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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

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

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

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2026

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 Martĭnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Dariusz Brakoniechi, Vinicio Brigante, Dariusz Budrowski, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

FASCICOLO N. 3/2026

SOMMARIO

1. **La actividad física como política pública de salud: bases para un Derecho público del deporte saludable.**
di Sergio González García……...pag. 942

2. **Un tema lavoristico poco esplorato: il *dress code* e il concetto di «decoro» nelle istituzioni pubbliche e private. Riflessioni di «estetica istituzionale».**
di Vito Tenore……...pag. 983

3. **Quello che non ha fatto la riforma della responsabilità erariale.**
di Stefano Vinti……..pag. 1016

4. **Il contributo della scuola napoletana di diritto finanziario. Appunti su una polemica di vent'anni fa.**
di Fiorenzo Liguori……pag. 1052

5. **Modelli giuridici comparati di planning law come permessa per lo studio della rigenerazione urbana. Osservazioni introduttive.**
di Luigi Ferrara……..pag. 1065

ISSN 2036-7821

6. **The tax treatment of works of art in Italy: speculative purposes, cultural interest, legal certainties, and regulatory gaps.**
di Laura Letizia……..pag. 1081

7. **Giudice amministrativo e doppia misura sul mancato rispetto di termini perentori nei procedimenti sulle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti.**
di Daniele Marrama……..pag. 1097

8. **Il "ciclo economico" nell'art. 81 Cost.: un concetto costituzionale a sovranità limitata?**
di Matteo Carrer…….pag. 1121

9. **La tutela cautelare spagnola oltre il paradigma sospensivo. Profili critici alla luce dell´esperienza italiana.**
di Eduardo Marcos Martínez……pag. 1153

10. **Tutela e valorizzazione dei beni culturali nel quadro dell'autonomia differenziata: profili costituzionali, istituzionali e applicativi.**
di Maria Camilla Spena…….pag. 1186

11. **Processo amministrativo e risultato dell'azione amministrativa: dalle 'precomprensioni' di giurisprudenza e dottrina, al problema.**
di Paolo Cotza…….pag. 1231

12. **Proprietà e gestione nella EU nc.**
di Giuseppe Doria……..pag. 1293

ISSN 2036-7821

13. **Le linee evolutive del *golden power* nei più recenti interventi normativi e giurisprudenziali.**
di Alessandro De Santis e Lorenzo Maria Pappalardo……pag. 1318

14. **Il principio del risultato nel Codice dei Contratti Pubblici: un cambio di paradigma per l'azione amministrativa.**
di Eugenio Piscino……..pag. 1342

15. **Dieci anni dopo: l'Unione bancaria alla luce dei più recenti sviluppi legislativi e giurisprudenziali, tra rischi di limitazione al diritto di difesa e problematica valenza dei procedimenti amministrativi compositi.**
di Raffaele Caroccia……pag. 1365

16. **Dati e trasformazione digitale dell'istruttoria processuale.**
di Adriana Ciafaroni…….pag. 1402
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

17. **Sanità e digitalizzazione: il ruolo del privato tra efficienza ed uguaglianza.**
di Angela Chianese……pag. 1414
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

18. **Il perimetro di legittimità dell'art. 42 bis d.p.r. n. 327 del 2001 e la rinuncia abdicativa all'attenzione delle Sezioni Unite. Quali tutele per il privato?**
di Antonino Ripepi…….pag. 1432

19. **Finanziarizzazione, *governance* e valorizzazione immobiliare nel calcio europeo. I casi Milan AC e Atlético Madrid.**
di Luigi Scipione……pag. 1447

20. **Le fonti di energia rinnovabili, tra paesaggio, consumo di suolo e piani urbanistici: un'aggiornata analisi del novellato Testo unico.**
di Lucia Murgolo……pag. 1480

ISSN 2036-7821

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La actividad física como política pública de salud: bases para un Derecho público del deporte saludable

di Sergio González García

(Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos)

Sommario

1. Introducción: de la promoción del deporte a la garantía de una práctica deportiva saludable. 2. La actividad física saludable como objeto del Derecho público: transversalidad, competencias y gobernanza. 3. Administración garante, profesionalización y responsabilidad en la prestación de servicios deportivos. 3.1. Cualificación profesional y condiciones de prestación. 3.2. Contratación y subvenciones como técnicas de garantía. 3.3. Supervisión, gestión indirecta y responsabilidad. 4. Vulnerabilidad y deberes públicos de protección: menores, mayores y personas en situación de especial vulnerabilidad. 4.1. Menores: interés superior, proporcionalidad de la práctica y protección frente a la violencia. 4.2. Personas mayores y personas con discapacidad: autonomía, adaptación y accesibilidad efectiva. 4.3. Igualdad, género y vulnerabilidad socioeconómica. 5. *Safeguarding* y cultura institucional de protección en el deporte. 6. Inteligencia artificial y gobernanza digital del cuerpo: datos de salud, biometría y neurotecnología. 6.1. La calificación jurídica de los datos corporales. 6.2. Inteligencia artificial, relaciones asimétricas y decisiones sobre las personas. 6.3. Gobernanza pública, evaluaciones de impacto y neurotecnología. 7. Conclusiones: hacia un Derecho público del deporte saludable.

Abstract

This article examines physical activity as a public health policy and the legal consequences of moving from traditional promotion to a guarantee-oriented approach. It analyses competences, professional qualifications, procurement, subsidies, *safeguarding* and digital risks, and proposes «Public Law of Healthy Sport» as an analytical framework for public intervention, without treating it as an autonomous branch of law.

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

1. Introducción: de la promoción del deporte a la garantía de una práctica deportiva saludable.

El protagonismo que tradicionalmente ha tenido la competición explica que buena parte del Derecho deportivo se haya construido en torno a la organización federativa, el deporte profesional y el alto rendimiento[1]. Esa perspectiva continúa siendo necesaria, pero resulta insuficiente cuando la actividad física deja de contemplarse únicamente desde la lógica de la competición y comienza a formar parte de políticas públicas relacionadas con la salud, el bienestar, la educación o la inclusión.

En el deporte de competición, el debate jurídico se centra principalmente en la organización del sistema deportivo, en las federaciones, en las licencias, en las competiciones o en el régimen disciplinario. Sin embargo, cuando se pone el foco en la salud, la cuestión está en determinar qué deben hacer los poderes públicos para que la actividad física se desarrolle en condiciones adecuadas de seguridad, igualdad, accesibilidad y respeto a la autonomía de las personas.

Desde una perspectiva constitucional, el art. 43.3 CE incorpora un mandato dirigido a los poderes públicos para fomentar la educación física y el deporte, dentro de un precepto dedicado a la protección de la salud, junto con la educación sanitaria y la adecuada utilización del ocio, lo que permite entender la actividad física desde una perspectiva más amplia que la estrictamente deportiva y conectarla también con las políticas sanitarias y sociales. El art. 43 CE forma parte de los principios rectores de la política social y económica y queda sometido al régimen previsto en el art. 53.3 CE, por lo que de él no se deriva, por sí solo, un derecho prestacional ilimitado a recibir servicios deportivos públicos. Su importancia es otra: informa la legislación, orienta la actuación de los poderes públicos y proporciona fundamento constitucional a las obligaciones que el legislador vaya concretando en esta materia.

La legislación deportiva aprobada después de la Constitución ha avanzado en esa dirección. La Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y del Deporte[2], reconoció el derecho de los ciudadanos al conocimiento y a la práctica de la actividad deportiva; posteriormente, la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte[3], afirmó el carácter libre y voluntario de la práctica deportiva, así como su tutela y fomento por los poderes públicos. La Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte (LD)[4], da un paso más al declarar la actividad física y el deporte como esenciales y reconocer el derecho de todas las personas a su práctica libre y voluntaria (art. 2.1 y

* Este artículo se desarrolla en el marco del Proyecto de investigación PID2023-1464940B-I00, «El impacto de la era digital en el trabajo de las mujeres», financiado por el MICIU/AEI/10.13039/501100011033. IPs M. Luisa Molero Marañón y M. Begoña García Gil.

[1] Sobre la temprana sistematización administrativista del ordenamiento deportivo español, vid. J. Bermejo Vera, «El marco jurídico del deporte en España», *Revista de Administración Pública*, núm. 110, 1986, pp. 7-30.

[2] Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y del Deporte, *BOE* núm. 89, de 12 de abril de 1980, pp. 7908-7913.

[3] Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, *BOE* núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pp. 30397-30411.

[4] Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, *BOE* núm. 314, de 31 de diciembre de 2022, pp. 193306-193397.

Preámbulo). Aunque probablemente lo más interesante de la nueva norma es que relaciona expresamente las políticas deportivas con la salud física y mental, la igualdad, la inclusión, la accesibilidad y la protección de las personas en situación de especial vulnerabilidad (arts. 2.2 y 2.3; 3, especialmente letras a), b), c), h), j), n) y o); 22.1 y 29). Por lo tanto, la actividad física deja de aparecer exclusivamente como una realidad que los poderes públicos deben fomentar y comienza a presentarse también como un ámbito en el que pueden surgir deberes específicos de protección. La propia Ley incorpora derechos directamente vinculados a las condiciones en las que se practica el deporte. Entre ellos se encuentran el derecho a desarrollar la actividad en condiciones adecuadas de seguridad y salud, a la protección de los datos personales obtenidos con ocasión de la práctica deportiva y a recibir servicios de profesionales cualificados. A ello se añade la previsión de una política integral de protección de la salud y de un Plan de Apoyo a la Salud en el ámbito de la actividad física y del deporte, que debe atender, entre otros factores, a la edad, el sexo, la discapacidad y la existencia de patologías.

En este contexto, resulta de especial interés la referencia del art. 3.b) LD a un «impulso garantista» de las políticas deportivas. La expresión permite identificar una idea presente en buena parte de este artículo. Promover y garantizar no significan exactamente lo mismo.

Fomentar supone favorecer, estimular o facilitar la práctica deportiva mediante técnicas bien conocidas en el Derecho administrativo: la construcción de instalaciones, las subvenciones, las campañas públicas, los programas deportivos o la colaboración con clubes y federaciones[5]. Garantizar exige algo diferente. Obliga a preguntarse por las condiciones en las que se desarrolla aquello que la Administración promueve, organiza, financia o contrata. Desde esta segunda perspectiva adquieren relevancia cuestiones que, vistas únicamente desde el fomento, podrían parecer secundarias: quién dirige la actividad y con qué cualificación; si los menores se encuentran suficientemente protegidos; si las instalaciones son realmente accesibles; qué mecanismos existen frente a la violencia o el abuso; cómo se evalúa la calidad de los servicios; o qué ocurre con los datos generados por los dispositivos y aplicaciones que acompañan cada vez con mayor frecuencia a la práctica deportiva.

Esto no significa que exista una función administrativa destinada a garantizar la uniformidad del contenido ni que la finalidad de proteger la salud permita intervenir de cualquier manera. La posición de una Administración no es la misma cuando presta directamente un servicio deportivo que cuando contrata su gestión, subvenciona a una entidad privada o se limita a ordenar una actividad desarrollada por particulares. La intensidad de sus obligaciones dependerá de las competencias

[5] L. Jordana de Pozas, «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, 1949, pp. 41-54.

ejercidas, de la concreta relación jurídica y de las potestades que el ordenamiento le atribuya.

Esta precisión resulta importante porque tampoco todas las cuestiones que se analizan en estas páginas presentan el mismo grado de desarrollo normativo. Algunas obligaciones están claramente positivizadas. Otras todavía necesitan concreción reglamentaria, contractual o subvencional. Y también existen determinadas propuestas que deben situarse, con mayor prudencia, en el terreno de la buena administración o de una futura evolución legislativa. No tendría sentido presentar, bajo una misma categoría jurídica, realidades que el ordenamiento regula con intensidades muy distintas.

La cuestión se inserta, además, en una transformación más amplia del Derecho de la salud pública. La teoría de los denominados *legal determinants of health* ha puesto de relieve que la salud de la población no depende únicamente de decisiones médicas ni de comportamientos individuales. Las normas, las instituciones y los procedimientos jurídicos influyen en las condiciones económicas, sociales, laborales y ambientales en las que viven las personas y pueden contribuir —según su configuración— a generar mayores niveles de salud o de enfermedad, de inclusión o de desigualdad[6]. La actividad física es un buen ejemplo. La Organización Mundial de la Salud ha insistido reiteradamente en sus efectos positivos para prevenir enfermedades no transmisibles, favorecer diversas dimensiones de la salud mental y reducir los riesgos vinculados al sedentarismo[7]. Sin embargo, la constatación de estos beneficios no resuelve por sí sola el problema jurídico.

Al concebir la inactividad física como un problema de salud pública, resulta difícil abordarla exclusivamente mediante recomendaciones dirigidas a la conducta individual. Decir a las personas que deben caminar más, reducir el sedentarismo o practicar ejercicio puede ser útil, pero las posibilidades reales de hacerlo dependen también de otras circunstancias: el diseño de las ciudades, la movilidad, la educación, los horarios laborales, el coste y la proximidad de las instalaciones, la accesibilidad de los servicios o la existencia de actividades adaptadas a diferentes edades y capacidades.

La Estrategia Nacional de Fomento del Deporte contra el Sedentarismo y la Inactividad Física 2025-2030 responde precisamente a este enfoque transversal. La

[6] L. O. Gostin; J. T. Monahan; J. Kaldor; M. DeBartolo; E. A. Friedman; K. Gottschalk; S. C. Kim; A. Alwan; A. Binagwaho; G. L. Burci; L. Cabal; K. DeLand; T. G. Evans; E. Goosby; S. Hossain; H. Koh; G. Ooms; M. Roses Periago; R. Uprimny; A. E. Yamin, «The Legal Determinants of Health: Harnessing the Power of Law for Global Health and Sustainable Development», *The Lancet*, vol. 393, núm. 10183, 2019, pp. 1857-1910.

[7] F. C. Bull; S. S. Al-Ansari; S. Biddle; K. Borodulin; M. P. Buman; G. Cardon; C. Carty; J.-P. Chaput; S. Chastin; R. Chou; P. C. Dempsey; L. DiPietro; U. Ekelund; J. Firth; C. M. Friedenreich; L. Garcia; M. Gichu; R. Jago; P. T. Katzmarzyk; E. Lambert; M. Leitzmann; K. Milton; F. B. Ortega; C. Ranasinghe; E. Stamatakis; A. Tiedemann; R. P. Troiano; H. P. van der Ploeg; V. Wari; J. F. Willumsen, «World Health Organization 2020 Guidelines on Physical Activity and Sedentary Behaviour», *British Journal of Sports Medicine*, vol. 54, núm. 24, 2020, pp. 1451-1462.

actividad física se relaciona con la salud y la educación, pero también con el entorno laboral, el medio ambiente y las políticas de igualdad, inclusión e integración social[8].
Esta aproximación conduce a mirar más allá del sistema deportivo en sentido estricto y a atender a las condiciones materiales que facilitan —o dificultan— una vida activa, lo que supone un cambio de perspectiva que afecta a la forma en que se evalúan las políticas deportivas. Saber cuántas instalaciones existen, cuántas actividades se ofrecen, cuántas licencias se tramitan o cuántas personas participan sigue siendo importante, pero ofrece una imagen incompleta si la intervención pública también se justifica por sus efectos sobre la salud. Habrá que conocer quién abandona la actividad, qué lesiones se producen, si las instalaciones son realmente accesibles, si participan las personas mayores o con discapacidad, qué diferencias existen entre mujeres y hombres, qué grupos quedan fuera por razones económicas o territoriales y cómo valoran los usuarios su propia experiencia. Si una política se justifica por sus efectos sobre la salud y el bienestar, parece razonable que esos objetivos se traduzcan en la forma de evaluar sus resultados.
Tampoco puede darse por sentado que toda práctica deportiva sea saludable por el mero hecho de consistir en ejercicio físico. El deporte puede aportar beneficios para la salud, pero también puede ocasionar lesiones, problemas de salud mental, situaciones de abuso, discriminación o violencia cuando se practica en condiciones inadecuadas.
Esta cuestión se manifiesta con especial claridad en el deporte infantil. La disciplina, el esfuerzo, la integración o la adquisición de hábitos saludables forman parte de los valores tradicionalmente asociados a su práctica y, en muchos casos, el deporte cumple esas funciones, pero las organizaciones deportivas no siempre son un entorno seguro. En estudios recientes sobre violencia y abuso en el deporte de menores, se pone de manifiesto la necesidad de evaluar las condiciones en las que se desarrolla la práctica deportiva[9]. De ahí la importancia creciente del *safeguarding*, una expresión que no pretende añadir simplemente una nueva categoría al Derecho deportivo y cuyo interés radica en introducir una lógica preventiva: no hay que esperar a que se produzca el daño para identificar al responsable y reaccionar; hay que conseguir que las organizaciones sean capaces de reconocer riesgos, distribuir responsabilidades, formar a quienes intervienen y facilitar mecanismos eficaces de protección[10].

[8] Consejo Superior de Deportes, *Estrategia Nacional de Fomento del Deporte contra el Sedentarismo y la Inactividad Física 2025-2030*, Madrid, 2024.

[9] I. Eliasson, «Breaking the Silence of Abuse in Children's Sports: Experiences and Effects of Emotional Abuse Towards Young Athletes in Sweden», *YOUNG*, vol. 32, 2024, pp. 397-422; M. Shiakou; A. Alexopoulos; A. Avgerinos; S. Douka; T. Tsiatsos; C. Huenig; S. Grieco; M. de Murga, «Sustainability of Policies Addressing Harassment and Abuse in Children's Sports: A Descriptive and Cross-National Account of Five European Countries», *Journal of Sport and Social Issues*, vol. 49, núm. 4, 2025, pp. 309-331.

[10] S. Bastianon y M. Colucci (eds.), *Protecting the Beauty of the Game: Towards a Safeguarding Culture*, Sports Law and Policy Centre, 2025, 456 pp.

La digitalización introduce un problema distinto. La práctica de actividad física genera grandes volúmenes de información. La frecuencia cardíaca, los desplazamientos, la recuperación, el sueño, las cargas de entrenamiento, las lesiones o determinados patrones de conducta pueden registrarse mediante aplicaciones, sensores y dispositivos portátiles. La inteligencia artificial permite, además, combinar esos datos y utilizarlos para elaborar perfiles, formular recomendaciones, clasificar o realizar predicciones.

El uso de la tecnología puede contribuir a prevenir lesiones y a adaptar mejor la actividad a las características de cada persona, pero, al mismo tiempo, plantea problemas de privacidad, vigilancia, discriminación algorítmica y explotación de los datos biométricos[11].

También aquí conviene evitar algunas simplificaciones. No toda la información procedente del cuerpo constituye un dato biométrico en el sentido del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)[12]. Hay parámetros obtenidos durante la práctica deportiva que pueden constituir datos personales ordinarios o, cuando revelan información sobre el estado físico o mental, datos relativos a la salud. Del mismo modo, no toda herramienta algorítmica utilizada por un club, una Administración o un proveedor de servicios deportivos entra automáticamente en las categorías de alto riesgo previstas en el Reglamento de Inteligencia Artificial (RIA)[13].

La calificación jurídica debe realizarse antes de determinar el régimen aplicable. La sofisticación técnica de una herramienta dice relativamente poco, por sí sola, sobre sus consecuencias jurídicas. Lo importante será saber qué información utiliza, con qué finalidad, en qué contexto y qué efectos puede producir en la persona.

Es en este escenario donde adquiere sentido la expresión «Derecho público del deporte saludable». No se propone aquí la creación de una nueva rama autónoma del ordenamiento ni se pretende sustituir al Derecho deportivo. La expresión busca identificar una perspectiva desde la que analizar la intervención pública en la actividad física cuando esta se utiliza con fines relacionados con la salud, el bienestar, la autonomía o la inclusión.

Desde esa perspectiva confluyen cuestiones muy diferentes: distribución de competencias, coordinación administrativa, profesionalización de los servicios,

[11] E. García-Antón Palacios, «Safeguarding Footballers' Rights in European AI and Biometric Regulation», *Diritto dello Sport*, vol. 6, núm. 2, 2026; V. Zambrano, «AI e rilievo economico dei dati sportivi», *Diritto dello Sport*, vol. 6, núm. 1, 2025; J. W. Kwon, «Athlete Data Sovereignty: Addressing the Legal and Policy Gaps in Sports Technology», *Frontiers in Sports and Active Living*, vol. 7, 2025, art. 1742484.

[12] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), *DOUE L* 119, de 4 de mayo de 2016, pp. 1-88.

[13] Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican diversos actos legislativos de la Unión (Reglamento de Inteligencia Artificial), *DOUE L*, 2024/1689, de 12 de julio de 2024.

contratación pública, subvenciones, responsabilidad, protección de menores, envejecimiento, discapacidad, igualdad, *safeguarding*, protección de datos o inteligencia artificial. No todas pertenecen en sentido estricto al Derecho deportivo. Lo que las une es que condicionan las circunstancias en las que la actividad física puede utilizarse como instrumento de una política pública.

La hipótesis que sirve de punto de partida puede formularse, por tanto, de manera relativamente sencilla. Cuando una Administración incorpora la actividad física a sus políticas de salud, bienestar o inclusión, su responsabilidad no puede limitarse a crear más oportunidades para practicar deporte. Dentro de sus competencias y utilizando las potestades que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, debe tener en cuenta las condiciones en las que dicha actividad se organiza, presta, financia o supervisa.

Determinar el contenido y, sobre todo, los límites de esa función de garantía constituyen el objeto principal de este trabajo. Para ello, se examina, en primer lugar, la actividad física saludable como objeto transversal del Derecho público y los problemas de gobernanza que plantea la distribución de competencias en su ámbito. A continuación, se analizan la profesionalización de los servicios deportivos y las posibilidades que ofrecen la contratación, el fomento, la supervisión y la responsabilidad administrativa. Posteriormente, se estudian los deberes de protección que adquieren especial intensidad respecto de menores y otras personas que pueden encontrar mayores barreras para una práctica segura y efectiva, así como la progresiva incorporación de una cultura de *safeguarding*. Finalmente, se abordan los nuevos límites que plantea la digitalización del cuerpo a través de la protección de datos, la inteligencia artificial y, como ámbito aún emergente, la neurotecnología.

2. La actividad física saludable como objeto del Derecho público: transversalidad, competencias y gobernanza

La actividad física saludable no puede identificarse sin más con el deporte, aunque, naturalmente, lo comprenda. Tampoco coincide con la educación física ni puede reducirse a una técnica de prevención sanitaria. Se encuentra en un espacio en el que confluyen políticas públicas muy diversas: salud, educación, urbanismo, movilidad, medio ambiente, servicios sociales, envejecimiento, juventud, empleo, igualdad, discapacidad y, por supuesto, deporte.

Precisamente ahí surge una de sus principales dificultades desde el punto de vista jurídico. Mantener una vida físicamente activa depende de decisiones individuales, pero también de circunstancias sobre las que inciden distintas administraciones y políticas. La existencia de instalaciones próximas, la posibilidad de desplazarse a pie con seguridad, los horarios escolares y laborales, la accesibilidad del transporte, la oferta dirigida a personas mayores o con discapacidad, o el coste de determinadas actividades pueden facilitar la práctica o, en la práctica, convertirla en algo muy

difícil.

La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP)[14], parte de una concepción lo suficientemente amplia como para incorporar este tipo de factores. La salud pública comprende actuaciones destinadas a prevenir enfermedades y a proteger, promover y recuperar la salud mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales. La promoción de la salud no se limita a la asistencia sanitaria, sino que también abarca las condiciones sociales, económicas, laborales, culturales y ambientales que inciden en ella (arts. 1, 3, 16 y 19 LGSP).

Esta conexión entre la actividad física y la salud pública no es del todo nueva en la doctrina jurídico-administrativa. Ya se había defendido, desde una perspectiva vinculada al ámbito local, la consideración de determinadas prestaciones deportivas saludables como parte del servicio público deportivo municipal; más recientemente, se ha planteado expresamente la educación física y deportiva como política pública de salud pública[15]. Estos planteamientos constituyen un antecedente relevante, aunque la perspectiva que aquí se propone es distinta: no se trata tanto de determinar la adscripción sectorial de la actividad física como de analizar las consecuencias que su utilización con fines de salud proyecta sobre las distintas técnicas de actuación administrativa.

No basta con saber si existe una política deportiva ni con determinar qué Administración es competente para construir una instalación. Hay que preguntarse también cómo influyen en las posibilidades reales de práctica el diseño urbano, la movilidad, la educación, los servicios sociales, el funcionamiento de determinadas prestaciones públicas o incluso la organización del tiempo de trabajo.

La LGSP incluye un instrumento especialmente interesante para incorporar esta perspectiva. Su art. 35 contempla la evaluación del impacto en salud de aquellas normas, planes, programas y proyectos que puedan producir efectos significativos sobre la salud de la población, incluidos sus efectos diferenciados sobre distintos grupos sociales. La norma permite incorporar la salud a decisiones que, formalmente, pertenecen a otros ámbitos de la acción pública. Esto no significa atribuir a la Administración sanitaria una capacidad general de dirección sobre el urbanismo, la educación, el transporte o el deporte. La distribución de competencias sigue siendo la misma. Lo que permite es algo diferente: incorporar la posible incidencia en la salud al proceso de toma de decisiones.

[14] Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, *BOE* núm. 240, de 5 de octubre de 2011, pp. 104593-104626

[15] F. M. Bombillar Sáenz; J. Luna Quesada, «La consideración de las prestaciones deportivas saludables como parte del servicio público deportivo local. La experiencia de la Comunidad Autónoma andaluza, en particular, en el impulso de políticas en pro del envejecimiento activo», *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, núm. 3, 2012, pp. 33-60; A. Palomar Olmeda; G. M. Perea Crespillo; C. Díez Rico, «La educación física y deportiva como política pública para la salud pública», en C. Díez Rico; A. Palomar Olmeda; G. M. Perea Crespillo, *La profesión de la Educación Física y Deportiva y su regulación*, Consejo COLEF, 2023, pp. 101-266.

En esta misma línea se sitúa el *Physical Activity Environment Policy Index*. El instrumento propone valorar las políticas públicas atendiendo conjuntamente a ámbitos como la educación, el transporte, el urbanismo, la sanidad, la comunicación, el deporte comunitario, el entorno laboral y la participación social, así como a elementos institucionales como el liderazgo, la financiación, la coordinación, la gobernanza y la evaluación[16]. Su interés no radica tanto en la metodología concreta que utiliza como en la perspectiva que propone. La calidad de una política de actividad física no se mide únicamente por el número de instalaciones construidas, las subvenciones concedidas o las personas inscritas en un programa determinado. También importa saber si el entorno urbano favorece una vida activa, si existen alternativas de movilidad, si la escuela incorpora adecuadamente la actividad física, si las políticas laborales facilitan o dificultan su práctica o si las distintas Administraciones trabajan con objetivos razonablemente coordinados.

Este enfoque presenta una complejidad especial en España debido a la distribución territorial de competencias. Las comunidades autónomas han asumido amplias competencias en materia deportiva al amparo del art. 148.1.19 CE y de sus respectivos Estatutos de Autonomía. A ellas se añaden importantes potestades en sanidad, educación, servicios sociales, ordenación territorial y otras materias directamente relacionadas con las condiciones en las que se desarrolla la actividad física.

El Estado, por su parte, no dispone de un título competencial general sobre deporte y articula su intervención a través de distintos títulos, como refleja la disposición final tercera de la LD. La actividad física saludable no modifica este reparto. Su carácter transversal no crea una nueva competencia ni permite asumir competencias ajenas invocando genéricamente la protección de la salud.

La consecuencia se sitúa en otro terreno: el de la cooperación y la coordinación. Cuanto mayor es el número de políticas que inciden sobre una materia, más importante resulta lograr que las actuaciones no se desarrollen de manera completamente independiente entre sí.

La LD ofrece algunos instrumentos para ello. Sus arts. 16 a 18 regulan las relaciones entre Administraciones a partir de los principios de cooperación y colaboración y atribuyen a la Conferencia Sectorial de Deporte funciones que van más allá del deporte federado y competitivo. Entre ellas, figuran cuestiones relacionadas con la actividad física recreativa, social y sociosanitaria, su presencia en el sistema educativo, los programas frente al sedentarismo y la obesidad, el deporte inclusivo y

[16] El *Physical Activity Environment Policy Index* (PA-EPI), desarrollado por el Policy Evaluation Network (PEN), es un instrumento de evaluación comparada que permite medir el grado de implementación de políticas públicas y estructuras gubernamentales dirigidas a crear entornos favorables a la actividad física; vid. C. B. Woods; L. Kelly; K. Volf; P. Gelius; S. Messing; S. Forberger; J. Lakerveld; N. R. den Braver; J. Zukowska; E. García Bengoechea, «The Physical Activity Environment Policy Index for monitoring government policies and actions to improve physical activity», *European Journal of Public Health*, vol. 32, supl. 4, 2022, pp. iv50-iv58.

la coordinación en materia de instalaciones y formación técnica.

La transversalidad de la actividad física no es, por tanto, una realidad completamente ajena al Derecho positivo. El problema consiste en hacerla efectiva. No basta con reconocer que varias administraciones tienen competencias relacionadas con una misma cuestión. Hay que conseguir que esas competencias se articulen en torno a objetivos que no resulten contradictorios y que permitan evaluar, de alguna manera, el resultado conjunto de la actuación pública.

Las entidades locales ocupan una posición especialmente relevante en este escenario. El art. 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL)[17], reconoce competencias propias municipales en la promoción del deporte y en las instalaciones deportivas, junto con otras materias directamente relacionadas con la práctica cotidiana, como la movilidad, el medio ambiente urbano, la salubridad pública o determinadas actuaciones sociales. Además, el art. 26 exige a los municipios de más de 20.000 habitantes la prestación de instalaciones deportivas de uso público.

