, al contrario il principio di trasparenza algoritmica deve farsi ancora più stringente ove l'*output* della macchina incida direttamente sulla sfera patrimoniale dei privati.

Il sistema di compensazione algoritmica non si limita a calcolare un indennizzo monetario, ma può articolarsi in una gamma differenziata di misure, dall'attribuzione di volumetrie virtuali trasferibili in altre zone del territorio comunale, alla priorità nell'accesso a servizi pubblici digitali, fino alla partecipazione a forme innovative di *land value capture* che redistribuiscono gli incrementi di valore generati dalle scelte pianificatorie. L'intelligenza artificiale consente di monitorare in tempo reale l'andamento del mercato immobiliare e di calibrare dinamicamente le misure compensative, superando la rigidità delle tradizionali perequazioni urbanistiche fondate su parametri statici e su zonizzazioni cristallizzate.

L'implementazione di sistemi algoritmici nel governo del territorio pone tuttavia questioni giuridiche fondamentali relative ai limiti assoluti e relativi della loro applicabilità[50]. I primi concernono il rapporto strutturale tra diritti soggettivi e pubblici poteri[51], entro cui l'intelligenza artificiale non può legittimare l'esercizio di potestà pubbliche che comprimano diritti costituzionalmente garantiti oltre la soglia della loro riconoscibilità[52], né può eludere il principio di proporzionalità tra i mezzi tecnologici impiegati e i fini d'interesse pubblico perseguiti. Affermando o negando i diritti fondamentali, si delimita correlativamente l'ambito di operatività dei poteri amministrativi così rafforzati dalla tecnologia. I limiti relativi attengono invece al rapporto funzionale mezzo-fine, sì che, anche ove l'esercizio del potere risulti

[49] E. CARLONI, *La trasparenza amministrativa e gli algoritmi*, in E. Belisario, G. Cassano (a cura di), *Intelligenza artificiale per la pubblica amministrazione. Principi e regole del procedimento amministrativo algoritmico*, Pacini Giuridica, 2023, pp. 219-229.

[50] M. DE MICHELIS, *Territorio digitale per una buona amministrazione*, in *CERIDAP*, n. 4/2025, pp. 27-40; sugli gli ecosistemi digitali: M. DE DONNO, *Le pubbliche amministrazioni come ecosistemi digitali*, in *Nuove tecnologie per nuove amministrazioni*, a cura di G. Gardini, A. Ricci, M.D. Ferrara, M. De Donno, Torino, Giappichelli, 2025, pp. 41 ss., spec. pp. 59-64.

[51] A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Le Monnier, Firenze, 2017.

[52] ID., *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 4.

ISSN 2036-7821

astrattamente legittimo, l'algoritmo deve assicurare l'adeguatezza[53] della scelta tecnica rispetto all'interesse pubblico concreto, utilizzando il *minimum* sacrificio necessario per i destinatari e mantenendo la comprensibilità della ponderazione degli interessi sottesa alla decisione finale. Questi principi ricevono oggi nuova linfa dall'operare su larga scala degli algoritmi nelle organizzazioni pubbliche, che consentono per la prima volta di raccogliere, comparare e rielaborare dati provenienti da molteplici procedimenti, casi e luoghi, con capacità computazionali senza precedenti.

In questa prospettiva, la conoscenza algoritmica diventa elemento essenziale e preliminare dell'agire pubblico. Conoscere, attraverso l'elaborazione di vasti *dataset* georeferenziati, modelli econometrici, simulazioni predittive, significa deliberare in modo più consapevole e oggettivamente fondato, oggettivando la decisione urbanistica come conseguenza necessitata di quanto emerso dall'istruttoria algoritmica. L'era degli algoritmi segna dunque una rivoluzione epistemologica nell'amministrazione pubblica, ponendo al centro dell'agire la conoscenza empirica, statistica, probabilistica, così trasformando l'istruttoria da atto sequenziale e settoriale in processo olistico, che integra ogni informazione rilevante e disponibile, che non può prescindere dalle predizioni né dagli effetti di medio periodo che una pluralità di scelte alternative può determinare sulla complessità territoriale. Questa trasformazione non elimina tuttavia l'intermediazione umana, che resta indispensabile nella fase di progettazione dell'algoritmo, nella validazione dei *dataset* di addestramento, nella certificazione degli *output* e, in ultima istanza, nella decisione finale.

D'interesse è altresì la possibilità di implementare sistemi di *blockchain* per la gestione dei crediti edilizi digitali, garantendo trasparenza, tracciabilità e certezza nelle transazioni tra privati. La tecnologia distribuita consentirebbe di creare un registro pubblico e immodificabile delle capacità edificatorie attribuite, trasferite o utilizzate, eliminando l'opacità che ha talvolta caratterizzato i meccanismi perequativi tradizionali e riducendo i margini di discrezionalità amministrativa nella gestione dei diritti edificatori.

In definitiva, il passaggio da una logica dicotomica conformazione-espropriazione a un sistema di compensazione proporzionale assistito dall'intelligenza artificiale rappresenta un'evoluzione promettente del diritto urbanistico, capace di contemperare più efficacemente l'interesse pubblico alla razionale programmazione del territorio con la tutela delle posizioni patrimoniali dei privati. Tuttavia, tale transizione richiede un'attenta riflessione sulla *governance* degli algoritmi urbanistici,

[53] Per tutti: R. CAVALLO PERIN, *Adeguatezza amministrativa e intelligenza artificiale come requisiti di buona amministrazione*, in A. Balestrino, M. Bernasconi, S. Campostrini, G. Colombini, M. Degni, P. Ferro, P.P. Italia, V. Manzetti (a cura di), *IV Convegno di contabilità pubblica. Atti Convegno Nazionale di Contabilità Pubblica, Venezia, 16-18 dicembre 2021,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 689 ss.

sulla loro validazione giuridico-tecnica e sulle forme di controllo democratico e giurisdizionale da approntare[54].

La sfida per il diritto urbanistico del futuro consiste dunque nell'integrare le potenzialità dell'intelligenza artificiale preservando il nucleo essenziale della discrezionalità amministrativa, della partecipazione democratica e della sindacabilità giurisdizionale delle scelte di piano. In questa prospettiva, il *compensative planning* algoritmico non rappresenta l'automazione della pianificazione urbanistica, bensì la sua razionalizzazione.

[54] L. PELLIZZONI, *Governance del digitale: fondamenti teorici e il ruolo di legislatore e interpreti*, in *CERIDAP*, 1 settembre 2025.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'autolimite algoritmico alla pubblica amministrazione

di **Valentina Galliano**

(Dottoranda di ricerca in Diritti e Istituzioni presso l'Università degli Studi di Torino)

Sommario

1. Introduzione: la nozione di autolimite – 2. la discrezionalità algoritmica – 2.1. La trasformazione della discrezionalità e l'algoritmo come autolimite – 3. La natura giuridica dell'algoritmo: regolamento o atto generale – 3.1. L'algoritmo come procedimento amministrativo – 4. L'*output* algoritmico e la scelta – 5. Spunti conclusivi: l'autolimite, in concreto, *ex post*.

Abstract

The considerations carried out in this work arise from a specific scenario that generates doubts about the applicability of administrative automation in discretionary activity, and focuses on a specific question: to what extent the public administration, once it has decided to adopt artificial intelligence tools for the management of a specific procedure, can deviate from the output produced by such tools. Basic question that underlies a plurality of issues that refer to classic institutions of administrative law, but also recently formulated principles. Among the traditional concepts we find the notion of discretion and that of self-limit; with reference, however, to the most current theories, we highlight the principle of algorithmic legality, in the particular declination of the principle of non-exclusivity of algorithmic decisions and the role of the human being in automated administrative procedures.

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

1. Introduzione: la nozione di autolimite.

Le considerazioni svolte nel presente lavoro gemmano da uno scenario specifico che genera dubbi sull'applicabilità dell'automazione amministrativa nell'attività discrezionale[1], e si concentra su una questione specifica: fino a che punto la pubblica amministrazione, una volta deciso di adottare strumenti di intelligenza artificiale per la gestione di un determinato procedimento, possa discostarsi dall'output prodotto da tali strumenti. Quesito di base che sottende una pluralità di questioni che rimandano a istituti classici del diritto amministrativo, ma anche principi di recente formulazione. Nel novero dei concetti tradizionali ritroviamo la nozione di discrezionalità e quella di autolimite; in riferimento, invece, alle teorie di più attuale elaborazione si segnala il principio di legalità algoritmica, nella particolare declinazione del principio di non esclusività delle decisioni algoritmiche e il ruolo dell'essere umano nei procedimenti amministrativi automatizzati.

La discrezionalità amministrativa, inclusa quella tecnica, può subire, quindi, un processo di progressiva riduzione fino a completo esaurimento. Si è descritto l'autolimite[2] come il sistema di vincoli che la pubblica amministrazione si autoimpone per lo svolgimento di attività future, con la precisazione che tale istituto si contraddistingue per la sua articolazione. Infatti, se la nozione è unitaria funzionalmente, non lo è strutturalmente: da un lato la funzione assolta dall'istituto è costante – la definizione di istruzioni per lo svolgimento di un'attività successiva – dall'altro, si presenta come un fenomeno complesso e multiforme per la sua struttura[3]. L'autolimite assume varie configurazioni, differenziabili rispetto a diversi elementi essenziali: anzitutto soggettivo che, come punto di vista, considera il rapporto esistente tra chi impone l'autovincolo e chi, invece, lo osserva[4]; ma può essere riferito alla fonte attraverso cui l'autovincolo può essere imposto; nonché, è possibile distinguere gli autolimiti di origine fattuale e quelli di origine attizia.

L'autovincolo della pubblica amministrazione può, infatti, tanto derivare da atti da quest'ultima adottati a questo precipuo scopo, ad esempio i provvedimenti che

---

[1] R. CAVALLO PERIN, *Il principio di legalità nell'amministrare pubblico per algoritmi*, in J.-B. AUBY, G. DE MINICO et G. ORSONI, *L'amministrazione digitale: quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte : atti del convegno 9-12 maggio 2022, Federico II, Napoli*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023, p. 103, Il tema dell'applicabilità dell'automazione all'attività vincolata della pubblica amministrazione verrà ripreso più avanti (par. 2), tuttavia si segnala sul tema M. FERRARI, *L'uso degli algoritmi nella attività amministrativa discrezionale*, in *Il diritto degli affari*, 2, 2020, 58-82; G. BOTTO, *Decisione algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi*, 17, 2024, 1-25. E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Diritto Amministrativo, 2020*; G. MARCHIANÒ, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2020, 229-258. B. MARCHETTI, LA *garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal*, 2, 2021, 367-385.

[2] P.M. VIPIANA, *L' autolimite della pubblica amministrazione: l'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 1.

[3] P.M. VIPIANA, *L'autolimite della pubblica amministrazione, op.cit.*, p. 55 ss.

[4] È stato sostenuto nella dottrina sull'autolimite (M.P. VIPIANA, *op.cit.*, p. 54) che può sussistere alterità tra il soggetto che impone l'autovincolo e il soggetto che lo osserva.

ISSN 2036-7821

contengono criteri di massima, capitolati d'appalto[5], quanto da atti dai quali l'autovincolo può essere implicitamente desunto[6].

Riguardo all'attività su cui l'autolimite interviene, si possono distinguere gli elementi formali, le modalità e il contenuto dell'attività procedimentale[7]. In relazione ai primi due aspetti si può fare riferimento ai casi in cui la pubblica amministrazione, pur non essendovi tenuta, adotti un metodo selettivo concorsuale, ad esempio la raccolta delle offerte, da cui non potrà successivamente discostarsi[8]. Al pari dell'acquisizione di un determinato parere facoltativo[9] o obbligatorio, da cui può discostarsi solo con adeguata motivazione[10].

Per il contenuto dell'atto o del comportamento della pubblica amministrazione, gli autolimiti paiono di più difficile perimetrazione. La pubblica amministrazione può autovincolarsi, definendo anticipatamente e in via astratta l'intero contenuto del provvedimento (norma su atto vincolato). Più esattamente, può anche solo predeterminare di criteri o parametri decisionali, ai quali l'autorità è tenuta ad attenersi nel momento in cui adotta una decisione in un caso specifico.