La importancia del municipio no se limita únicamente a la titularidad de instalaciones, ya que buena parte de las condiciones que determinan si una persona puede mantenerse activa se concretan precisamente en el ámbito local: la proximidad de las instalaciones, la seguridad de los itinerarios peatonales, la existencia de parques y espacios públicos utilizables, las posibilidades de transporte, la distribución territorial de la oferta, así como la conexión de los programas deportivos con los centros educativos, los servicios sociales y los centros de mayores

Para una persona mayor, las políticas de promoción de la actividad física se concretan en el ámbito local, a través del polideportivo cercano, del centro de mayores, de una ruta que puede recorrer con seguridad o de una actividad municipal suficientemente próxima y adaptada a sus circunstancias. Para una familia con pocos recursos puede resultar decisivo que exista una instalación en el barrio, que el precio sea asumible o que el horario permita conciliar la actividad con otras obligaciones. La proximidad convierte a las entidades locales en actores clave, aunque no garantiza por sí sola una política adecuada. Los estudios muestran una considerable heterogeneidad en la manera en que los municipios organizan, planifican y evalúan sus políticas de actividad física[18]. Hay diferencias en la adscripción administrativa, en los instrumentos empleados y también en la capacidad para comprobar si las actuaciones que se llevan a cabo alcanzan sus objetivos.

[17] Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, *BOE* núm. 80, de 3 de abril de 1985, pp. 8945-8964.

[18] S. Messing; A. Noël Racine; N. Takeda; T. Onatsu; K. Tuunanen; A. Papiu; L. Birkholz; J. M. Garbarino; Y. Oguma; Y. Saito; D. Mocan; R. M. Chereches; A. Vuillemin; P. Gelius; P. Sandu, «What Policies Do Local Governments Use to Promote Physical Activity? A Comparative Analysis of Municipalities From 4 EU Countries and Japan», *International Journal of Health Policy and Management*, vol. 14, 2025.

Esta realidad obliga a evitar dos simplificaciones. La primera sería pensar que la actividad física saludable podría quedar sometida a una dirección unitaria por parte de la Administración deportiva. Su carácter transversal dificulta semejante planteamiento y, además, el sistema constitucional de competencias no lo permitiría. La segunda sería asumir que la mera existencia de distintas administraciones competentes conduce automáticamente a una política integrada. Tampoco es así. La pluralidad competencial vuelve aún más necesaria la cooperación, la coordinación y la definición de objetivos comunes.

A lo anterior se suma una dimensión relacionada con la igualdad: la práctica deportiva es libre y voluntaria NO EN EL CASO DE LA ENSEÑANZA OBLIGATORIA, por lo que ninguna política pública debería convertir la actividad física en una obligación individual. La persona debe poder decidir si quiere hacer deporte, qué actividad desea practicar y qué relación mantiene con su cuerpo, bien entendido que esa libertad se ejerce en condiciones que no son iguales para todos. La renta, el territorio, la discapacidad, la disponibilidad de tiempo, las responsabilidades familiares, la seguridad del entorno o las características de la oferta pueden ampliar o reducir considerablemente las posibilidades reales de elección.

La LD reconoce esta circunstancia en su art. 5 al incorporar medidas destinadas a reducir la brecha social y de género y actuar, entre otros aspectos, sobre las instalaciones, los espacios escolares y el acceso asequible a las actividades físicas. La igualdad no depende únicamente de que exista formalmente una oferta abierta a toda la población. También importa saber quién puede utilizarla en la práctica y quién sigue quedando fuera.

El Derecho público del deporte saludable presenta, por ello, una dimensión distributiva, de la que se deriva la necesidad de tener en cuenta que, cuando una política se diseña con finalidades de salud, igualdad o inclusión, hay que prestar atención a las barreras que pueden impedir que llegue precisamente a quienes pretende beneficiar.

La intervención pública no debe plantearse como una alternativa al mercado. Los gimnasios, clubes, entrenadores, centros especializados y plataformas digitales amplían las posibilidades de realizar actividad física y constituyen un componente esencial del sector deportivo. El objetivo no es sustituir esa oferta, sino determinar cuándo existe un interés general que justifica la regulación, la financiación o la prestación pública y qué nivel de garantía debe acompañar a cada una de esas formas de intervención.

La relación entre la actividad física y la salud también requiere cierta cautela. Que una política consiga que más personas practiquen deporte no significa necesariamente que haya alcanzado todos sus objetivos desde el punto de vista de la salud. Las condiciones en las que se desarrolla esa práctica siguen siendo

determinantes. Una actividad mal dirigida puede provocar lesiones; una oferta que no tenga en cuenta la discapacidad puede resultar formalmente abierta y materialmente inaccesible; y un programa dirigido a personas mayores puede terminar siendo utilizado únicamente por quienes ya tenían mayores posibilidades de mantenerse activos.

Los indicadores que tradicionalmente se han tenido en cuenta para valorar las políticas deportivas —instalaciones, licencias, actividades o participantes— siguen siendo útiles, pero resultan insuficientes cuando una Administración afirma que pretende mejorar la salud, favorecer la autonomía o reducir determinadas desigualdades. En esos casos puede resultar razonable incorporar otras variables: la continuidad de la práctica, las tasas de abandono, la accesibilidad efectiva, la incidencia de lesiones, la participación de los grupos a los que se dirige el programa, la seguridad percibida o la distribución territorial y social de quienes participan. No se trata necesariamente de demostrar una relación causal perfecta entre cada programa y una mejora concreta en la salud. Se trata, al menos, de comprobar si lo que se está haciendo guarda alguna relación con los objetivos que justificaron la intervención.

La Ley General de Salud Pública permite avanzar en esta dirección al prestar atención a la evaluación de los efectos sobre la salud y a su distribución en distintos grupos sociales (especialmente, en los arts. 25, 26 y 35). La evaluación adquiere así una función que va más allá del control del gasto o del cumplimiento formal de una actividad: permite conocer si la política llega a sus destinatarios y si las condiciones en las que se desarrolla son compatibles con la finalidad que se persigue.

La dimensión social de la actividad física tampoco puede reducirse a sus efectos fisiológicos. La práctica colectiva puede generar relaciones personales, participación comunitaria, rutinas y sentido de pertenencia[19]. Desde el punto de vista jurídico, esto no convierte cualquier actividad deportiva en una prestación social, pero sí justifica que, respecto de determinados colectivos, tenga sentido coordinar las políticas deportivas con los servicios sociales y otras políticas de proximidad.

El trabajo también es un factor a tener en cuenta. El tiempo disponible, la distribución de la jornada y las posibilidades de conciliación condicionan de manera evidente la práctica de actividad física. La legislación de salud pública permite incorporar las políticas de promoción de hábitos saludables en el entorno laboral, pero conviene mantener separados los planos. Una cosa es favorecer que las personas trabajadoras dispongan de mejores posibilidades para realizar actividad física y otra distinta es utilizar esa finalidad para ampliar las facultades empresariales de vigilancia o confundir estas iniciativas con las obligaciones específicas de prevención de riesgos laborales.

[19] J. Holt-Lunstad, «Social Connection as a Critical Factor for Mental and Physical Health: Evidence, Trends, Challenges, and Future Implications», *World Psychiatry*, vol. 23, núm. 3, 2024.

3. Administración garante, profesionalización y responsabilidad en la prestación de servicios deportivos

Si se considera que la actividad física puede ser un instrumento para mejorar la salud pública, será necesario prestar atención a las condiciones en las que se ofrecen los servicios deportivos. En este sentido, hay que tener en cuenta que buena parte de la práctica deportiva se desarrolla en espacios en los que resulta difícil separar lo público de lo privado: instalaciones municipales gestionadas por empresas, programas contratados por ayuntamientos, clubes que reciben subvenciones, escuelas promovidas por asociaciones, actividades desarrolladas mediante voluntariado o servicios prestados directamente por las Administraciones. Esta diversidad permite adaptar la oferta a situaciones y necesidades muy diversas, pero también plantea un problema. La forma de gestión no debería determinar, por sí sola, niveles de protección distintos cuando la actividad forma parte de una política pública de salud, bienestar o inclusión, bien entendido que la posición de la Administración cambia según preste directamente la actividad, la contrate, la subvencione o se limite a ejercer funciones de ordenación.

3.1. Cualificación profesional y condiciones de prestación

La regulación de las profesiones del deporte suele plantearse como un problema vinculado al acceso a determinadas actividades profesionales, a las titulaciones o a las reservas de actividad. Sin embargo, cuando el servicio se presta con fines de salud, la cuestión también adquiere una dimensión protectora.

El art. 22.1.i) LD reconoce a las personas deportistas el derecho a que los servicios recibidos durante la práctica sean prestados por profesionales cualificados de las Ciencias de la Actividad Física y del Deporte, técnicos deportivos, titulados de formación profesional o entrenadores formados mediante enseñanzas legalmente reconocidas. La cualificación incide en la ordenación de la profesión y constituye una garantía para quien recibe el servicio.

La previsión anterior debe relacionarse con los arts. 29 y siguientes de la propia Ley. El Plan de Apoyo a la Salud debe identificar los riesgos asociados a la práctica teniendo en cuenta, entre otros factores, el sexo, la edad, la discapacidad o la existencia de patologías. El art. 29.3 atribuye, además, al Consejo Superior de Deportes la propuesta de criterios y reglas técnicas destinados a asegurar que la prestación de los servicios deportivos sea compatible con la salud y la integridad de sus destinatarios. Y el art. 34 exige incorporar a la formación de técnicos deportivos y a las titulaciones vinculadas a la salud conocimientos sobre fisiología, higiene, biomecánica, nutrición y la aplicación de la actividad física a la prevención y al tratamiento de enfermedades.

El problema puede plantearse entonces de manera algo diferente. No se trata únicamente de decidir quién puede utilizar una determinada denominación

profesional, sino de determinar qué formación resulta necesaria para desempeñar una función concreta con garantías suficientes.

No todas las actividades deportivas requieren el mismo nivel de cualificación. Dirigir una actividad recreativa de escasa complejidad no equivale a prescribir ejercicio de manera individualizada para una persona con determinadas patologías ni a trabajar con usuarios cuyas condiciones físicas o funcionales exigen adaptaciones específicas[20]. La correspondencia entre la función desarrollada, el riesgo que conlleva y la preparación de quien la realiza constituye, por ello, una cuestión central[21].

La regulación estatal de las profesiones del deporte continúa, sin embargo, pendiente. La disposición final sexta de la LD encomendó al Gobierno presentar, en el plazo de seis meses, un proyecto de ley sobre su ejercicio y, en particular, sobre la reserva de actividad correspondiente a la profesión titulada y colegiada de educador físico-deportivo. El mandato no ha permanecido completamente inactivo. Ya en 2020 se sometió a consulta pública previa una iniciativa sobre la ordenación de determinadas profesiones del deporte[22], y en junio de 2024 el Congreso volvió a instar al Gobierno a desarrollar la disposición final sexta[23]. Los trabajos han continuado posteriormente: en 2025, el Gobierno reconoció en sede parlamentaria la existencia de un borrador y, en abril de 2026, la regulación permanecía en fase de elaboración y de diálogo con el sector, las comunidades autónomas y los grupos parlamentarios, sin que se hubiera presentado el proyecto de ley previsto en la disposición final sexta de la LD[24].

La dificultad no es menor. Se trata de definir con suficiente precisión qué actividades deben reservarse para proteger adecuadamente la salud y seguridad de los usuarios y hacerlo, al mismo tiempo, respetando las competencias autonómicas y las atribuciones que el ordenamiento reconoce a diferentes titulaciones, entre ellas las

[20] Como obras principales, cabe citar J. Espartero Casado y A. Palomar Olmeda, *Titulaciones y regulación del ejercicio profesional en el deporte. Bases y perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2011 y las más reciente C. Díez Rico, A. Palomar Olmeda y G. M. Perea Crespillo, *La profesión de la Educación Física y Deportiva y su regulación*, Consejo COLEF, 2023.

[21] Vid. J. Espartero Casado, «La reserva de actividad como condición determinante de la garantía de la protección de la seguridad y la salud en el ejercicio de las profesiones del deporte», en *Estudios en homenaje al profesor Luis María Cazorla Prieto*, vol. II, 2021, pp. 569-607; más recientemente, «La regulación de las profesiones del deporte: comentario sobre el estado de la cuestión», en *Estudios de Derecho del Deporte en Iberoamérica*, Reus, 2025, pp. 873-907.

[22] Ministerio de Cultura y Deporte, «Consulta pública previa sobre proyecto normativo de ordenación de determinadas profesiones del deporte», sometida a participación pública en diciembre de 2020.

[23] Proposición no de Ley relativa a la regulación estatal de profesionales del deporte, aprobada con modificaciones por la Comisión de Educación, Formación Profesional y Deportes del Congreso de los Diputados el 20 de junio de 2024, mediante la que se instó al Gobierno a desarrollar, a la mayor brevedad, la disposición final sexta de la LD.

[24] En abril de 2025 el Gobierno confirmó en sede parlamentaria la existencia de un borrador de la norma; en marzo de 2026 la futura regulación seguía siendo calificada como anteproyecto de ley, pendiente de culminar su tramitación. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Educación, Formación Profesional y Deportes, sesiones de 10 de abril de 2025 y 25 de marzo de 2026.

procedentes de la Formación Profesional y de las enseñanzas deportivas.
La calidad del servicio no depende únicamente del título que ostente quien lo presta. Un profesional puede disponer de la formación necesaria y encontrarse, sin embargo, en una organización que no le proporciona tiempo suficiente para preparar las actividades, impide la coordinación con otros servicios, cubre las ausencias con personal no cualificado o mantiene condiciones laborales que dificultan la continuidad de los equipos. En los servicios intensivos en trabajo humano, la calidad de la prestación y las condiciones en las que se desarrolla el trabajo no pueden considerarse cuestiones completamente separadas.
Esta relación resulta especialmente importante al trabajar con menores, personas mayores o usuarios que requieren atención específica. En estos casos, la continuidad del personal, la posibilidad de coordinarse, la formación permanente o unas ratios adecuadas pueden tener tanta importancia para la calidad del servicio como la titulación formal exigida para acceder al puesto.
El voluntariado plantea una situación diferente. Una parte importante del deporte de base difícilmente podría funcionar sin personas que dedican gratuitamente su tiempo a clubes, asociaciones y actividades deportivas. La LD reconoce expresamente esta realidad y remite a la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado (LV)[25] (en especial, arts. 3, 11 y 12). Además, su art. 39.4 exige que quienes desarrollen tareas de carácter técnico dispongan de los conocimientos y la formación necesarios.
El carácter gratuito de la actividad no modifica, por tanto, la naturaleza de las funciones realizadas. El voluntariado puede complementar el trabajo profesional y desempeñar una función muy importante en la creación de comunidad, pero no debería servir para eludir las exigencias de cualificación derivadas de determinadas tareas ni para encubrir relaciones que, por sus condiciones reales de prestación, tienen naturaleza laboral.

3.2. Contratación y subvenciones como técnicas de garantía

La contratación pública permite apreciar con bastante claridad cómo puede concretarse esta función de garantía. Cuando una administración contrata un servicio deportivo, no está comprando únicamente un número determinado de horas de actividad, también está decidiendo quién va a prestar el servicio, con qué formación, mediante qué organización y bajo qué condiciones.
Naturalmente, los pliegos deben definir horarios, instalaciones, número de sesiones o medios disponibles, pero cuando la calidad de la prestación depende en gran medida de las personas que la ejecutan, resulta difícil que estas cuestiones queden completamente al margen del procedimiento de contratación.

[25] Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, *BOE* núm. 247, de 15 de octubre de 2015.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)[26] ofrece distintas posibilidades. En los contratos de servicios, el art. 90 permite valorar la solvencia técnica teniendo en cuenta los conocimientos, la experiencia y la fiabilidad del empresario y exige, para determinados servicios que requieren aptitudes específicas, la acreditación de la experiencia, de los conocimientos y de los medios adecuados. El art. 145.2 permite, además, valorar como criterio de adjudicación la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito cuando su calidad pueda afectar significativamente a la ejecución del contrato.

Conviene, sin embargo, separar correctamente cada plano. Una cosa es la cualificación mínima necesaria para ejecutar el servicio; otra, la solvencia técnica que debe acreditar la empresa licitadora; y otra diferente, la posibilidad de valorar como mejora una mayor cualificación o experiencia del equipo cuando ello se encuentre vinculado al objeto del contrato. Utilizar indistintamente la solvencia, las prescripciones técnicas y los criterios de adjudicación puede generar problemas de legalidad y terminar por dificultar precisamente aquello que se pretende garantizar. La contratación pública ofrece instrumentos suficientes, pero es necesario utilizar cada uno de ellos para la función que le corresponde.

A estas exigencias pueden añadirse condiciones relacionadas con la accesibilidad, la sustitución del personal, la formación continua, la aplicación de protocolos de protección o la gestión de incidencias cuando guarden una relación adecuada con el servicio que se contrata.

También las condiciones laborales son importantes. El art. 201 LCSP obliga a los órganos de contratación a adoptar las medidas pertinentes para garantizar, durante la ejecución, el cumplimiento de las obligaciones sociales y laborales derivadas del Derecho de la Unión, de la legislación nacional y de los convenios colectivos. El art. 202 exige, además, incluir al menos una condición especial de ejecución entre las previstas legalmente, que puede referirse, entre otras cuestiones, a la estabilidad en el empleo, la formación, la igualdad o la seguridad y salud en el trabajo.

La contratación ofrece margen para incorporar condiciones vinculadas a la calidad de los servicios deportivos, pero el problema no suele estar en añadir más cláusulas, sino en conseguir que esas cláusulas sean lo suficientemente concretas y puedan comprobarse durante la ejecución.

La referencia genérica a la obligación de proporcionar un «servicio saludable», garantizar un «entorno seguro» o prestar una «atención de calidad» tiene un valor jurídico bastante limitado si nadie sabe exactamente qué comportamiento exige. Cuando una condición se considera importante, debería traducirse, en la medida de lo posible, en obligaciones identificables: determinada cualificación, formación específica, ratios, procedimientos de sustitución, protocolos aplicables, mecanismos

[26] Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, *BOE* núm. 272, de 9 de noviembre de 2017, pp. 107714-108007.

ISSN 2036-7821

de comunicación o sistemas de registro y gestión de incidencias.
Solo entonces el responsable del contrato puede comprobar razonablemente su cumplimiento y aplicar, cuando proceda, las consecuencias previstas en los pliegos y en la legislación aplicable.
Una lógica similar puede aplicarse a las subvenciones. El fomento no consiste simplemente en transferir fondos públicos a las entidades deportivas y desentenderse posteriormente de la forma en que se utilizan. Los arts. 14 y 17 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones[27] (LGS), permiten vincular la ayuda a la finalidad, los requisitos y las condiciones establecidos en las bases reguladoras correspondientes y someten al beneficiario a actuaciones de comprobación y control.
Cuando una convocatoria financia programas dirigidos específicamente a menores, personas mayores, personas con discapacidad o colectivos cuya participación se pretende favorecer, parece razonable que las condiciones de la ayuda se relacionen con dichas finalidades.
La cualificación del personal, la accesibilidad efectiva, la formación en protección de menores, la existencia y aplicación de determinados protocolos o la evaluación del programa pueden incorporarse a las bases cuando tengan una conexión suficiente con la actividad financiada y sean acordes con la naturaleza de la ayuda.
Una vez más, no se trata de introducir cualquier exigencia aprovechando la financiación pública. Las condiciones deben guardar relación con el objeto de la subvención y respetar el marco normativo aplicable.
Cuando se incumplen las condiciones que determinaron la concesión, el art. 37 LGS contempla la posibilidad de reintegro total o parcial. Una consecuencia distinta es impedir que la entidad acceda a futuras ayudas. Esa posibilidad requiere la cobertura jurídica correspondiente y no puede deducirse automáticamente de cualquier incumplimiento cometido en una convocatoria anterior.
La utilización de recursos públicos permite, por tanto, orientar determinadas conductas, pero no elimina las garantías propias del Derecho administrativo de fomento.

3.3. Supervisión, gestión indirecta y responsabilidad

La efectividad de todas las medidas que se adopten depende de una cuestión bastante sencilla: comprobar si se cumplen. Un pliego muy completo, unas bases reguladoras detalladas o un protocolo correctamente redactado sirve de poco si la Administración carece de mecanismos razonables para conocer lo que ocurre durante la ejecución.
La supervisión adopta formas distintas según el instrumento utilizado. En el ámbito

[27] Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, *BOE* núm. 276, de 18 de noviembre de 2003.

de la contratación pública, se articula a través de las potestades de dirección y control de la ejecución; en materia de subvenciones, mediante las facultades de comprobación; y, cuando existe habilitación sectorial, a través de las correspondientes potestades de inspección.

Tampoco aquí parece adecuado establecer el mismo nivel de control para cualquier actividad. Una clase recreativa de escasa complejidad no plantea los mismos riesgos que un programa destinado a menores, una actividad dirigida a personas con patologías o un servicio prestado a usuarios que necesitan apoyos específicos.

La intensidad de la supervisión debería guardar relación con el riesgo. De lo contrario, existe el peligro de construir un sistema muy exigente desde el punto de vista documental, pero poco eficaz para prevenir aquello que realmente puede causar daño.

La evaluación previa del riesgo permite precisamente graduar las medidas: determinar qué cualificación resulta necesaria, qué ratios son razonables, qué protocolos deben existir, qué canales de comunicación resultan adecuados y con qué intensidad debe comprobarse posteriormente su funcionamiento[28].

Esta aproximación conecta con la lógica de la prevención de riesgos laborales, pero conviene no llevar la comparación demasiado lejos. No se pretende trasladar al deporte el régimen jurídico de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)[29], ni extender sus obligaciones a sujetos o actividades que quedan fuera de su ámbito. Lo que puede resultar útil es la metodología: identificar el riesgo antes de que se materialice, valorarlo, adoptar medidas proporcionadas, formar a quienes deben aplicarlas y revisar posteriormente si esas medidas funcionan. Las fuentes normativas, los sujetos obligados y las consecuencias jurídicas son, naturalmente, diferentes.

Otra cosa sucede cuando el deportista es, además, una persona trabajadora. En ese supuesto, el art. 31.4 LD reconoce expresamente el derecho de los deportistas profesionales a una protección adecuada en materia de seguridad y salud laboral conforme a la LPRL. Aquí, la prevención de riesgos laborales no funciona como referencia metodológica, sino como un régimen jurídico directamente aplicable en los términos que correspondan.

La gestión indirecta plantea, finalmente, el problema de la responsabilidad. Por el hecho de que un servicio sea prestado por una empresa contratista, la Administración no pierde sus potestades de ordenación y supervisión, pero ello tampoco significa que los daños que puedan producirse como consecuencia de dicha

[28] Sobre la incorporación del riesgo y de su gestión preventiva al Derecho administrativo, vid., entre otros, J. Esteve Pardo, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Ariel, Barcelona, 1999.

[29] Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, *BOE* núm. 269, de 10 de noviembre de 1995, pp. 32590-32611.

actividad deban imputarse automáticamente a los poderes públicos.
El art. 196 LCSP establece como regla que corresponde al contratista indemnizar los daños causados a terceros como consecuencia de las operaciones necesarias para la ejecución del contrato. La responsabilidad se desplaza a la Administración cuando el daño deriva directamente de una orden suya o concurre alguno de los supuestos específicamente previstos en el propio precepto.
Fuera de este régimen contractual, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Y aquí conviene introducir una precisión importante: nuestro sistema no exige necesariamente la existencia de un funcionamiento anormal del servicio público. El art. 32 LRJSP contempla daños derivados tanto del funcionamiento normal como del anormal, siempre que concurran los restantes presupuestos de la responsabilidad, entre ellos la existencia de una lesión efectiva, individualizada y antijurídica causalmente imputable a la Administración.
En la actividad deportiva, la mera producción de un daño no permite afirmar la existencia de responsabilidad. El deporte conlleva riesgos y algunos de ellos forman parte inevitablemente de la propia práctica. Además, la conducta de quien participa puede ser relevante para determinar tanto el nexo causal como la propia antijuridicidad del daño.
La jurisprudencia contencioso-administrativa ofrece ejemplos en los que se excluye la responsabilidad cuando la lesión deriva de una utilización contraria a las indicaciones de seguridad, así como otros supuestos en los que el daño termina imputándose al operador privado cuya actuación constituyó la causa determinante del accidente[30].
La función de garantía no debe contemplarse, por tanto, únicamente desde la responsabilidad posterior al daño. Probablemente su dimensión más importante aparece antes. Cuando la Administración diseña un programa, selecciona a un contratista, concede una subvención o supervisa un servicio, dispone de una oportunidad para identificar riesgos y establecer determinadas condiciones de prestación. La garantía no significa asegurar que nunca se produzca una lesión. Significa ejercer adecuadamente las potestades que corresponden en cada caso: exigir la cualificación prevista por el ordenamiento, definir con suficiente precisión las condiciones del servicio, comprobar su cumplimiento y reaccionar frente a los riesgos conocidos cuando exista competencia para ello.

4. Vulnerabilidad y deberes públicos de protección: menores, mayores y personas en situación de especial vulnerabilidad

[30] STSJ del País Vasco de 29 de diciembre de 2025, ROJ STSJ PV 4228/2025; y STSJ de Illes Balears de 5 de diciembre de 2025, ROJ STSJ BAL 1142/2025.

El reconocimiento de un derecho general a la práctica de la actividad física y deportiva no implica que todas las personas se encuentren en las mismas condiciones para ejercerlo. La edad, la discapacidad, una situación de dependencia, la falta de recursos económicos o determinadas circunstancias personales y sociales pueden aumentar los riesgos de la práctica o, sencillamente, dificultar aún más el acceso a ella.

La vulnerabilidad no justifica que la Administración intervenga al margen de sus competencias, ni constituye una condición que pueda atribuirse de manera general a determinados colectivos. Su función es distinta. Sirve para determinar hasta dónde deben llegar los deberes de protección cuando las circunstancias de una persona hacen insuficiente una respuesta pensada para quien se encuentra en una posición de plena autonomía y capacidad de elección.

La LD responde claramente a esta lógica al incorporar previsiones específicas sobre la igualdad entre mujeres y hombres, la brecha social, la discapacidad, los menores y las personas mayores (arts. 4 a 8). La igualdad no exige ofrecer siempre exactamente lo mismo. En ocasiones ocurre justamente lo contrario, ya que tratar de la misma manera situaciones diferentes puede consolidar o aumentar las desigualdades que se pretenden evitar. De ahí que la protección deba adaptarse a las circunstancias concretas, respetando, al mismo tiempo, los principios de proporcionalidad y autonomía personal.

4.1. Menores: interés superior, proporcionalidad de la práctica y protección frente a la violencia

En el caso de los menores de edad, el art. 7 LD establece que sus derechos y necesidades deben ser objeto de especial protección por los poderes públicos y exige que la práctica deportiva sea «ajustada y proporcional» a su desarrollo personal y a sus capacidades físicas, psíquicas y emocionales. Esta previsión tiene un alcance mayor del que pudiera parecer a simple vista, ya que obliga a preguntarse si determinadas cargas de entrenamiento, formas de especialización o niveles de presión competitiva son realmente compatibles con la edad y el proceso de desarrollo de quien practica deporte.

El precepto debe interpretarse en consonancia con el principio del interés superior del menor del art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor[31], que obliga a ponderar sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales, así como sus deseos, sentimientos y opiniones, atendiendo a su edad y madurez. La organización deportiva no puede, por tanto, priorizar en estos casos el rendimiento, las expectativas familiares o los intereses de clubes y entrenadores cuando entren en conflicto con el desarrollo integral del menor.

[31] Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *BOE* núm. 15, de 17 de enero de 1996, pp. 1225-1238.

La especialización deportiva temprana parece conducir, en determinados casos, a una mayor incidencia de lesiones por exceso de carga de trabajo y *burnout* entre jóvenes sometidos a elevados niveles de entrenamiento[32]. Aunque los estudios que se han llevado a cabo hasta la fecha no permiten calificar de ilícita, por sí sola, toda especialización deportiva, sí ofrecen elementos objetivos para interpretar la exigencia legal de correspondencia entre la intensidad del entrenamiento, la edad, el desarrollo evolutivo y las capacidades del menor.

A ello se suma la posición especial que ocupa el menor en muchas estructuras deportivas. El entrenador decide quién juega, cuánto juega, quién compite o quién continúa en el equipo. La familia también participa en decisiones importantes y, a determinadas edades, la pertenencia al club o al grupo puede convertirse en una parte muy relevante de la propia identidad. Existe, por tanto, una relación claramente asimétrica en la que no siempre resulta sencillo cuestionar las decisiones de los adultos o comunicar que determinadas situaciones generan malestar.

Esta circunstancia explica la dificultad para identificar ciertas formas de violencia psicológica o emocional. Un grito, una humillación, una amenaza de exclusión, una burla o la retirada sostenida de la atención pueden presentarse como formas de disciplina, de motivación o de exigencia competitiva. La frontera no siempre es sencilla. Precisamente por eso, la protección no puede basarse únicamente en la capacidad del propio menor o de su familia para reconocer el abuso. Hace falta formación, reglas suficientemente claras y mecanismos que permitan detectar y comunicar estas situaciones[33].

El deporte no constituye un entorno seguro por el mero hecho de cumplir una función educativa. El trabajo de Hartill y otros autores, basado en las experiencias de 10.302 personas que habían participado en deporte organizado antes de cumplir dieciocho años, encontró situaciones de violencia psicológica, física y sexual, así como de negligencia[34]. Estos resultados no pueden trasladarse directamente al deporte español ni utilizarse para establecer su prevalencia actual, pero sí permiten extraer una conclusión bastante clara: la violencia interpersonal no es un riesgo extraño al deporte organizado y debe formar parte de sus sistemas de prevención.

El ordenamiento jurídico español ha dado un paso importante en esta dirección con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la

[32] D. R. Bell; E. G. Post; K. Biese; C. Bay; T. Valovich McLeod, «Sport Specialization and Risk of Overuse Injuries: A Systematic Review With Meta-analysis», *Pediatrics*, vol. 142, núm. 3, 2018, art. e20180657; N. E. Giusti; S. L. Carder; L. Vopat; J. Baker; A. Tarakemeh; B. Vopat; M. K. Mulcahey, «Comparing Burnout in Sport-Specializing Versus Sport-Sampling Adolescent Athletes: A Systematic Review and Meta-analysis», *Orthopaedic Journal of Sports Medicine*, vol. 8, núm. 3, 2020.

[33] I. Eliasson, *op. cit.*, pp. 397-422.

[34] M. Hartill; B. Rulofs; M. Allroggen; S. Demarbaix; R. Diketmüller; M. Lang; M. Martin; I. Nanu; D. Sage; E. Stativa; J. Kampen; T. Vertommen, «Prevalence of Interpersonal Violence against Children in Sport in Six European Countries», *Child Abuse & Neglect*, vol. 146, 2023, art. 106513.

adolescencia frente a la violencia (LOPIVI)[35], cuyos arts. 47 y 48 trasladan expresamente el modelo de los entornos seguros al ámbito deportivo. Las Administraciones deben regular protocolos de prevención, detección precoz e intervención frente a la violencia, aplicables a los centros deportivos con independencia de su titularidad; y las entidades que desarrollan habitualmente actividades con menores deben aplicar esos protocolos, realizar un seguimiento de su cumplimiento, designar un Delegado o Delegada de protección, promover la participación de los propios menores y adoptar medidas frente a la discriminación.

La protección también alcanza a las personas que trabajan o colaboran habitualmente con ellos. El art. 57 LOPIVI exige acreditar la ausencia de determinadas condenas mediante certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos, tanto en actividades retribuidas como en no retribuidas. Esta previsión resulta especialmente importante en el deporte de base, donde conviven profesionales, entrenadores y personas con situaciones muy diversas, así como un volumen considerable de voluntariado.

Cuando un ayuntamiento organiza una escuela deportiva, cuando una Administración contrata un programa destinado a menores, concede una subvención a un club o permite el uso de una instalación pública, no puede tratar la protección de la infancia como una cuestión exclusivamente interna de la entidad que desarrolla la actividad. El alcance de su responsabilidad dependerá de la competencia ejercida y del instrumento utilizado.

La autonomía del menor implica escuchar su opinión sobre el entrenamiento, su relación con el personal técnico o las decisiones que afectan a su permanencia en la actividad, e acuerdo con su edad y madurez. Su participación en el proceso cumple, además, una función preventiva difícil de sustituir: quien practica el deporte es, muchas veces, quien puede advertir primero que algo no funciona correctamente.

4.2. Personas mayores y personas con discapacidad: autonomía, adaptación y accesibilidad efectiva

El art. 50 CE vincula el bienestar de las personas mayores, entre otras cuestiones, con la salud y el ocio. Por su parte, el art. 8 LD ordena promover políticas específicas de práctica deportiva orientadas a mejorar la calidad de vida y el bienestar. La actividad física puede, por tanto, ocupar un lugar relevante en las políticas de envejecimiento saludable, de mantenimiento de la autonomía y de prevención de la dependencia. Pero hacerlo correctamente exige evitar una identificación simplista entre la edad y la fragilidad.

Los programas deben adaptarse a las personas a las que se dirigen y al nivel de riesgo de la actividad. La evidencia disponible muestra que tanto el ejercicio

[35] Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, *BOE* núm. 134, de 5 de junio de 2021.

supervisado como el no supervisado pueden producir beneficios en personas mayores, aunque la supervisión presenta ventajas adicionales en determinados indicadores de función física y calidad de vida[36]. Esto no permite concluir que toda práctica destinada a personas mayores deba estar sometida a supervisión profesional permanente. Sí obliga a plantearse qué formación, qué intensidad y qué grado de seguimiento resultan razonables en función de la actividad y de las características de quienes participan.

Además, hay una dimensión que no debería quedar en un segundo plano. Para una persona mayor, el valor de una actividad física puede no residir únicamente en el ejercicio. Salir de casa, mantener una rutina, relacionarse con otras personas o sentirse parte de un grupo también pueden ser de gran importancia. La literatura sobre participación social y actividad física permite apreciar esa conexión[37]. Precisamente por ello, determinados programas pueden integrarse de manera razonable con las políticas sociales y los servicios de proximidad.

Ahora bien, tampoco conviene atribuir a cualquier actividad deportiva efectos terapéuticos, preventivos o integradores por el mero hecho de estar dirigida a personas mayores. Si un programa público se justifica por su pretensión de favorecer la autonomía, prevenir el aislamiento o mejorar la participación, esas finalidades deberían reflejarse de algún modo en su diseño y en la evaluación posterior de sus resultados.

El fomento de una vida activa no puede convertirse en una forma de paternalismo basada exclusivamente en la edad, pero tampoco debería utilizarse esa finalidad para imponer controles o sistemas de vigilancia que no resultarían aceptables para otros usuarios. El problema adquiere especial importancia cuando se incorporan dispositivos de seguimiento y tecnologías de monitorización, cuestión que se abordará más adelante.

La discapacidad plantea, por su parte, un problema relacionado con la igualdad material y de accesibilidad. Tras la reforma constitucional de 2024, el art. 49 CE obliga a los poderes públicos a garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas y a promover su autonomía e inclusión en entornos universalmente accesibles[38]. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad proyecta esa misma exigencia sobre el deporte y obliga a asegurar la participación en actividades

[36] P. Gómez-Redondo; P. L. Valenzuela; J. S. Morales; I. Ara; A. Mañas, «Supervised Versus Unsupervised Exercise for the Improvement of Physical Function and Well-Being Outcomes in Older Adults: A Systematic Review and Meta-analysis of Randomized Controlled Trials», *Sports Medicine*, vol. 54, 2024, pp. 1877-1906.

[37] A. Tcymbal; K. Abu-Omar; V. Hartung; A. Busskamp; C. Comito; C. Rossmann; D. Meinzinger; A. K. Reimers, «Interventions Simultaneously Promoting Social Participation and Physical Activity in Community Living Older Adults: A Systematic Review», *Frontiers in Public Health*, vol. 10, 2022, art. 1048496; J. Holt-Lunstad, «Social Connection as a Critical Factor for Mental and Physical Health: Evidence, Trends, Challenges, and Future Implications», *World Psychiatry*, vol. 23, núm. 3, 2024.

[38] Constitución española, art. 49, en la redacción resultante de la reforma de 15 de febrero de 2024.

deportivas generales y específicas, así como el acceso a instalaciones, servicios y formación (art. 30.5)[39].

El art. 6 LD incorpora esta perspectiva y vincula la política deportiva con la autonomía, la inclusión, la igualdad de oportunidades y la eliminación de los obstáculos que impiden la plena participación.

La accesibilidad, por tanto, no puede identificarse únicamente con la eliminación de barreras arquitectónicas. Una persona puede entrar físicamente en una instalación y, sin embargo, no tener ninguna posibilidad real de participar en las actividades que allí se desarrollan: la información puede no ser comprensible, el procedimiento de inscripción puede resultar inaccesible, puede faltar material adaptado, el personal puede carecer de formación o sencillamente no existir los apoyos necesarios. Las barreras percibidas por las personas con discapacidad no se limitan a las instalaciones, sino que también incluyen la información, la capacitación de los entrenadores y las actitudes discriminatorias[40].

Este enfoque tiene una consecuencia directa en la actuación administrativa. Si un contrato, una subvención o un programa público incluye entre sus objetivos la inclusión de las personas con discapacidad, no basta con añadir una referencia genérica a la accesibilidad en los pliegos o en las bases reguladoras. Habrá que comprobar qué significa en la práctica y, cuando resulte necesario, traducirla en obligaciones concretas que puedan verificarse.

El objetivo tampoco debería consistir en crear programas separados para las personas con discapacidad. El modelo social apunta en otra dirección: conseguir el mayor grado posible de participación dentro de las estructuras generales y facilitar, cuando sea necesario, los apoyos y las adaptaciones que hagan posible dicha participación en condiciones de autonomía y seguridad.

4.3. Igualdad, género y vulnerabilidad socioeconómica

Las desigualdades en la práctica deportiva también tienen una clara dimensión de género. El art. 29 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH)[41], exige que los programas públicos de desarrollo del deporte incorporen de manera efectiva el principio de igualdad real entre mujeres y hombres. Los arts. 4 y 5 LD desarrollan esta cuestión con mayor detalle.

La Ley contempla medidas frente a la discriminación, el abuso y el acoso, y presta atención a las diferencias en el acceso y la participación, especialmente entre niñas y adolescentes. La razón no es considerar a las mujeres vulnerables por el hecho de

[39] Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, *BOE* núm. 96, de 21 de abril de 2008, pp. 20648-20659.

[40] P. Elipe-Lorenzo; P. Diez-Fernández; B. Ruibal-Lista; S. López-García, «Barriers Faced by People with Disabilities in Mainstream Sports: A Systematic Review», *Frontiers in Sports and Active Living*, 2025.

[41] Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, *BOE* núm. 71, de 23 de marzo de 2007, pp. 12611-12645

serlo. El problema se encuentra en las desigualdades que todavía pueden afectar los recursos disponibles, las posibilidades de permanencia, la conciliación, la seguridad, las instalaciones o el reconocimiento dentro del propio sistema deportivo.

La adolescencia muestra con bastante claridad algunas de estas diferencias. Se observa una brecha significativa en los niveles de actividad física entre chicos y chicas[42], sin que, para explicar esa diferencia, pueda recurrirse exclusivamente a las preferencias personales. La oferta disponible, los horarios, la percepción de competencia, el entorno o determinados modelos culturales pueden condicionar de manera importante esas decisiones. La igualdad jurídica no debería limitarse a comprobar que una actividad está a disposición de todo el mundo.

La perspectiva de género puede coincidir con otros factores. Una mujer con discapacidad, una adolescente de una familia con escasos recursos o una persona mayor que vive en un entorno rural tendrá que enfrentarse a otras barreras de manera acumulada. La interseccionalidad es útil cuando permite identificar esas situaciones concretas, pero pierde buena parte de su utilidad si se reduce a una mera enumeración de categorías o colectivos.

La desigualdad económica plantea un problema distinto. Practicar deporte cuesta dinero, pero el precio de la actividad no es la única barrera, ya que también puede que haya que pagar el material y el transporte; disponer de tiempo; poder desplazarse hasta una instalación; y contar con una oferta compatible con las responsabilidades laborales y familiares. El art. 5 LD reconoce esta dimensión al prever medidas para reducir la brecha social y de género, entre ellas la creación de instalaciones y zonas de ocio activo en barrios desfavorecidos, la utilización de espacios escolares y el acceso asequible a actividades deportivas extraescolares.

Otro factor importante puede ser el territorio. Una actividad puede ser económicamente asequible y resultar prácticamente inaccesible debido a la distancia, los horarios o la falta de transporte. La igualdad formal dice relativamente poco si no se tienen en cuenta las condiciones en las que las personas deben ejercer sus derechos. La Administración se encuentra sometida al principio de competencia y las medidas que adopte deberán guardar relación con la finalidad de sus programas. Puede que sea suficiente reducir el precio, pero en ocasiones habrá que modificar la ubicación de la oferta, facilitar el transporte, adaptar los horarios o coordinar la actividad deportiva con los servicios educativos y sociales.

La evaluación debería seguir la lógica señalada. Que un programa tenga todas sus plazas ocupadas no implica necesariamente que haya cumplido sus objetivos de inclusión. Puede ocurrir, incluso, que quienes justificaron la creación de ese programa continúen sin acceder a él. Si la financiación pública pretende reducir una determinada desigualdad, no basta con saber cuántas personas participan. También

[42] Ministerio de Sanidad, estudio HBSC 2022, resultados sobre actividad física en población adolescente española.

interesa conocer quiénes participan, quiénes abandonan, quiénes nunca llegan a incorporarse y qué barreras continúan existiendo.

5. Safeguarding y cultura institucional de protección en el deporte

Durante mucho tiempo, la reacción frente a la violencia se ha centrado principalmente en identificar la conducta, determinar quién era el responsable y, en su caso, aplicar la sanción correspondiente. Todo ello sigue siendo necesario, pero resulta insuficiente cuando se pretende evitar que esas situaciones lleguen a producirse o se mantengan durante años en una organización.

El *safeguarding* introduce una dimensión preventiva y obliga a mirar no solo a quien comete el abuso, sino también a las condiciones que permiten que ocurra o que nadie lo comunique. No es algo nuevo en España, pero habría que ordenar los deberes de prevención, organización, supervisión y respuesta que nuestro ordenamiento ha incorporado de forma fragmentaria.

El ejemplo más claro se encuentra en la protección de los menores. Los arts. 47 y 48 LOPIVI trasladan expresamente la lógica de los entornos seguros al ámbito del deporte. El primero obliga a las Administraciones competentes a regular protocolos de actuación destinados a prevenir, detectar precozmente e intervenir frente a situaciones de violencia en el deporte y el ocio, y extiende su aplicación a los centros en los que se desarrollen estas actividades con independencia de su titularidad. El art. 48 da un paso más: las entidades que trabajan habitualmente con menores no solo deben disponer de esos protocolos, sino aplicarlos, realizar un seguimiento de su cumplimiento y designar un Delegado o Delegada de protección al que puedan dirigirse los propios menores.

Esta última previsión resulta especialmente importante. Un protocolo puede existir y, sin embargo, no funcionar. Puede estar publicado en una página web, formar parte de la documentación de un club o haberse aprobado formalmente por sus órganos de gobierno, sin tener prácticamente ninguna incidencia en lo que ocurre durante los entrenamientos, en los vestuarios o en las relaciones cotidianas entre adultos y menores. Precisamente por eso, la LOPIVI no se limita a exigir su existencia. La referencia expresa a la monitorización obliga a plantearse cómo se comprueba que las medidas previstas se conocen y se aplican realmente.

Aquí aparece con bastante claridad la conexión entre el *safeguarding* y la idea de una Administración garante. La existencia formal de un protocolo aporta poco si nadie asume su aplicación, si las personas que deben utilizarlo no han recibido formación, si los menores desconocen a quién pueden acudir o si la organización carece de mecanismos que permitan detectar que las reglas aprobadas se incumplen de manera sistemática.

Ahora bien, tampoco conviene atribuir a la LOPIVI un grado de concreción que no tiene. La Ley establece algunas piezas esenciales del sistema, pero deja abiertas

numerosas cuestiones relativas a su funcionamiento. No determina con detalle qué indicadores deben utilizarse para controlar el cumplimiento de los protocolos, con qué periodicidad han de revisarse, cómo deben documentarse las incidencias, qué régimen de incompatibilidades debería aplicarse al Delegado de protección o qué formación específica debe exigirse para desempeñar esa función. Son cuestiones importantes, pero no todas ellas constituyen hoy obligaciones que puedan deducirse directamente del art. 48; su exigencia requerirá, según los casos, desarrollo normativo o su incorporación a los instrumentos mediante los cuales la Administración ordena, financia, contrata o supervisa la actividad.

La actuación administrativa se encuentra sometida a los principios de competencia, legalidad y proporcionalidad. No tiene sentido exigir exactamente la misma estructura organizativa a una federación con cientos de trabajadores que a un pequeño club local gestionado en buena medida mediante voluntariado. Otra cosa es que la menor capacidad organizativa pueda utilizarse como argumento para dejar sin contenido las obligaciones legales de protección. El estándar puede adaptarse; la obligación no puede desaparecer.

La figura del Delegado o de la Delegada de protección permite apreciar claramente esta diferencia. El art. 48.1 c) LOPIVI configura esta figura como una referencia a la que los menores puedan acudir para expresar sus inquietudes, le atribuye funciones relacionadas con la difusión y cumplimiento de los protocolos y la sitúa en una posición relevante cuando existen indicios de violencia. Sin embargo, la Ley no establece un verdadero estatuto jurídico para esta figura. No regula de manera completa su independencia, dedicación, incompatibilidades, formación ni medios materiales.

Sería razonable avanzar en esa dirección. Resulta difícil desempeñar adecuadamente la función cuando el responsable de protección depende directamente de la misma persona cuya conducta puede cuestionarse, o cuando carece de tiempo, formación o canales propios para actuar. Pero una cosa es sostener que estas garantías mejorarían el sistema y otra distinta afirmar que todas ellas ya están impuestas por la legislación vigente. Desde un punto de vista jurídico, conviene mantener clara esa diferencia.

Algo similar ocurre con los canales de comunicación. Para que funcionen, tienen que ser conocidos, comprensibles y accesibles, especialmente para los propios menores. Un procedimiento formalmente impecable puede resultar completamente inútil si un niño no sabe que existe, no comprende cómo utilizarlo o teme que comunicar un problema afecte su continuidad en el equipo.

Ese temor no es menor en el ámbito deportivo, donde la relación con el entrenador puede condicionar la selección, los minutos de participación, la asistencia a competiciones o incluso la posibilidad de continuar practicando dentro de una organización deportiva. Por eso no basta con habilitar una dirección de correo electrónico y afirmar que existe un canal de denuncia. La cuestión verdaderamente

importante es si la persona afectada puede utilizarlo sin que la relación de dependencia deportiva vacíe de contenido el mecanismo de protección.

Tampoco debe confundirse cualquier comunicación preventiva con una denuncia formal ni prometerse una confidencialidad absoluta cuando existen deberes legales de actuación. La confianza del menor es esencial, pero también lo es explicar con claridad qué puede ocurrir con la información que proporciona y cuándo la gravedad de los hechos obliga a comunicarla a otras personas, autoridades o servicios de protección.

La formación constituye otra pieza fundamental. La LOPIVI encomienda a los poderes públicos la promoción de la formación especializada para quienes mantienen un contacto habitual con menores y obliga a las entidades deportivas a adoptar medidas destinadas a prevenir la violencia y la discriminación (arts. 5 y 48). En el deporte, esta formación presenta, además, una dificultad específica: no basta con enseñar a reconocer las formas más evidentes de violencia.

La especificidad deportiva justifica que esta formación no se limite a identificar ilícitos evidentes. Debe permitir distinguir entre la exigencia técnica inherente al entrenamiento y aquellas prácticas —humillación, intimidación, castigos desproporcionados, aislamiento o utilización abusiva de la autoridad— que lesionan la dignidad o el desarrollo del deportista.

Hay conductas cuya ilicitud resulta fácilmente identificable. Otras, en cambio, aparecen envueltas en la propia lógica de la actividad deportiva. La presión, la disciplina, el esfuerzo o la exigencia forman parte del entrenamiento y no pueden considerarse, por sí mismos, comportamientos abusivos. El problema aparece cuando esa exigencia se transforma en humillación, intimidación, castigo desproporcionado, aislamiento o utilización abusiva de la posición de autoridad. Precisamente en esas zonas grises es donde la formación resulta más necesaria.

El Comité Olímpico Internacional ha adoptado, desde 2024, un modelo socioecológico de la violencia interpersonal y plantea su prevención desde una perspectiva que considera factores individuales, relacionales, organizativos y estructurales. Entre sus recomendaciones se encuentra, además, la necesidad de evaluar la eficacia real de las políticas de prevención y respuesta[43].

Este planteamiento resulta especialmente útil para el jurista, pues permite distinguir dos cuestiones que no deben confundirse. Una es la responsabilidad de quien comete la conducta abusiva. Otra, diferente, es preguntarse si la organización había creado las condiciones razonables para prevenirla, detectarla y reaccionar ante ella. Puede haber responsabilidad individual y, al mismo tiempo, graves deficiencias

[43] Y. A. Tuakli-Wosornu; K. Burrows; K. Fasting; M. Hartill; K. Hodge; K. Kaufman; E. Kavanagh; S. L. Kirby; J. G. MacLeod; M. Mountjoy; S. Parent; M. Tak; T. Vertommen; D. J. A. Rhind, «IOC Consensus Statement: Interpersonal Violence and Safeguarding in Sport», *British Journal of Sports Medicine*, vol. 58, núm. 22, 2024, pp. 1322-1344, DOI: 10.1136/bjsports-2024-108766.

organizativas. Hablar de responsabilidad sistémica tiene sentido en este último plano, siempre que no se convierta en una nueva forma de responsabilidad objetiva carente de fundamento legal.

El ordenamiento deportivo español contiene, además, mecanismos preventivos que van más allá de la regulación específica de la infancia. El art. 4.5 LD obliga a las federaciones deportivas españolas y a las ligas profesionales a disponer de protocolos de prevención y actuación frente a la discriminación, los abusos, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo o de autoridad, que deben ponerse a disposición de las entidades integradas en sus competiciones[44]. La propia norma vincula determinadas conductas con el régimen sancionador deportivo.

Conviene, sin embargo, no confundir ambos planos. La LOPIVI construye un sistema específicamente orientado a la protección de los menores y alcanza a las entidades que habitualmente desarrollan actividades deportivas con ellos. El art. 4.5 LD tiene un ámbito subjetivo distinto y contempla formas de discriminación, abuso y acoso que no se limitan a la infancia. Aunque ambos sistemas puedan coincidir en determinados supuestos, responden a objetivos distintos.

La prevención está muy presente en el ordenamiento jurídico español, pero de manera fragmentaria. Hay protocolos de infancia, de igualdad, obligaciones laborales, regímenes disciplinarios, normas sobre discriminación y mecanismos propios de las federaciones. El reto consiste en integrar ese conjunto de instrumentos en un sistema de protección que garantice el cumplimiento de las normas.

La respuesta puede variar según la relación existente entre la Administración y la entidad: si se trata de un contrato, habrá determinadas obligaciones que podrán incorporarse a los pliegos y controlarse durante su ejecución; si se ha concedido una subvención, las obligaciones podrán formar parte de las condiciones vinculadas a su concesión; si la actividad se desarrolla en instalaciones públicas, podrán establecerse condiciones de utilización dentro del marco jurídico aplicable; y cuando el ordenamiento atribuya potestades de inspección o sanción, podrán ejercerse en los términos previstos legalmente.

Lo que no puede hacer la Administración es utilizar el *safeguarding* para crear, mediante un pliego, una convocatoria de subvenciones o unas normas de uso, potestades sancionadoras que la ley no le atribuye. Una cosa es condicionar una relación jurídica al cumplimiento de determinadas obligaciones de protección y otra distinta construir, al margen de la ley, un régimen sancionador propio.

El control debería prestar más atención a lo que ocurre en la práctica que a la acumulación de documentos. El problema no suele ser que falte un protocolo, sino que nadie sepa si funciona. En este sentido, las herramientas desarrolladas por el

[44] Sobre las técnicas jurídico-administrativas de prevención y reacción frente a la violencia en el deporte, vid. E. Gamero Casado, «La lucha contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte», en E. Gamero Casado (dir.) y A. Millán Garrido (coord.), *Manual de Derecho del Deporte*, Tecnos, 2021, pp. 769-815.

Consejo de Europa dentro de Start *to Talk* resultan de interés porque plantean sistemas de autoevaluación dirigidos tanto a autoridades públicas como a organizaciones deportivas y atienden a cuestiones como la existencia efectiva de estructuras, formación, procedimientos y mecanismos de gestión, recomendando además su revisión periódica[45].

Estos instrumentos no tienen carácter vinculante y no pueden utilizarse para crear por sí solos nuevas obligaciones jurídicas. Su utilidad es otra. Proporcionan referencias que pueden ayudar a concretar cómo evaluar la implementación de sistemas de protección y ofrecen modelos que pueden incorporarse, cuando exista cobertura jurídica suficiente, al desarrollo normativo o a las distintas técnicas de actuación administrativa.

El *safeguarding* ha ido ampliándose, además, más allá de la protección de la infancia. Las relaciones de poder que pueden favorecer situaciones de abuso, acoso o discriminación no desaparecen al alcanzar la mayoría de edad. Un deportista adulto puede encontrarse en una posición de fuerte dependencia respecto de un entrenador, un club, una federación o una estructura de alto rendimiento; y en el deporte profesional aparecen, además, relaciones laborales y económicas que añaden nuevas formas de dependencia.

De ahí que, en el ámbito internacional, se utilice cada vez con mayor frecuencia la expresión *safe sport* para aludir a una concepción más amplia de la seguridad y el bienestar en el conjunto del sistema deportivo. El desplazamiento es importante: la protección deja de vincularse exclusivamente a determinados colectivos considerados vulnerables y pasa a ser responsabilidad de las propias organizaciones deportivas.

El Derecho español no cuenta con un régimen jurídico unitario de *safe sport*. Los deportistas adultos cuentan con la protección de las normas deportivas, laborales, penales, civiles, antidiscriminatorias y de protección de datos, así como de la normativa disciplinaria. Hay mecanismos de tutela, pero no una arquitectura preventiva equiparable a la que la LOPIVI ha comenzado a construir respecto de los menores.

La posible extensión de este modelo debe presentarse, por ello, como una línea de evolución del modelo español.

6. Inteligencia artificial y gobernanza digital del cuerpo: datos de salud, biometría y neurotecnología

La digitalización ha cambiado la forma en que se practica y se controla la actividad física. Un reloj, una pulsera, un sensor incorporado a la ropa o una aplicación instalada en el teléfono puede registrar de forma continua la frecuencia cardíaca, los

[45] Consejo de Europa, *Start to Talk*, especialmente sus materiales sobre *child safeguarding*, *Child Safeguarding Officers* y la herramienta de autoevaluación para autoridades públicas y organizaciones deportivas.

desplazamientos, el sueño, la recuperación, las cargas de entrenamiento o determinados parámetros relacionados con el rendimiento. Cuando toda esa información se combina mediante sistemas algorítmicos, además, es posible elaborar perfiles, formular recomendaciones o anticipar determinadas situaciones.

Muchas de estas herramientas pueden resultar extraordinariamente útiles. Permiten adaptar el entrenamiento, prevenir lesiones, detectar situaciones de fatiga o facilitar el seguimiento de determinados programas de actividad física. El problema aparece cuando esa misma capacidad tecnológica permite acumular una cantidad de información sobre la persona que difícilmente podría obtenerse por otros medios y ponerla a disposición de clubes, empresas, administraciones o proveedores tecnológicos.

La cuestión jurídica no está, por tanto, en decidir si la tecnología es buena o mala. Lo importante es saber qué información se obtiene, para qué se utiliza, quién puede acceder a ella y qué consecuencias pueden derivarse posteriormente de su tratamiento.

6.1. La calificación jurídica de los datos corporales

El primer problema es, aparentemente, terminológico, pero tiene importantes consecuencias jurídicas. Que un dato provenga del cuerpo no implica que sea automáticamente un dato biométrico. El RGPD distingue entre datos personales, datos relativos a la salud y datos biométricos. Estos últimos son aquellos obtenidos mediante un tratamiento técnico específico, con características físicas, fisiológicas o conductuales que permiten o confirman la identificación única de una persona. Los datos relativos a la salud, en cambio, proporcionan información sobre su estado físico o mental.

La distinción importa especialmente en el deporte. La frecuencia cardíaca, la información sobre el sueño, la fatiga, la recuperación, las cargas de entrenamiento o el ciclo menstrual pueden ser datos personales y, cuando permiten conocer el estado físico o mental de la persona, datos relativos a la salud. No por ello se convierten necesariamente en datos biométricos en el sentido del art. 4.14 RGPD. Habrá que atender al dato, pero también al tratamiento que se le aplica y a la finalidad para la que se utiliza.

No se trata de una precisión meramente académica. Los datos relativos a la salud y los datos biométricos utilizados para identificar de forma unívoca a una persona pertenecen a las categorías especiales del art. 9 RGPD y se encuentran, por ello, sometidos a un nivel de protección reforzado.

El RIA utiliza, además, sus propias categorías para la identificación, la verificación y la categorización biométricas, o para el reconocimiento de emociones. No parece adecuado trasladar automáticamente al RIA las categorías definidas por el RGPD. Las dos normas tienen finalidades diferentes y la calificación deberá realizarse, en

cada caso, atendiendo al uso concreto de la tecnología.

A esta información registrada directamente se suma un problema cada vez más relevante: el de los datos inferidos. Un dispositivo puede limitarse a medir la frecuencia cardíaca, las horas de sueño o las variaciones de rendimiento, pero la combinación de estos parámetros puede permitir al sistema inferir una lesión, un estado de estrés, un mayor riesgo de abandono o determinadas capacidades físicas. El dato relevante deja de ser únicamente aquello que la persona comunica o que el sensor registra. También importa lo que el sistema es capaz de deducir a partir de esa información.

Aquí aparece una nueva forma de asimetría. Quien dispone de los datos y de la capacidad tecnológica para analizarlos puede llegar a conocer —o, al menos, atribuir— determinadas características a una persona que esta nunca ha declarado. Y esas inferencias pueden terminar utilizándose para adoptar decisiones sobre su entrenamiento, su selección, su continuidad o incluso su valoración económica.

El RGPD establece un conjunto de principios que rigen este tratamiento: licitud, limitación de la finalidad, minimización, exactitud, limitación del plazo de conservación, seguridad y responsabilidad proactiva. Cuando se manejan categorías especiales de datos, además, no basta con contar con alguna de las bases jurídicas del art. 6; también es necesario que concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 9 que permiten levantar la prohibición general de tratamiento[46].

El consentimiento explícito puede constituir una de ellas, pero tampoco debe convertirse en una solución automática. Hay relaciones en las que la libertad para consentir resulta especialmente problemática. Un deportista profesional al que su club le pide utilizar un dispositivo determinado, un menor al que se incorpora una aplicación a su programa de entrenamiento o un usuario que necesita aceptar unas condiciones para acceder a un servicio público no se encuentran necesariamente en la misma posición que quien decide descargarse libremente una aplicación para uso personal.

Por eso, no basta con comprobar que alguien ha marcado una casilla aceptando el tratamiento. También hay que preguntarse si el dato es realmente necesario, si la finalidad perseguida justifica ese nivel de información y si existen alternativas menos intrusivas. La facilidad con la que actualmente pueden obtenerse datos sobre el cuerpo no convierte en legítima cualquier forma de tratamiento.

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha insistido precisamente en estas exigencias respecto de las aplicaciones de actividad física, bienestar y salud, subrayando la necesidad de identificar claramente al responsable del tratamiento, informar adecuadamente a los usuarios y aplicar medidas de responsabilidad

[46] Sobre el régimen jurídico de los datos relativos a la salud, vid. asimismo Agencia Española de Protección de Datos, «Tus derechos en relación con tus datos de salud», actualización de 24 de abril de 2025.

proactiva[47].