Le considerazioni in tema di automazione delle decisioni amministrative convergono sul fatto che l'uso di appositi strumenti informatici possa essere considerato come una manifestazione della potestà di auto-organizzazione riconosciuta ai pubblici poteri[11]. Proprio in ragione di tale capacità organizzativa, ogni autorità amministrativa può definire in via generale e preventiva delle regole di condotta che osserverà in futuro nell'esercizio delle proprie funzioni. Quanto appena descritto è

---

[5] Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

[6] P.M. VIPIANA, *L' autolimite della pubblica amministrazione*, *op. cit.* p. 72 e ss, in cui figura la prassi amministrativa consolidata, ad esempio.

[7] Consiglio di Stato sez. IV, 14 aprile 2006, n.2162 in cui si afferma che le prescrizioni contenute nel bando di gara per l'aggiudicazione di un contratto della pubblica amministrazione hanno natura vincolante e devono essere puntualmente rispettate durante l'intera procedura. L'organo amministrativo responsabile della loro attuazione non dispone di alcun margine di discrezionalità, poiché ciò comporterebbe la disapplicazione di norme che costituiscono un vincolo di autolimite. Esempio più recente è la sentenza del TAR Lazio - Roma n. 2725 del 2019, In materia di appalti pubblici, la stazione appaltante è tenuta a garantire la trasparenza e la completezza delle informazioni necessarie per la formulazione di un'offerta adeguata, in particolare riguardo ai costi del personale e alle condizioni contrattuali applicabili. È legittima la previsione di clausole sociali che tutelano il personale trasferito, ma non può essere imposto al nuovo gestore il pagamento del trattamento di fine rapporto pregresso, che rimane a carico del gestore uscente. La valutazione della necessità di mettere a disposizione beni strumentali deve basarsi su criteri di essenzialità e indispensabilità, e la mancata qualificazione di tali beni non costituisce di per sé un ostacolo all'aggiudicazione della gara. La carenza informativa negli atti di gara, che impedisce una corretta valutazione economica da parte dei concorrenti, determina l'illegittimità degli stessi atti.

[8] P.M. VIPIANA, *L' autolimite della pubblica amministrazione*, *op. cit.*

[9] TAR Campania – Salerno, 9 ottobre 1987, n. 339; per una giurisprudenza più recente si segnala: TAR Lazio – Roma, Sez Stralcio, 9 giugno 2020, n. 6259; Cons. Stato, Sez. V, 08 novembre 2017, n. 5149;

[10] TAR Liguria, 10 marzo 1986 n. 88.

[11] Sul principio di auto-organizzazione della Pubblica Amministrazione, si rimanda a F. FIGORILLI, *Il principio di auto-organizzazione amministrativa previsto dal nuovo codice dei contratti pubblici,* in *Nuove Autonomie*, 2023, fasc. 3, pag. 969 – 991; si veda anche V. BATTISTELLI, L'affidamento in house: luci ed ombre del nuovo principio di autorganizzazione amministrativa, in *Rivista della Corte dei Conti*, 6, 2024, pp. 104 – 113.

l'istituto dell'autolimite amministrativo. Tale istituto è stato considerato il fondamento teorico dell'impiego di algoritmi nell'assunzione di decisioni amministrative[12], in mancanza di un'apposita previsione normativa che concedesse tale facoltà all'amministrazione. In altri termini, se ogni ente è titolare del potere di programmare e fissare anticipatamente i parametri che vincolano il successivo momento di adozione delle decisioni, allora si deve riconoscere la capacità dell'ente di adottare i sistemi informatici per questo scopo.

2. La discrezionalità algoritmica.

È stato ampiamente considerato in letteratura[13] il rapporto intercorrente tra la discrezionalità amministrativa e l'automazione algoritmica del procedimento: il dibattito a riguardo consegna pochi approdi unanimi, salvo, forse, la convergenza di opinioni sull'applicabilità di sistemi di automazione nell'ambito dell'attività vincolata della pubblica amministrazione[14]. Le incertezze riguardano soprattutto l'applicazione di sistemi automatizzati di decisione con riferimento alla porzione di attività amministrativa caratterizzata da un ampio potere discrezionale, in considerazione dei concetti giuridici indeterminati da cui essa muove e in cui essa si traduce. È proprio nell'ambito dell'attività amministrativa discrezionale che emergono non soltanto le questioni giuridiche più articolate, ma anche le opportunità più significative legate all'impiego delle nuove tecnologie basate sull'intelligenza artificiale. In particolare, l'utilizzo di sistemi avanzati quali il *machine learning*, il *deep learning* e l'intelligenza artificiale generativa presenta potenzialità tali da trasformare radicalmente il modo in cui l'azione amministrativa viene esercitata[15]. In risposta a questo rilievo, si è preso in considerazione il compromesso della c.d. "bassa discrezionalità", in cui le opzioni di scelta si configurano come limitate, anticipando alla fase di programmazione dell'algoritmo il momento del bilanciamento di interessi.

Tale affermazione necessita di essere meglio circostanziata, e a tale proposito è indispensabile chiarire la differenza, alla quale si farà più volte riferimento, che intercorre tra gli algoritmi c.d. deterministici e i sistemi di intelligenza artificiale. Va specificato che, tra i concetti centrali, quello di algoritmo è particolarmente importante, ma anche fonte di ambiguità. In senso basilare, un algoritmo è una serie

---

[12] L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, p. 144 e ss).

[13] R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data,* in *Diritto amministrativo,* 2, 2020, p. 307 e ss.

[14] Ex multis R. CAVALLO PERIN, *Il principio di legalità nell'amministrare pubblico per algoritmi*, in J.-B. AUBY, G. DE MINICO et G. ORSONI, *L'amministrazione digitale*, *op. cit.*, p. 103; M. FERRARI, *op. cit.*, *Il diritto degli affari*, 2020 G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici: predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, A. LALLI (dir.), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Torino, Giappichelli, 2022.

[15] D. PALAZZO, in F. APERIO BELLA, A. CARBONE, et E. ZAMPETTI (dir.), « Intelligenza artificiale e scelte amministrative. La discrezionalità alla prova degli algoritmi », *dialoghi di diritto amministrativo lavori del laboratorio di diritto amministrativo 2022-2023*, F. Aperio Bella, A. Carbone et E. Zampetti (dir.), RomaTre-Press., Roma.

ISSN 2036-7821

esplicita di istruzioni per risolvere un problema – come una ricetta – e non necessariamente legato al sistema *hardware*.

Nel contesto dei sistemi tecnologici complessi, il termine assume un significato più specifico, potendo indicare sia l'insieme di istruzioni, sia il sistema operativo che le utilizza[16]. Mentre nel primo scenario essi operano secondo un insieme preciso e rigoroso di istruzioni predefinite, producendo sempre il medesimo risultato in presenza dello stesso input, gli algoritmi di IA predittiva – evocati nel secondo scenario - si basano su modelli statistici e probabilistici, capaci di adattarsi e apprendere dai dati raccolti. In riferimento al primo caso, un algoritmo può essere definito come un procedimento finito, costituito da una sequenza ordinata di istruzioni elementari, chiare e non ambigue, volto alla risoluzione di un determinato problema. Esso costituisce il fondamento logico dell'attività di programmazione, ovvero del processo attraverso cui i programmatori traducono tali istruzioni in un linguaggio formale – il linguaggio di programmazione – idoneo a essere interpretato ed eseguito da un elaboratore elettronico[17].

Diversamente, i sistemi di IA predittiva, come il *machine learning*, mirano ad apprendere autonomamente strategie risolutive e previsionali basate sull'esperienza. Il ML si configura c ome un ramo dell'IA dedicato allo studio di algoritmi che, analizzando dati relativi a esperienze e casistiche passate, sono in grado di generare autonomamente nuova conoscenza, utilizzabile per affrontare in modo automatico situazioni future inedite[18].

Per alcuni le criticità riferibili all'utilizzo degli algoritmi deterministici nell'attività discrezionale riguardano la compatibilità tra diritto e informatica[19], giacché la presenza di concetti giuridici indeterminati accentuerebbe la frizione esistente tra il linguaggio giuridico e quello informatico. Tuttavia, il riferimento alla difficoltà di 'normalizzazione'[20] dei concetti giuridici indeterminati attraverso cui la

[16] A. RUBEL, C. CASTRO, A. PHAM, *Algorithms and Autonomy: The Ethics of Automated Decision Systems*, 1st edn, 2021, Cambridge University Press, p 3

[17] C. TASSO, *Attori, processi meriti e responsabilità nell'utilizzo di algoritmi di Intelligenza Artificiale: il caso del* Machine Learning, in *L'amministrazione pubblica con i* big data*: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale* (a cura di) R. CAVALLO PERIN, Torino, Università degli studi di Torino, 2021, 19 e ss

[18] *idem*

[19] M. G. LOSANO, *la lunga marcia dell'informatica nelle istituzioni italiane*, in Cavallo Perin e Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale,* 2020, Giappichelli, Torino, p. XXIV-XXXVII.

[20] Più approfonditamente sul concetto di "normalizzazione", si veda A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, 1993, Napoli, Jovene. L'autore evidenzia la centralità del nesso di causalità che lega la prima parte dell'enunciato normativo (il "se" della norma, la protasi) con la seconda parte (l'"allora" della norma, l'apodosi). Qualora tale rapporto di consequenzialità non risulti chiaro ed evidente, le questioni derivanti potrebbero essere risolvibili solo attraverso l'intervento di una mente umana. Si veda anche G. SARTOR, *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, Bologna, 1990, 121 e ss. Secondo queste fonti, incentrate sull'implementazione algoritmica delle attività vincolate della pubblica amministrazione, l'approccio "ristretto" del tempo può essere attribuito alle limitate capacità computazionali degli algoritmi allora disponibili, che non consentivano di affrontare scelte più complesse. Sul tema si rimanda anche a L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica, La decisione amministrativa robotica,* 2022, Napoli, Editoriale Scientifica, p.145

discrezionalità amministrativa sovente si esprime, è stato un problema già affrontato in una prospettiva più tradizionale. I concetti giuridici indeterminati, conservando un margine di vaghezza nel loro nucleo interno, hanno sempre richiesto, anche al di fuori delle esigenze di algoritmizzazione delle procedure amministrative, un tentativo di "traduzione e progressiva determinazione" convenzionale, amministrativa o giurisprudenziale.

Questo sforzo di "traduzione e definizione", connaturato all'evoluzione del diritto, si manifesta nell'accumularsi di disposizioni normative e criteri operativi, nella cultura giuridica e nei precedenti giurisprudenziali, che hanno progressivamente strutturato il contorno di tali concetti.

Tale questione, si apre ora all'applicazione di strumenti algoritmici[21] e le tecniche giuridiche di interpretazione sviluppate nel tempo[22] sarebbero compatibili con l'implementazione algoritmica dell'attività amministrativa vincolata, andandone a costituire il *data lake*.

L'interpretazione della norma si colloca su un piano concettualmente opposto rispetto alla discrezionalità amministrativa. L'attività interpretativa presuppone necessariamente l'esistenza di una norma da interpretare: trasponendo questo principio nell'ambito amministrativo, ci troviamo di fronte ad un'attività vincolata, nella quale la norma non solo attribuisce alla Pubblica Amministrazione il potere di intervenire, ma ne determina anche le modalità operative. Al contrario, quando siamo in presenza di attività discrezionale, manca proprio l'oggetto dell'interpretazione: la PA dispone di margini di scelta che non possono essere ricondotti a un'operazione ermeneutica della norma, poiché quest'ultima lascia intenzionalmente spazio a valutazioni di opportunità e merito. Questa distinzione assume particolare rilevanza nell'ambito dell'automazione amministrativa: quando gli algoritmi vengono applicati all'attività vincolata, il *datalake* che li alimenta deve necessariamente incorporare l'interpretazione della norma, traducendo in linguaggio computazionale i criteri giuridici predeterminati che guidano l'azione amministrativa. L'algoritmizzazione dell'attività vincolata è ammessa da chi assume che esista una correlazione diretta e adeguata tra i presupposti normativi e gli effetti giuridici che ne derivano, essendo tali effetti completamente predeterminati in termini di entità, modalità e tempistica[23]. Si ritiene coerente che una volta individuati i presupposti specifici, il compito dell'amministrazione si limiti alla mera esecuzione

[21] P. FORTE, *Diritto amministrativo e* Data science. *Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI),* in *PA Persona e amministrazione,* 1, 2020, p. 280 e ss. porta l'esempio della qualità culturale di un bene, determinante per la dichiarazione del suo interesse e l'imposizione di un vincolo, non è più affidata al mero giudizio estetico soggettivo di un sovrintendente ma come attività tecnico-discrezionale di carattere ricognitivo e conoscitivo. Allo stesso modo, espressioni come "ordine pubblico" o "sicurezza" sono state storicamente rese più precise attraverso un lungo percorso di analisi, studi, sentenze giurisprudenziali e prassi consolidate.

[22] G. TARELLO, *l'interpretazione della legge,* Giuffrè, Milano, 2022

[23] Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Consiglio di Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punto 8.

dell'atto e degli effetti giuridici prodotti dalla norma.
Ciò consente di applicare alla norma un modello logico condizionale di tipo "Se… allora", in cui la parte "allora" segue univocamente dal "se", ma - se si riconosce che l'attività vincolata deriva dall'interpretazione della norma che ha effettuato l'amministrazione con l'emanazione negli anni di molti provvedimenti amministrativi applicativi della norma stessa - il "se" del condizionale si individua con tali precedenti atti amministrativi adottati in casi identici o analoghi, oppure con le sentenze e l'interpretazione del giudice.
L'attività amministrativa vincolata non è dunque un automatismo, ma implica un'interpretazione delle norme attraverso atti amministrativi o sentenze, sicché in tali casi si procede alla costruzione di un *data-lake* che superi gli enunciati normativi generali e astratti ma acceda anche direttamente alle interpretazioni che sono state date a quella norma.
L'interpretazione dell'amministrazione pubblica, che si estrinseca nel contenuto concreto del provvedimento stesso, diventa parte essenziale dell'algoritmo e delle sue conclusioni, non meno delle sentenze del giudice che si pronuncino sull'interpretazione della norma stessa convalidando l'operato della pubblica amministrazione, o fornendo un ulteriore livello di interpretazione, in ragione dei casi.
Con particolare riferimento ai sistemi di *machine learning* ,invece, v'è poi da considerare che incorporano una logica inferenziale non deterministica, che si regge su correlazioni statistiche e non causali[24], determinando non pochi problemi in riferimento al momento ricostruttivo del procedimento che ha condotto a tale determinazione. Gli algoritmi di *Machine Learning* possono analizzare un vasto "*Training Set*", ovvero un insieme di esempi del problema, ciascuno descritto da dati (attributi/feature) e dalla sua soluzione/decisione. L'algoritmo costruisce così un "*Modulo Software*" (spesso chiamato Modello Predittivo, Classificatorio o semplicemente Modello) capace di affrontare casi simili non ancora incontrati.

2.1 La trasformazione della discrezionalità e l'algoritmo come autolimite

Proprio in ragione di quest'ultimo rilievo, secondo alcune letture, applicare "l'algoritmizzazione delle procedure discrezionali porterebbe ad una eliminazione del potere discrezionale, in quanto sarebbe necessario tipizzare minuziosamente le norme volutamente indeterminate che attribuiscono i margini di apprezzamento della potestà pubblica"[25]. In realtà non pare appropriato riferirsi alla discrezionalità

[24] L. PARONA, *Poteri tecnico discrezionali e* machine learning*: verso nuovi paradigmi dell'azione amministrativa,* in (a cura di) A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. 2, 2022, Il Mulino, Bologna, p. 132 e ss.
[25] A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione,* in *Dir. Inf*, 1993, p. 178 ss.

in termini di eliminazione, ma in termini di trasformazione.

L'eliminazione della discrezionalità, dovuta alla tipizzazione e conseguente programmazione algoritmica, deve infatti essere contestualizzata: coloro che l'hanno ipotizzata fanno riferimento, in questo caso, all'applicazione di un algoritmo deterministico all'attività discrezionale della PA. Lo sviluppo tecnologico attuale consente di adoperare strumenti di automazione più sofisticati e adeguati rispetto a quelli disponibili quando quel pensiero è stato elaborato. Si può abbinare l'attività discrezionale alle tecniche di automazione che sfruttano la capacità di autoapprendimento dell'intelligenza artificiale, in particolare il *machine learning*[26]. Gli algoritmi di *machine learning* rappresentano sofisticati sistemi computazionali capaci di apprendere e migliorare autonomamente le proprie prestazioni analizzando ampie quantità di dati, senza necessità di istruzioni programmatiche esplicite per ogni operazione. Essi individuano *pattern* e relazioni nei dati, utilizzandoli per formulare previsioni, classificazioni o decisioni future, attraverso l'impiego di complessi modelli matematico-statistici, distinguendosi per la loro capacità di evolvere rispetto agli algoritmi tradizionali, rigidamente ancorati a regole predeterminate[27]. I sistemi di intelligenza artificiale che adottano un approccio basato sui dati si contraddistinguono per la loro capacità di raggiungere, con un certo livello di indipendenza, gli scopi e i criteri stabiliti dal programmatore. In questo modo, sono in grado di individuare l'opzione che meglio soddisfa l'obiettivo prefissato[28]. Se intendiamo la discrezionalità amministrativa come la possibilità di effettuare comparazione e forme di bilanciamento di interessi e scegliere tra più alternative possibili quando la legge lo permette[29], allora è necessario comprendere non solo

[26] R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali,* in CAVALLO PERIN e GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale,* Torino, Giappichelli, 2020, p. 122 e ss; L. PARONA, *Poteri tecnico-discrezionali e* machine learning: *verso nuovi paradigmi dell'azione amministrativa, op. cit.,* p. 131 e ss.

[27] È importante distinguere tra algoritmi e intelligenza artificiale (AI). L'algoritmo è una sequenza di operazioni non ambigue, concepita per risolvere un problema in un numero finito di passi, rispettando due requisiti fondamentali: i) ogni passaggio della sequenza deve predefinire il successivo; ii) il risultato finale deve essere concreto e utile. Esistono algoritmi deterministici, che seguono una logica causale con un unico possibile risultato finale, e probabilistici, che ammettono diversi passaggi successivi basati su logiche probabilistiche. Il programma, distinto dall'algoritmo, è il linguaggio informatico che consente alla macchina di applicarlo per risolvere una classe di problemi. I sistemi di AI, invece, utilizzano algoritmi più complessi basati sull'apprendimento automatico (*machine learning* o *deep learning*), i quali elaborano dati per identificare soluzioni analizzando esperienze pregresse. Sebbene tutti i sistemi di AI impieghino algoritmi, non tutte le decisioni amministrative automatizzate derivano necessariamente da intelligenze artificiali avanzate. In dottrina, si veda G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019, 48 ss.; in giurisprudenza, TAR Lombardia, sez. II, 31 maggio 2021, n. 843.

[28] D. PALAZZO, *op.cit.*, p. 99.

[29] Così A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale,* in *Scritti per Franco Gaetano Scoca,* Editoriale Scientifica, Napoli, p. 2 e ss. In tema di discrezionalità si rimanda obbligatoriamente a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffré, Milano, 1939, 75 ss. rispetto al quale si richiamano le riflessioni critiche di F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, *op.cit.*, p. 1045 ss.; A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei*

quando, nel contesto dell'automazione della pubblica amministrazione, essa esercita il proprio potere discrezionale, ma anche quale tipo di discrezionalità si configura.

Con riferimento alla questione della (ri)collocazione dell'esercizio della discrezionalità è stato correntemente considerato[30] che essa migra 'a monte', sia con riferimento agli algoritmi deterministici, sia con riferimento alle tecniche più avanzate di IA. In entrambi i casi si colloca nel momento di scegliere di ricorrere ad un sistema automatizzato e nella sua predisposizione. La scelta stessa della pubblica amministrazione di avvalersi di un determinato algoritmo – in assenza di una norma che lo imponga – è essa stessa un'espressione della discrezionalità[31], poiché recessiva e l'idea che si tratti di merito insindacabile[32].

In tal senso, la discrezionalità amministrativa, come conseguenza delle premesse illustrate finora – centralità dell'uomo, insostituibilità del funzionario amministrativo, predittività dell'algoritmo[33] – non è deferita al sistema di intelligenza artificiale, ma è anticipata nella scelta del tipo di algoritmo, nella composizione di *data lake*, che è momento genetico dell'algoritmo[34], sicché così intesa, la discrezionalità amministrativa non è affatto eliminata, ma assume nuove modalità d'espressione.

Il bilanciamento degli interessi, tipico della discrezionalità amministrativa, si sostanzia, in questo paradigma, in parte nel momento costitutivo della regola tecnica. Tale bilanciamento di interessi potrebbe poi confluire, tradotto in linguaggio algoritmico, nella formula algoritmica e nella sua applicazione, assumendo la forma della discrezionalità tecnica[35].

Nell'attività vincolata, le variabili sono strettamente legate all'interpretazione di disposizioni normative contenute in atti precedenti dell'amministrazione o della giurisdizione, che fissano limiti e obblighi inderogabili all'esercizio dell'attività successiva. Nell'attività discrezionale, le variabili si formano attraverso l'analisi di casi precedenti dell'amministrazione, consentendo di prendere decisioni in base alle specificità di quello in esame, pur sempre all'interno di un quadro normativo che

---

poteri, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2024, pp. 393–439. G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, Cedam, 1989.

[30] M. FERRARI, *L'uso degli algoritmi nella attività amministrativa discrezionale, op.cit.*; A. LALLI (a cura di), *La regolazione pubblica delle tecnologie digitali e dell'intelligenza artificiale*. Torino, Giappichelli, 2024.

[31] Così A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale, op.cit.* p. 6.

[32] S. FOÀ, *Clausole generali, norme extra-giuridiche e nuovo merito amministrativo. Il neoempirismo temperato,* in ID. (a cura di), *Il nuovo merito amministrativo*, Torino, 2025, in corso di stampa e giurisprudenza ivi citata.

[33] La nozione di predittività algoritmica verrà approfondita più avanti (infra, sub par 4), tuttavia, in linea di prima approssimazione si può definire come la capacità di un algoritmo di analizzare dati passati e presenti per anticipare eventi futuri o suggerire soluzioni. Si basa su modelli matematici e tecniche di machine learning che identificano pattern nei dati per formulare previsioni utili a supportare decisioni o azioni in diversi ambiti, come amministrazione, sanità o economia.

[34] R. FERRARA, *l giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale,* in *Diritto amministrativo*, 4, 2019, p. 773-792.

[35] G. BOTTO, *Decisione algoritmica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo*, *op.cit*.

lascia spazio a un margine di scelta.
Si è detto che quando si tratta di *Machine Learning* (ML) o *Deep Learning* (DL) l'algoritmo apprende da un "*data lake*", ossia un archivio di precedenti o di dati raccolti in vista della decisione, che consente di affrontare anche casi nuovi e in questo senso l'adozione dell'algoritmo può essere classificato come un esercizio della discrezionalità.
Si impone preliminarmente una distinzione concettuale tra l'algoritmo e gli atti amministrativi che da esso promanano, trattandosi di entità giuridicamente non sovrapponibili. Nella teoria amministrativistica classica, l'atto discrezionale costituisce il prodotto dell'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione; appare pertanto problematico qualificare le tecniche di *machine learning* o *deep learning* come atti discrezionali in sé considerati, o persino come espressione diretta della discrezionalità. Ove si volesse fondare tale qualificazione sulla mancanza di una norma preesistente, rimarrebbe ferma la tradizionale bipartizione: la presenza di una norma determina un'attività interpretativa (e quindi vincolata), mentre la sua assenza configura uno spazio di discrezionalità. Tale dicotomia, tuttavia, non è ascrivibile all'algoritmo in quanto tale, ma piuttosto al margine operativo che l'ordinamento normativo gli riconosce – tornando così alla questione già precedentemente esaminata. Tale carattere, peraltro, sussiste anche quando l'algoritmo procede all'interpretazione sulla scorta di precedenti giurisprudenziali, potendo sia conformarsi ad essi che discostarsi con soluzioni innovative. Il discrimine autentico, dunque, non risiede nella natura intrinseca dell'algoritmo né nella sua capacità generativa, bensì nella qualificazione dei dati immessi nel *datalake*: ove si tratti di interpretazioni normative, l'attività si colloca nell'ambito del potere vincolato; ove si tratti di pregresse determinazioni discrezionali, l'algoritmo opererà entro la sfera della discrezionalità amministrativa. La validità di una norma tecnica può essere contestata solo per violazione di norme superiori o per irragionevolezza, se l'algoritmo è esercizio di discrezionalità, permane il sindacato di illogicità per eccesso di potere, ove la scelta espressa risulti inadeguata[36]. In conseguenza di quanto appena esposto, differisce anche l'ambito di tutela giurisdizionale cui l'interessato può accedere. Nel caso in cui l'algoritmo riproduca una norma tecnica vincolante, l'eventuale illegittimità potrà essere fatta valere solo per violazione di norme sovraordinate o per irragionevolezza manifesta, trattandosi di un atto sottratto al vaglio di opportunità. Viceversa, ove l'algoritmo derivi da pregresse scelte discrezionali, inserendosi quindi nella sfera dell'attività amministrativa

[36] T.A.R. Lazio, Sez. III-bis, 10 settembre 2018, n. 9227; Cons. Stato, Sez. VI, 2019, n. 2270, par. 8.2; si veda anche R. MATTERA, *Processo – Decisioni algoritmiche. Il Consiglio di Stato fissa i limiti*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2020, 4, 809 (nota a sentenza); A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2020, 3, 366 (nota a sentenza); M. TIMO, *Algoritmo – il procedimento di assunzione del personale al vaglio del Consiglio di Stato*, in *Giur. It.*, 2020, 5, 1190 (nota a sentenza). A. VALSECCHI, *Algoritmo, discrezionalità amministrativa e discrezionalità del giudice*, in *www.iusinitinere.it*, 2020 (nota a sentenza).

discrezionale, l'output potrà essere sindacato alla luce dei canoni propri dell'eccesso di potere, come l'illogicità, la contraddittorietà o l'inadeguatezza della motivazione. Si tratta, dunque, di due regimi di sindacabilità differenti, che riflettono la diversa natura del potere esercitato tramite l'algoritmo.