De todo ello puede extraerse una regla relativamente sencilla para la actividad física saludable: no todo aquello que técnicamente puede medirse necesita medirse. El principio de minimización obliga a relacionar la intensidad de la monitorización con la finalidad que se pretende alcanzar. Un programa municipal destinado a favorecer que las personas caminen con mayor frecuencia difícilmente necesita conocer la misma información fisiológica que una intervención sanitaria dirigida a pacientes con una patología concreta.

Algo parecido ocurre con la finalidad. Un dato recogido para adaptar una actividad o prevenir una lesión no puede utilizarse sin más para seleccionar deportistas, adoptar decisiones disciplinarias, calcular su valor económico, orientar la publicidad o tomar decisiones laborales. El problema no consiste únicamente en cómo se obtienen los datos, sino en qué ocurre con ellos una vez obtenidos. De ahí que se haya comenzado a prestar especial atención a la capacidad del deportista para controlar su acceso, su uso y su posterior explotación[48].

6.2. Inteligencia artificial, relaciones asimétricas y decisiones sobre las personas

La inteligencia artificial añade otra dimensión al problema. Ya no se trata únicamente de recopilar información, sino de utilizarla para clasificar, recomendar, evaluar o predecir. Y no todas estas funciones tienen la misma relevancia jurídica. Una aplicación que propone una rutina genérica de ejercicio a partir de las preferencias del usuario presenta un nivel de incidencia muy distinto al de un sistema que evalúa el rendimiento de un trabajador, decide quién participa en un programa o influye en la selección de un deportista. La tecnología puede ser similar; sus efectos sobre las personas, en cambio, no lo son.

El art. 22 RGPD establece un primer límite respecto de las decisiones basadas únicamente en tratamientos automatizados cuando producen efectos jurídicos o afectan de manera significativa y similar a la persona. La finalidad de la norma no es impedir la utilización de algoritmos en la toma de decisiones. Lo que exige, cuando concurren sus presupuestos, es que la automatización vaya acompañada de las garantías previstas en el ordenamiento jurídico y que exista una posibilidad real de intervención, revisión e impugnación.

El deporte profesional muestra con bastante claridad algunas de estas tensiones. La prestación laboral del deportista está estrechamente vinculada a su capacidad física, lo que permite obtener información extraordinariamente detallada sobre su cuerpo.

[47] Agencia Española de Protección de Datos, *Nota técnica. El deber de informar y otras medidas de responsabilidad proactiva en apps para dispositivos móviles*, 2019, con especial referencia a las aplicaciones de actividad física, bienestar y salud.

[48] J. W. Kwon, «Athlete Data Sovereignty: Addressing the Legal and Policy Gaps in Sports Technology», *Frontiers in Sports and Active Living*, vol. 7, 2025, art. 1742484; V. Zambrano, «AI e rilievo economico dei dati sportivi», *Diritto dello Sport*, vol. 6, núm. 1, 2025.

Ahora bien, que esa información resulte útil para el club no significa que el poder de dirección empresarial le permita conocer cualquier dato sobre la salud del trabajador. La AEPD ha advertido que la ejecución del contrato de trabajo no constituye una habilitación general para acceder a cualquier información sanitaria de la persona trabajadora y ha considerado, con carácter general, desproporcionada la monitorización permanente de datos de salud mediante dispositivos *wearables*, al margen de los supuestos legalmente habilitados. Tampoco puede confundirse, sin más, este seguimiento con la vigilancia de la salud propia de la normativa de prevención de riesgos laborales[49].

El RIA introduce nuevas cautelas en este ámbito. Entre los sistemas considerados de alto riesgo se encuentran determinados usos de la inteligencia artificial en el ámbito laboral, especialmente cuando se emplean para adoptar decisiones sobre las condiciones de trabajo, asignar tareas o monitorizar y evaluar el rendimiento o el comportamiento de las personas trabajadoras. Un sistema utilizado por un club respecto de sus deportistas profesionales podrá entrar en esta categoría cuando su finalidad y utilización efectiva respondan a esos supuestos. Pero no toda herramienta de análisis deportivo utilizada por un club se convierte, por ese solo hecho, en un sistema de alto riesgo.

La misma cautela resulta necesaria cuando se trata de menores. Los sistemas destinados a predecir el talento deportivo pueden influir de manera importante en la selección, las oportunidades futuras e incluso en la propia identidad del joven deportista. Sin embargo, la predicción de talento no constituye, por sí misma, una categoría autónoma de alto riesgo en el RIA.

Esto no significa que se encuentre al margen del Derecho. La protección deberá construirse, según el supuesto, a partir de la normativa de infancia, del art. 7 LD, de las normas sobre igualdad y no discriminación y de la legislación sobre protección de datos. Que una tecnología no esté clasificada como de alto riesgo en el RIA no significa que pueda utilizarse sin límites.

Especial atención merece también el denominado reconocimiento de emociones. El art. 5.1.f) del RIA prohíbe, salvo las excepciones previstas para fines médicos o de seguridad, los sistemas destinados a inferir emociones en los lugares de trabajo y en los centros educativos. La norma puede resultar directamente aplicable al deporte profesional cuando la utilización del sistema se produzca en el ámbito laboral.

Tampoco aquí conviene ampliar la categoría más allá de lo que establece la norma. No toda información fisiológica que permita conocer cómo se encuentra una persona constituye reconocimiento de emociones. El propio Reglamento excluye expresamente determinados estados físicos, como el dolor o el cansancio. Un sistema que trata de determinar el grado de fatiga de un deportista puede plantear

[49] Agencia Española de Protección de Datos, *Protección de datos y relaciones laborales*, 2021, especialmente el apartado relativo a tecnologías *wearable* y vigilancia de la salud.

importantes problemas de protección de datos, fiabilidad o proporcionalidad, pero no se convierte por ello en un sistema de reconocimiento emocional (considerando 18 y art. 5.1 f).

A todo ello se suma una dificultad temporal que debe tenerse presente al aplicar el RIA. El Reglamento Ómnibus digital sobre IA[50] ha mantenido el 2 de agosto de 2026 como fecha general de aplicación del Reglamento, pero ha aplazado la entrada en vigor de las secciones 1, 2 y 3 del capítulo III relativas a los sistemas de alto riesgo. Para los sistemas contemplados en el art. 6.2 y el Anexo III, la fecha pasa al 2 de diciembre de 2027; para los comprendidos en el art. 6.1 y el Anexo I, al 2 de agosto de 2028.

6.3. Gobernanza pública, evaluaciones de impacto y neurotecnología

Cuando es la Administración la que incorpora estas tecnologías en una política de actividad física, su posición tampoco puede reducirse a la de un simple cliente que adquiere una solución tecnológica. Elegir qué plataforma se utiliza, qué información se recoge y para qué se analiza forma parte del propio diseño del servicio público.

La utilidad de la herramienta no puede ser, por tanto, el único criterio. Habrá que atender también a su necesidad, a la proporcionalidad, a la transparencia y a la seguridad y, sobre todo, a la posibilidad de mantener un control efectivo de su funcionamiento.

Las evaluaciones de impacto constituyen uno de los instrumentos disponibles para anticipar estos riesgos. El art. 35 RGPD obliga a realizar una evaluación de impacto en protección de datos cuando, atendiendo a la naturaleza, alcance, contexto y finalidad del tratamiento, resulte probable que exista un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas. La norma presta especial atención a determinadas evaluaciones automatizadas, al tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos y a la vigilancia sistemática.

Un programa público que realice un seguimiento intensivo y continuado de información relativa a la salud puede, por ello, quedar sometido a esta obligación dependiendo de sus características. Una vez más, la respuesta no depende de que se utilice la tecnología en abstracto, sino de lo que esta haga con los datos de las personas.

Distinta es la evaluación de impacto sobre los derechos fundamentales prevista en el art. 27 del RIA. No constituye una obligación general para cualquier Administración que utilice inteligencia artificial, sino que se vincula a determinados desplegadores y sistemas de alto riesgo. Cuando concurran las dos evaluaciones, habrá que

[50] Reglamento (UE) 2026/1744 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de julio de 2026, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2024/1689, (UE) 2018/1139 y (UE) 2023/1230 en lo que respecta a la simplificación de la aplicación de normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ómnibus digital sobre IA), *DOUE L*, 2026/1744, de 24 de julio de 2026.

coordinarlas, pero no confundirlas. Nada impide, naturalmente, que una Administración decida aplicar una evaluación semejante a otros sistemas cuando considere que ello mejora la calidad de su decisión. Puede incluso defenderse como una práctica de buena administración. Lo que no parece correcto es presentar esa posibilidad como una obligación derivada del art. 27 cuando no concurren sus presupuestos.

La Administración puede contratar una plataforma, adquirir una aplicación o incorporar un servicio tecnológico desarrollado por un tercero, pero no puede trasladarle por completo las decisiones que corresponden al responsable público. Las condiciones generales del proveedor no determinan por sí mismas qué datos necesita el servicio, durante cuánto tiempo deben conservarse ni qué usos posteriores resultan admisibles. La externalización de la tecnología no puede convertirse, en definitiva, en una externalización de la responsabilidad. Si la Administración decide utilizar una herramienta en el marco de una política pública, debe conservar capacidad suficiente para determinar la finalidad del tratamiento, exigir la minimización de los datos, conocer quién puede acceder a ellos, establecer las garantías de seguridad correspondientes y evitar usos secundarios incompatibles con el objetivo que justificó inicialmente su obtención.

La gobernanza tecnológica requiere determinar qué información es necesaria; si la intensidad del tratamiento es proporcionada; si los datos se mantienen vinculados a la finalidad para la que fueron recogidos; y si la persona dispone de mecanismos efectivos para conocer, revisar o cuestionar las decisiones que le afectan. Se trata, en resumen, de aplicar conjuntamente las garantías derivadas de la normativa de protección de datos, del RIA y de los principios generales que rigen la actuación administrativa.

Las neurotecnologías plantean un problema distinto y aún mucho más incipiente. No todo sistema que analice el rendimiento, la fatiga o el comportamiento entra en este ámbito. La especificidad se manifiesta cuando la tecnología accede al sistema nervioso, interactúa con él o permite obtener información especialmente intensa sobre determinados procesos o estados mentales.

La Recomendación sobre la Ética de la Neurotecnología, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO el 11 de noviembre de 2025, constituye el primer instrumento internacional específicamente dedicado a esta materia y vincula el desarrollo de estas tecnologías con cuestiones relacionadas con la dignidad, la autonomía, la privacidad y la integridad mental[51].

Su importancia no debe confundirse, sin embargo, con su fuerza jurídica. Las recomendaciones de la UNESCO están orientadas a servir de referencia para los Estados y para el desarrollo de políticas y legislaciones nacionales, pero no

[51] UNESCO, *Recommendation on the Ethics of Neurotechnology*, adoptada por la Conferencia General en su 43.ª sesión, 11 de noviembre de 2025.

constituyen por sí mismas un catálogo de derechos fundamentales directamente exigibles en España. Por eso parece más prudente, al menos en el estado actual de la regulación, analizar cómo estas tecnologías pueden afectar a derechos ya reconocidos —privacidad, integridad, autonomía o libertad— que afirmar la existencia de un régimen jurídico plenamente consolidado de «neuroderechos».

En el deporte, además, todavía estamos ante un problema, principalmente, prospectivo. La inmensa mayoría de los dispositivos que actualmente se utilizan para registrar la actividad física no son neurotecnologías. No tendría sentido extender la categoría hasta hacerla coincidir con cualquier sistema que recopile información corporal.

Otra cosa es que la convergencia entre sensores, inteligencia artificial y técnicas capaces de acceder a o inferir información sobre estados mentales aconseje anticipar los problemas antes de que esas herramientas se generalicen. El deporte de alto rendimiento, precisamente por la intensidad con la que se mide el cuerpo y por la importancia económica y competitiva de esa información, puede convertirse en uno de los ámbitos en los que esta cuestión aparezca con mayor claridad.

La digitalización amplía el alcance de la función de garantía que se viene defendiendo en estas páginas. Promover la salud no puede servir de justificación genérica para registrar cada vez más información sobre las personas. Cuando una Administración incorpora tecnologías digitales a una política de actividad física, debe poder explicar qué datos necesita, por qué los necesita, para qué los utilizará y qué garantías impiden que terminen sirviendo para fines distintos.

En eso consiste, en realidad, lo que aquí puede denominarse gobernanza digital del cuerpo. No en crear una nueva rama del ordenamiento, sino en reconocer que, cuando la actividad física se utiliza como instrumento de salud, las tecnologías incorporadas a su organización no pueden generar riesgos para la privacidad, la igualdad o la autonomía que resulten desproporcionados respecto del beneficio que pretenden lograr.

7. Conclusiones: hacia un Derecho público del deporte saludable

La incorporación de la actividad física a las políticas públicas de salud, bienestar e inclusión está modificando la forma en que debe entenderse la intervención administrativa en el deporte. Durante mucho tiempo, el punto de partida se ha situado fundamentalmente en las políticas de fomento (construir instalaciones, apoyar a las entidades deportivas, subvencionar actividades o favorecer que un mayor número de personas pudiera practicar deporte), pero esa función —que sigue siendo esencial— ya no parece suficiente.

Cuando los poderes públicos presentan la actividad física como un instrumento para mejorar la salud, favorecer la autonomía, prevenir la dependencia o promover la inclusión, es necesario plantearse en qué condiciones se desarrolla aquello que la

propia Administración impulsa, financia, contrata o presta. Esa es la idea central de este artículo. El paso del fomento a la garantía no implica sustituir una función administrativa por otra ni reconocer una nueva competencia general en materia de salud y deporte, y tampoco permite atribuir a los poderes públicos cualquier riesgo vinculado a la práctica deportiva. Significa que la finalidad de interés general que justifica una determinada actuación administrativa debe estar en sintonía con las condiciones en las que se desarrolla.

La expresión «Derecho público del deporte saludable» pretende describir precisamente este espacio. No se propone crear una nueva rama del ordenamiento ni separar artificialmente estas cuestiones del Derecho deportivo. Lo que se trata de poner de relieve es que, cuando el deporte y la actividad física se analizan desde la perspectiva de la salud, surgen problemas que no pueden resolverse únicamente mediante la organización de la competición.

En ese espacio confluyen normas y técnicas procedentes del Derecho administrativo, deportivo, sanitario y laboral, así como de la legislación sobre la infancia, la igualdad, la discapacidad, la protección de datos y la inteligencia artificial. La cuestión deja de ser únicamente cuánto deporte practica la población y pasa a incluir también quién puede practicarlo, quién dirige la actividad, en qué condiciones se desarrolla, qué riesgos se generan y qué capacidad tienen los poderes públicos para actuar sobre ellos.

La LD ofrece un importante punto de apoyo para este cambio de perspectiva. El reconocimiento del derecho a practicar deporte en condiciones adecuadas de seguridad y salud, el derecho a recibir servicios de profesionales cualificados y la previsión de una política integral de protección de la salud permiten superar una concepción del fomento, desligada por completo de las condiciones en las que se desarrolla la actividad (arts. 2, 22, 29 y 34).

Naturalmente, la Administración no ocupa la misma posición cuando presta directamente un servicio deportivo que cuando lo contrata, subvenciona una actividad o se limita a regular una práctica desarrollada íntegramente por particulares, por lo que las potestades, las obligaciones y la intensidad del control deben variar en función de la relación jurídica concreta. Precisamente por esta razón, la contratación y la subvención adquieren una importancia especial. Ambas técnicas permiten vincular el uso de recursos públicos al cumplimiento de determinadas condiciones relacionadas con la cualificación profesional, la protección de menores, la accesibilidad, la igualdad, el cumplimiento de las obligaciones laborales o el tratamiento de datos. Pero tampoco aquí todo vale. Las condiciones deben guardar relación con la finalidad del contrato o de la ayuda, contar con una cobertura jurídica suficiente y ser proporcionadas.

La función de garantía no requiere, por tanto, una nueva cláusula general de intervención. Buena parte de sus posibilidades radica en potestades e instrumentos

que las Administraciones ya utilizan. La cuestión consiste en emplearlos de manera coherente con las finalidades de salud y bienestar que justifican la política pública.

La situación de las personas especialmente vulnerables permite apreciar con claridad esta lógica. La vulnerabilidad no significa incapacidad ni constituye una condición uniforme aplicable a determinados colectivos. Tampoco atribuye, por sí sola, nuevas potestades a la Administración. Lo que hace es poner de manifiesto que una misma política puede producir resultados muy diferentes según las condiciones personales, económicas o sociales de quienes tratan de acceder a ella.

En el caso de los menores, la legislación deportiva (art. 7 LD) y la normativa de protección de la infancia exigen que la práctica sea compatible con su desarrollo físico, psíquico y emocional y que se realice en entornos seguros.

En el caso de las personas mayores, la finalidad debe orientarse hacia la autonomía y la participación, evitando identificar automáticamente el envejecimiento y la fragilidad. Para las personas con discapacidad, el problema radica principalmente en lograr que la accesibilidad sea efectiva y no meramente formal. Y cuando las barreras responden al género, a la renta o al territorio, una política formalmente abierta a todo el mundo puede seguir siendo profundamente desigual en sus resultados.

El *safeguarding* muestra otra dimensión de este mismo desplazamiento. La protección no puede empezar únicamente cuando se produce el daño. Los arts. 47 y 48 LOPIVI han incorporado al ámbito de los menores una lógica preventiva basada en protocolos, entornos seguros, seguimiento de su cumplimiento y responsables de la protección[52].

La aportación más interesante de este modelo no radica simplemente en exigir nuevos documentos formales. Un protocolo puede existir y no servir para nada. La verdadera cuestión es si la organización dispone de mecanismos que le permitan aplicarlo, detectar los problemas, escuchar a quienes los sufren y reaccionar cuando las medidas previstas no funcionan.

Desde esta perspectiva, el control administrativo debe avanzar también desde la existencia formal de las garantías hacia su implementación. No basta con comprobar que una entidad ha aprobado un protocolo de protección, del mismo modo que no basta con incluir una cláusula de accesibilidad en un pliego o exigir una declaración responsable sobre la cualificación de los profesionales. Lo relevante es determinar, dentro de las posibilidades que ofrece cada instrumento jurídico, si esas condiciones se cumplen de verdad.

La digitalización lleva este mismo problema a un terreno distinto. El cuerpo genera hoy cantidades de información que hace apenas unos años resultaban difícilmente imaginables. Sin embargo, no toda esa información tiene la misma naturaleza jurídica. Los parámetros fisiológicos obtenidos durante la actividad física pueden

[52] Y. A. Tuakli-Wosornu et al., *op. cit.*, pp. 1322-1344.

constituir datos personales o datos relativos a la salud sin convertirse necesariamente en datos biométricos a efectos del RGPD (véanse los arts. 4, 5, 9 y 35). Del mismo modo, no toda utilización de la inteligencia artificial en el deporte constituye un sistema de alto riesgo.

Estas precisiones son importantes porque el uso excesivo de las categorías puede terminar por oscurecer el verdadero problema. Más que preguntarse si una tecnología es «inteligencia artificial», «biométrica» o «neurotecnológica» en abstracto, hay que determinar qué información utiliza, qué finalidad persigue, en qué contexto se aplica y qué consecuencias puede tener para la persona.

La cuestión resulta especialmente delicada cuando existen relaciones de dependencia. El deportista profesional respecto de su club, el menor dentro de una estructura deportiva o el usuario que accede a un programa público no siempre se encuentran en condiciones de decidir libremente qué información desean proporcionar. En estos supuestos, el consentimiento no puede convertirse en la respuesta universal.

Los principios de necesidad, minimización y limitación de la finalidad adquieren entonces una importancia especial. La finalidad de proteger la salud no autoriza a conocer cualquier aspecto de la vida o del cuerpo de la persona. Y un dato obtenido para prevenir lesiones o adaptar un entrenamiento no debería convertirse automáticamente en una herramienta para seleccionar, disciplinar, valorar económicamente o vigilar.

Las neurotecnologías representan, probablemente, el extremo más reciente de esta evolución. La Recomendación de la UNESCO de 2025 ha situado en el debate internacional cuestiones relacionadas con la privacidad mental, la autonomía y la integridad frente a tecnologías capaces de acceder a o inferir información especialmente sensible sobre los estados mentales[53].

También aquí conviene evitar anticipar un derecho que aún no existe. La mayoría de los dispositivos utilizados actualmente en el deporte no son neurotecnologías y los denominados «neuroderechos» no constituyen todavía en España un régimen autónomo y plenamente consolidado. Eso no impide que debamos empezar a plantear el problema. Precisamente, una concepción preventiva del Derecho debería permitir identificar determinados riesgos antes de que su uso se generalice.

La función de garantía no sustituye al fomento; lo acompaña y, en determinados supuestos, condiciona la manera en que debe ejercerse. Si una Administración promueve actividad física con fines de salud, bienestar o inclusión, tiene que preocuparse, dentro de sus competencias y de las potestades de las que dispone, por las condiciones en las que dicha actividad se desarrolla. Esto no significa eliminar cualquier riesgo. El deporte comporta riesgos que forman parte de su propia

[53] UNESCO, *op. cit.*

naturaleza y pretender su desaparición completa sería tan imposible como poco deseable. Tampoco implica someter cualquier decisión individual a un control administrativo. La actividad física sigue siendo libre y voluntaria, y la persona debe conservar la capacidad de decidir qué relación quiere mantener con su cuerpo, con el deporte y con su propia salud.

Ahí aparecen tres límites que siempre deberían estar presentes: el carácter transversal de la actividad física no modifica, por sí mismo, la distribución constitucional y legal de competencias (competencia); la finalidad protectora no puede utilizarse para imponer cualquier obligación ni para extender indefinidamente el ámbito de intervención administrativa (proporcionalidad); y la promoción de una vida activa no significa convertir la salud en un deber ni exigir a las personas una optimización permanente de su cuerpo (autonomía).

Dentro de esos límites, el Derecho público tiene mucho que aportar. Puede contribuir a que la actividad física financiada, organizada o promovida por los poderes públicos sea más segura; a que los menores estén mejor protegidos; a que la discapacidad, la edad o la falta de recursos no se conviertan en barreras insalvables; a que quienes dirigen determinadas actividades dispongan de la formación adecuada; y a que las tecnologías destinadas a mejorar la salud no terminen erosionando la privacidad o la autonomía.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Un tema lavoristico poco esplorato: il *dress code* e il concetto di «decoro» nelle istituzioni pubbliche e private. Riflessioni di «estetica istituzionale»

di Vito Tenore

(Presidente della Sezione giurisdizionale per la Lombardia e Direttore del Servizio Massimario e Rivista della Corte dei conti; abilitato (ASN) alle funzioni di professore di prima fascia di Diritto amministrativo)

Sommario

1. Premessa ad una riflessione sul *dress code*. Le occasionali regolamentazioni del problema in talune amministrazioni; - 2. Sul fine ultimo di una regolamentazione del *dress code*; - 3. Il sistema delle fonti afferenti, in senso ampio o ristretto, al *dress code*. Personale pubblico e terzi fruitori di aree e servizi della P.A; - 4. Il *dress code* nelle amministrazioni pubbliche civili italiane; - 5. Le assemblee parlamentari; - 6. Le carriere forensi (magistrati ed avvocati): toga e decoro; - 7. I comparti in uniforme: personale militare, Forze di Polizia e relativi contenziosi; - 7.1. I tatuaggi nel *dress code*; - 7.2. Abiti curiali e vesti liturgiche; - 8. Il lavoro privato: fondamento e limiti del potere datoriale sul *dress code*; - 9. *Dress code*, civiltà multietnica, fattore religioso e divieto di discriminazione; - 10. La dimensione di genere ed il *dress code*; - 11. La *look policy* in imprese, associazioni, circoli, fondazioni; - 12. Il regime delle violazioni e delle sanzioni nei vari micro-ordinamenti; - 13. La "*libertà nel vestire*" come valore costituzionale?; - 14. Una prima appendice sui "lavoratori del domani": il *dress code* degli studenti; - 15. Una seconda appendice sul *dress code* a fronte del look "*agender*" o "*gender fluid*"; - 16. Il *dress code* nei circoli sportivi, ricreativi e conviviali: autonomia associativa e suoi limiti; - 17. Conclusioni, spunti e rilievi critici..

Abstract

Rules on dress in public (civilian and military) and private employment, in the liberal professions and in private associations are a seemingly minor legal subject, yet a borderline one, where organisational authority meets individual freedom. Based on a careful verification of the sources, the study reconstructs the legal regime of the dress code in four domains – civilian administrations and representative assemblies; uniformed sectors, including the clergy; private organisations; liberal professions – and the consequences of its violation, in the light of Italian case law, of the Court of Justice, of the European Court of Human Rights and of selected foreign experiences. The subject revolves around the open-ended clause of «decorum», whose indeterminacy calls for a «weak typification» and adequate training; the implications for «agender» and «gender-fluid» appearance are also addressed.

* *La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore, l'originalità e lo spessore del contributo*

1. Premessa ad una riflessione sul dress code. Le occasionali regolamentazioni del problema in talune amministrazioni.

Una condivisibile nota-circolare del Segretariato Generale della Corte dei conti 24 luglio 2019, n. 31, e la più recente circolare 23 giugno 2026, n. 14, invitano il personale della Corte a "*conformare il proprio abbigliamento al decoro imposto dal rispetto per l'immagine dell'istituzione*", escludendo "*abiti estremamente succinti, pantaloni corti, indumenti caratterizzati da eccessiva stravaganza, eccentricità e trasandatezza*", estendono il medesimo rispetto agli utenti esterni, con controlli affidati agli U.R.P. e agli uffici passi (circolare n. 31/2019), e suggeriscono, per le elevate temperature estive, "*un dress code comodo ma decoroso e consono all'ambiente lavorativo*" (circolare n. 14/2026). Anche l'ANAC, nel Codice di comportamento approvato il 27 aprile 2022 (art. 5, co. 2, lett. g), impone al proprio personale, su suggerimento dello scrivente (componente del relativo U.P.D.), di "*indossare un abbigliamento consono alle funzioni istituzionali svolte*".

Due esempi felici (soprattutto il primo) di "*tipizzazione tendenziale*" del concetto di decoro istituzionale, tema poco esplorato sul piano scientifico pur rientrando a pieno titolo tra quelli di pertinenza lavoristica, come questo studio intende dimostrare.

Molte altre amministrazioni, soprattutto locali, hanno adottato analoghe circolari o fonti codicistiche e regolamentari tese a pungolare un abbigliamento "consono" al ruolo istituzionale e all'immagine dell'ente: particolarmente attenti si mostrano comuni ed aziende sanitarie[1], regioni[2] ed alcuni uffici giudiziari[3], mentre alcuni comuni turistici regolano e sanzionano pecuniariamente anche il *dress code* di turisti e

[1] A titolo esemplificativo: Comune di Milano, Codice di comportamento (deliberazione G.C. n. 1369 del 5 novembre 2021), art. 13, co. 3 (aspetto pulito e curato, abbigliamento decoroso e adeguato al luogo di lavoro); Comune di Cagliari, Codice di comportamento (deliberazione G.C. n. 11 del 7 febbraio 2023), art. 13, co. 11; Comune di Trieste, Codice di comportamento (decoro personale e rispetto del ruolo istituzionale); Azienda sanitaria universitaria integrata di Trieste, Codice di comportamento aziendale, versione 2017 (aspetto lindo e dignitoso, divieto di accesso in divisa a punti di ristoro, uffici amministrativi ed esercizi commerciali); ASL di Vercelli, Codice di comportamento dei dipendenti, documento PAGI.DO.4270.00, punti 21 e 22. Alquanto carenti sul punto i Codici dei ministeri.

[2] Ad esempio: Consiglio regionale del Friuli Venezia Giulia, Regolamento interno, art. 179 (abiti dignitosi e decorosi per consiglieri, personale e pubblico); Consiglio regionale del Lazio, deliberazione dell'Ufficio di presidenza del 20 febbraio 2019, richiamata con nota del Segretario generale vicario del 21 luglio 2023; Consiglio regionale del Veneto, documenti del maggio 2026 (esclusi calzoni corti, canottiere, ciabatte e tute sportive); Consiglio regionale della Lombardia, deliberazione dell'Ufficio di presidenza applicata dalla seduta del 17 gennaio 2012 (obbligo della giacca in Aula); Assemblea regionale siciliana, circolare del Collegio dei questori del dicembre 2018 (giacca e cravatta per gli uomini, nessuna prescrizione per le donne); ARCA Puglia Centrale, comunicazione dell'Amministratore unico dell'agosto 2026.

[3] È il settore più problematico, perché fra i destinatari del divieto figurano parti, testimoni e imputati, la cui presenza in udienza non è facoltativa: Procura della Repubblica di Bari, ordine di servizio n. 47/2024 del 10 luglio 2024; Tribunale di Avellino, decreto n. 79/2021 del Presidente, unico atto che definisce il capo vietato (pantaloni corti sono quelli il cui margine inferiore non raggiunge il ginocchio); Tribunale di Spoleto, provvedimento della Presidente del giugno 2025; Tribunale di Ancona, avviso del luglio 2025; Tribunale di Trani, disposizione del Presidente facente funzioni dell'agosto 2026; Tribunale di Pisa, ordinanza del Presidente del luglio 2015, riattivata nel maggio 2018.

ISSN 2036-7821

residenti nel periodo estivo[4].

Tali occasionali regolamentazioni presentano alcune costanti: *a) la stagionalità*, essendo quasi tutte adottate fra maggio e agosto; *b) l'uniformità dell'elenco*, giacché i capi vietati sono sempre i medesimi cinque (pantaloncini o bermuda, canottiere, ciabatte o infradito, costumi da bagno, abiti succinti o trasparenti); *c) la genesi da singoli episodi* anziché da una previa programmazione; *d) la delega al personale di vigilanza*, senza indicazione del criterio di decisione né di un meccanismo di riesame; *e) l'asimmetria di genere*: dove la prescrizione è positiva essa è rivolta agli uomini - giacca, cravatta, pantalone lungo - mentre per le donne resta negativa e indeterminata. Nel paragrafo 15 sarà analizzato il connesso problema del *dress code* "*agender*" o "*gender fluid*".