L'utilizzo di algoritmi nei procedimenti discrezionali non muta la natura giuridica della discrezionalità amministrativa, né la trasforma in attività tecnica. Tali strumenti operano come supporto istruttorio, ma non sostituiscono il potere valutativo dell'amministrazione, che conserva la facoltà di scegliere tra alternative legittime e di motivare eventuali scostamenti. L'algoritmo, dunque, resta un mezzo ausiliario, privo di efficacia conformativa[37].

Tenendo a mente quanto detto sul funzionamento degli algoritmi di *machine learning*, si può giungere ad una ulteriore considerazione, di ordine pratico, rispetto alla "trasformazione" della discrezionalità. Se è vero, come si è cercato di sostenere, che essa non è eliminata - piuttosto riallocata - è senz'altro plausibile che la discrezionalità in concreto sia ridotta[38]. Con riferimento alla capacità di autoapprendimento propria del *machine learning* si intende la capacità di un sistema di migliorare le proprie prestazioni analizzando dati, senza che venga programmato esplicitamente per ogni situazione, ma in vista di uno specifico fine. Il sistema impara dai dati forniti, individuando schemi e relazioni, e utilizza queste informazioni per fare previsioni o prendere decisioni. Man mano che riceve nuovi dati, il sistema si aggiorna, adattandosi e diventando sempre più preciso. È come insegnare a una macchina a "capire" attraverso l'esperienza, proprio come farebbe una persona apprendendo da ciò che osserva[39]. Tuttavia, la decisione così ottenuta può condurre a una sostanziale reiterazione degli schemi decisori precedentemente adottati, sfruttati come 'allenamento' dell'algoritmo[40]. L'apprendimento di ML, nei termini così riferiti, si avvicina alla logica della *common law*, dove l'algoritmo, pur non avendo una diretta capacità di provvedere, è influenzato dai principi e dalle precedenti decisioni. Infatti, se l'algoritmo analizza un numero elevato di decisioni precedenti, esso apprende a effettuare scelte sulla base di tali casi.

L'utilizzo dell'intelligenza artificiale, e in particolare di algoritmi basati su precedenti amministrativi, non muta però la natura giuridica dell'atto che ne deriva. Nella nostra cultura amministrativa, infatti, è pacifico che l'amministrazione possa discostarsi dai propri precedenti, purché motivi adeguatamente tale scelta. Lo stesso

[37] R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale, op. cit.*

[38] Si è sostenuta questa tesi in V. GALLIANO, *La decisione algoritmica tra tecnica e merito*, in S. FOÀ (a cura di), *Il nuovo merito amministrativo*, Torino, 2025, in corso di stampa.

[39] R. CAVALLO PERIN, *Fondamento e cultura giuridica per la decisione algoritmica*, in *SMART la persona e l'infosfera,* a cura di U. Salanitro, Pisa, Pacini Editore, 2022, 89-98;

[40] L. PARONA, *op. cit.*, p. 144; C. CASONATO, *Giustizia e intelligenza artificiale: considerazioni introduttive*, in *BioLaw Journal*, 2, 2021, p. 362, entrambi riprendono A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020, p. 99.

ISSN 2036-7821

principio vale anche laddove i precedenti siano raccolti e rielaborati tramite un algoritmo: si tratta comunque di una base orientativa e non vincolante. Attribuire a questi strumenti la capacità di trasformare un atto discrezionale in un atto tecnico o autovincolato significherebbe sovrapporre indebitamente il mezzo con l'oggetto. Non vi è, pertanto, una "erosione" della discrezionalità maggiore rispetto a quella che si avrebbe con un giudizio umano fondato su precedenti simili[41]. Peraltro, tale fenomeno non costituisce una novità assoluta introdotta dall'automazione algoritmica. La questione è invero già nota alla dottrina e alla prassi amministrativa, poiché da sempre le determinazioni discrezionali si risolvono – almeno in parte – sulla base di ciò che un funzionario ha già deciso in casi analoghi. Le figure sintomatiche della non contraddittorietà con la prassi ricorrono precisamente nei casi in cui un atto amministrativo si ponga in linea con il comportamento precedente della medesima amministrazione, anche se riferito a procedimenti distinti. Tali elementi fungono da indici di coerenza e uniformità dell'azione amministrativa, contribuendo alla legittimità dell'atto ove manchi un'espressa motivazione di discontinuità; in assenza di tali segni, viceversa, può sorgere il sospetto di sviamento di potere o di disparità di trattamento.

Quando la pubblica amministrazione, nell'esercizio della discrezionalità, decide di avvalersi di sistemi di intelligenza artificiale per seguire un determinato procedimento, essa si sarebbe imposta un autolimite, definito da quello che il *data lake* contiene.

Nel contesto del processo decisionale amministrativo, la nozione di autolimite assume un ruolo cruciale quale tecnica di progressiva riduzione della discrezionalità[42]. Esso si configura come un insieme di criteri o parametri che l'amministrazione definisce autonomamente, vincolando preventivamente le proprie valutazioni future.

La funzione dell'autolimite non è solo operativa, ma rappresenta un possibile

[41] Così come sostenuto da L. PARONA, *op. cit.*, p. 136 e G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative,* Wolters Kluwer, Milano, 2023, p. 87 e ss.

[42] Citando L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro Amm.*, 9, 2018, 1598 ss. La categoria dell'atto amministrativo elaborato tramite sistemi informatici si è affermata nel diritto amministrativo con un legame intrinseco al concetto di autolimite della pubblica amministrazione. Questo legame si rivela particolarmente significativo nell'estensione dell'automazione dei provvedimenti amministrativi, soprattutto grazie alle norme che richiedono la predeterminazione di criteri generali per la concessione di benefici economici o altre utilità (art. 12, legge n. 241/1990; art. 12, d.P.R. n. 487/1994). Tale predeterminazione permette di ridurre la discrezionalità nelle valutazioni finali, favorendo la prevedibilità e l'uniformità nell'emanazione dei provvedimenti. Inoltre, rende possibile circoscrivere l'ambito delle decisioni discrezionali attraverso l'adozione di criteri generali che, pur non trasformando necessariamente l'attività in vincolata, fungono da parametri la cui inosservanza può configurare un vizio di eccesso di potere. In questo caso, permane una scelta discrezionale retta dal principio di non contraddittorietà con i criteri prestabiliti – come accade, ad esempio, nelle procedure concorsuali, ove le commissioni esaminatrici operano entro griglie di valutazione predefinite. Diverso è il caso in cui i criteri assumano carattere sufficientemente univoco e deterministico da permettere una piena automazione: solo in tale ipotesi si realizza un'effettiva trasformazione dell'attività discrezionale in attività vincolata, idonea all'implementazione in sistemi algoritmici automatizzati

percorso 'guidato' del farsi di una decisione amministrativa. Questo comporta che i criteri – gli elementi contenuti nel *data-lake* - siano definiti in modo trasparente e idonei a generare fiducia tanto negli operatori che li utilizzano (funzionari e giudici) quanto nei cittadini che ne sono destinatari. L'autolimite si pone come una garanzia di razionalità, imparzialità e affidamento nel processo decisionale, anche quando mediato dall'uso di algoritmi[43].

In altri termini, la decisione così ottenuta sarebbe "oggettivata"[44], così come nel caso in cui "per scopi di semplificazione procedimentale nonché di uniformità e oggettività dei giudizi, è stato adottato un algoritmo per l'individuazione della soglia di assoggettabilità a VIA, in tal modo confinando l'esercizio residuo di discrezionalità amministrativa delle singole Amministrazioni competenti, in sede applicativa dell'algoritmo, entro un ambito limitato"[45]. L'oggettivazione delle decisioni ottenute mediante l'applicazione di sistemi automatizzati costituisce, tuttavia, un fenomeno da valutarsi con cautela. Ove si consideri che il *datalake* sul quale l'algoritmo si addestra è costituito da decisioni effettivamente assunte da funzionari umani, appare problematico sostenere che il mero trasferimento del processo decisionale a una macchina comporti automaticamente la neutralizzazione della componente discrezionale. Se l'algoritmo replica scelte discrezionali precedenti, non è affatto evidente che queste cessino di essere tali per il solo fatto di non essere più direttamente umane: esse rimangono pur sempre tratte da valutazioni umane pregresse e ne conservano, pertanto, la natura discrezionale originaria. Lo spazio autentico dell'oggettivazione indotta dall'automazione risiede, piuttosto, nell'imparzialità dell'applicazione: l'algoritmo garantisce che casi identici siano trattati in modo uniforme, sottraendo la decisione a possibili condizionamenti soggettivi, emotivi o arbitrari del singolo funzionario. L'oggettività, dunque, non attiene all'eliminazione della discrezionalità insita nei dati di addestramento, ma all'uniformità e alla neutralità con cui tali precedenti vengono applicati ai casi futuri.

Tra il "risultato dell'elaborazione algoritmica e la decisione amministrativa ci sarebbe un forte grado di condizionamento, considerando l'algoritmo come un autolimite della pubblica amministrazione" ove le risultanze algoritmiche definiscono la decisione sostitutiva oppure l'esito istruttorio o predecisorio che è sottoposto alla supervisione umana. Le considerazioni sull'autolimitazione variano significativamente a seconda che si esamini un algoritmo deterministico o un sistema

[43] P. FORTE, *op. cit.*, p. 278 e ss.

[44] S. FOÀ, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. Dalle 'scatole nere' alla 'casa di vetro'?*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2023, p. 543 e ss.

[45] T.A.R. Lombardia, Milano, III, 16 marzo 2020, n. 482, con particolare riferimento al punto 20.3.2) che riporta: "Reputa il Collegio che, la suesposta normativa regionale assume i caratteri di autolimite della discrezionalità amministrativa in relazione alla valutazione demandata alla stessa Amministrazione e con specifico riguardo ai parametri da vagliare con la sopra descritta metodologia". Si veda anche Cons. Stato, sez IV, 12 aprile 2021, n. 2927

di intelligenza artificiale predittiva. Se per l'algoritmo deterministico è complesso individuare e spiegare l'operato dell'autolimite, poiché solitamente l'algoritmo deterministico si applica nei casi di attività vincolata della pubblica amministrazione, che di per sé non necessiterebbe di autolimitazione in quanto sono già legalmente previsti i vincoli cui la PA deve attenersi nell'esercizio del potere. Invece, nel caso dei sistemi di IA predittiva, tale limite emerge dall'analisi del "*data lake*", costituito dalla vasta raccolta di dati e casistiche selezionate per l'addestramento del sistema stesso, che in quest'analisi coincide con il contenuto dell'autolimite. Di conseguenza, lo scostamento dal risultato fornito dall'algoritmo può integrare una violazione del principio di imparzialità, qualora l'amministrazione si sia autovincolata al suo utilizzo – come avviene, ad esempio, per la determinazione della soglia di assoggettabilità alla VIA[46]. Allo stesso modo, costituiscono forme di autovincolo anche l'adozione di precedenti amministrativi o di criteri di discrimine predeterminati, la cui inosservanza configura una violazione di legge.
Per poter valutare il grado di limitazione che sussiste tra l'esito della decisione algoritmica e la conclusione del procedimento diventa essenziale comprendere la natura giuridica dell'algoritmo.

[46] Il riferimento al principio di imparzialità come uno dei fondamenti dell'autolimite è tratto da M.P. VIPIANA, *op. cit.*, p. 143 e ss. L'A. ricostruisce la *ratio* della prefissione di autolimiti da parte dell'autorità amministrativa in vari principi, quali l'esigenza di pari trattamento, il principio di uguaglianza e le numerose sentenze che pongono il principio di imparzialità della pubblica amministrazione. Il principio di imparzialità non ha carattere esclusivo tuttavia, infatti i riferimenti al principio di uguaglianza prevalgono se si assume come oggetto di indagine l'autolimite che deriva dall'applicazione della prassi amministrativa, invocando invece l'imparzialità quale principio fondante gli autolimiti che derivano dalle altre circostanze. La ragione risiede nel fatto che, negli autolimiti non originati dalla prassi, l'attenzione è incentrata verso il futuro. Nei casi di autolimiti originati da prassi amministrativa, si evidenzia l'esistenza di uno 'storico' nei comportamenti della pubblica amministrazione, per tano rileva il raffronto tra il comportamento già tenuto dalla PA secondo un canone di coerenza. Ulteriori riferimenti al principio di imparzialità riferito all'attività amministrativa automatizzata si trovano in R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali, op. cit.*, p 149, in cui si afferma che Il principio di imparzialità (art. 97, comma 2, Cost.) si applica sia all'organizzazione pubblica, come garanzia di uguaglianza sostanziale, sia agli atti amministrativi, differenziandosi dagli atti di indirizzo politico-amministrativo. Questi ultimi stabiliscono standard generali che possono essere derogati solo con motivazione o risultare inderogabili per la loro natura astratta. In questo contesto, il procedimento algoritmico permette di monitorare e gestire gli standard amministrativi, aggiornandoli o confermandoli per garantire efficienza e imparzialità. L'adozione di algoritmi nell'amministrazione digitale consente di migliorare il monitoraggio degli scostamenti dagli standard, riducendo l'incertezza e individuando eventuali discriminazioni o sproporzioni. Inoltre, l'intelligenza artificiale rafforza la capacità dell'amministrazione di analizzare i fatti e rappresentare correttamente gli interessi dei partecipanti al procedimento, rispettando il principio costituzionale di imparzialità. Questa capacità di sistematizzazione e analisi potenzia l'efficacia della pubblica amministrazione, garantendo prevedibilità nelle decisioni e identificazione di gravi ingiustizie, migliorando al contempo la conoscenza e la gestione degli interessi pubblici e privati. Sempre in riferimento al principio di imparzialità si rimanda a M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo,* Milano, 2000, 263-264; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità amministrativa,* Padova, 1965; P. VIRGA, *La limitazione della discrezionalità per l'attuazione dell'imparzialità amministrativa,* in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto,* Padova, V, 1970; F. VETRÒ, *Il principio di imparzialità,* in *Studi sui principi di diritto amministrativo,* (a cura di) F. RENNA, M. SAITTA, 2012, Milano, Giuffrè, p. 91 e ss.

ISSN 2036-7821

3. La natura giuridica dell'algoritmo: regolamento o atto generale

Per inquadrare correttamente il tema del discostamento, in sede decisoria, dall'*output* algoritmico, è necessario tentare di qualificare giuridicamente l'algoritmo.

Secondo una prima impostazione dottrinale l'algoritmo può essere un *atto amministrativo* in sé, configurato come un "atto-programma" che pone prescrizioni generali e astratte, disponendo l'azione amministrativa quanto a modalità e contenuti[47].

Tale affermazione va chiarita, in particolare il riferimento agli attributi di generalità e astrattezza, poiché secondo una prima impostazione l'algoritmo potrebbe essere qualificato come 'atto amministrativo generale e astratto'. Questa configurazione implica che esso non contenga decisioni specifiche riferite a casi concreti, bensì prescrizioni normative rivolte genericamente a una pluralità indeterminata di situazioni, con l'obiettivo di orientare preventivamente l'azione amministrativa. Gli 'atti generali' rappresentano una categoria intermedia tra gli atti normativi e i provvedimenti amministrativi. L'aspetto della generalità è inteso come attitudine a disciplinare una pluralità di soggetti o una pluralità di casi. Tuttavia, la caratteristica dell'astrattezza è qui distinta dalla generalità: l'astrattezza, infatti, è definita nel senso di una prescrizione stabilita preventivamente, senza riferirsi a situazioni concrete già note o identificabili nel momento della sua formulazione[48]. Tale caratteristica solleva il decisore dalla responsabilità specifica verso il destinatario, attribuendo la decisione al contenuto predeterminato dall'atto generale stesso.

Se l'algoritmo configura un autolimite all'esercizio del potere amministrativo, esso si avvicina concettualmente al regolamento (norma generale e astratta).

Se invece l'algoritmo è concepito come 'atto generale'[49] (non necessariamente normativo, salvo alcuni orientamenti di pensiero[50]), esso rappresenta un punto di riferimento o uno '*standard*' operativo dal quale il decisore amministrativo può legittimamente discostarsi, purché fornisca una motivazione adeguata del perché la situazione concreta non rientri nello schema generale previsto dall'algoritmo stesso.

In questa prospettiva, risulta evidente come lo strumento informatico di *machine learning* implementato all'attività discrezionale della PA si qualifica come il meccanismo tecnico-giuridico attraverso cui si realizza il principio dell'autolimite amministrativo. Il programma diviene così parte integrante della dinamica

---

[47] A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 56 ss.; A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, cit., 17; D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, cit., 100 ss; L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica, op. cit.*, p. 160, ripercorre le varie ricostruzioni sulla natura giuridica del *software.*

[48] P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Giuffrè Editore, 2007. G. Levi, *L'interpretazione della legge: i principi generali dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè Editore, 2006.

[49] A. M. SANDULLI, *Sugli Atti Amministrativi Generali a Contenuto Non Normativo,* in *Società editrice del Foro italiano*, Roma, 1954.

[50] G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali,*

ISSN 2036-7821

procedimentale, arrivando ad influenzare in modo sostanziale - quando non addirittura a determinare - il contenuto degli atti finali che verranno emanati al termine del processo amministrativo.[51]

La 'generalità' dell'algoritmo permette un margine di discrezionalità amministrativa, restituendo così una quota di responsabilità al decisore. Infatti, se egli ritiene di discostarsi dalle indicazioni fornite dall'algoritmo, deve motivare lo scostamento esplicitando chiaramente le ragioni della decisione adottata, giustificando la diversità rispetto alle decisioni precedenti. In assenza di tale motivazione, emergerebbe il rischio di contraddizione o irragionevolezza della decisione.

In conclusione, nella definizione della natura giuridica degli algoritmi amministrativi, la distinzione tra 'atto normativo' e 'atto generale non normativo' assume rilevanza operativa: il primo, infatti, è vincolante, mentre il secondo lascerebbe residuare un margine di discrezionalità riguardo al contenuto del provvedimento, richiedendo però una rigorosa motivazione quando il decisore amministrativo intende derogare alle prescrizioni algoritmiche predeterminate.

Secondo questa visione, l'algoritmo non sarebbe un mero atto interno, ma avrebbe rilevanza esterna, poiché condiziona l'adozione del provvedimento finale, pur senza produrre effetti diretti e immediati[52]. Un altro approccio più radicale ha qualificato l'algoritmo, e il suo esito, come atti amministrativi aventi efficacia esterna diretta ed immediata[53]. In questo senso, qualora il potere amministrativo venga esercitato attraverso la predisposizione del programma informatico e l'atto finale risulti da esso determinato sia nei presupposti che nel contenuto, si può riconoscere la natura provvedimentale dell'algoritmo stesso. La fase di progettazione del sistema automatizzato si configura come il momento genetico della decisione amministrativa, nel quale si concentra l'effettivo esercizio della funzione pubblica. L'output algoritmico non costituisce un mero atto materiale, bensì l'esito di un procedimento in cui discrezionalità o interpretazione sono state esercitate ex ante nella definizione

[51] L. PREVITI, *op. cit.*, 160.

[52] Questa impostazione ha trovato parziale accoglimento anche nella giurisprudenza: il Consiglio di Stato, sez. IV, con sentenza 8 aprile 2019, n. 2270, afferma che "la regola tecnica che governa ciascun algoritmo rimane comunque una regola amministrativa generale, ideata dall'uomo e non dalla macchina, per essere successivamente (e unicamente) applicata da quest'ultima". Ne consegue che "l'algoritmo, ossia il software, deve essere qualificato a tutti gli effetti come un atto amministrativo informatico". A tale riguardo è interessante la posizione assunta da R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi, op. cit.*, p. 786, in cui, dopo l'analisi della sentenza sopra citata considera, definisce l'algoritmo come un atto amministrativo presupposto, rispetto al quale le decisioni attuative o esecutive generate dalle procedure informatizzate si configurano come semplici atti di esecuzione di "regole del gioco" definite e elaborate in una fase procedimentale antecedente.

[53] Secondo U. FANTIGROSSI (*Automazione e pubblica amministrazione*, cit., 56), qualora il potere amministrativo venga esercitato attraverso la predisposizione del programma e l'atto finale risulti da esso determinato sia nei presupposti che nel contenuto, si può giungere a riconoscere la natura provvedimentale dello stesso atto; si veda poi: Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, punto 8.2; Cons. di Stato, 8 aprile, 2019, n. 2270; G. FASANO, *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, in *MediaLaws*, 3, 2019, pp. 237 ss.; sulla qualificazione dell'atto amministrativo generale: Cons. St., Ad. Pl., 4 maggio 2012, n. 9.

delle regole decisionali.

Le sovraesposte tesi relative alla natura giuridica dell'algoritmo, seppur quasi opposte tra loro, hanno in comune la tendenziale natura "attizia"[54] dell'algoritmo, alla quale si contrappone la tesi dell'algoritmo come "fatto" giuridicamente rilevante. Questa interpretazione colloca l'algoritmo (e non il suo esito) in una dimensione di normazione secondaria, evidenziandone l'idoneità a disciplinare le modalità operative dell'azione amministrativa[55]. Tutte queste qualificazioni, tuttavia, mostrano un limite comune: fraintendono la natura tecnica dell'algoritmo, attribuendogli caratteristiche giuridiche riferite agli atti che non gli appartengono[56].

3.1. L'algoritmo come procedimento.

Ancora l'algoritmo, e quindi il software che lo traduce in linguaggio macchina, è stato considerato come un *procedimento amministrativo*.

Secondo questa teoria, l'algoritmo (qui inteso in senso tradizionale) rappresenta il procedimento risolutivo di un problema, descritto da un numero finito di istruzioni precise[57], questa teoria merita un approfondimento a parte.

L'algoritmo deterministico si può configurare come un *procedimento* ideato per risolvere una classe di problemi attraverso una sequenza finita di operazioni, definite in modo chiaro e non ambiguo. Non svolge valutazioni, giudizi o decisioni dirette, si limita a descrivere i passaggi necessari per raggiungere una soluzione, senza prescriverli o imporli. La sua natura è strettamente descrittiva e operativa, destinata al funzionamento della macchina, priva delle caratteristiche essenziali di un atto amministrativo, quale la capacità di innovare, conservare o modificare una realtà giuridica[58]. Alla luce di ciò, una possibile alternativa per comprendere la funzione dell'algoritmo nell'amministrazione sembra essere il collegamento con il procedimento amministrativo[59]. Questo perché, nel diritto amministrativo, come noto, il procedimento rappresenta l'attività complessa e sequenziale che conduce alla formazione dell'atto finale, regolata da norme o atti generali che definiscono i limiti e le modalità operative. Lo studio del procedimento amministrativo inizia anni

---

[54] La natura essenzialmente attizia della prima ricerca emerge anche negli scritti di G. DUNI, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto amministrativo emanato nella forma elettronica*, cit., 407; B. SELLERI, *Gli atti amministrativi «in forma elettronica»*, cit., 133; V. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit. In questa linea si colloca anche G. DUNI, *Amministrazione digitale*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 14, il quale afferma che "parlare di amministrazione digitale pone l'accento sulla forma dell'attività ed in particolare degli atti.