Il tema del *dress code* (o della *look policy* in contesti privati) è stato esplorato pochissimo sul piano scientifico ed anche la "bibbia" del cerimoniale, il fondamentale studio di Massimo Sgrelli[5], lo lambisce soltanto: tema sfuggente e di "confine" tra ambiti estetici, sociologici, storici e giuridici, suscettibile persino di strumentalizzazioni ideologiche. Il disinteresse scientifico appare anomalo, trattandosi di tema palpabile, che ciascuno osserva e valuta quotidianamente.

Il tema è invece puntualmente attenzionato (par. 7) per il personale delle Forze armate e di polizia da appositi Regolamenti, che normano anche profili di "*estetica istituzionale*" (capelli, barbe, trucco, unghie, monili, collant) non regolati da nessuna fonte per il variegato personale civile, le cui fogge, talvolta "cinematografiche", risentono anche di una certa "regionalizzazione", oltre che di problematiche interiori profonde. L'osservazione di tali *look* induce riflessioni sulla basilare nozione di "*eleganza*", canone ampiamente inosservato persino in Italia, patria dei massimi stilisti, e nostalgici ricordi degli indimenticabili (e opportuni) *grembiuli* scolastici, ritenuti erroneamente da taluni retaggi autoritari ed invece utilissimi strumenti di equiparazione sociale e di igiene[6].

Ogni riflessione sui risvolti giuridici del tema deve partire da una precisazione metodologica: l'espressione *dress code* non designa una categoria giuridica, ma un'etichetta descrittiva che raccoglie precetti eterogenei per fonte, formulazione e funzione.

---

[4] Comune di Cirò Marina (KR), ordinanza sindacale n. 38 del 23 luglio 2026 (divieto di circolare nei luoghi pubblici a torso nudo o in costume e di accedere agli uffici pubblici con abbigliamento poco decoroso; sanzione da 25 a 500 euro); Comune di Gallipoli (LE), ordinanza contingibile e urgente del giugno 2026, estesa all'intero territorio urbano; Comune di Ceriale (SV), ordinanza del luglio 2026 (divieto di circolare a torso nudo, in costume o scalzi e di accedere in tale tenuta negli uffici e negli esercizi commerciali).

[5] M. SGRELLI, *Il Cerimoniale*, Roma, 2023.

[6] Il grembiule blu o bianco rendeva tutti gli alunni eguali, neutralizzando le differenze di censo che l'abbigliamento libero segnala con precisione impietosa, e garantiva maggior igiene e tutela degli abiti sottostanti: prescrizione, per semplificare in chiave ironica e politichese, "*bipartisan*", cara alla "destra" per l'ordine e la compostezza e "di sinistra" quale mezzo di riequilibrio sociale, e dunque, potremmo dire, "democratico-cristiana", punto di equilibrio tra contrapposte ideologie.

ISSN 2036-7821

Sotto la medesima locuzione convivono dispositivi di protezione individuale imposti da una legge di sicurezza, toghe e abiti d'ordinanza descritti da regolamenti risalenti, tatuaggi vietati da circolari se visibili per un militare, circolari educative di dirigenti scolastici per alunni disinvolti, clausole di regolamenti aziendali sugli indumenti con il logo sociale, consuetudini non scritte che impongono la giacca in un'aula parlamentare: trattare unitariamente questi aspetti è utile solo tenendo conto che l'unità è del fenomeno sociale, non del regime giuridico[7]. Le riflessioni riguarderanno le sole regole lavoristiche sull'abbigliamento di chi appartiene ad una istituzione, pubblica o privata, o fa accesso nei relativi locali, e non il distinto tema delle regole sull'abbigliamento nello spazio pubblico in generale, che appartiene ad altre aree del diritto (ordine pubblico, sicurezza, identificazione).

2. Sul fine ultimo di una regolamentazione del *dress code*

Entrare volontariamente in un'organizzazione significa accettarne le regole, ma ciò non giustifica qualunque compressione delle proprie libertà: poiché le prescrizioni sull'abbigliamento perseguono finalità distinte, a ciascuna corrisponde una diversa intensità dell'osservanza esigibile, con sanzioni tendenzialmente solo disciplinari.

Le esigenze sottese alla normazione del *dress code* sono, a nostro avviso, sette: *(a) sicurezza e prevenzione*, il nucleo più solido, perché l'abito (divisa) è imposto da un obbligo di legge gravante sul datore (Forze armate e di polizia, Vigili del fuoco, Polizia municipale, guardie giurate); *(b) igiene*, con analoga giustificazione tecnica esterna e verificabile (camice per il personale sanitario[8] o per gli addetti alla lavorazione di cibi, cuffie monouso); *(c) identificazione e riconoscibilità*: l'art. 55-*novies* del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165[9] ed il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (art. 12, co. 1, decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62)[10], pur non contenendo alcuna prescrizione sull'abbigliamento (salvo i Codici di singoli enti: v. l'ANAC e gli enti indicati in nota 1), impongono al dipendente in rapporto con il pubblico di farsi riconoscere mediante *badge* visibile,

[7] Sulla eterogeneità strutturale del fenomeno e sulla difficoltà di isolare una nozione unitaria di abbigliamento rilevante per il diritto del lavoro v. M. RANIERI, *L'abbigliamento nei luoghi di lavoro: dalla tuta blu al velo usa e getta*, WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT, n. 100/2010, spec. par. 2.1, ove si adotta una nozione volutamente ampia, comprensiva di indumenti, ornamenti, accessori, acconciature e tatuaggi.

[8] Nessuna fonte impone "*il camice*" in quanto tale, ma *indumenti e dispositivi idonei al rischio valutato*: decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, Titolo III, Capo II (artt. 74-79 e Allegato VIII) e, per il comparto sanitario, art. 273; d.m. 28 settembre 1990, unica fonte statale che nomini i capi. Né i codici deontologici medico e infermieristico contengono prescrizioni sull'abbigliamento: l'obbligo di camice, guanti e mascherina non è deontologico, ma di sicurezza e igiene.

[9] Sul punto, v. la circolare n. 3 del 17 febbraio 2010 del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione.

[10] Sul Codice di comportamento dei pubblici dipendenti (d.P.R. n. 62/2013 novellato dal d.P.R. n. 81/2023) v. V. TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2021, 157 ss.; V. TENORE, C. VILLANI, *Studio sulle cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, 2026, 547 ss.; PATUMI, *Il codice di comportamento dopo il d.P.R. n. 81/2023*, Santarcangelo di Romagna, 2023.

come i loghi con cognome sulle divise dei militari; nel privato ciò si traduce talvolta in una vera e propria *look policy*; *(d) neutralità*, ovvero stile sobrio, privo di simboli politici, sociali o personali, di slogan e di elementi divisivi: l'abito è regolato non per ciò che mostra, ma per ciò che deve tacere, ed è il modello esaminato dalla Corte di giustizia per il datore privato e per quello pubblico; *(e) decoro e immagine*, la finalità più diffusa e la più insidiosa, cui tendono regolamenti, circolari e Codici ancorati a clausole aperte[11], perché priva di parametro oggettivo; *(f) coesione e disciplina interna*: la divisa come dispositivo di appartenenza e di livellamento (scuole private, circoli sportivi, associazioni); *(g) rappresentazione simbolica della funzione*: la toga del magistrato e l'uniforme del militare non identificano soltanto, ma dicono che chi le indossa parla non in nome proprio, ma dell'istituzione o del "Popolo italiano"; analogamente l'abito ecclesiastico esprime la curialità della funzione.
La distinzione ha conseguenze pratiche: per le finalità *sub* a), b), c), f), g) l'osservanza si accerta per via tecnica; nelle finalità d) ed e) il giudizio è di valore, con il rischio di un apprezzamento discrezionale dell'organizzazione, cui il diritto vivente reagisce chiedendo che la prescrizione non sia arbitraria, cioè ragionevolmente collegata alle specificità dell'organizzazione, alla sua funzione o attività produttiva, e che sia proporzionata, cioè che non sacrifichi la "*libertà nel vestire*", ovvero la dignità e l'identità della persona sul piano estetico, oltre lo stretto necessario.

3. Il sistema delle fonti afferenti, in senso ampio o ristretto, al *dress code*. Personale pubblico e terzi fruitori di aree e servizi della P.A.

Il quadro delle fonti, con riferimento ai pubblici dipendenti quali destinatari principali dei precetti, può essere così schematizzato: *a) la legge*, che non detta mai una disciplina generale dell'abbigliamento nei rapporti di lavoro (se non per le Forze di polizia e poche altre ipotesi), ma pone i principi che ne governano la legittimità: gli artt. 2094, 2104 e 2106 cod. civ. sul potere direttivo e disciplinare, l'art. 2087 cod. civ. sulla tutela della personalità morale del prestatore, gli artt. 1, 8 e 15 dello Statuto dei lavoratori sulla libertà di opinione e sui divieti di indagini e di atti discriminatori[12]; *b) il regolamento governativo o ministeriale*, fonte tipica delle Forze armate e di polizia (infra, par. 7); *c) i Codici di comportamento delle singole amministrazioni*, adottati ai sensi dell'art. 54, comma 5, del d.lgs. n. 165/2001 per integrare i doveri minimi del d.P.R. n. 62/2013, che possono contenere precetti sul *dress code* (nota 1); *d) la contrattazione*

[11] Sulla legittimità e opportunità di clausole aperte in regimi diversi da quello penale, quale quello disciplinare, v. V. TENORE, *Riflessioni sulla "tendenziale tipizzazione" o "tipicità affievolita" degli illeciti disciplinari (nel sistema delle "clausole aperte") e spunti correttivi per alcuni regimi sanzionatori magistratuali ed associativi gravemente inosservanti di tale regola: il caso Corte dei conti dopo la legge Foti n. 1/2026*, in *Riv. Corte conti*, 2025, fasc. 6, 1.

[12] Sulla riconducibilità delle prescrizioni datoriali sul vestiario al potere direttivo e sulla contestuale operatività dell'art. 2087 cod. civ. quale limite legale, v. ancora M. RANIERI, *L'abbigliamento nei luoghi di lavoro*, cit., parr. 3.1 e 3.2, che individua nella causa del contratto un primo limite e nella personalità morale un secondo limite di fonte legale.

collettiva, che tipizza le infrazioni e gradua le sanzioni; *e) i regolamenti interni, gli ordini di servizio e le circolari*, che incontrano il limite dell'art. 7 dello Statuto, il quale subordina l'esercizio del potere disciplinare, per gli illeciti di fonte non legislativa, alla previa affissione del codice disciplinare; *f) i codici deontologici* delle professioni ordinistiche, con clausole aperte sul "decoro" e sull'"immagine" professionale, idonee a sussumere anche condotte "estetiche" contro la decenza o il sentire sociale (discutere un ricorso in Cassazione in pantaloni corti e zoccoli; visitare un paziente in canottiera); *g) gli statuti e i regolamenti* delle formazioni sociali private - associazioni (compresi partiti e sindacati), circoli, fondazioni, scuole private - che nello spazio dell'autonomia privata sanciscono regole estetiche con sanzioni proporzionate, potendo l'esclusione dell'associato essere deliberata soltanto per gravi motivi ai sensi dell'art. 24, terzo comma, cod. civ. (infra, par. 16); *h)* la *prassi non scritta*, fonte che il giurista tende a sottovalutare e che nella materia è assai rilevante: il caso del Senato degli Stati Uniti (par. 5) ne mostra la fragilità, poiché fino al settembre 2023 nessuna regola scritta imponeva l'abito formale in aula e la sospensione della consuetudine rese necessario, in pochi giorni, un intervento formale.

Ma il tema riguarda anche i terzi che accedano ad uffici pubblici con abbigliamento non consono, e va solo accennato.

La questione teorica più seria è quella del titolo in forza del quale un'amministrazione può impedire a un cittadino "terzo" l'accesso per ragioni di abbigliamento: verso il personale il titolo risiede nel rapporto di lavoro; verso il terzo va costruito, e gli atti censiti nelle note 1-4 non lo enunciano quasi mai. Le ordinanze sindacali (nota 4) sono l'eccezione, perché si fondano su un potere tipizzato e prevedono una sanzione tipizzata: sono, paradossalmente, gli atti tecnicamente più solidi. Per gli uffici giudiziari il fondamento è verosimilmente nei poteri di direzione del capo dell'ufficio sugli immobili in uso e, limitatamente all'aula, nei poteri di polizia dell'udienza; ma qui l'interesse in gioco non è il decoro ma l'accesso alla giustizia: la parte, il testimone e l'imputato non frequentano l'ufficio giudiziario per scelta, ma per presenza dovuta e spesso coattiva, sicché un provvedimento che ne impedisca l'ingresso incide su un diritto costituzionalmente protetto. Una disposizione ben costruita dovrebbe contenere una clausola di salvaguardia per chi debba comparire in udienza o compiere un atto a termine, con il prestito temporaneo di un "*capo di cortesia*" (già previsto per chiese, musei, casinò e assemblee legislative) anziché il respingimento. Per gli ulteriori enti pubblici una normazione sul *dress code* dei terzi, pur opportuna[13], appare difficilmente coercibile: un monito all'ingresso e sul sito istituzionale, sulla base di un deliberato del dirigente competente, potrebbe essere misura idonea e pungolatoria.

4. Il *dress code* nelle amministrazioni pubbliche civili italiane

[13] Si pensi all'ingresso in rianimazione di un parente di un malato con pantaloncini corti, canotta e sandali.

Nell'ordinamento italiano non esiste una norma generale che prescriva un tipo di abbigliamento ai dipendenti pubblici civili. Il d.P.R. n. 62/2013 - che pure potrebbe essere il testo naturalmente competente - non contiene alcuna disposizione sul vestiario, ma opera in via indiretta attraverso tre disposizioni: l'art. 3, co. 3, che impone al dipendente di evitare comportamenti che possano nuocere agli interessi o all'immagine dell'amministrazione; l'art. 12, co. 1, sull'obbligo di riconoscibilità tramite *badge*; e soprattutto l'art. 16, comma 2, che nel graduare la sanzione disciplinare impone di valutare la gravità del comportamento e l'entità del pregiudizio, anche morale, derivatone al decoro o al prestigio dell'amministrazione[14].
Pertanto, in base al solo d.P.R. n. 62/2013, il decoro non è la fonte di doveri "estetici", ma un criterio di misurazione della sanzione per condotte di altra natura. Il dovere, in punto di *dress code*, se esiste, deve essere previsto altrove: nel Codice di comportamento della singola amministrazione (come hanno fatto l'ANAC e gli enti indicati in nota 1), nel contratto collettivo o in un ordine di servizio puntuale (come le ricordate circolari della Corte dei conti).
Una contestazione disciplinare fondata sul solo richiamo alla generica categoria del "*decoro*", senza previa puntualizzazione, anche esemplificativa, dei canoni minimi da rispettare, sconta un possibile vizio di tipicità che il giudice del lavoro potrebbe essere chiamato a valutare. Va però chiarito che una tecnica di "*tipizzazione debole*" in materia disciplinare è ben consentita, affidando al datore, e poi al giudice, una valutazione in concreto sulla sussumibilità delle condotte nel parametro "aperto" forgiato in fonti secondarie o interne[15]: giudizio ancorato a valutazioni di tempo (estate o inverno), di luogo, di funzioni svolte (un *look* inidoneo in classe per una insegnante potrebbe essere consentito in una asettica riunione ministeriale) e di occasione (l'inaugurazione di un anno giudiziario impone maggior formalismo di una routinaria giornata in ufficio).

5. Le assemblee parlamentari

Il Parlamento italiano, per le alte funzioni svolte ed il modello che rappresenta per l'intera società, regola l'abbigliamento per prassi e non per norma: alla Camera vige, per gli uomini, l'obbligo della giacca per l'accesso alle sedi, al Senato la prassi richiede giacca e cravatta; per l'abbigliamento femminile non è prevista prescrizione.
Il 2 agosto 2023 l'Aula di Montecitorio ha approvato, con 181 voti favorevoli e 100 contrari, un ordine del giorno al bilancio interno che impegna l'Ufficio di Presidenza e il Collegio dei questori a valutare l'opportunità di disposizioni volte a garantire che l'abbigliamento di deputati, dipendenti e frequentatori sia consono alla *dignità* e al

[14] Art. 16, comma 2, d.P.R. n. 62/2013, cit. La disposizione precisa altresì che le sanzioni applicabili sono quelle previste dalla legge, dai regolamenti e dai contratti collettivi, e riserva le sanzioni espulsive ai soli casi tassativamente indicati, estranei alla materia qui considerata.

[15] Sul punto, si rinvia al già citato saggio V. TENORE, *Riflessioni sulla "tendenziale tipizzazione" o "tipicità affievolita" degli illeciti disciplinari (nel sistema delle "clausole aperte")*, cit.

ISSN 2036-7821

decoro dell'istituzione: riformulazione attenuata della proposta originaria, che prevedeva l'obbligo generalizzato della cravatta e il divieto di scarpe da ginnastica[16]. Per il pubblico ammesso alle tribune una norma scritta invece esiste: l'art. 64 del Regolamento della Camera e le disposizioni integrative impongono di assistere alle sedute a capo scoperto e in silenzio[17].

Il confronto comparato mostra tre modelli.

Il primo è la codificazione reattiva: il 27 settembre 2023 il Senato degli Stati Uniti ha approvato all'unanimità, su iniziativa dei senatori Manchin e Romney, una risoluzione che formalizza l'obbligo del *business attire* in aula, specificando per gli uomini giacca, cravatta e pantaloni lunghi e nulla per le donne, dopo che il leader di maggioranza aveva cessato di applicare la consuetudine non scritta[18].

Il secondo è la neutralizzazione espressiva: l'Instruction générale du Bureau dell'Assemblea nazionale francese, all'art. 9 come modificato il 24 gennaio 2018, prescrive che nell'emiciclo l'espressione sia esclusivamente orale e la tenuta dei deputati resti neutra e assimilabile a un abito da città, vietando segni religiosi ostensibili, uniformi, loghi o messaggi commerciali e slogan politici[19].

Il terzo è la clausola aperta con interpretazione amministrativa: il Regolamento del Consiglio degli Stati svizzero prescrive soltanto che le persone presenti in aula vestano in modo *decoroso*, ed è l'Ufficio della Camera a precisare che ciò significa almeno camicia, giacca e cravatta per gli uomini e, per le donne, un abbigliamento adeguato al carattere ufficiale del luogo[20].

6. Le carriere forensi (magistrati ed avvocati): toga e decoro

Nel processo la veste è un istituto espressivo della solennità della funzione con cui, "*in nome del Popolo italiano*", i giudici toccano diritti, libertà e beni di esseri umani, difesi da avvocati, all'esito di un processo connotato da ritualità.

La disciplina italiana risale al Regolamento generale giudiziario approvato con r.d. 14

[16] La ricostruzione è tratta dalla cronaca parlamentare e dalle verifiche giornalistiche del 2 agosto 2023, in particolare *Pagella Politica, Che cos'è questa storia della cravatta e delle scarpe da ginnastica alla Camera*, e *Il Sole 24 Ore*, 28 luglio 2023. Non risulta, allo stato delle verifiche condotte, che all'ordine del giorno abbia fatto seguito una modifica del Regolamento della Camera.

[17] La formulazione è quella riportata dalla pagina istituzionale della Camera dei deputati dedicata alle modalità di accesso alle tribune; il rinvio normativo è all'art. 64 del Regolamento e alle disposizioni integrative e attuative.

[18] La risoluzione è stata adottata *by unanimous consent* il 27 settembre 2023; per la ricostruzione dei fatti v. CBS News, *Senate establishes official dress code days after ditching it*, e BBC News, *US Senate unanimously votes to reinstate dress code*, entrambe del 28 settembre 2023. Si segnala il rilievo, ricorrente nel dibattito, della mancata definizione dell'abbigliamento femminile.

[19] Instruction générale du Bureau de l'Assemblée nationale, art. 9, «Tenue en séance», nel testo adottato con arrêté del Bureau del 24 gennaio 2018; per un commento v. E. LEMAIRE, *Les députés doivent-ils être neutres?*, in *Jus Politicum Blog*, 12 febbraio 2018.

[20] Parlamento svizzero, *Codice di abbigliamento*, scheda istituzionale disponibile sul sito parlament.ch. La progressione - abito nero, abito scuro, vestire in modo decoroso - è un utile esempio di degradazione normativa da regola determinata a clausola generale.

ISSN 2036-7821

dicembre 1865, n. 2641, il cui art. 156 distingue due divise della magistratura - una con toga per le pubbliche udienze, l'altra con abito a spada per la presentazione individuale in forma ufficiale e solenne - mentre l'art. 157 descrive minuziosamente la divisa con toga (zimarra nera, toga di lana nera, tocco e collare di tela batista)[21].
Per l'avvocatura l'art. 105 del r.d. 6 gennaio 1927, n. 3, descrive la toga forense, ne impone l'uso nelle udienze dei tribunali e delle corti e dinanzi ai Consigli dell'Ordine e al Consiglio nazionale forense, e aggiunge che si procede in via disciplinare contro chi contravviene[22]: uno dei rari casi in cui l'ordinamento collega espressamente una conseguenza disciplinare alla violazione di una regola di abbigliamento. La copertura deontologica generale è offerta dall'art. 9 del Codice deontologico forense, che impone l'esercizio della professione con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, estendendo i doveri di probità, dignità e decoro anche fuori dell'attività professionale[23].
Va però registrato uno scarto fra norma e prassi: l'uso della toga, formalmente obbligatorio in tutte le pubbliche udienze, è nei fatti circoscritto al processo penale e alle giurisdizioni superiori (Cassazione, Corte dei conti, T.A.R., Consiglio di Stato, qualche Corte d'appello e Tribunale in sede collegiale), e una regola generalmente disapplicata pone un problema di uguaglianza nel trattamento sanzionatorio. Diverso è il problema del decoro estetico di avvocati e soprattutto magistrati fuori dell'udienza, ma negli uffici giudiziari, dove non rari sono *look* trasandati, quasi "casalinghi", non consoni alle funzioni esercitate: i vertici giudiziari dovrebbero redigere circolari interne pungolatorie, ricalcando il sobrio ma efficace testo del Segretario Generale della Corte dei conti ricordato nel primo paragrafo.

7. I comparti in uniforme: personale militare, Forze di polizia e relativi contenziosi

Per il *personale militare* la regola sull'abito è norma primaria, stante il ruolo istituzionale svolto, espressivo di legalità e compostezza formale. L'art. 1351 del Codice dell'ordinamento militare (decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66) stabilisce che durante l'espletamento dei compiti di servizio e nei luoghi militari è obbligatorio l'uso dell'uniforme[24], salvo diverse disposizioni, mentre l'abito civile è consentito fuori dai luoghi militari, durante licenze e permessi; l'art. 1350 fa dell'uso

[21] R.d. 14 dicembre 1865, n. 2641, Regolamento generale giudiziario, Capo V, Sez. I, «Delle divise della magistratura», artt. 156 ss., mai formalmente abrogato quanto a queste previsioni ma largamente disapplicato negli accessori.

[22] R.d. 6 gennaio 1927, n. 3, artt. 104 e 105, costantemente richiamati dagli ordini forensi (v., ad esempio, la nota dell'Ordine degli avvocati di Potenza sull'utilizzo della toga).

[23] Codice deontologico forense approvato dal Consiglio nazionale forense il 31 gennaio 2014 e successive modificazioni, art. 9. Sulla natura di doveri generali e concetti guida dei canoni di probità, dignità e decoro v. Consiglio nazionale forense, sentenza 28 dicembre 2017, n. 247.

[24] I Regolamenti militari definiscono l'uniforme come "*l'insieme organico dei capi di vestiario, corredo ed equipaggiamento indossati dal militare, sia per lo svolgimento del servizio sia al di fuori di esso, quale elemento distintivo della propria condizione*".

ISSN 2036-7821

dell'uniforme uno dei presupposti di applicazione della disciplina militare e l'art. 720 del Testo unico regolamentare (decreto del Presidente della Repubblica 15 marzo 2010, n. 90) dettaglia il precetto[25]. Al di sotto operano il *Regolamento per la disciplina delle uniformi* del Ministero della Difesa, ripreso dai Regolamenti delle singole Forze armate (emblematico il poderoso *Regolamento sulle Uniformi per l'Arma dei Carabinieri*, aggiornato al 6 giugno 2024, di circa 300 fittissime pagine), e una fitta normazione interna che scende a un dettaglio che nessuna fonte statale raggiunge (capelli puliti e ordinati, divieto di tagli bizzarri, disciplina di lacche e gelatine)[26], intorno ai concetti di "*decoro e prestigio dell'Uniforme*", "*cura della persona*" e "*portamento*".

Parimenti per le *Forze di polizia* ad ordinamento civile la divisa è ontologicamente espressiva delle alte funzioni svolte. Un modello compiuto è il Regolamento di servizio del Corpo di polizia penitenziaria, il cui art. 14, rubricato "Cura della persona", costituisce il prototipo della norma-*dress code* nell'ordinamento italiano: impone particolare cura dell'aspetto esteriore, per evitare giudizi negativi sul prestigio e sul decoro dell'Amministrazione; prescrive che acconciatura, barba e cosmetici siano compatibili con il decoro della divisa, evitando ogni appariscenza; vieta accessori non previsti e, fuori servizio, l'uso di capi dell'uniforme[27].

Per la Polizia di Stato, oltre al d.m. Interno 4 ottobre 2004, n. 559/A/1/753.M.14.2/1[28] ed al decreto del Capo della Polizia 10 luglio 2019, il dato più significativo è sanzionatorio: il decreto del Presidente della Repubblica 25 ottobre 1981, n. 737, tipizza la violazione, prevedendo all'art. 2 il richiamo orale per le lievi mancanze causate da scarsa cura della persona o dell'aspetto esteriore e all'art. 3, n. 4, il richiamo scritto per il disordine nella divisa o l'uso promiscuo di capi della divisa con altri non pertinenti[29].

La giurisprudenza amministrativa ha seguito un criterio di deferenza qualificata. Nel caso di un finanziere sanzionato con la consegna semplice per un taglio di capelli alla *skinhead*, il Consiglio di Stato ha osservato che le Forze armate sono regolate da norme che, in virtù di pubblici interessi, possono legittimamente comprimere profili, seppur secondari, della libertà comportamentale, e che la diffusione sociale di una foggia non costituisce parametro di decorosità nella comunità militare, essendo

[25] D.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, artt. 1350 e 1351; d.P.R. 15 marzo 2010, n. 90, art. 720. V. R. DE NICTOLIS, V. POLI, V. TENORE (a cura di), *Commentario all'ordinamento militare*, Roma, 2011, volume IV.

[26] V. il Regolamento per la disciplina delle uniformi, Ministero della Difesa, V Reparto dello Stato Maggiore della Difesa, 2019, e le Norme di vita interna allegate ai bandi di concorso per l'Accademia aeronautica, sezione «*Cura della persona*».

[27] D.P.R. 15 febbraio 1999, n. 82, Regolamento di servizio del Corpo di polizia penitenziaria, art. 14. Si noti la struttura a tre livelli: clausola generale (comma 1), specificazione (commi 2 e 3), divieti puntuali (commi 4 e 5). È una tecnica normativa replicabile.

[28] Tale decreto, tra l'altro, vieta "*di indossare e portare sulla divisa capi di vestiario, accessori, materiale di equipaggiamento ed oggetti non forniti dall'Amministrazione*".

[29] D.P.R. 25 ottobre 1981, n. 737, artt. 2 e 3, n. 4. È, allo stato delle verifiche condotte, l'unica fonte italiana che tipizzi in modo espresso e autonomo l'infrazione disciplinare consistente nella trascuratezza dell'aspetto esteriore.

ISSN 2036-7821

l'aspetto inusuale tollerato (agenti infiltrati, "falchi") solo se fondato su compiti operativi particolari[30]. Legittimamente punito, secondo il giudice amministrativo[31], con la sanzione pecuniaria di 5/30 dello stipendio è stato l'agente di Polizia presentatosi all'incontro con il direttore della scuola in abbigliamento borghese indecoroso, in applicazione dell'art. 4, n. 18, d.P.R. n. 737/1981, che sanziona ogni altro comportamento, anche fuori dal servizio, non conforme al decoro delle funzioni.

7.1. I tatuaggi nel dress code

Un capitolo autonomo è quello dei tatuaggi. Le problematiche sorte in materia hanno riguardato il solo personale militare e delle Forze di polizia, poiché i "civili" non hanno una normativa, neppure interna, e quindi mancano contenziosi, nonostante la crescente diffusione di tali "orpelli estetici" anche in categorie molto formali.

Il tatuaggio del dipendente civile ricade nelle clausole generali del d.P.R. n. 62/2013, ma non integra, di per sé, alcuna infrazione tipizzata; nel settore privato la materia è rimessa al potere direttivo, con i limiti già visti; né i codici deontologici delle professioni ordinistiche contengono prescrizioni sui tatuaggi, a conferma che gli ordinamenti professionali regolano il contegno, non l'aspetto, e quando l'aspetto rileva vi provvedono attraverso la toga e non attraverso il corpo.

Nelle Forze armate e di polizia il tatuaggio presenta una differenza strutturale rispetto al *dress code*: non è un indumento, ma una modificazione permanente del corpo collegata alla divisa. Ne discendono due conseguenze.

La prima è che la prescrizione non può essere adempiuta con un gesto reversibile, sicché la regola incide sull'integrità fisica e non solo sulla libertà di presentazione di sé.

La seconda è che il tatuaggio rileva soprattutto, e testualmente, in fase di accesso, come requisito di ammissione il cui difetto produce l'esclusione dal concorso; il tatuaggio realizzato dopo l'immissione in servizio può invece assumere rilievo disciplinare in forza delle norme sulla cura della persona e sul decoro già ricostruite (art. 14 del decreto del Presidente della Repubblica 15 febbraio 1999, n. 82 per la Polizia penitenziaria; artt. 2 e 3 del d.P.R. n. 737/1981 per la Polizia di Stato; d.P.R. n. 90/2010 per le Forze armate), e per i Carabinieri l'art. 4, lett. g), del citato *Regolamento sulle Uniformi* stabilisce che "*i militari in uniforme non possono esibire tatuaggi*", vietando quelli visibili con qualunque uniforme (compresa quella ginnica) e sempre, anche se non visibili, quelli che per dimensioni, sede e contenuto esprimano messaggi incompatibili con il giuramento prestato o con il rapporto fiduciario con l'Amministrazione.