[55] C. TASSO, *op. cit.*, p 19

[56] G. GALLONE, *Riserva di umanità,* p. 99 e ss.

[57]Tesi riportata da S. FOÀ, *La cultura della trasparenza amministrativa, op. cit*, p. 538; conforme L. TORCHIA, *Lo stato digitale: una introduzione,* Il Mulino, Bologna, 2023.

[58] *idem.*

[59] Sul punto si veda M. FRANCAVIGLIA, *L'intelligenza artificiale nell'attività amministrativa: principî e garanzie costituzionali nel passaggio dalla "regula agendi" alla regola algoritmica,* in *federalismi.it,* 2024, fasc. 17, p 117.

addietro rispetto all'adozione della legge sul procedimento amministrativo[60], e il concetto si formalizza come una serie di atti concatenati evidenziando come il mancato rispetto delle sue fasi possa condurre all'invalidità dell'atto finale[61]. In altri termini, il procedimento amministrativo così inteso dà rilevanza giuridica non solo all'atto conclusivo del procedimento, ma all'intero processo composto da molteplici atti precedenti. Così facendo, si attribuisce valore giuridico anche alle fasi preliminari del procedimento, evidenziando che gli atti preparatori non sono meri passaggi formali o burocratici, ma elementi connessi logicamente e giuridicamente con l'atto finale. L'obiettivo principale è, dunque, quello di riconoscere pienamente la rilevanza giuridica della sequenza procedimentale, conferendo a ciascun atto che la compone una precisa funzione e valenza nell'ambito del procedimento amministrativo, elaborando la teoria dell'invalidità derivata: se uno degli atti precedenti è illegittimo, questa illegittimità può riflettersi anche sull'atto conclusivo del procedimento.
Successivamente, l'eccesso di potere è stato reinterpretato come violazione della funzione amministrativa, riconducendo il procedimento a una funzione essenziale di coerenza e legittimità[62]. Tale teoria, da un lato, contrasta l'idea tradizionale secondo cui la rilevanza giuridica appartiene esclusivamente all'atto terminale del procedimento amministrativo; dall'altro, introduce una fondamentale precisazione: l'eccesso di potere, quale vizio specifico della funzione amministrativa, riguarda non tanto il singolo atto in sé, quanto piuttosto la funzione amministrativa. Tale potere amministrativo non è libero, ma è funzionalmente orientato al perseguimento di fini predeterminati e definiti dalla legge, cioè fini "eterodefiniti". Se l'eccesso di potere è un vizio della funzione amministrativa (e non solo del singolo atto), la rilevanza giuridica si estende inevitabilmente dai singoli atti anche ai comportamenti tenuti dall'amministrazione. Non sono rilevanti soltanto gli atti formali che

[60] È appena il caso di ricordare che in Italia la disciplina dell'esercizio del potere amministrativo si è sviluppata inizialmente attraverso leggi specifiche per determinati procedimenti. Dopo l'unificazione nazionale, furono promulgate norme come la legge n. 2359 del 1865 sul procedimento espropriativo, la legge n. 2644 del 1884 sul demanio fluviale e altre leggi sui procedimenti relativi al demanio marittimo (1879), alle bonifiche (1882) e alle concessioni ferroviarie. Queste normative si concentravano sulle modalità formali dell'azione amministrativa, regolando aspetti specifici senza una disciplina generale. Solo con la legge n. 241 del 1990, l'Italia si dotò di una normativa organica sul procedimento amministrativo, recependo principi costituzionali e giurisprudenziali. Nata come legge di principi, essa si è progressivamente arricchita, includendo norme che disciplinano non solo l'esercizio del potere amministrativo, ma anche situazioni giuridiche soggettive dei privati. Questa evoluzione ha trasformato il procedimento in un elemento centrale della democrazia partecipativa, valorizzando il contraddittorio e il rapporto tra amministrazione e cittadini (ricostruzione tratta da C. GUACCI, in *Istituzioni di diritto amministrativo,* AA. VV., Giappichelli, Torino, 2017, p. 149 e ss.). Cfr. anche S. CASSESE, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata,* in *Il Foro Italiano,* 1, 1993, pp. 27-34.

[61] Per la definizione e gli studi sul procedimento amministrativo è obbligatorio il rimando a A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940;

[62] Volendo solamente accennare la tesi di Benvenuti rispetto al procedimento, esso si può considerare come il modo in cui si estrinseca la funzione amministrativa, secondo l'autore, infatti: "sotto il profilo oggettivo il procedimento è manifestazione della funzione". F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 128.

ISSN 2036-7821

l'amministrazione pone in essere, bensì l'intero esercizio del potere, in qualunque modo si manifesti, inclusi comportamenti o condotte. Di conseguenza, la contraddittorietà e l'irrazionalità che integrano l'eccesso di potere non emergono esclusivamente dagli atti formali, ma anche dai comportamenti amministrativi: ciò significa che il parametro di valutazione della correttezza giuridica dell'azione amministrativa si amplia notevolmente.

Integrando queste considerazioni con la riflessione sui sistemi algoritmici (e, eventualmente, sull'intelligenza artificiale) applicata alla pubblica amministrazione, emerge con evidenza il punto comune alle due nozioni rappresentato dalla necessità di valutare la corrispondenza del risultato conseguito rispetto al fine assegnato. In ambito pubblico, la logica giuridica e amministrativa impone di guardare non soltanto al risultato finale, ma all'intero processo che lo ha determinato. È noto che il vizio di eccesso di potere censura l'incongruità, l'illogicità o la contraddittorietà dell'esercizio della funzione amministrativa rispetto al fine perseguito, che deve essere garantito in ogni manifestazione dell'attività amministrativa, inclusa quella algoritmica. Non è sufficiente osservare la correttezza formale del procedimento, ma occorre anche considerare la sostanza, verificando che l'amministrazione non effettui scelte (incluse quelle realizzate tramite algoritmi e sistemi di IA), contraddittorie o illogiche rispetto al fine di interesse pubblico. Anche l'uso degli algoritmi in ambito amministrativo impone una rigorosa verifica del procedimento algoritmico, inteso non solo come sequenza procedimentale formale, ma come modalità concreta di esercizio della funzione amministrativa. Quest'ultima deve essere costantemente orientata al fine etero definito dalla norma, evitando qualsiasi rischio di sviamento, incongruità o irragionevolezza, dal risultato algoritmico rispetto al fine del caso concreto, cui si aggiunge il difetto di trasparenza, di logicità e di tracciabilità del processo che non sia assicurata in maniera adeguata.

Di rilievo è quanto già sulla distinzione tra algoritmi deterministici e algoritmi predittivi. Da un lato, infatti, l'algoritmo deterministico si caratterizza per essere una sequenza lineare e predeterminata di istruzioni, orientata al conseguimento di un risultato specifico e prestabilito. Analogamente, il procedimento amministrativo può essere descritto, in forma semplificata, come una successione ordinata di comportamenti, atti e fatti, finalizzati a produrre un determinato effetto giuridico, rappresenta il procedere (lo svolgersi) di un fenomeno verso la conclusione: rileva non tanto la serie dei singoli fatti che nel corso di questo svolgimento trovano collocazione, ma il modo del loro susseguirsi[63].

Tale parallelismo consente di affermare una compatibilità concettuale tra la logica deterministica e la struttura procedimentale dell'amministrazione.

Dall'altro lato, i modelli algoritmici predittivi, basati su logiche non deterministiche e

[63] P. ALBERTI, G.AZZARITI, G. CANAVESIO, C.E. GALLO, M.A. QUAGLIA, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, 1992, Giappichelli, Torino..

adattive, incorporano casistiche variabili e complesse, apprendendo soluzioni da insiemi dinamici di dati e producendo risultati difficilmente prevedibili spesso confinati nella c.d. *black box*[64].

Proprio questa complessità e imprevedibilità rende problematica l'assimilazione di tali algoritmi alla logica procedimentale classica. Si è già sottolineato che i modelli di IA sono tipicamente orientati al conseguimento di uno specifico obiettivo, al punto che spesso le istruzioni che seguono per raggiungerlo non sono rigidamente codificate, ma strutturate in modo adattivo per ottimizzarne il risultato. Da tale prospettiva emerge con chiarezza una tensione rispetto alla teoria, precedentemente richiamata, che attribuisce rilevanza giuridica al procedimento come un certo susseguirsi di atti ed eventi. Detto in altri termini, se in ambito privato, l'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale è finalizzato in modo esplicito e diretto al conseguimento del profitto, ciò che conta è soprattutto la capacità del sistema di raggiungere in modo efficace un risultato economico misurabile. Tale finalità economica assume, così, il ruolo di parametro fondamentale per valutare la performance del sistema: il risultato ottenuto oscura, o comunque rende secondario, il processo attraverso cui esso viene raggiunto. Da questo punto di vista, l'aspetto metodologico assume una posizione marginale, perché la verifica dell'efficacia del sistema è esclusivamente fondata sulla sua capacità di realizzare l'obiettivo desiderato, a prescindere dalla trasparenza e dalla ricostruibilità del percorso decisionale.

Al contrario, quando si traspone questo schema logico nell'ambito pubblico e, in particolare, nell'attività amministrativa, la questione diventa immediatamente più complessa e delicata[65]. L'amministrazione pubblica è infatti tenuta a perseguire una pluralità di finalità di interesse generale, spesso in equilibrio dinamico e talvolta conflittuali tra loro.

La decisione amministrativa non può quindi basarsi unicamente sulla verifica del risultato finale raggiunto, poiché l'ordinamento giuridico richiede che anche il processo attraverso cui si perviene a quella decisione sia sempre chiaramente

---

[64] Sulla nozione di *black box* in questo contesto si veda: G. PASCERI, *Le scienze argomentative tra stereotipi e veri pregiudizi: la "*black box", in *Ciberspazio e diritto,* 1, 2023, 21-41; per inquadrare la problematica della spiegabilità algoritmica, che qui non può essere approfondita, si rimanda a U. PAGALLO, *Algoritmi e conoscibilità,* in *Rivista di filosofia del diritto,* 1, *2020,* p 93-106, che analizza le discussioni attuali sul funzionamento degli algoritmi da un punto di vista normativo, concentrandosi sul diritto alla spiegazione sancito dall'art. 22(3) del GDPR e sul principio di "spiegabilità" discusso nelle iniziative istituzionali sui principi etici dell'intelligenza artificiale (AI). L'obiettivo è duplice: da un lato, dimostrare che esiste già un quadro giuridico sufficientemente chiaro per stabilire responsabilità in caso di danni derivanti dall'uso di algoritmi; dall'altro, individuare nuovi principi e diritti per integrare le normative esistenti, affrontando le sfide etiche e legali legate alla conoscibilità, spiegabilità e responsabilità nella progettazione e nell'uso degli algoritmi. Sempre sul tema: R. DE ROSA, V. REDA, E-politics. The black box society: *per un'agenda di ricerca sull'*Automated Decison Making, in *Comunicazione politica,* 2, 2021, p. 275-283; G. LO SAPIO, *La* black box: *l'esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione*, in *Federalismi*, 16, 202, 136 -149.

[65] J. Tasioulas, *The rule of algorithm and the rule of law*, in *Vienna Lectures on Legal Philosophy*, fasc. 92, 2023.

ISSN 2036-7821

ricostruibile, trasparente e giustificabile.

Nel diritto amministrativo, infatti, la validità e la legittimità di una decisione non possono essere valutate indipendentemente dal procedimento seguito per raggiungerla. In altre parole, il risultato ottenuto e il procedimento adottato sono strettamente intrecciati, al punto che è impossibile separare la legittimità sostanziale della decisione dalla correttezza formale del processo che l'ha prodotta. Per questa ragione, appare più corretto qualificare gli algoritmi predittivi non già come strumenti procedimentali veri e propri, bensì come forme di autolimitazione amministrativa, cioè regole interne che la stessa amministrazione pone a sé stessa per orientare e vincolare la propria discrezionalità, nel rispetto del principio di legalità. Quest'ultima categoria concettuale non risulta invece adeguata agli algoritmi deterministici. Infatti, tali algoritmi trovano tipicamente impiego nell'attività amministrativa vincolata, ove l'ambito e le modalità di esercizio del potere sono già delimitati dalla legge e non necessitano pertanto di ulteriori autolimitazioni interne. In tale scenario, appare che questi algoritmi, non acquisiscono natura decisoria in senso proprio, ma rimangono strumenti tecnici che si integrano alla dinamica procedimentale senza sostituirla[66].