[30] Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 7 aprile 2014, n. 1609 (in www.giustizia-amministrativa.it), in riforma di T.A.R. Campania, Salerno, n. 12796/2010.

[31] T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, sentenza 7 aprile 2008, n. 2865.

ISSN 2036-7821

Va però segnalata un'asimmetria: il sistema è costruito per la fase concorsuale, dove il tatuaggio opera come requisito, e non per la fase del rapporto, dove opera come dovere, sicché il medesimo fatto è trattato in un caso come difetto di requisito e nell'altro come illecito disciplinare[32], con presupposti e garanzie diversi.
Per le Forze armate rileva l'art. 582, co. 1, lettera u), del d.P.R. n. 90/2010, che fra le imperfezioni incompatibili con il servizio colloca le alterazioni acquisite della cute, cui il tatuaggio è riconducibile non automaticamente, ma previa verifica in concreto[33].
Per la Polizia di Stato il d.m. 30 giugno 2003, n. 198, include fra le cause di non idoneità i tatuaggi collocati su parti del corpo non coperte dall'uniforme, ovvero deturpanti per sede o natura, ovvero indice di personalità abnorme per contenuto[34]; per la Guardia di finanza il riferimento è il d.m. 17 maggio 2000, n. 155[35]; per la Polizia penitenziaria funge da spartiacque l'entrata in vigore del d.lgs. n. 172/2019[36].
Ricco è il contenzioso in sede di reclutamento: con l'affermarsi del criterio "topografico", la giurisprudenza distingue i tatuaggi su parti non coperte dall'uniforme, causa di esclusione quale che ne sia l'entità, con riferimento a tutti i tipi di uniforme (anche sportiva)[37], dai tatuaggi in parti coperte, rilevanti solo se deturpanti o indice di "personalità abnorme"; alla rimozione in corso l'orientamento maggioritario nega rilevanza, perché il requisito è l'invisibilità del tatuaggio al momento della verifica[38]; è comunque escluso ogni automatismo, con annullamento delle esclusioni fondate su accertamenti carenti o contraddittori[39].
Con l'interessante ordinanza 30 aprile 2025, n. 8482, il T.A.R. per il Lazio, sezione I-

[32] T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, sentenza 29 giugno 2020, n. 432, che, pur ammettendo che tatuaggi deturpanti e indice di personalità abnorme possano integrare illecito disciplinare, ha annullato per difetto di proporzionalità la sanzione massima della perdita del grado.

[33] La qualificazione del tatuaggio come alterazione acquisita della cute ex art. 582, comma 1, lett. u, d.P.R. n. 90/2010 è pacifica ed è ricostruita in E. ANDREANI, *Personale militare. Incidenza del tatuaggio sull'idoneità al reclutamento ed al servizio*, 2021. V. anche A. PRESUTTO, *Tatuaggi, divise e discriminazione indiretta nei concorsi pubblici: il caso della candidata esclusa e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Salvis Juribus*, 2 novembre 2025; M. RANIERI, *L'abbigliamento nei luoghi di lavoro*, cit.

[34] D.m. 30 giugno 2003, n. 198, tabella 1, punto 2, lett. b: la prima fattispecie è puramente topografica, le altre due qualitative, con l'esito paradossale che un disegno insignificante sul polso esclude automaticamente, mentre un simbolo di odio sulla schiena richiede un giudizio valutativo.

[35] Gli estremi del d.m. n. 155/2000, regolamento recante norme per l'accertamento dell'idoneità al servizio nel Corpo ai sensi dell'art. 1, comma 5, della legge 20 ottobre 1999, n. 380, e il contenuto del suo art. 2, comma 3, risultano dalla motivazione di Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 10 giugno 2013, n. 3153 (in www.giustizia-amministrativa.it).

[36] Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 1° dicembre 2020, n. 7621 (in www.giustizia-amministrativa.it). Il riferimento normativo è riportato dalle massime consultate come d.lgs. n. 172/2019.

[37] Consiglio di Stato, sez. II, sentenza 8 aprile 2022, n. 2615 (in www.giustizia-amministrativa.it); id., sez. IV, 25 gennaio 2021, n. 742; id., sez. IV, 2018, n. 4305; id., sez. IV, n. 6640 del 2019; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, sentenza 7 gennaio 2023, n. 237; Corte di cassazione, sez. un., sentenza 27 marzo 2023, n. 8676.

[38] Consiglio di Stato, sez. IV, n. 6640 del 2019; id., sez. IV, sentenza 8 aprile 2021, n. 2825; in senso più aperto, in passato, Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 5 dicembre 2013, n. 5779. L'orientamento restrittivo è stato ribadito da pronunce del 2026.

[39] T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, sentenza 4 febbraio 2015, n. 2097; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 1° aprile 2016, n. 1300; Consiglio di Stato, sez. II, sentenza 24 dicembre 2024, n. 10384.

ISSN 2036-7821

quater, ha infine chiesto alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, se la direttiva 2006/54/CE e gli artt. 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali ostino all'esclusione di una candidata al concorso per la Polizia di Stato per un tatuaggio visibile unicamente con l'uniforme femminile, che prevede la gonna, laddove la medesima condizione non escluderebbe un candidato uomo[40]. Se l'uniforme femminile scopre ciò che quella maschile copre, la medesima condotta produce esiti diversi in ragione del sesso: discriminazione indiretta nella sua forma manualistica, che si complica ove estesa a candidati *agender* e *gender fluid* (par. 15).

Sul tema, nella causa C-320/25 CEDU sul predetto rinvio pregiudiziale del TAR Lazio sul caso della candidata H.G., esclusa dalla procedura selettiva per la polizia italiana a causa di un piccolo tatuaggio a forma di fiore sul polpaccio sinistro, visibile soltanto con l'uniforme femminile di cerimonia (gonna e décolleté), l'Avvocata generale Tamara Ćapeta, nelle conclusioni presentate il 3 settembre 2026, ha sostenuto che l'applicazione combinata di due regole — il divieto di tatuaggi visibili in uniforme e l'obbligo, per le sole donne, dell'uniforme di cerimonia con gonna — integra una discriminazione diretta fondata sul sesso, vietata dal diritto dell'Unione: un uomo con il medesimo tatuaggio sulla gamba non sarebbe stato escluso. La disparità non è giustificabile quale requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, poiché le cerimonie costituiscono solo una piccola parte delle funzioni di polizia, le agenti indossano già i pantaloni nell'uniforme operativa e i dirigenti possono autorizzarne l'uso anche nelle occasioni ufficiali; né vale il richiamo ai valori tradizionali e all'identità del Corpo. Vedremo cosa statuirà la CEDU.

Sul punto, il precedente europeo più recente resta quello della CEDU, che con decisione definitiva sul caso *Di Nardo e Alberti c. Italia*, del 10 ottobre 2024 (HUDOC, doc. n. 001-237653) ha dichiarato irricevibile il ricorso di due ex poliziotte italiane escluse per tracce di tatuaggi in rimozione.

I medesimi regolamenti normano dettagliatamente anche capelli[41], barbe, trucco, unghie, monili e collant[42]: un quadro di compostezza formale decisamente inosservato dal variegato, e spesso folkloristico, personale civile.

7.2. Abiti curiali e vesti liturgiche

Per concludere sulle "divise imposte", un accenno va fatto ad una categoria tenuta ad

[40] T.A.R. per il Lazio, sez. I-*quater*, ordinanza 30 aprile 2025, n. 8482, segnalata nella *News* n. 64 del 14 luglio 2025 dell'Ufficio del massimario della Giustizia amministrativa; con ordinanza del 22 ottobre 2025 il medesimo T.A.R. ha disposto la riammissione con riserva di altra candidata esclusa per un tatuaggio sulla gamba.

[41] Per l'art. 4 del *Regolamento sulle Uniformi per l'Arma dei Carabinieri*, aggiornato al 6 giugno 2024, i capelli devono essere "*puliti, ordinati, ben curati e, se tinti, di colore naturale*", con taglio non bizzarro, lunghezza non superiore, posteriormente, al bordo inferiore del colletto e volume contenuto.

[42] Per il medesimo art. 4, "*con la gonna dovrà essere indossato il collant, d'estate e d'inverno, salvo specifiche e temporanee autorizzazioni sanitarie*", di colore neutro (beige o carne) e senza disegni o ricami.

ISSN 2036-7821

abiti curiali o talari, ovvero ad un assai peculiare e poco indagato *dress code*: gli ecclesiastici, per i quali l'alta funzione e il simbolismo dell'abito richiedono forti segni identificativi. Nell'ordinamento canonico occorre distinguere gli *abiti curiali* ordinari (abito piano) dalle *vesti liturgiche* (paramenti). Il testo chiave è l'istruzione della Segreteria di Stato *Ut sive sollicite* del 31 marzo 1969[43] sulle vesti, i titoli e le insegne dei Cardinali, dei Vescovi e dei prelati minori, integrata dalla lettera circolare *Per instructionem* della Congregazione per il Clero del 30 ottobre 1970 e dall'appendice *De vestimentis praelatorum* del *Caeremoniale Episcoporum* del 14 settembre 1984. L'unico obbligo davvero rigido riguarda le *vesti liturgiche*: il can. 929 impone a sacerdoti e diaconi, nel celebrare e amministrare l'Eucaristia, le vesti sacre prescritte dalle rubriche[44].

Le conseguenze dell'inosservanza sono diverse. Non essendovi nel diritto canonico alcuna sanzione specifica per l'abito, il percorso è indiretto: il vescovo diocesano, competente *ex* can. 392 § 2, sollecita l'osservanza (competenza affermata dai *Chiarimenti* del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi del 22 ottobre 1994); se ciò non basta, impartisce un precetto individuale; l'inosservanza persistente ricade nel can. 1371 § 1 (nel testo di *Pascite gregem Dei*, 2021), con censura, privazione dell'ufficio o altre pene *ex* can. 1336 §§ 2-4.

Tuttavia, gli abiti curiali, disciplinati da rubriche minuziose ma prive di sanzione autonoma, sono osservati quasi universalmente: la gerarchia dell'effettività è rovesciata rispetto a quella dell'obbligatorietà. Per le vesti liturgiche la celebrazione compiuta senza i paramenti prescritti è illecita (ma non invalida la cerimonia) e ricade nel regime degli abusi liturgici, con segnalazione all'Ordinario e al Dicastero competente. Nell'ordinamento italiano opera solo il divieto speculare: l'art. 498 c.p. punisce chi indossa abusivamente in pubblico l'abito ecclesiastico, fattispecie depenalizzata dall'art. 43 del decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507, con sanzione amministrativa da 154 a 929 euro.

8. Il lavoro privato: fondamento e limiti del potere datoriale sul *dress code*

Nel rapporto di lavoro privato la regola sull'abito non ha fonte legale propria: è esercizio del potere direttivo (talvolta di una *look policy*), fondato sugli artt. 2094 e 2104 cod. civ. e sanzionato dall'art. 2106.

La giurisprudenza di legittimità ha però costantemente escluso che il datore possa impartire prescrizioni che, limitando le libertà del prestatore, risultino prive di fondamento logico o del tutto avulse dalle ragioni attinenti all'organizzazione, alla

[43] È pubblicata in *Acta Apostolicae Sedis* 61 (1969), 334-340.

[44] Le rubriche sono l'Ordinamento Generale del Messale Romano: la veste sacra comune a tutti i ministri ordinati e istituiti di qualsiasi grado è il camice (OGMR, n. 336), e nella Messa veste propria del sacerdote celebrante è la casula o pianeta, indossata sopra il camice e la stola (n. 337), norma ripetuta dall'Istruzione *Redemptionis Sacramentum* della Congregazione per il Culto Divino al n. 123.

ISSN 2036-7821

disciplina e all'attività produttiva[45]. I repertori sono meno ricchi di quanto la rilevanza sociale del tema lascerebbe supporre, e il contenzioso è composto in prevalenza da pronunce di merito risalenti: l'animatrice di *night club* che rifiuta gli abiti succinti; l'impiegato di banca vestito da sceriffo o in canottiera; il lavoratore in pantaloni corti; la lavoratrice in minigonna; il cameriere sanzionato per il taglio di capelli; il dipendente di un *fast food* non rasato[46].

Fra le decisioni recenti, la Cassazione ha ritenuto legittimo il licenziamento per giustificato motivo soggettivo dell'infermiere di una residenza sanitaria assistenziale che aveva reiteratamente violato il divieto regolamentare di indossare monili vistosi in presenza di pazienti fragili, escludendone il carattere ritorsivo o discriminatorio e qualificando la condotta come grave negligenza idonea a pregiudicare l'immagine della struttura[47].

Accanto al profilo disciplinare, l'obbligo di indossare una tenuta ha generato due questioni patrimoniali di notevole peso pratico. La prima è il computo del *tempo-tuta*: il tempo necessario a indossare la divisa rientra nell'orario di lavoro se assoggettato al potere di conformazione del datore, potendo l'eterodirezione derivare dall'esplicita disciplina d'impresa o risultare implicitamente dalla natura degli indumenti o dalla loro specifica funzione, quando siano diversi da quelli utilizzabili secondo un criterio di normalità sociale[48].

La seconda riguarda i costi: la giurisprudenza distingue fra divise qualificabili come *dispositivi di protezione individuale*, le cui spese di manutenzione gravano sul datore, e divise imposte per ragioni di ordine e decoro, rispetto alle quali l'onere non è traslabile, e riconosce al lavoratore, in caso di mancata fornitura di uniformi protettive dovute, il risarcimento del costo aggiuntivo sostenuto[49].

---

[45] La formula è comunemente riportata come massima consolidata della giurisprudenza di legittimità. Sul punto v. comunque, per l'impostazione, P. ICHINO, *Sui limiti del controllo del datore sull'aspetto fisico del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 658, in nota a Corte app. Milano, 9 aprile 2002.

[46] Rispettivamente Pret. Milano, 13 luglio 1987, in *Giur. cost.*, 1987, 149; Trib. Latina, 19 settembre 1989, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, 248; Corte di cassazione, 21 dicembre 1991, n. 13829; Corte di cassazione, 9 aprile 1993, n. 4307, con nota di E. GRAGNOLI, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 426; Pret. Milano, 12 gennaio 1995, con nota di G. PERA, in *Giust. civ.*, 1995, 2267; Pret. Roma, 3 dicembre 1998, con nota di L. VALENTE, in *Riv. giur. lav.*, 1999, 619; Trib. Roma, 14 maggio 1999, in *Nuovo dir.*, 1999, 929. La rassegna è ripresa da M. RANIERI, *L'abbigliamento nei luoghi di lavoro*, cit., par. 2.3; v. anche R. NUNIN, *Look e sessismo nel rapporto di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1997, 119 ss.

[47] Corte di cassazione, sez. lav., ordinanza n. 17267/2024. L'ordinanza descrive in modo non del tutto sovrapponibile l'oggetto degli addebiti, riferendoli ora ai monili vistosi ora, più ampiamente, alle regole su abbigliamento, capelli e barba.

[48] Corte di cassazione, sez. lav., sentenza 7 maggio 2024, n. 12408, che richiama Cass. n. 1352/2016, Cass. n. 7738/2018 e Cass. n. 25479/2023. Il principio risale a Corte di cassazione, sentenza 21 ottobre 2003, n. 15734 (in www.italgiure.giustizia.it).

[49] Per la distinzione v. Corte app. Milano, 18 gennaio 2007 e Trib. Milano, 5 aprile 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, 867 e 870, con nota di M.R. PARIS; per gli spogliatoi, Corte di cassazione, sentenza 6 maggio 2008, n. 11071 (in www.italgiure.giustizia.it); per il risarcimento del costo, Corte di cassazione, sentenza 17 settembre 2008, n. 23734. Riferimenti in M. RANIERI, *L'abbigliamento nei luoghi di lavoro*, cit.

9. *Dress code*, civiltà multietnica, fattore religioso e divieto di discriminazione

L'evoluzione multietnica e multireligiosa della società pone per la P.A. il centrale problema di garantire un *ambiente amministrativo integralmente neutro*: è il terreno sul quale la materia ha prodotto la giurisprudenza più densa. Il quadro normativo è dato dalla direttiva 2000/78/CE, recepita con il decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, dall'art. 15 dello Statuto dei lavoratori e dall'art. 43 del testo unico sull'immigrazione.

La Corte di giustizia ha costruito il proprio orientamento in quattro tappe. Con le sentenze Achbita e Bougnaoui del 14 marzo 2017 ha stabilito che una norma interna che vieti in modo generale e indifferenziato il porto visibile di segni politici, filosofici o religiosi non integra discriminazione diretta, potendo integrare discriminazione indiretta se non giustificata da una finalità legittima, e che il desiderio del cliente non costituisce requisito essenziale e determinante.

Con la sentenza WABE e MH Müller Handel del 15 luglio 2021 ha precisato che la volontà del datore di presentarsi in modo neutrale verso i clienti o di prevenire conflitti sociali può giustificare il divieto, purché risponda a un'esigenza reale, sia limitato allo stretto necessario e i giudici nazionali possano tener conto delle disposizioni interne più favorevoli alla libertà religiosa[50].

Con la sentenza SCRL del 13 ottobre 2022 è tornata sulla nozione di religione o convinzioni personali; con la sentenza Commune d'Ans del 28 novembre 2023 ha esteso il ragionamento al datore pubblico, ammettendo che un'amministrazione possa vietare a tutti i dipendenti il porto visibile di segni rivelatori di convinzioni filosofiche o religiose per realizzare un ambiente amministrativo integralmente neutro, purché la regola sia generale, indifferenziata e limitata allo stretto necessario, rimettendo al giudice nazionale il bilanciamento[51].

Il sistema convenzionale segue una logica più attenta al caso singolo: nella sentenza Eweida e altri contro Regno Unito la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto violato l'art. 9 della Convenzione nel caso della dipendente di una compagnia aerea cui era stato impedito di indossare una piccola croce, mentre ha escluso la violazione nel caso analogo di un'infermiera, giustificato da ragioni di sicurezza sanitaria[52]. In Italia il precedente più significativo resta la decisione con cui la Corte d'appello di Milano ha dichiarato discriminatoria l'esclusione di una candidata dalla selezione per un incarico di *hostess* a causa del rifiuto di togliere il velo, rilevando che il requisito del capello visibile, lungo e vaporoso non era stato indicato come essenziale

[50] Corte di giustizia UE, Grande sezione, sentenza 15 luglio 2021, cause riunite C-804/18 e C-341/19, WABE e MH Müller Handel (in curia.europa.eu); per il precedente, Corte di giustizia UE, Grande sezione, sentenza 14 marzo 2017, C-157/15, Achbita, e C-188/15, Bougnaoui.

[51] Corte di giustizia UE, Grande sezione, sentenza 28 novembre 2023, C-148/22, OP c. Commune d'Ans, ECLI:EU:C:2023:924 (in curia.europa.eu).

[52] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 15 gennaio 2013, Eweida e altri c. Regno Unito (in hudoc.echr.coe.int).

ISSN 2036-7821

e determinante, e condannando la società al risarcimento[53]. La Corte europea ha infine ritenuto legittima la disciplina francese che impone la fotografia a capo scoperto sulla patente di guida, ingerenza giustificata e proporzionata all'obiettivo di identificazione[54].

10. La dimensione di genere ed il *dress code*

La "*dimensione di genere*" porta a considerare come esperienze e opportunità di uomini e donne differiscano, *in primis* nel mondo del lavoro, e in ciò incide anche il *dress code*. Mentre il sacrificio della "*libertà nel vestire*" è difficile da misurare, la disparità di trattamento fra uomini e donne è più facile da accertare, perché basta confrontare due regole: il divieto di discriminazione indiretta è dunque oggi lo strumento più efficace di controllo sulle regole relative all'abito. Il profilo più problematico non è, a nostro avviso, il divieto, ma l'*asimmetria*: una regola formalmente rivolta a tutti può gravare in misura diseguale, e le tecniche di accertamento della disparità sono ancora incerte.

L'esperienza britannica offre il documento istituzionale più completo: il 25 gennaio 2017 due commissioni della Camera dei comuni hanno pubblicato un rapporto congiunto originato dalla petizione (152.420 firme) di una *receptionist* rinviata a casa senza retribuzione per essersi presentata con scarpe basse, laddove il codice dell'agenzia prescriveva alle sole donne un tacco fra due e quattro pollici, concludendo che l'*Equality Act* 2010 non protegge pienamente da questo tipo di discriminazione[55].

Negli Stati Uniti opera il criterio dell'*unequal burden*: nel caso Jespersen la Corte d'appello per il nono circuito, *en banc*, ha respinto il ricorso di una barista licenziata per il rifiuto di truccarsi come prescritto da una politica aziendale che imponeva il trucco alle donne e lo vietava agli uomini, per mancata prova dell'onere diseguale, con un consistente dissenso[56]. Sul versante religioso, con effetti anche di genere, la Corte Suprema ha stabilito nel caso *Abercrombie* che il Titolo VII del *Civil Rights Act* vieta al datore di rifiutare l'assunzione per evitare un accomodamento religioso concedibile senza oneri eccessivi, anche se il candidato non ha formalmente informato l'impresa della propria esigenza: la candidata era stata scartata perché il

[53] Corte app. Milano, sez. lav., 20 maggio 2016, n. 579, in riforma di Trib. Lodi, ord. 7 luglio 2014. V. N. COLAIANNI, *Il velo delle donne musulmane tra libertà di religione e libertà d'impresa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 11/2017.

[54] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 13 novembre 2008, Mann Singh c. Francia (in hudoc.echr.coe.int), richiamata da M. RANIERI, *L'abbigliamento nei luoghi di lavoro*, cit., nota 1359, con riferimento alla circolare n. 2005-80 del 6 maggio 2005 del Ministero dei trasporti francese.

[55] Petitions Committee e Women and Equalities Committee, *High heels and workplace dress codes*, First Joint Report of Session 2016-17, 25 gennaio 2017; Government Response, HC 1147.

[56] Jespersen v. Harrah's Operating Co., 444 F.3d 1104 (9th Cir. 2006, *en banc*), che conferma 392 F.3d 1076 (9th Cir. 2004). Le opinioni dissenzienti dei giudici Pregerson e Kozinski insistono sul carattere concretamente asimmetrico della politica cosiddetta *Personal Best*.

ISSN 2036-7821

velo contrastava con la *look policy* che vietava i copricapi[57]. In punto di asimmetria, anche in Italia pende il contenzioso, rimesso dal T.A.R. Lazio alla Corte di giustizia (par. 7.1), sulla candidata alla Polizia di Stato esclusa per un tatuaggio visibile soltanto con l'uniforme femminile: pur nella diversità dei casi, il problema di fondo è il medesimo.

11. La *look policy* in imprese, associazioni, circoli, fondazioni

Il *dress code* in alcuni contesti privati diventa, in forme più o meno marcate, una *look policy* (o *appearance policy*): linee guida del datore che regolano abbigliamento, cura della persona, igiene e presentazione dei dipendenti, come nella già citata vicenda Abercrombie & Fitch e, in forma più tenue, in imprese, associazioni e fondazioni che intendono mantenere standard di decoro elevati o creare un *look* identitario (camici in farmacie e supermercati; divise di piloti, *hostess*, guardie giurate, controllori ferroviari).

Nel settore privato la regolazione dell'abito conosce due indirizzi opposti: l'iper-specificazione e la deregolazione.

L'esempio classico del primo è il codice di abbigliamento predisposto da un grande gruppo bancario svizzero per la rete *retail*, diffuso nel dicembre 2010: quarantaquattro pagine che disciplinavano, fra l'altro, lunghezza delle unghie, applicazione del profumo, qualità e colore della biancheria intima e alimentazione in funzione dell'alito; la reazione pubblica indusse l'istituto ad annunciare, poche settimane dopo, una revisione con indicazioni più elastiche[58].

L'esempio opposto è la comunicazione con cui, il 5 marzo 2019, i vertici di una primaria banca d'affari statunitense annunciarono ai circa trentaseimila dipendenti un *firm-wide flexible dress code*, privo di qualsiasi elencazione dei capi ammessi, sul presupposto - esplicitato nel testo - che tutti sappiano che cosa sia appropriato in un luogo di lavoro: circostanza che la realtà quotidiana smentisce clamorosamente[59].

Il modello associativo (circoli sportivi, ricreativi e conviviali, associazioni culturali, alcune scuole private) presenta una struttura ancora diversa, perché la regola sull'abito è qui elemento identitario del sodalizio e la sua osservanza è condizione di partecipazione: chiunque frequenti circoli, anche da ospite, conosce le minimali regole da osservare (giacca e talvolta cravatta, divieto di scarpe da ginnastica, abito

[57] EEOC v. *Abercrombie & Fitch Stores*, Inc., 575 U.S. 768 (2015), decisa il 1° giugno 2015 con otto voti contro uno, opinione redatta dal giudice Scalia. Nella dottrina italiana v. A. MADERA, *Le istanze di accomodamento religioso sul luogo di lavoro negli U.S.A.: un commento alla decisione E.E.O.C. v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, in *Democrazie e religioni*, a cura di E. Camassa, Napoli, 2016, 171 ss.

[58] Per la ricostruzione v. NPR, *Planet Money*, 15 dicembre 2010, e NBC News, *UBS employees now allowed to wear red undies*, gennaio 2011. Il documento circolò in versione originale francese e in traduzioni non ufficiali.

[59] V. Reuters e CNBC, 5 marzo 2019. Il precedente interno risaliva al 2017, con l'allentamento riservato alla divisione tecnologica. La motivazione demografica addotta - la prevalenza di dipendenti nati dopo il 1981 - sposta la giustificazione della regola dal decoro alla concorrenza nel mercato del lavoro.

ISSN 2036-7821

lungo per le signore, cravatta sociale in alcune occasioni). Il tema, per la sua peculiarità, merita autonoma trattazione (infra, par. 16). L'elencazione non comprende le imposizioni estetiche di associazioni segrete o *border-line*, regolate da ritualità simboliche ed esoteriche (cappucci, medaglioni, ornamenti) qui non vagliabili, né i *dress code* imposti "di fatto" da fonti contrattuali, quali i "contratti" sottoscritti con alcuni preparatori di concorsi da diversi aspiranti magistrati, vicenda recentemente vagliata dalla Magistratura in relazione ad un autorevole Consigliere di Stato[60].

12. Il regime delle violazioni e delle sanzioni nei vari micro-ordinamenti

Alla luce dei variegati contesti passati in rassegna, le conseguenze della violazione di una regola sull'abito, nei limiti in cui si tratti di precetti imponibili a dipendenti (pubblici o privati), iscritti ad un Ordine o associati, sono classificabili in sei tipologie, diverse per presupposti e rimedi.

a) Sanzioni disciplinari. Nel lavoro privato la sanzione presuppone l'art. 2106 cod. civ. e le garanzie dell'art. 7 dello Statuto (previa pubblicità del codice disciplinare, contestazione specifica e tempestiva, termine a difesa, proporzionalità, contraddittorio, non discriminazione); nel pubblico impiego contrattualizzato si applicano gli artt. 55 e seguenti del d.lgs. n. 165/2001 e i contratti collettivi, ispirati ai medesimi principi[61]. In ambo i regimi (come in quelli degli Ordini professionali e delle associazioni), salvo codificazioni più puntuali (note 1-4), il contendere si incentrerà sull'interpretazione della clausola, di regola generica, che impone un *dress code* "*adeguato*", "*consono*", "*non succinto*", "*non trasandato*": i parametri saranno ancorati al caso concreto, alle funzioni svolte, al contesto ed al mutevole sentire sociale, aperto a canoni inopportunamente tolleranti, ispirati a modelli mediali di "*maleducazione estetica*". Diverso è il caso di datori che impongano puntualmente tute o divise identitarie o tenute igienico-sanitarie: qui gli spazi per un ricorso sono più limitati, salvo "eccessi estetici" imposti dal datore (v. il caso *Abercrombie & Fitch*). Nei comparti in uniforme la sanzione è tipizzata dalla normativa di settore, con soglie di intervento assai più basse per il giudice amministrativo.

b) Misure organizzative e cautelari immediate: allontanamento dal posto di lavoro, non ammissione ai locali, sospensione della prestazione. È la conseguenza più frequente e la meno regolata (la vicenda britannica del 2015 mostra che può tradursi in una perdita retributiva senza previo procedimento); anche tali misure devono essere

[60] Il riferimento è alla vicenda (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, sentenza 11 aprile 2022, n. 4232; Consiglio di Stato, sez. VII, sentenza 27 marzo 2024, n. 2905; Corte di cassazione, sez. un., sentenza 9 marzo 2020, n. 6090) della destituzione di un Consigliere di Stato, autorevole preparatore in corsi per la magistratura, per condotte lesive "*del riserbo, dell'onore, della reputazione e della dignità delle persone e, segnatamente, delle donne*": contestazioni ruotanti anche intorno all'imposizione di *dress code* maschili e soprattutto femminili.

[61] Sui principi portanti dei regimi disciplinari v. V. TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2021.

testualmente previste e garantire il contraddittorio, e sono le uniche adottabili verso i terzi, per i quali le azioni disciplinari non operano.
c) Esclusione da procedure di accesso, conseguenza tipica, nelle Forze armate e di polizia, in materia di requisiti fisici e di tatuaggi. *d) Conseguenze sul piano dell'esercizio della funzione*: è il caso delle tenute prescritte per esigenze sanitarie, ma non certo della toga, la cui mancanza non comporta vizi processuali (ad oggi mai formulati dal pur fantasioso ceto forense) e, semmai, espone magistrati, avvocati e cancellieri a responsabilità disciplinare. *e) Responsabilità risarcitoria* del titolare del potere, quando la regola o la sua applicazione integri discriminazione. *f) Misure endo-associative*, per statuto, variegate ma tipiche e ossequiose dei principi di proporzionalità e contraddittorio (infra, par. 16).
A tali sei "sanzioni" potremmo aggiungerne una settima, "sociale" e come tale più vera e profonda: la "*disapprovazione estetica*" verso soggetti trasandati, sciatti o inutilmente appariscenti, che presuppone però che il protagonista della condotta sia in grado di percepirla e di autodeterminarsi ad un cambiamento.

13. La "*libertà nel vestire*" come valore costituzionale?
Il "convitato di pietra" di questo studio è la "libertà individuale", che si esprime anche attraverso libere scelte nel vestire. La *libertà nel vestire* non è nominata da alcuna disposizione costituzionale e non risulta oggetto di una pronuncia della Corte costituzionale che la riconosca come tale: vive come libertà derivata, ricavata di volta in volta dagli artt. 2, 13, 21 o 19 della Costituzione.
L'art. 2 Cost. è l'ancoraggio più naturale e più ampio: l'abito è, fra i comportamenti quotidiani, quello a più alta densità identitaria, e ricondurvi la libertà di vestire significa qualificarla come diritto della personalità; ma l'art. 2 non contiene alcun regime di limitazione, sicché il bilanciamento resta affidato al datore e poi al giudice, senza il presidio della riserva di legge. L'art. 13 coglie la dimensione corporea, decisiva quando la prescrizione non riguarda ciò che si indossa ma ciò che si è (capelli, barba e soprattutto tatuaggio): qui il regime è il più garantito che la Costituzione conosca (riserva assoluta di legge e di giurisdizione), il che spiega perché l'ancoraggio sia raramente invocato con successo, giacché, se operasse pienamente, gran parte delle prescrizioni vigenti in decreti ministeriali, regolamenti interni e circolari sarebbero travolte; per questo la giurisprudenza preferisce trattare la materia come questione di requisiti attitudinali. L'art. 21 protegge la manifestazione del pensiero con ogni mezzo, compreso il comportamento espressivo: una maglietta che rechi un messaggio è manifestazione del pensiero come un volantino, vietabile solo entro i limiti che l'art. 21 consente[62], sicché un capo recante

[62] Sui limiti alla libertà di pensiero v. V. TENORE, *La libertà di pensiero tra riconoscimento costituzionale e limiti impliciti ed espliciti: i limiti normativi e giurisprudenziali per giornalisti, dipendenti pubblici e privati nei social media*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2019, n. 2.

un messaggio non offensivo è un atto espressivo protetto[63]. L'art. 19 è l'ancoraggio più forte e quello che ha prodotto gran parte del contenzioso: ne è conferma il Consiglio di Stato che, annullando l'ordinanza sindacale che includeva il velo integrale fra i mezzi atti a rendere difficoltoso il riconoscimento, ha affermato che il *burqa* non è una maschera, ma un tradizionale capo di abbigliamento con aspetti di pratica religiosa, e che l'art. 5 della legge n. 152/1975 consente di indossare il velo per motivi religiosi o culturali, integranti il giustificato motivo[64]. Ma la copertura non è incondizionata: nel caso del *kirpan* la Cassazione ha confermato la condanna del fedele *sikh* per porto ingiustificato di oggetto atto ad offendere, negando che il simbolismo religioso integri il giustificato motivo dell'art. 4, comma 2, della legge n. 110/1975[65].

Specularmente, i valori costituzionali che si oppongono alla libertà nel vestire sono riconducibili a sei categorie: *a) sicurezza e identificazione*, il limite più solido perché ha base legale espressa e finalità verificabile (l'art. 5 della legge 22 maggio 1975, n. 152, non vieta l'indumento, ma l'effetto di rendere difficoltoso il riconoscimento); *b) ordine pubblico e convivenza*, il limite più discusso perché la finalità è per definizione indeterminata; *c) buon andamento e imparzialità* (art. 97) e servizio esclusivo della Nazione (art. 98), fondamento della neutralità dell'abito nei pubblici uffici; *d) disciplina e onore* (art. 54, secondo comma), a nostro avviso il vero fondamento costituzionale della clausola del *decoro*, che le amministrazioni dovrebbero richiamare espressamente nei Codici di comportamento, dettagliandolo con una "tipizzazione debole", perché il decoro non è un gusto dell'amministrazione ma una declinazione dell'onore della funzione; *e) libertà di iniziativa economica* (art. 41), che fonda il potere direttivo del datore privato ma ne contiene il limite interno della dignità umana; *f) salute* (art. 32), fondamento delle prescrizioni sugli indumenti protettivi. A queste sei famiglie va aggiunto un valore che opera all'interno della libertà nel vestire e si è rivelato il più incisivo: l'*uguaglianza* dell'art. 3, nella declinazione del divieto di discriminazione indiretta.

Ne discende una tutela graduata: forte per l'abito come esercizio di libertà religiosa o manifestazione del pensiero (artt. 19 e 21); intermedia per l'abito come identità personale (art. 2) e, quando incide sul corpo, art. 13, con limitazione ammessa se

[63] Art. 4, comma 5, d.P.R. 24 giugno 1998, n. 249. La disposizione è, nell'ordinamento italiano, la sola che colleghi espressamente la protezione dell'espressione a un contesto in cui il *dress code* è comunemente applicato.

[64] Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 19 giugno 2008, n. 3076 (in www.giustizia-amministrativa.it), che ha confermato T.A.R. Friuli Venezia Giulia n. 645/2006 e il decreto del Prefetto di Pordenone 9 settembre 2004 di annullamento dell'ordinanza n. 24/2004 del Sindaco di Azzano Decimo. La sentenza precisa altresì che il divieto assoluto opera soltanto in occasione di manifestazioni che si svolgano in luogo pubblico o aperto al pubblico, tranne quelle di carattere sportivo che tale uso comportino.

[65] Corte di cassazione, sez. I pen., 31 marzo - 15 maggio 2017, n. 24084, nota per l'affermazione, largamente criticata, secondo cui l'immigrato avrebbe il dovere di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale: v. A. GUSMAI, *«Giustificato motivo» e (in)giustificate motivazioni sul porto del kirpan*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 1/2017, e A. NEGRI, in *Dir. pen. contemp.*, 2017.

risponde ad un'esigenza organizzativa non arbitraria e proporzionata; minima per l'abito che esprime una mera preferenza estetica, dove la limitazione è legittima ogni volta che sia ragionevole e conoscibile.
Sul piano sociale nessuno dubita che la "*libertà nel vestire*" esista: il diritto positivo la presuppone ogni volta che la limita, ed è dunque una libertà residuale, che l'ordinamento riconosce limitandola. Questo statuto è in realtà fragile: una libertà senza nome proprio non ha regime proprio - né riserva di legge dedicata, né nucleo essenziale definito, né tecnica di bilanciamento stabilizzata - e delega al giudice la valutazione in concreto, che dovrà considerare il rango della fonte che impone il limite, la sua formulazione e la sua coerenza con i canoni nazionali e sovranazionali sulle discriminazioni e sulla libertà religiosa.

14. Una prima appendice sui "lavoratori del domani": il *dress code* degli studenti

Il tema risulterebbe incompleto ove non fosse esteso, in chiave necessariamente problematica, al *dress code* dei "lavoratori del domani", ovvero degli studenti di scuole primarie e secondarie pubbliche, ove non tenuti, per volontaria iscrizione in scuole private, ad indossare divise, spesso elitario segno identificativo teso a creare un apprezzabile "senso di appartenenza".
Tra i giovani la forbice tra il vestire ludico-ricreativo ed il vestire in un contesto istituzionale si è fortemente attenuata; eppure semplici e doverosi richiami dei dirigenti scolastici a *look* più consoni ad un luogo che non è sede di confronto tra natiche, polpacci o seni, ma di confronto cerebrale, originano proteste (persino di genitori ispirati ad antichi e defunti valori libertari sessantottini), assemblee e strumentalizzazioni politiche, quasi che il "vestire ordinato e consono" sia prerogativa di una sola compagine politica e non un valore comune a tutte le persone di buon senso.
Nessuna fonte primaria disciplina l'abbigliamento degli alunni delle scuole pubbliche: l'art. 10, co. 3, lett. a), del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 si limita ad attribuire al consiglio di circolo o di istituto l'adozione del regolamento interno, sicché la materia vive in un sistema a cascata che dai principi costituzionali approda alle circolari dei dirigenti, con la responsabilità disciplinare quale unico presidio effettivo.
Il decreto del Presidente della Repubblica 24 giugno 1998, n. 249 (*Statuto delle studentesse e degli studenti*), all'art. 3, impone allo studente il rispetto "anche formale" verso la comunità scolastica e l'osservanza dei regolamenti d'istituto, rendendo disciplinarmente rilevante la violazione dell'eventuale regola sul *dress code* adottata dal consiglio d'istituto (nel rispetto dei principi dell'art. 4: proporzionalità, finalità educativa, contraddittorio, ricorso all'organo di garanzia); il d.P.R. n. 235/2007 ha introdotto il *patto educativo di corresponsabilità*, sede naturale per la condivisione preventiva delle regole. Ma i consigli di istituto sono sistematicamente silenti sul

ISSN 2036-7821

punto, per timore di polemiche, e non esiste neppure una circolare ministeriale nazionale: sul divieto dei telefonini, tema *bipartisan*, il ministero è intervenuto con atti generali (nota n. 5274 dell'11 luglio 2024 e circolare n. 3392 del 16 giugno 2025), mentre sul *dress code* ha taciuto, lasciando inopportunamente che la disciplina si formasse dal basso, attraverso decine di circolari d'istituto che, soprattutto nel settembre 2025, hanno prodotto un'ondata di polemiche nazionali[66], ed è intervenuto solo sul più limitato problema del "velo" a scuola[67].

Le uniche "fonti" in senso lato sono dunque le circolari di coraggiosi ed encomiabili dirigenti, che condividono un lessico stabile - abbigliamento «*sobrio, decoroso e consono*» - e un catalogo ricorrente di divieti (capi balneari, pantaloncini e gonne corte, canottiere, ciabatte, indumenti con scritte offensive), estendendo talvolta le prescrizioni al personale scolastico[68].

Sul piano dogmatico, però, la circolare del dirigente è mero atto interno privo di autonoma capacità precettiva, la cui forza dipende dal regolamento d'istituto (di regola silente) che essa richiama: la violazione del *dress code* può essere perseguita solo sul terreno disciplinare, e qualunque misura che impedisse l'ingresso a scuola colliderebbe con l'art. 34 Cost., come la stessa dirigenza riconosce definendo «deboli» tali circolari[69]. Il contenzioso giudiziario è esiguo rispetto alla conflittualità mediatica, e i principi sono consolidati: il regolamento d'istituto è la fonte legittima di limitazione della libertà di espressione (anche nel vestire) dello studente, purché le prescrizioni siano proporzionate, non discriminatorie e previamente conoscibili.

La conflittualità reale si è espressa nelle aule scolastiche, con amplificazione dei *social*, ed esplode quasi sempre non sulla regola in sé, ma sulle modalità della sua applicazione, con marcato sottotesto politico o di genere.

Il caso più noto è quello del liceo Righi di Roma (febbraio 2022): una docente riprese una studentessa sedicenne che ballava con la pancia scoperta apostrofandola con la frase «*Ma che stai, sulla Salaria?*»; ne seguirono un discutibile procedimento disciplinare a carico della docente (limitatasi, a nostro avviso, a sopperire a carenze educative familiari) e una mobilitazione studentesca[70] culminata in un'assemblea in *crop top* e minigonne in pieno inverno[71]. L'episodio non è isolato: analoghe proteste

[66] Per la ricostruzione del contrasto con la vicenda del *dress code* v. *Divieto cellulari, dress code e nuove regole a scuola*, Studio AMPA, aprile 2026 (www.studioampa.it).

[67] Nell'agosto 2026 il Ministro dell'Istruzione ha annunciato l'intenzione di introdurre, mediante emendamento al disegno di legge in materia di sicurezza, il divieto di *burqa* e *niqab* nelle scuole: v. *News Istruzione*, 2 agosto 2026.

[68] Cfr., a titolo esemplificativo, la circolare dell'IIS Jean Monnet di Mariano Comense (www.ismonnet.edu.it); la circolare n. 346 del Liceo Cannizzaro di Palermo (www.lcannizzaro.edu.it); nonché, per i casi dell'IISS Pugliatti di Taormina e dell'istituto comprensivo di Ugento, *Dress code a scuola, le nuove regole tra felpe, scarpe e unghie*, Virgilio Sapere, settembre 2025.

[69] *Il dress code a scuola colpisce anche i prof, che protestano: illegittimo senza norme ad hoc*, Tgcom24-Skuola.net, settembre 2025.

[70] *«Ma che stai sulla Salaria?»: la frase infelice della prof e le proteste degli studenti*, Il Riformista, 17 febbraio 2022; *A Roma una prof rimprovera così una studentessa per la sua pancia scoperta*, Open, 15 febbraio 2022.

[71] *«Benvenuti nel medioevo»: studenti e studentesse in protesta al Righi*, Fanpage, 16 febbraio 2022.

ISSN 2036-7821

seguirono, nel settembre 2020, al richiamo di una vicepreside del liceo Socrate di Roma[72], nel maggio 2022 all'epiteto, da taluni infelicemente definito sessista, rivolto sui *social* da un docente a una studentessa in canottiera[73], e ai casi di Bolzano, Vicenza e Cosenza[74]. Per il presidente dell'ANP di Roma, invece, «*la scuola è un luogo sacro, che deve avere una sua liturgia*»[75]: evidente l'ideologia sottesa alle opposte posizioni, volte a tollerare il problema ammantandolo di inconferenti libertà costituzionali.

Il passaggio all'università muta i termini del bilanciamento, per la maggiore età dello studente, titolare pieno delle libertà degli artt. 2, 19 e 21 Cost., e per l'autonomia costituzionale degli atenei (art. 33, ultimo comma, Cost.)[76]. Nessuna fonte statale disciplina l'abbigliamento degli studenti universitari: i codici etici adottati ai sensi dell'art. 2, co. 4, della legge 30 dicembre 2010, n. 240[77] contengono clausole generali di decoro ma non disciplinano l'abbigliamento, e la base della potestà disciplinare resta, singolarmente, l'art. 16 del regolamento studenti approvato con regio decreto del 1938[78]. La casistica è interamente mediatica: nel 2018 a Palermo un docente di anatomia impose un «*abbigliamento consono e rispettoso*» agli appelli, pena la mancata verbalizzazione, e a Torino un docente di economia escluse infradito, pantaloncini e jeans strappati da esami e lezioni[79].

Simili prescrizioni unilaterali di un soggetto incompetente sollevano dubbi seri: l'avviso del singolo docente non è fonte, e il rifiuto di esaminare per ragioni di abbigliamento incide sulla posizione dello studente senza base regolamentare, esponendo l'ateneo ad azioni risarcitorie.

15. Una seconda appendice sul *dress code* a fronte del look "*agender*" o "*gender fluid*"

Uno studio sul profilo vestimentario - *dress code*, uniformi, standard di *grooming* - riferito alle persone *agender*, non binarie e *gender fluid* nei luoghi di lavoro non ci risulta mai effettuato. Per un secolo la regola vestimentaria di fabbrica e d'ufficio ha

[72] *Centimetri di pelle*, Senza rossetto, 2020, ove anche il parallelo con le proteste francesi di Dax del settembre 2020.

[73] *Pilo Albertelli, studentessa va a scuola in canotta. Il commento del prof sui social*, Fanpage, 23 maggio 2022.

[74] *Bolzano: preside chiede di evitare la pancia scoperta a scuola, gli studenti si presentano in crop top*, Open, 14 aprile 2022, ove anche i richiami ai casi di Vicenza (sciopero contro sanzioni ritenute discriminatorie verso le ragazze) e di Cosenza (lo scotch apposto sui jeans strappati di una studentessa).

[75] *Dress code nelle scuole, tra polemiche e necessità*, Education Marketing, novembre 2025; *Arriva il dress code nelle scuole, niente abiti succinti*, Il Sole 24 Ore, settembre 2025.

[76] Art. 33, ultimo comma, Cost.; l. 9 maggio 1989, n. 168; l. 30 dicembre 2010, n. 240.

[77] L. n. 240/2010, art. 2, comma 4, che ha imposto agli atenei l'adozione di un codice etico della comunità universitaria.

[78] R.d. 4 giugno 1938, n. 1269, art. 16, che gradua le sanzioni dall'ammonizione all'esclusione temporanea dall'università con perdita delle sessioni d'esame.

[79] Per il caso palermitano: «*Abiti seri o niente esame*». *Il dress code all'Università di Palermo*, in *La Tecnica della Scuola*, giugno 2018; «*L'Università non è una spiaggia*», *l'appello dei docenti sul dress code*, in *PalermoToday*, 12 giugno 2018. Per il caso torinese: *Torino, il professore impone il dress code all'università: no infradito e jeans strappati*, in *Tgcom24*, marzo 2018.

ISSN 2036-7821

dato per scontato che il decoro avesse due grammatiche, maschile e femminile, e che compito dei regolamenti fosse custodirne il confine; ad avviso dello scrivente, le persone *agender*, non binarie e fluide non chiedono un terzo guardaroba: chiedono che il confine smetta di essere la regola.

Nell'ordinamento italiano non si rinvengono pronunce edite su controversie relative al *dress code* di una persona *agender* o non binaria nel rapporto di lavoro, né Codici di comportamento o circolari dedicate: esiste però una cornice - costituzionale, antidiscriminatoria e contrattuale - entro cui la questione, quando si porrà, dovrà essere risolta.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 143/2024, ha per la prima volta riconosciuto espressamente l'esistenza delle persone non binarie, il cui disagio è rilevante per il principio personalistico, pur dichiarando inammissibile - perché riservata al legislatore - l'introduzione giudiziale di un terzo genere di stato civile[80]; la pronuncia si innesta sulla giurisprudenza che ha ricondotto l'identità di genere al diritto all'identità personale *ex* art. 2 Cost.[81]. La persona non binaria è dunque costituzionalmente "visibile" anche se anagraficamente non registrabile, e l'abbigliamento partecipa di quella copertura. In assenza di un criterio testuale di "identità di genere", la protezione passa per il fattore "sesso", che la Corte di giustizia, sin da P. c. S. e Cornwall County Council del 1996, ha esteso al mutamento di genere, consentendo di censurare come discriminatorio, o lesivo della personalità morale, un *dress code* differenziato per genere imposto a chi non si riconosce nel binarismo[82].

Il d.P.R. n. 62/2013 non disciplina l'abbigliamento, ma il decreto del Presidente della Repubblica 13 giugno 2023, n. 81 vi ha introdotto l'espresso divieto di discriminazione fondata, tra l'altro, su orientamento sessuale e genere e ha imposto ai dirigenti canoni di parità di trattamento e inclusione[83]: è questa la sponda regolamentare più prossima al tema, insieme alla clausola del *decoro*, la cui

[80] Corte costituzionale, sentenza 23 luglio 2024, n. 143 (in www.cortecostituzionale.it), sull'art. 1 della legge 14 aprile 1982, n. 164, nella parte in cui non consente la rettificazione verso un genere "*non binario*". V. B. LIBERALI, *Alla ricerca del fondamento costituzionale dell'identità di genere*, in *BioLaw Journal*, 3/2024; F. BERTINI, in *Osservatorio AIC*, 2/2025.

[81] Corte costituzionale, n. 161/1985 e n. 221/2015, che hanno ricondotto l'identità di genere agli elementi costitutivi del diritto all'identità personale ex art. 2 Cost.; sul quadro CEDU, Corte europea dei diritti dell'uomo, Y c. Francia, 31 gennaio 2023, che esclude allo stato un obbligo positivo di registrazione non binaria in assenza di *consensus* europeo (richiamata da Corte costituzionale n. 143/2024).

[82] Corte di giustizia UE, sentenza 30 aprile 1996, P. c. S. e Cornwall County Council, C-13/94 (in curia.europa.eu); il principio informa oggi la lettura delle direttive 2006/54/CE e 2000/78/CE e, in ambito interno, del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 e del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, oltre all'art. 15 st. lav. e all'art. 2087 cod. civ.

[83] Il d.P.R. 13 giugno 2023, n. 81, nel novellare il d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, introduce l'espressa previsione del divieto di discriminazione basato su condizioni personali del dipendente quali orientamento sessuale, genere, disabilità, etnia e religione, e l'integrazione dell'art. 13, che impone al dirigente un comportamento esemplare in termini, tra l'altro, di "parità di trattamento, equità, inclusione".

ISSN 2036-7821

applicazione differenziale per genere è già sotto tensione[84].
Sul versante contrattuale, i CCNL del pubblico impiego dell'ultima tornata hanno generalizzato l'"identità *alias*"[85], sviluppando l'esperienza degli atenei[86]; ma tale *corpus* è costruito sul nome e sulla transizione binaria *ex lege* n. 164/1982, sicché le persone *agender* e fluide vi trovano tutela solo per estensione interpretativa[87].
Sul piano internazionale non mancano precedenti eloquenti. Nel Regno Unito il capostipite è Taylor v. Jaguar Land Rover Ltd (Employment Tribunal di Birmingham, 2020), relativo ad un'ingegnera dichiaratasi *gender fluid*/non binaria, bersaglio di insulti e priva di supporto manageriale[88]. Negli Stati Uniti il divieto di *sex stereotyping* risale a Price Waterhouse v. Hopkins (1989), benché la giurisprudenza sui *grooming code* sia rimasta a lungo indulgente verso le differenziazioni "di pari onere"[89]; il caso più pertinente è Wetherell c. Alaska Airlines, in cui un assistente di volo non binario, costretto dalla *uniform policy* a scegliere tra lo standard "maschile" e quello "femminile", ha ottenuto un *consent decree* (2023) che ha imposto al vettore la rimozione di ogni restrizione di genere e la formazione del personale[90]. In Francia la Cour de cassation, nell'affaire di uno *steward* Air France (2022), ha giudicato discriminatoria l'interdizione, al solo personale maschile, di un'acconciatura consentita a quello femminile, negando che la "percezione sociale dell'apparenza dei generi" o l'immagine aziendale integrino un'esigenza professionale essenziale e determinante[91]: decisione che demolisce il fondamento di ogni codice vestimentario

[84] Il riferimento è al contenzioso in corso sul rapporto tra "decoro istituzionale" e aspetto esteriore del dipendente pubblico (tatuaggi, acconciature), con rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sollevato dal giudice amministrativo in materia di requisiti di accesso ai corpi di polizia: la nozione di decoro, ove applicata in modo differenziale per genere, presta il fianco alle medesime censure di cui al testo.

[85] Cfr., ad es., art. 28 dell'ipotesi di CCNL Funzioni locali 2019-2021 e art. 21 del CCNL Istruzione e ricerca 2019-2021, con la nota del MIM del 17 luglio 2023, secondo cui la clausola sull'identità *alias* è ormai presente in tutti i contratti collettivi della pubblica amministrazione.

[86] Secondo la mappatura dell'Osservatorio *Feminist Watch* (*Clinica legale*, Università Roma Tre, 2023-2024), 57 atenei pubblici su 67 hanno regolamentato la carriera *alias*; il primo fu l'Ateneo di Torino nel 2003.

[87] L'ancoraggio della carriera *alias* al "*percorso di transizione di genere di cui alla legge n. 164/1982*" presuppone una transizione binaria; le persone agender o fluide rischiano di restarne fuori, salvo le formulazioni più ampie adottate da alcuni atenei (ad es. Udine).

[88] Il Tribunale ha stabilito che la caratteristica protetta della *gender reassignment* ex sec. 7 dell'Equality Act 2010 copre anche le identità non binarie e fluide, liquidando circa 180.000 sterline: decisione di primo grado, ma divenuta il riferimento operativo del sistema.

[89] Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989), sul divieto di *sex stereotyping* (alla ricorrente era stato suggerito di camminare, vestire e truccarsi "in modo più femminile"); in senso restrittivo, però, Jespersen v. Harrah's Operating Co., 444 F.3d 1104 (9th Cir. 2006, *en banc*), che ritenne legittimo l'obbligo di trucco per il solo personale femminile in assenza di prova di oneri diseguali.

[90] *Complaint* alla Washington State Human Rights Commission (30 dicembre 2020); *reasonable cause finding* (settembre 2022); *consent decree* (aprile 2023), promosso anche dall'Attorney General dello Stato di Washington, che ha imposto la rimozione di ogni restrizione di genere dalla *uniform policy* (capi, barba, gioielli, trucco) e formazione obbligatoria.

[91] Cass. soc. (formation plénière de chambre), 23 novembre 2022, n. 21-14.060, FP-B+R, che rovescia l'orientamento che valorizzava la "differente percezione sociale" dei generi (CAA Marseille, 2011; CA Paris, 6 novembre 2019).

costruito sugli stereotipi di genere. Il trasporto aereo, del resto, ha progressivamente eliso la classificazione binaria: JetBlue (2021), Alaska Airlines (2022), Virgin Atlantic (2022) e Qantas (2023) hanno sostituito le divise per genere con capi classificati per vestibilità e regole di *grooming* uniche[92]: regolamenti aziendali, non fonti eteronome, in cui però si legge la tecnica regolatoria verso cui converge la giurisprudenza.
Possiamo concludere che diritto positivo, giurisprudenza e attente scelte datoriali, soprattutto estere, stanno rispondendo non moltiplicando i codici estetici, ma sottraendo al *genere* la funzione di criterio: legittimo resta il codice rigoroso (divisa, abito, *look* formale), purché si lasci scrivere senza nominare il genere di chi lo indossa.

16. Il *dress code* nei circoli sportivi, ricreativi e conviviali: autonomia associativa e suoi limiti

Nei circoli la struttura sin qui ricostruita si rovescia. Nel lavoro e nell'amministrazione la prescrizione sull'abito deve giustificarsi rispetto ad una finalità organizzativa; nel circolo la regola sull'abito non serve l'organizzazione, ma la costituisce, essendo parte dell'identità del sodalizio al pari del nome e dei colori sociali. Essa è dunque la più forte fra quelle esaminate, perché non deve dimostrare la propria utilità, e insieme la meno sindacabile, perché il giudice statale verifica il rispetto dello statuto, non l'opportunità della scelta associativa: è qui, e solo qui, che la formula "*abbigliamento consono allo stile e alle tradizioni del Circolo*" - altrove clausola in bianco indifendibile - trova una giustificazione tecnicamente sostenibile, coperta dalla libertà di associazione dell'art. 18 Cost.[93] Ciò non significa che il *dress code* associativo sia sottratto al diritto: i limiti operano altrove, nell'art. 24 cod. civ. quanto all'esclusione dell'associato, nella disciplina antidiscriminatoria quando il circolo esce dal recinto della vita associativa, nelle regole federali quando l'attività si svolge in ambito sportivo organizzato.
Il fondamento del potere prescrittivo è l'autonomia statutaria (artt. 14 ss. e 36 ss. cod. civ.): l'adesione comporta l'accettazione dello statuto e dei regolamenti interni[94]. Il limite esterno è l'art. 24, terzo comma, cod. civ., per cui l'esclusione dell'associato non può essere deliberata che per gravi motivi, con ricorso all'autorità giudiziaria

[92] JetBlue (giugno 2021, prima *uniform policy gender neutral* del settore); Alaska Airlines (marzo 2022, capi classificati per vestibilità e non per genere); Virgin Atlantic (settembre 2022, libera scelta della divisa "no matter their gender, gender identity, or gender expression"); Qantas/Jetstar (2023).

[93] La formula è quella dell'art. 13 del regolamento del Circolo Canottieri Aniene, nel testo pubblicato sul sito del Circolo (versione del settembre 2023), del quale si è potuta verificare la prima parte e non l'elencazione successiva. Le ricerche condotte non hanno fatto emergere giurisprudenza italiana edita su sanzioni associative irrogate per violazione di regole sull'abbigliamento: il dato è riferito come esito negativo di ricerca e non come certezza.

[94] Così l'art. 1.1 del regolamento interno del Golf Club Pordenone, pubblicato sul sito del Circolo, che vincola gli associati all'osservanza del regolamento e, all'art. 1.2, prevede per ogni infrazione il deferimento al competente organo interno.

ISSN 2036-7821

entro sei mesi: norma che la Cassazione applica anche alle associazioni non riconosciute e che impone al giudice di verificare la legittimità sostanziale della delibera, accertando che si tratti di fatti gravi e non di scarsa importanza, prescindendo dall'opportunità intrinseca della deliberazione.

La gravità dei motivi è però concetto relativo, la cui valutazione non può prescindere dal modo in cui gli associati lo hanno inteso nella loro autonomia: se lo statuto descrive in modo specifico i motivi ritenuti gravi, la verifica giudiziale si arresta all'accertamento dei fatti; se tace o impiega formule generali ed elastiche, il giudice è chiamato ad un giudizio autonomo sulla gravità[95]. Se ne ricava un'indicazione di *drafting* controintuitiva: il circolo che voglia restringere il sindacato deve tipizzare nello statuto, fra le cause di esclusione, la reiterata inosservanza delle norme sull'abbigliamento, accettando il prezzo della rigidità. Resta fermo che l'esclusione è la sanzione estrema: una violazione isolata difficilmente integra un grave motivo, potendolo integrare la contestazione reiterata o il rifiuto ostentato di conformarsi, e la sanzione proporzionata è, di norma, il richiamo, previa conoscibilità della regola e contestazione dell'addebito.

I regolamenti dei circoli, spesso pubblicati, consentono una tipologia: la clausola generale con esemplificazione negativa (Golf Club Pordenone, che richiede un abbigliamento corretto per l'accesso al campo ed esclude magliette a giro collo, *t-shirt* e *shorts*); il *dress code* differenziato per zona e per ora (Circolo del Golf Roma Acquasanta: giacca e cravatta per il ristorante dopo le venti, divieto di copricapo nei saloni)[96]; il modello identitario puro (Circolo Canottieri Aniene, che impegna i soci ad un abbigliamento consono allo stile e alle tradizioni del sodalizio, con prescrizioni puntuali per le singole discipline); il modello che collega espressamente la regola alla sanzione (Golf Club Trieste, con deferimento del socio inadempiente dal Consiglio direttivo al Collegio dei probiviri per le sanzioni statutarie, dal richiamo all'esclusione)[97]. Tali regolamenti sono, in media, meglio costruiti delle circolari scolastiche e dei codici di comportamento delle amministrazioni, perché distinguono gli ambiti, esemplificano e individuano l'organo competente: sono scritti da chi la regola la applica e la subisce insieme, fattore di legittimazione che gli altri ambiti non

[95] Corte di cassazione, sez. I, ordinanza 16 settembre 2019, n. 22986 (in www.italgiure.giustizia.it); Corte di cassazione, sez. I, ordinanza 8 febbraio 2024, n. 3575, sulla necessità che la causa di esclusione sia prevista dallo statuto. Il criterio della determinatezza statutaria è enunciato nella massima costantemente riportata in commento all'art. 24 cod. civ.