Volgendo ora l'attenzione alla tesi che individua nell'algoritmo un modulo procedimentale inteso come strumento posto a servizio del funzionario umano, una diversa lettura inquadra il prodotto dell'elaborazione algoritmica come un parere semi-vincolante[67], consentendo il discostamento anche nell'osservanza di una procedura specifica, integrata da una motivazione rafforzata, come viene richiesto nel caso in cui il provvedimento finale sia adottato da un soggetto differente dal responsabile del procedimento che ha condotto l'istruttoria e si voglia discostare dalle risultanze raccolte da quest'ultimo in sede di adozione del provvedimento[68].

In questo contesto, tuttavia, la motivazione rafforzata da fornire per discostarsi dalle risultanze dell'elaborazione algoritmica pare più difficile da formare, a causa dell'opacità che avvolge l'*output*.

Perché tale motivazione rafforzata sia efficace esige la capacità di interloquire criticamente con le premesse logiche e fattuali della proposta algoritmica, al fine di giustificare in modo razionale la scelta divergente. A questo fine, si rende però necessario comprendere pienamente le premesse logiche e fattuali. Questo è possibile nel caso degli algoritmi deterministici, i cui passaggi decisionali sono trasparenti e ricostruibili. Al contrario, negli algoritmi predittivi basati su machine learning, l'opacità della cosiddetta *black box* rende difficile risalire alle ragioni effettive del *decisum*[69], ostacolando di fatto la possibilità di fornire una motivazione rafforzata

[66] G. GALLONE, *Riserva di umanità, op. cit.*
[67] S. FOÀ, *Intelligenza artificiale e trasparenza amministrativa, op. cit.*, p. 542.
[68] Art. 6 lett. e) della legge n. 241 del 1990.
[69] S. FOÀ, *Intelligenza artificiale e trasparenza amministrativa, op. cit.*, p. 544.

adeguata. Una possibile risposta a questo rilievo è considerare che la motivazione si può ricavare dalle motivazioni degli atti amministrativi precedenti inseriti nel *data lake*, su cui il sistema di IA ha 'imparato' ad elaborare la decisione. Tuttavia, questo rilievo non fa venire meno l'importanza, ribadita anche dalla giurisprudenza, del principio di conoscibilità algoritmica[70], una delle questioni sollevate dai principi della legalità algoritmica[71].

4. L'output algoritmico e la scelta umana.

Indagata la natura giuridica dell'algoritmo, è necessario volgere lo sguardo al prodotto finale dell'elaborazione algoritmica: l'*output*, per analizzare il rapporto tra le risultanze del procedimento algoritmico e la decisione amministrativa finale[72]. Gli esiti del ragionamento conducono ad approdi differenti – e conseguenze differenti in termini di discostamento dall'*output* – in ragione del punto di vista che si assume sulla natura giuridica dell'algoritmo: che lo si qualifichi come autolimite o come modulo procedimentale.

La pubblica amministrazione è dotata del potere di predeterminare la propria azione futura fissando in maniera anticipata i parametri che vincoleranno il processo di

[70] La conoscibilità algoritmica, quale elemento cardine del principio di legalità algoritmica, garantisce trasparenza e controllo nell'impiego degli algoritmi nei procedimenti amministrativi. Essa richiede che ogni aspetto del funzionamento algoritmico sia accessibile e comprensibile, includendo la struttura, i criteri decisionali, i dati utilizzati e le priorità assegnate. Questo livello di conoscibilità deve estendersi non solo alla pubblica amministrazione titolare del potere, ma anche ai soggetti incisi dalle decisioni, permettendo loro di verificare la conformità dell'algoritmo alle norme e agli obiettivi prestabiliti. In tale contesto, la multidisciplinarità dell'algoritmo, che unisce competenze tecniche, giuridiche e amministrative, non esonera dall'obbligo di tradurre la complessità tecnica in una "regola giuridica" chiara, leggibile e sindacabile. Questo approccio consente di ancorare l'algoritmo ai principi del giusto procedimento, assicurando che la sua applicazione sia trasparente e rispettosa delle garanzie costituzionali. La riservatezza commerciale dei produttori di algoritmi non può prevalere, poiché la loro integrazione nei processi pubblici implica l'accettazione della necessaria trasparenza, rendendo la conoscibilità algoritmica un baluardo di tutela per gli amministrati e di legittimità per l'azione pubblica. Sul tema si rimanda a E. SPILLER, *Il diritto di comprendere, il dovere di spiegare*. Explainability *e intelligenza artificiale costituzionalmente orientata*, in *BioLaw Journal*, 2, 2021, 429-432; L. FIORIGLIO, *La Società algoritmica fra opacità e spiegabilità: profili informatico-giuridici*, in *Ars interpretandi*, 1, 2021, 53-67; M. FALCONE, *Bisogni conoscitivi delle amministrazioni e principio di legalità: quale predeterminazione delle scelte conoscitive pubbliche?*, in Rivista *italiana di informatica e diritto*, 2, 2022, 55-66.

[71] La "legalità algoritmica" rappresenta l'insieme delle condizioni che garantiscono l'uso legittimo dei sistemi di intelligenza artificiale nei procedimenti amministrativi che incidono sulla sfera giuridica dei privati. Questo concetto mira a bilanciare il crescente favore per le decisioni basate su *output* algoritmici con la necessità di tutelare i principi del giusto procedimento. Di conseguenza, si richiede un innalzamento degli standard di legalità applicabili a questi strumenti. Inizialmente delineata dalla giurisprudenza, la legalità algoritmica attende una più solida codificazione normativa, sia a livello nazionale che sovranazionale. Un punto di riferimento fondamentale è la "sentenza decalogo" del Consiglio di Stato (n. 8472/2019), che, insieme ad altre decisioni, costituisce un corpus giurisprudenziale sul tema. La legalità algoritmica si articola su tre principi cardine: trasparenza, supervisione umana e non discriminazione, essenziali per assicurare l'equilibrio tra l'efficienza dell'algoritmo e i diritti dei cittadini. R. CAVALLO PERIN, *Il principio di legalità nell'amministrare pubblico per algoritmi, in L'amministrazione digitale. Quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte*. Atti del Convegno di Napoli, 9-10 maggio 2022 a cura di J.-B. AUBY, G. DE MINICO, G. ORSONI, 2023, 99-109;

[72] Il problema viene affrontato da L. PARONA, *op. cit.*, p. 145 e da S. Foà, *op. cit.* p. 538.

adozione delle decisioni e scegliendo di avvalersi, per tale fine, di appositi strumenti informatici[73]. Questo assunto porta a considerare l'autolimite amministrativo come fondamento teorico della scelta delle pubbliche amministrazioni di servirsi di formule algoritmiche per assumere le proprie determinazioni[74].

Richiamando quanto detto sull'autovincolo, è ora necessario considerare la possibile alterità tra il soggetto che determina il limite e il soggetto che lo osserva[75]. In tema di automazione della pubblica amministrazione, infatti, non si può ignorare che la *softwere house* che elabora il programma informatico e il meccanismo di funzionamento è molto frequentemente un soggetto privato esterno alla pubblica amministrazione, rispetto alla quale non sussiste un rapporto organico[76].

Parimenti, non si può ignorare che questo possa determinare il correlato rischio "di trasferire surrettiziamente il potere decisionale dalla p.a. alle società informatiche – per lo più private – che predispongono e forniscono i software"[77]. In questo senso si potrebbe immaginare il rischio di delegare a soggetti diversi dalla pubblica amministrazione la cruciale fase di programmazione dell'algoritmo e di impostazione dei parametri operativi su cui esso si baserà[78]. In altri termini, la

[73] Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 8 aprile 2019, n. 2270, per la quale l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi (riduzione tempi procedimentali in operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità; l'esclusione di interferenze dovute a negligenza o dolo del funzionario con conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata", dove aveva invece precisato che "non può lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili (e ciò la rende in parte diversa da molte regole amministrative generali). In generale sull'ammissibilità dell'algoritmo nelle procedure amministrative come strumenti per correggere le distorsioni e le imperfezioni dei processi cognitivi umani : Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881 (punto 5.1), come evidenziato dalla recente letteratura in economia comportamentale e psicologia cognitiva. In generale, sulla facoltà degli enti pubblici di predeterminare le proprie decisioni si rimanda a A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative,* Napoli, 1997 e M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione,* Milano, 1966.

[74] Riflessione tratta da L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica, op. cit.,* p. 149; P. FORTE, *op.cit.,* p. 280 e ss; S. FOÀ, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa, op. cit.,* p. 539.

[75] M.P. VIPIANA, *op. cit.,* p. 59 parla del criterio "soggettivo" come uno dei possibili spunti di organizzazione e studio del fenomeno degli autolimiti, enucleando una serie di ipotesi che prevendono: l'identità del soggetto che impone e osserva l'autovincolo, oppure del medesimo orano anche se avviene un mutamento nel titolare tra il momento della fissazione dell'autolimite e quello della sua osservanza. Può poi trattarsi di un organo che prefissa il vincolo differente.

[76] In questo senso si veda L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica, op. cit.,* p. 151, e p. 276 in cui si concentra sugli attori coinvolti nel processo di automazione procedimentale.

[77] A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale, op. cit.*, p. 6.

[78] Questa fase di indubbia importanza era stata inquadrata nell'ambito dell'esercizio, da parte della pubblica amministrazione, della discrezionalità tecnica (par. 2), connotato il fenomeno in questi termini, il problema si porrebbe con riferimento alla "delega a soggetti privi di legittimazione democratica la gestione delle stesse politiche pubbliche" (A. CASSATELLA, *ibidem).* La questione sembrerebbe ricordare il fenomeno dell'esternalizzazione di funzione pubblica ai privati, che naturalmente non si può approfondire in questo contesto, tuttavia si rimanda a G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (diretto da), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Vol. II, pt. III, Milano, 1920; F. De LEONARDIS, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e pubblici servizi,* in *Diz. dir. pubbl.*, Vol. III, Milano, 2006, 2296.

progettazione di sistemi di IA avviene in un sistema industriale dominato da grandi soggetti privati, questo perché richiede molte risorse, rispetto alle quali il settore pubblico non potrebbe competere, per questa ragione, le PA sono costrette ad optare per *l'outsourcing* [79](che si definisce l'opzione d'elezione per l'organizzazione e la prestazione di servizi anche con riferimento ai processi di digitalizzazione delle infrastrutture). Il caso dell'IA però presenta delle peculiarità, per due ordini di ragioni. In primo luogo, il fornitore esterno non è solo colui dal quale la PA acquista un determinato software, ma la PA potrebbe cooperare attivamente nella progettazione di questo strumento, ogni qual volta che l'asimmetria informativa lo rende necessario. Tuttavia, data tale asimmetria informativa, il fornitore gode di 'autonomia' decisionale anche quando la soluzione adottata opera all'interno dei confini della PA che eroga il servizio ed è titolare della funzione, questo rende l'IA un settore in cui la PA non è autonoma. In secondo luogo, il fornitore di IA è un soggetto strutturalmente estraneo alla PA che può influenzarne l'operato. Anche se la PA affianca i programmatori privati nella predisposizione del software, quandanche includa dei precedenti atti amministrativi (che non possono essere esterni alla PA), l'IA porta con sé la propria logica, entrare nell'IA significa entrare nel *businnes model* delle *big tech* che operano nel settore. Di conseguenza la PA diventa parte dell'ecosistema economico di quelle aziende, adoperando soluzioni che si basano su *quel* modello, e importa anche 'il modo di pensare' delle società che producono IA[80].

Ciò detto, si può ritenere che associare l'algoritmo alla nozione di autolimite metta in evidenza la fase di programmazione *ex ante* delle indicazioni secondo le quali gli interessi saranno bilanciati, rendendo più trasparenti le modalità di esercizio della funzione senza compromettere la valutazione comparativa degli interessi coinvolti nel bilanciamento. Secondo questa categorizzazione, quindi, sembrerebbe possibile affermare che l'autolimite costituisca il criterio e la modalità che influirà sulla fase decisoria del procedimento automatizzato[81].

Assume ora rilievo il quesito con cui si è aperto questo lavoro: in che termini il funzionario (necessariamente presente, in virtù del principio di non esclusività della decisione algoritmica[82]) potrà discostarsi dall'*output* così generato? Se consideriamo l'adozione dell'algoritmo nel procedimento amministrativo come l'adozione da parte

[79] In generale sul tema si veda M.L. Del Gatto, Outsourcing e pubblica amministrazione, Maggioli Editore, 2010.

[80] B. Ponti, *Il fornitore dell'algoritmo quale soggetto estraneo all'amministrazione*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, fasc 2, 2024, pp. 517–526

[81] L. PREVITI, *op. cit.*, p. 156.

[82] Sul principio di non esclusività della decisione algoritmica si rimanda a: S.Civitarese Matteucci, *Umano Troppo Umano. Decisioni Amministrative Automatizzate e Principio Di Legalità*, in Diritto pubblico, Fasc. 1, 2019, pp. 5–41; D.U. Galetta, *Human-Stupidity-in-the-Loop? Riflessioni (Di Un Giurista) Sulle Potenzialità e i Rischi Dell'Intelligenza Artificiale*, in *Federalismi*, fasc. 5, 2023; B. Marchetti, *La Garanzia Dello Human in the Loop Alla Prova Della Decisione Amministrativa Algoritmica*, in *BioLaw Journal*, Fasc. 2, 2021, pp. 367–85; D. Martire, *Human in the loop. L'essere umano come fattore condizionante della – o condizionato dalla – intelligenza artificiale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, fasc. 2, 2024, p. 15.

della pubblica amministrazione di un autolimite, la scelta del funzionario di discostarsi dall'esito generato dal programma, *output*, sarebbe possibile nei limiti in cui è concesso il discostamento dall'autolimite. La deroga all'autolimite procedimentale[83] è concessa al ricorrere di specifiche circostanze: un fenomeno di sopravvenienza oppure una causa non precisata che però deve essere specificamente e congruamente addotta a sostegno della deroga. Inoltre, la deroga all'autolimite sarebbe, poi, consentita senza aggravi nello spirito di un'azione amministrativa coerente e al contempo flessibile[84]. Con riferimento agli autovincoli che non ammettono deroghe, siano essi prefissati con atti tipicamente rivolti a tale scopo (es. norme, piani urbanistici, bandi di gara per l'affidamento di contratti) o siano essi adottati spontaneamente dall'Amministrazione, la conseguenza della loro violazione sarebbe l'invalidità dell'operato dell'autorità amministrativa che ha violato il vincolo, e questo è inequivocabile nei casi di autolimiti che derivano da regolamenti, poiché, infatti, l'invalidità deriva dal contrasto che si realizza tra la fattispecie concreta e il modello normativo e non richiede un accertamento di tipo sintomatico o secondo ragionevolezza[85].

Con riferimento agli autovincoli che provengono da altro atto si ravviserebbe invece il vizio dell'eccesso di potere nella figura sintomatica della contraddittorietà[86]. Un'ipotesi ulteriore è l'esercizio dei poteri di autotutela decisoria, nella forma della revoca[87]. La legge ammette il ricorso a tale potere per sopravvenuti motivi di

---

[83] Sempre rimanendo ancorati alla ricostruzione di M.P. VIPIANA, vi sarebbero delle differenze in tema di derogabilità a seconda che si tratti di autolimite procedurale o di autolimite contenutistico. I primi sarebbero più facilmente derogabili rispetto alle ultime, poiché gli autolimiti che investono la forma (le modalità procedurali) sono un'eccezione rispetto alla regola generale che è la libertà della forma, quindi l'Amministrazione potrà venir meno all'autovincolo in tal senso imposto purché siano rispettati i requisiti richiesti come la congrua motivazione della deroga.

[84] Sul punto si rimanda a M.P. VIPIANA, *op. cit.*, p. 331 e ss. in cui vengono prese in considerazione le condizioni in cui si ritiene ammessa la lecita deroga all'autovincolo. In linea di primissima approssimazione si riporta: i casi in cui l'autovincolo è illegittimo, la circostanza che sia lo stesso autolimite che prevede la facoltà di deroga, la sopravvenienza di una situazione di fatto intervenuta all'epoca in cui l'autolimite stesso dovrebbe venire applicato, e ancora l'ipotesi di un mutamento di indirizzo manifesto da parte dell'amministrazione nel caso in cui si debba decidere un caso concreto.

[85] A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative, op. cit.*, p. 325 e ss. evidenzia che l'obbligo imposto all'amministrazione di predeterminare criteri e modalità per le proprie decisioni (es. art. 12, legge 241/1990) implica anche l'obbligo di rispettarli e prevede una sanzione in caso di inosservanza. Questo obbligo, derivante da una specifica norma, supera il principio dell'autovincolo e implica che l'inosservanza dei criteri predeterminati costituisca una violazione di legge, non un vizio di irragionevolezza. L'eccesso di potere dovrebbe riguardare le scelte di base compiute in fase di predeterminazione, che rappresentano l'esplicazione della discrezionalità, piuttosto che l'atto finale.

[86] M.P. VIPIANA, *op. cit.*, p. 331 e ss.

[87] L'Istituto della revoca è disciplinato dall'art. 21-*quinques* L. proc. Amm. In cui si prevede che un provvedimento amministrativo a efficacia durevole può essere revocato in caso di sopravvenuti motivi di pubblico interesse, mutamenti imprevedibili delle circostanze o, salvo per autorizzazioni o attribuzioni di vantaggi economici, nuova valutazione dell'interesse pubblico originario. La revoca può essere disposta dall'organo che ha adottato il provvedimento o da altro organo indicato dalla legge. Gli effetti del provvedimento

pubblico interesse, in caso di nuova valutazione dell'interesse pubblico, o, ancora mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento.

5. Spunti conclusivi e "autolimite, in concreto, ex post".

Fino a questo punto della trattazione si è considerato l'autolimite come una limitazione della discrezionalità amministrativa *ex ante,* appunto attraverso la predeterminazione dei criteri operativi a cui l'algoritmo si atterrà per l'elaborazione dell'*output,* cui il funzionario amministrativo sarà 'vincolato'. In questi termini assistiamo dunque alla spendita del potere discrezionale, nel momento in cui l'amministrazione compie la scelta, libera, poiché ancora non imposta da alcuna norma, di dotarsi dell'algoritmo come strumento a supporto della sua attività, discrezionale o vincolata che sia. Tuttavia, questa non sembra essere l'unica possibile architettura del rapporto intercorrente tra discrezionalità, limitazione della discrezionalità, autolimite e algoritmo.

Il rapporto tra attività amministrativa e applicazione algoritmica è in realtà (stato) impostato, in linea di approssimazione, nei seguenti termini: più l'attività amministrativa è definita da concetti univoci e determinati, più il ricorso all'automazione è possibile. Dunque, quando si è parlato di attività vincolata non si sono poste questioni particolari di compatibilità[88]. D'altro canto, neanche la discrezionalità insita in un potere di valutazione rappresenta necessariamente un ostacolo all'automazione, a condizione che sia possibile o richiesto, in conformità alle norme sull'autolimite della pubblica amministrazione, stabilire criteri generali di valutazione.

Tali criteri devono ridurre la discrezionalità a un livello compatibile con l'automazione. Ciò avverrebbe quando le valutazioni finali assumessero una natura vincolata, o comunque una discrezionalità di bassa complessità[89]. In questo senso la limitazione della discrezionalità avviene *ex ante* e in maniera funzionale all'automazione dell'attività, per tramite della programmazione operata dai produttori del *software.*

Tuttavia, questo potrebbe non essere l'unico modo di impostare il rapporto tra discrezionalità e attività automatizzata: si potrebbe sostenere che l'autolimite (nelle sembianze dell'algoritmo) non intervenga aprioristicamente, ma successivamente. In altri termini, si può invertire l'angolazione da cui si analizza il fenomeno: il carattere vincolato dell'attività amministrativa non costituisce una premessa per l'utilizzo di

revocato cessano, e l'amministrazione è tenuta a indennizzare eventuali danni subiti dai soggetti direttamente coinvolti.

[88] Si è sviluppato il tema in V. GALLIANO, in S. FOÀ (a cura di), *Il nuovo merito amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2025.

[89] L. VIOLA, *op. cit.*, p. 1624

strumenti informatici, ma piuttosto il risultato dell'applicazione di specifici algoritmi nelle decisioni complesse. In questa prospettiva, il vincolo non è un elemento predefinito dalla legge, bensì una costruzione derivante dall'elaborazione logica di contenuti che il programmatore ha interpretato come implicitamente presenti nelle disposizioni normative o nel sistema giuridico nel suo complesso. Nello scenario così delineato, sarebbe lo strumento informatico a individuare le alternative concrete in cui si articola la discrezionalità amministrativa, riducendone il grado di complessità[90].

In questi termini la riflessione nasce dall'assunto secondo cui la discrezionalità amministrativa implica la possibilità di adottare soluzioni equivalenti per uno stesso problema, data l'assenza di strumenti logico-giuridici in grado di stabilire preferenze tra le soluzioni stesse[91].

Di conseguenza si può immaginare di impiegare forme di matematizzazione che comportino l'impiego di specifiche tecniche informatiche, quali i "sistemi esperti" e le "reti neurali artificiali"[92].

Nei sistemi esperti la procedura di inferenza riveste un ruolo centrale, consentendo di partire da una serie di dati per individuare uno o più scenari alternativi. Nelle reti neurali, invece, le regole di inferenza non sono predefinite dal programmatore, ma vengono elaborate autonomamente dal computer, basandosi sui dati forniti e attraverso l'applicazione di criteri statistici e connessioni tra funzioni matematiche complesse.

Gli strumenti informatici possono svolgere una funzione programmatica, delineando le possibili conseguenze di un fenomeno o offrendo soluzioni a quesiti che non prevedono una risposta univoca, e illustrando le alternative della effettiva discrezionalità[93]. Poiché la discrezionalità presuppone una scelta tra diverse alternative, gli algoritmi offrono la possibilità di identificare le opzioni disponibili, valutarne gli effetti socio-economici e graduarne l'impatto. In tale contesto, il compito del decisore pubblico si configura come un'attività complessa che comprende la co-progettazione e la supervisione degli algoritmi destinati alla gestione e alla risoluzione di specifiche problematiche. Risulta allora possibile considerare la limitazione della discrezionalità (che assuma le forme dell'autolimite o meno) come conseguenza dell'applicazione dell'automazione all'attività amministrativa, e non una condizione dell'ammissibilità della stessa.

Le possibilità di scelta di cui l'amministrazione dispone per curare un determinato interesse pubblico verrebbero così determinate in concreto.

---

[90] A. CASSATELLA, *op.cit.*, p. 9

[91] Questa la tesi sostenuta da M.S. GIANNINI, nonché la tesi adottata dalla dottrina maggioritaria, si rimanda a M.S. GIANNINI, *op. cit.*

[92] C. Tasso, *op. cit.*, p 31 ss

[93] A. CASSATELLA, *op. cit.*, p. 11 e ss.

L'automazione potrebbe ridefinire i confini della discrezionalità amministrativa, modificando il momento e le modalità del suo esercizio: anziché essere esercitata caso per caso dal funzionario in sede di adozione del singolo provvedimento, la discrezionalità verrebbe concentrata nella fase di progettazione dell'algoritmo, ove si definiscono *ex ante* i criteri e i parametri decisionali. In tale prospettiva, la discrezionalità non verrebbe soppressa, ma anticipata e cristallizzata: le valutazioni tipicamente discrezionali sarebbero compiute una volta per tutte in sede di programmazione del sistema, per essere poi applicate uniformemente ai casi futuri attraverso l'elaborazione automatizzata. Questo spostamento temporale e metodologico del momento discrezionale evidenzia come l'automazione non si limiti a supportare l'esercizio del potere amministrativo, ma ne rimodelli profondamente le dinamiche, richiedendo un'accurata co-progettazione e supervisione da parte del decisore pubblico per garantire che l'uso degli algoritmi rimanga conforme ai principi di legalità, imparzialità e perseguimento dell'interesse pubblico.