[96] Circolo del Golf Roma Acquasanta, sezione «Regole locali» del sito istituzionale, che raccomanda ai soci di osservare il *dress code* e di ricordarlo ai propri ospiti, e contiene una clausola di responsabilità dei maestri per il rispetto del *dress code* da parte degli allievi esterni: traslazione dell'onere di vigilanza su un soggetto legato al circolo da rapporto professionale e non associativo, esigibile solo se prevista nel contratto o nell'autorizzazione all'esercizio dell'attività.

[97] Golf Club Trieste, sezione «Statuto e regolamento» del sito istituzionale: fra i documenti esaminati, l'unico che espliciti insieme la regola, l'organo competente e la scala completa delle sanzioni; è, dal punto di vista della tecnica normativa, il modello preferibile.

ISSN 2036-7821

hanno. All'estero il caso più noto è la regola dell'abbigliamento integralmente bianco imposta dal club che organizza il torneo di Wimbledon, attenuata dall'edizione 2023 per le atlete[98].

Quando il circolo è affiliato ad una federazione e la regola attiene all'attività sportiva, si interpone un diaframma che nessun altro ambito conosce: l'art. 2 del decreto-legge 19 agosto 2003, n. 220, convertito dalla legge 17 ottobre 2003, n. 280, riserva all'ordinamento sportivo l'osservanza delle norme regolamentari e statutarie e i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare, e la Corte costituzionale, con la sentenza n. 49/2011, ha ritenuto la riserva conforme a Costituzione, precludendo al giudice amministrativo la tutela impugnatoria dei provvedimenti disciplinari sportivi ma ammettendo l'azione risarcitoria[99].

Il paradosso è che il settore in cui la regola incide più profondamente sulla persona - l'atleta la cui carriera dipende dall'ammissione alla gara - è quello in cui la tutela è più debole, temperato solo dalla sensibilità delle federazioni alla pressione pubblica: nel luglio 2021, agli europei di *beach handball* di Varna, la nazionale femminile norvegese scese in campo con pantaloncini anziché con il prescritto costume a due pezzi e la Federazione europea irrogò una sanzione di 1.500 euro (150 per atleta), ma la regola cadde non per via giudiziaria - nessuno la impugnò - bensì per via reputazionale, con la modifica delle regole federali efficace dal 2022[100]. Il caso francese mostra il modello opposto: l'art. 1 degli statuti della Federazione francese di calcio vieta nelle competizioni segni o tenute che manifestino ostensibilmente un'appartenenza politica, filosofica, religiosa o sindacale, e il Conseil d'État, con decisione del 29 giugno 2023, ne ha confermato la legittimità in ragione della missione di servizio pubblico della federazione delegataria[101]. In Francia lo statuto federale è dunque sindacabile in via diretta dal giudice amministrativo, mentre in

[98] L'annuncio del Comitato di gestione dell'All England Lawn Tennis Club risale al novembre 2022, con efficacia dall'edizione 2023, all'esito di una consultazione con le giocatrici e con i rappresentanti di vari portatori di interessi; v. CBS Sports, *Wimbledon relaxing its all-white clothing rule*, e *Sports Illustrated*, 17 novembre 2022. La motivazione ufficiale fa riferimento all'esigenza di alleviare una potenziale fonte di ansia per le atlete.

[99] Decreto-legge 19 agosto 2003, n. 220, art. 2, comma 1, lett. a) e b), convertito con modificazioni dalla legge 17 ottobre 2003, n. 280; Corte costituzionale, sentenza 11 febbraio 2011, n. 49 (in www.cortecostituzionale.it), che ha individuato nel risarcimento il punto di bilanciamento fra autonomia dell'ordinamento sportivo e diritto di difesa, soluzione criticata in dottrina sul rilievo che l'attribuzione della sola tutela per equivalente dovrebbe risultare da una previsione di legge esplicita e non da interpretazione.

[100] Comunicato della European Handball Federation del 19 luglio 2021; le regole allora vigenti imponevano alle atlete un costume a due pezzi con larghezza laterale non superiore a dieci centimetri, mentre agli atleti erano consentiti canottiera e pantaloncini. Le nuove Athlete Uniform Regulations della International Handball Federation (ottobre 2021, efficaci dal gennaio 2022) prescrivono alle atlete pantaloncini e canottiera aderenti. Ricostruzione tratta da fonti giornalistiche concordanti; la data della gara è indicata solo per mese.

[101] Conseil d'État, 2ème et 7ème chambres réunies, 29 giugno 2023, nn. 458088, 459547 e 463408, Association Alliance citoyenne e altri (in www.legifrance.gouv.fr), pubblicata al Recueil Lebon: la federazione può dettare ai tesserati regole di partecipazione che limitino la libertà di manifestare le proprie convinzioni, se necessarie al buon funzionamento del servizio pubblico e proporzionate; il Conseil d'État non ha seguito le conclusioni del *rapporteur public*.

ISSN 2036-7821

Italia la medesima questione incontrerebbe la riserva della legge n. 280/2003: asimmetria che meriterebbe attenzione in sede di riforma.

Il regime di favore dell'autonomia vale finché il circolo resta tale. Quando il sodalizio offre beni o servizi al pubblico - e la qualificazione dipende dalla concreta possibilità per chiunque di accedervi, non dalla denominazione - entra in gioco la disciplina antidiscriminatoria dell'art. 43 del testo unico sull'immigrazione e del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215[102]: un divieto formulato in termini di foggia (niente copricapi nei saloni) è neutro sul piano letterale, ma può produrre un effetto escludente su chi indossi un copricapo per ragioni religiose, e deve poter essere giustificato, con opportuna clausola di deroga. Il diritto inglese ha scelto la via che quello italiano non ha percorso: la Part 7 dell'Equality Act 2010 regola espressamente le associazioni con almeno venticinque membri e genuina selezione all'ammissione, vietando di discriminare membri e ospiti nell'accesso a benefici e servizi, pur consentendo di riservare l'appartenenza a chi condivida una caratteristica protetta, eccettuata la razza: la regola sull'abbigliamento è così sindacabile quando produca effetti discriminatori, pur restando legittima la selezione all'ingresso[103].

Quanto a chi non è socio, i circoli raccomandano al socio di informare i propri ospiti e di risponderne (obbligo accessorio del socio, non dell'ospite), mentre per il terzo che accede a titolo oneroso il *dress code* opera come condizione generale di contratto.

Due rilievi conclusivi. Il primo, a favore dell'autonomia: sottoporre a scrutinio di proporzionalità ogni prescrizione sull'abito di un club imporrebbe a tutti i sodalizi un unico modello di sobrietà amministrativa, cancellando la diversità che è la ragione stessa dell'associarsi.

Il secondo, in senso contrario: l'argomento della volontarietà si indebolisce in proporzione alla posizione di mercato del circolo, perché se il sodalizio è l'unico impianto del territorio l'adesione non è scelta ma necessità; qui il giudizio sulla gravità dei motivi *ex* art. 24 cod. civ. può e deve farsi più severo, e il *dress code* associativo e federale, che ha conservato più a lungo prescrizioni differenziate per sesso (la gonna, il tacco, il costume di gara), andrebbe sottoposto ad un semplice test di simmetria: la regola impone all'uno dei sessi un onere che non impone all'altro, e questo onere serve a qualcosa?

17. Conclusioni, spunti e rilievi critici

Ci sia consentito formulare alcuni spunti in chiave propositiva, ma anche critica.

---

[102] Art. 43, commi 1 e 2, decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286; artt. 2 e 3 decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, attuativo della direttiva 2000/43/CE. Rileva la nozione di discriminazione indiretta: un *dress code* formalmente neutro che escluda di fatto capi connotati in senso religioso o culturale ricade in quella definizione e richiede una giustificazione.

[103] Equality Act 2010, Part 7, sezioni 100-107, e Schedule 16, paragrafo 1; le Explanatory Notes vi comprendono i circoli di golf a soci e i *gentlemen's clubs*, non casinò, discoteche e palestre, che ricadono nella Part 3 sui servizi al pubblico.

ISSN 2036-7821

a) La prima riflessione riguarda il nucleo di questo studio, la nozione di "*decoro*" nel *dress code*, ripresa con varianti lessicali nei vari regimi analizzati. Trattasi di una clausola in bianco[104]: rinvia a uno standard sociale che poche fonti definiscono in dettaglio e che muta con rapidità superiore a quella delle norme che vi rinviano, sicché l'autorità che applica la regola gode di una discrezionalità priva di parametro certo e il destinatario non è in condizione di prevedere quale condotta gli sia richiesta. La correzione non può tradursi nell'abolizione della clausola, insopprimibile in molti micro-ordinamenti, ma in una sua redazione più dettagliata, ricorrendo, come nella circolare della Corte dei conti n. 31/2019 (e in alcuni Codici indicati in nota 1), ad una clausola generale seguita da divieti puntuali, esemplificativi ma non esaustivi: "*tipizzazione debole*" o "*tendenziale*" che rende la regola intellegibile e azionabile senza arbitrio[105].

b) La seconda riguarda il *fondamento* delle prescrizioni sull'abito, che riposa su un assunto non sempre verificato: che una determinata tenuta accresca la fiducia dell'utente, il prestigio dell'istituzione, il senso di appartenenza o la qualità della prestazione. Se per poliziotti, magistrati ed ecclesiastici è evidente la *ratio* degli abiti "curiali", e per guardie giurate, farmacisti o medici è intuitiva la *ratio* identificativa, per il generico "*decoro*" estetico del personale di un ministero la *ratio* può essere meno percepibile in una società fluida, multietnica e forse poco educata anche sotto il profilo estetico. Un regolatore avveduto dovrebbe dunque esplicitare per iscritto (nel Codice di comportamento) e in momenti formativi la *ragione della regola*: auspicabile una "dose di richiamo" dedicata a concetti come "*educazione istituzionale*", "*bon ton*", "*senso del limite*", "*buon gusto*", da somministrare anzitutto ad amministratori e dirigenti, modello estetico cui il restante personale fatalmente si ispira.

c) La terza considerazione riguarda la tecnica normativa. La tendenza recente a regolare l'abbigliamento istituzionale mediante ordini del giorno, comunicati o avvisi anziché mediante modifiche delle fonti competenti (leggi, regolamenti, contratti collettivi e, soprattutto, Codici di comportamento) produce un effetto paradossale: massima visibilità politica, minima efficacia giuridica. Un avviso affisso all'ingresso di un ufficio (come l'indimenticabile monito del Presidente del Tribunale di Latina, Antonio Pannunzio, agli inizi degli anni '90: "*è vietato l'ingresso in abiti succinti o indecorosi*"), pur stimolante, non può fondare una sanzione: se la materia merita regolazione, la sede è la fonte pertinente.

d) La quarta considerazione va riservata all'essenza del problema. Come si è detto nel paragrafo 13, il "convitato di pietra" di questo studio è la "*libertà individuale*", che si esprime anche attraverso libere scelte nel vestire. A nostro avviso una regolazione

[104] Sulle clausole aperte, polmoni dell'ordinamento, sia consentito, ancora una volta, il richiamo a V. TENORE, *Riflessioni sulla "tendenziale tipizzazione" o "tipicità affievolita" degli illeciti disciplinari (nel sistema delle "clausole aperte")*, cit.

[105] Si vedano le tipizzazioni redatte in alcuni Codici di comportamento e altri deliberati ricordati nelle note 1-4.

minimale e tendenzialmente tipizzata sul *dress code* istituzionale non serve a mortificare l'individualità, ma a rimarcare la funzione della persona che la esercita: un precetto ben formulato per amministratori e dipendenti pubblici, dipendenti privati e studenti non lede libertà, ma corregge eccessi e stravaganze estetiche per una prevalente esigenza di decoro istituzionale. La rimozione delle regole formali, da taluni difesa ideologicamente, non produce necessariamente libertà, ma sostituisce una norma esplicita e conoscibile con una norma implicita e classista, che premia chi già possiede i codici estetici: il che spiega perché, ogni volta che una regola sull'abito viene allentata, si registri una domanda di ripristino proveniente dagli stessi destinatari.

e) La quinta e conclusiva riflessione è più alta: il diritto può stabilire quali regole sull'abito siano legittime, ma non quali siano effettive. In una società restia ad osservare le regole, i precetti sul *dress code*, al netto di quelli che impongono divise, sono osservati quando i destinatari ne condividono la ragione e disattesi quando non la condividono, quale che sia la forza della fonte e la severità della sanzione. Il compito del giurista è ricordare all'autorità che una regola sull'aspetto delle persone è, più di ogni altra, una regola che vive del consenso di chi la subisce, e che imporre alla persona più di quanto la funzione richieda è, prima ancora che illegittimo, inutile.

In ogni caso, al netto dei *dress code* che si traducono in divise, toghe, tute e camici, un recupero del concetto di "*bello*", di "*eleganza*" e di "*misura*" ci sembra molto opportuno in tutti gli ordinari contesti lavorativi. "*Virtù non luce in disadorno ammanto*", recita un celebre verso dell'*Ultimo canto di Saffo* di Giacomo Leopardi; ma, specularmente, "*Non copre abito vil la nobil luce*", altrettanto celebre verso del Canto VII della *Gerusalemme liberata* di Torquato Tasso, chiarisce che vestiti poveri non possono coprire la luce della nobiltà d'animo. Fra i due contrapposti richiami, la verità è nel giusto mezzo: se "*l'abito non fa il monaco*" (omologo del più cerebrale "*video barbam et pallium, philosophum nondum video*" di Erode Attico), è altrettanto vero che chi ricopre funzioni istituzionali o rappresenta il datore o un Ordine professionale deve presentarsi in modo consono, a tutela della propria dignità e dell'immagine del micro-ordinamento di appartenenza.

La forma è dunque (in parte) sostanza nei contesti lavorativi, ferma la più piena libertà nel vestire in contesti privati. Tale recupero della dignità estetica deve partire dal contesto familiare e da una attenta educazione civica-estetica nelle scuole (sempre che cessino le stolte reprimenda ideologiche ai meritevoli dirigenti scolastici: par. 14): nel Paese dei più apprezzati stilisti mondiali, il "*decoro formale*", il "*ben vestire*" (che richiede gusto e non denaro) e il "*senso della misura*" sono tratto identitario di uno "stile", particolarmente rilevante per i "*Servitori dello Stato*".

Per bilanciare libertà individuali incomprimibili, la regola sul *dress code* deve essere generale e indifferenziata, rispondere ad un'esigenza reale e restare entro lo stretto

necessario: formula elaborata per i segni religiosi e destinata a diventare la grammatica comune della materia. Il compito del regolatore non è scegliere fra rigore e permissività: è scrivere regole ispirate alla "*tipizzazione debole*", che dichiarino il proprio scopo e lo perseguano con mezzi verificabili, senza chiedere alla persona più di quanto la funzione richieda.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Quello che non ha fatto la riforma della responsabilità erariale

di Stefano Vinti

(Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma La Sapienza)

Sommario

1. La responsabilità amministrativa dal 1994 ad oggi. 2. Le novità introdotte dalla legge n. 1/2026: struttura e *ratio*. 2.1. La ridefinizione dell'elemento soggettivo: verso la tipizzazione della colpa grave. 2.2. La nuova disciplina della prescrizione e l'occultamento doloso del danno. 2.3. I nuovi limiti al *quantum debeatur* della condanna per danno erariale. 2.4. L'introduzione dell'obbligo assicurativo 3. Profili critici della riforma. 3.1. La retroattività della disciplina e i problemi nei giudizi pendenti. 3.2. La nuova definizione di colpa grave tra certezza normativa e possibili dinamiche elusive. 3.2.1. La nuova colpa grave e il precedente della responsabilità civile dei magistrati: analogie, differenze e criticità. 3.3. La riduzione del danno e il problema del "doppio binario". 3.4. Il sequestro preventivo e il mancato coordinamento con i nuovi limiti alla responsabilità. 3.5. L'assicurazione obbligatoria e il ruolo della compagnia nel processo contabile: criticità processuali. 3.6. La *compensatio lucri cum damno*: un'occasione mancata. 4. Conclusioni: una riforma tra esigenze di semplificazione e rischio di elusione.

Abstract

This paper aims to examine the reform of administrative liability for damages to the public treasury and the functions of the Court of Auditors, introduced by Law No. 1 of 7 January 2026, also in light of the regulatory and case law framework developed during the so-called "tax shield" period and the most recent rulings of the Constitutional Court.

The analysis focuses on the main innovations, with particular reference to the redefinition of gross negligence, the introduction of quantitative limits on sentencing, and the introduction of mandatory insurance.

Particular attention is paid to the critical aspects of the new legislation, highlighting how certain regulatory choices, although inspired by the stated intent of combating defense bureaucracy, are likely to generate distorting effects in terms of application and persistent structural issues.

The contribution comes to the conclusion that the reform, although shared in its purpose, still leaves unfinished the achievement of an effective balance between the need for efficiency of administrative action and that of safeguarding the public interest.

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

1. La responsabilità amministrativa dal 1994 ad oggi.

La legge 7 gennaio 2026, n. 1 offre l'occasione per operare alcune riflessioni sull'evoluzione dell'istituto della responsabilità amministrativa. A tal fine è utile preliminarmente evocare, sia pure con cenni essenziali, alcune tappe significative che hanno portato il legislatore ad intervenire sulle funzioni di controllo e di giurisdizione della Corte dei Conti[1].

La responsabilità amministrativo-contabile rappresenta, da sempre, uno degli snodi più delicati del diritto pubblico, collocandosi in una zona di confine nel quale si intrecciano, con non poche tensioni, esigenze risarcitorie e finalità deterrenti. È proprio nella composizione di tale tensione che si pone il problema, tutt'altro che risolto, della misura entro la quale il rischio dell'azione amministrativa debba gravare sull'intero apparato o sul singolo agente, in un contesto che si rivela storicamente instabile e profondamente condizionato dagli equilibri politici ed economici di riferimento.

In dottrina e in giurisprudenza, la responsabilità erariale viene definita come quella particolare forma di responsabilità del dipendente pubblico, obbligato a risarcire i danni, diretti e/o indiretti, cagionati all'ente pubblico di appartenenza (compresa l'Unione europea) in conseguenza di azioni od omissioni poste in essere nell'esercizio delle funzioni attribuite e svolte[2].

L'istituto affonda le proprie radici nella legislazione post-unitaria e trova un primo organico inquadramento nella disciplina contabile dello Stato di cui al r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, dove si individuano, da un lato, i presupposti della responsabilità per danni derivanti da atti di gestione[3] e, dall'altro, la giurisdizione

[1] Sul ruolo della Corte dei Conti nel sistema dei pubblici poteri, si veda A.M. SANDULLI, *La Corte dei conti nella prospettiva costituzionale, in Dir. soc.*, 1979, pp. 33 ss.; A. POLICE, *Commento all'art. 103, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. III, pp. 1987 e ss., G. CARBONE, *Art. 100, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1994, pp. 64 ss.; F. STADERNINI, *La Corte dei conti*, *in* S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, Roma-Bari, Laterza, III, 2006, pp. 323 ss.

[2] Per una ricostruzione storica sull'istituto, si veda *La responsabilità, in S. Cassese (a cura di), Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 2015; E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2014; F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Cedam, Padova, 1997; F.G. SCOCA (a cura di) *Diritto Amministrativo*, Torino, 2014; F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa, in AA.VV, Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme), Atti del LI convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, Milano, 2006; M. SCIASCIA, *Manuale di Diritto processuale contabile*, Milano, 2012; P. SANTORO, *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, Santarcangelo di Romagna 2011; M. ATELLI (a cura di), *Lineamenti di diritto processuale contabile*, Roma, 2009; A. ALTIERI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Milano, Giuffrè, 2012; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017; A. POLICE, *Il principio di responsabilità, in Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, 2012.

[3] All'art. 81 del r.d. 18 novembre 1942, n. 2440 si disciplina la responsabilità per atti di gestione contabile e all'art. 82 si sancisce come: «*l'impiegato che per azione od omissione anche solo colposa, nell'esercizio delle sue funzioni, cagioni danno allo Stato, è tenuto a risarcirlo*».

ISSN 2036-7821

della Corte dei Conti[4].
Il nucleo originario dell'istituto ha subito, poi, una grande espansione soprattutto con l'entrata in vigore della Costituzione e, in particolare, con l'art. 28 Cost.[5], che sancisce il principio di responsabilità dei pubblici dipendenti e la loro diretta sottoposizione a responsabilità penale, civile e amministrativa per gli atti compiuti in violazione di diritti.
Nel quadro così delineato, si inserisce il D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, che distingue tra danno diretto all'Amministrazione – originariamente imputabile anche a titolo di colpa semplice – e danno indiretto derivante dalla lesione di diritti di terzi, per il quale si richiedeva, già in epoca risalente, un elemento soggettivo più intenso[6], rappresentato dal dolo o dalla colpa grave.
Il passaggio significativo si realizza con la legge 14 gennaio 1994, n. 20, che segna una svolta nella configurazione dell'azione di responsabilità amministrativa, limitando la responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave. Si afferma, così, un principio destinato a caratterizzare stabilmente l'istituto: la responsabilità erariale non come strumento generalizzato di imputazione del danno, ma come meccanismo selettivo, volto a colpire soltanto le condotte connotate da un elevato grado di rimproverabilità soggettiva.
Su tale assetto si innestano poi, a partire dal 2020, interventi normativi di carattere eccezionale, dovuti alla pandemia da Covid-19. In particolare, l'art. 21[7] del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. Decreto Semplificazioni) introduce il cd. scudo erariale, limitando temporaneamente il regime della responsabilità erariale ai soli casi di dolo, con riferimento alle condotte attive, mantenendo invece ferma la rilevanza della colpa grave per le sole omissioni e inerzie.
La scelta normativa si giustifica con l'esigenza di contrastare la c.d. "paura della firma[8]" e di favorire una decisa accelerazione dell'operato della Pubblica

[4] All'art. 83 del r.d. 18 novembre 1942, n. 2440: «*i funzionari di cui ai precedenti artt. 81 e 82 sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti la quale, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto*».

[5] Sull'art. 28 della Costituzione, si rimanda a F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato, in Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 1986, pp. 41 ss.; F. MERUSI, M. CLARICH, *Art. 28, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1991, pp. 368 ss.

[6] Sull'elemento soggettivo, tra i tanti, C. ASTRALDI DE ZORZI, *Colpa grave e dolo: responsabilita` dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti, in Enti pubblici*, n. 1, 1997, pp. 9 ss.; P. MADDALENA, *La colpa nella responsabilita` amministrativa, in Rivista della Corte dei conti*, n. 2, 1997, pp. 272 ss.

[7] La norma recita testualmente: «*Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2024, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente*».

[8] Sulla paura della firma, si segnala A. CANALE, *Il Decreto Semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilita` amministrativo-contabile: i chiaro-scuri della riforma, in <www.giuristidiamministrazione.it>*, 2021..; H. BONURA, *La paura della firma e la "nuova" responsabilità amministrativa: il decreto Semplificazioni tra equilibri ed equilibrismi (primo commento agli articoli 21 e 22 del "decreto Semplificazioni"), in* D. BOLOGNINO, H. BONURA, A.

ISSN 2036-7821

Amministrazione, anche al fine di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza pandemica. Ne deriva una rimodulazione del tradizionale equilibrio tra responsabilità e rischio dell'agire amministrativo, orientata a incentivare il "fare" rispetto al "non fare", in un'idea politica che di fondo poteva così riassumersi: se i funzionari hanno meno paura di essere perseguiti, agiranno più velocemente.

La norma introdotta dal Decreto Semplificazioni ha dato adito a non poche perplessità e riflessioni in dottrina e giurisprudenza[9].

La legittimità costituzionale di tale assetto è stata attentamente scrutinata dalla Corte Costituzionale, che, con la nota sentenza n. 132 del 2024[10], ha ritenuto non irragionevole la temporanea limitazione della responsabilità alla sola dimensione dolosa, evidenziando il carattere eccezionale della disciplina. Al contempo, la Corte ha ribadito come un'esclusione generalizzata e permanente della colpa grave non sarebbe stata compatibile con la funzione deterrente della responsabilità amministrativa, sottolineando la necessità di mantenere un punto di equilibrio che evitasse tanto l'eccessiva esposizione del funzionario pubblico quanto l'indebolimento della tutela dell'erario.

Per tale ragione, la pronuncia ha segnato un punto di partenza[11], individuando

---

STORTO, *I contratti pubblici dopo il decreto Semplificazioni. Le principali novità in materia di contratti pubblici, responsabilità, controlli, procedimento e processo, tra emergenza e sistema "a regime"*, Milano, 2020, pp. 87 ss; Per un approfondimento singolarmente critico, si veda anche V. TENORE, *La "Paura Della Firma" e "la fatica dell'amministrare" tra mito e realtà: categorie reali o mera giustificazione per l'impunità normativa degli amministratori pubblici? Dalla "Corte Dei Conti" Alla "Corte Degli Sconti"*, *in Riv. Corte dei Conti*, n. 1/2025, pp. 1 e ss.

[9] Sull'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, la dottrina è critica: cfr. A. CANALE, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa*, *in* A. CANALE, D. CENTRONE, F. FRENI, M. SMIROLDO *(a cura di)*, *La Corte dei Conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, Giuffrè, 2022, II ed., pp. 133 ss.; A. CANALE, *Il Decreto Semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativo-contabile: i chiaro-scuri della riforma*, Lectio magistralis tenuta alla Luiss il 25 marzo 2021, consultabile sul sito <*www.giuristidiamministrazione.com*>; L. CARBONE, *Problematiche e prospettive della responsabilità erariale: dalla gestione dell'emergenza epidemiologica all'attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr)*, *in* <*www.ambientediritto.it*>, 2021, 2, pp. 666 ss.; A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. n. 76/2020*, in *Riv. Corte dei Conti*, 2021, 1, pp. 18 ss.; S. CIMINI, F. VALENTINI, *La dubbia efficacia dello "scudo erariale" come strumento di tutela del buon andamento della p.a., in ambientediritto.it*, 1/2022, pp. 1 ss.

[10] Sulla sentenza n. 132/2024 della Corte Costituzionale, si veda G. REA, *Lo "scudo erariale" alla luce della sentenza n. 132/2024 della Corte costituzionale" in Dir. Amm.*, 2024. V. TENORE, *Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole, e più non dimandare: lo "scudo erariale" è legittimo perché temporaneo e teso ad alleviare "la fatica dell'amministrare", che rende legittimo anche l'adottando progetto di legge Foti C1621, Nota a Corte Cost. n. 132/2024 in Riv. Corte dei Conti*, 4/2024, pp. 195 ss.; F.S. MARINI, *La sentenza n. 132 del 2024: la Corte costituzionale sperimenta nuove tecniche decisorie, in Riv. Corte dei Conti*, 4/2024, pp. 1 ss.; F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo, in Federalismi*, 19/2024, pp. 122 ss; S. NARDONE, *Il sistema sanzionatorio giuscontabile pubblico e la tutela avanzata di valori costituzionali" in Riv. Corte dei Conti, 5/2025*, pp. 97 ss.

[11] Tale pronuncia è stata definita «sentenza pungolatoria»; in particolare, V. TENORE, in *Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole* cit., con riferimento alla sentenza in esame, ha osservato come le battute finali nelle quali la Corte si spinge a delineare le possibili direttrici di un futuro riassetto normativo della responsabilità amministrativo-contabile siano espressione di una «*atipica e innovativa manifestazione di attività paralegislativa e creativa*».

ISSN 2036-7821

possibili direttrici di riforma dell'istituto – dalla tipizzazione della colpa grave alla previsione di limiti al *quantum risarcitorio*, fino al rafforzamento delle funzioni di controllo e all'introduzione di strumenti assicurativi – anticipando, in larga misura, le scelte poi recepite dal legislatore nel 2026.

2. Le novità introdotte dalla legge Foti: struttura e *ratio*.

Con la legge n. 1/2026, il legislatore torna a intervenire su un terreno – quello della responsabilità amministrativa – tradizionalmente segnato da interventi frammentari, nel tentativo di far fronte all'esigenza sia di semplificare l'azione amministrativa, sia di tutelare le finanze pubbliche.

Il disegno riformatore, pertanto, si inserisce in una più ampia ridefinizione dei rapporti tra Amministrazione, controllo e responsabilità, rapporto che impone un esame che va oltre la mera ricostruzione letterale.

Un primo dato meritevole di attenzione è sicuramente rappresentato dalla scelta legislativa di intervenire sia sul versante sostanziale che su quello processuale del giudizio contabile, a dimostrazione di come la disciplina della responsabilità non possa più essere considerata isolatamente, ma deve essere letta in stretta connessione con l'assetto delle funzioni esercitate dalla Corte dei Conti, come delineato dall'art. 103 Cost..

In particolare, l'art. 1 interviene sulla definizione di colpa grave, ne circoscrive l'ambito applicativo e disciplina il potere riduttivo del giudice contabile, prevedendo altresì forme di copertura assicurativa del danno erariale. Si tratta di interventi che, nel loro insieme, appaiono orientati a contenere l'esposizione del funzionario pubblico, nel dichiarato intento di favorire una maggiore capacità e celerità decisionale della Pubblica Amministrazione.

L'art. 2 introduce una nuova attività consultiva in materia di contabilità pubblica, attribuendo alla Corte il potere di rendere pareri anche su questioni giuridiche connesse all'attuazione del PNRR e del PNC, entro un termine perentorio di trenta giorni e con la previsione, in caso di inerzia, di un meccanismo di silenzio-assenso.

L'art. 3 delega il Governo alla riorganizzazione e al riordino delle funzioni della Corte dei Conti, con l'obiettivo di incrementarne l'efficienza, incidendo così, indirettamente, anche sull'assetto delineato dall'art. 100 Cost.[12].

L'art. 4, al fine di assicurare il rispetto delle tempistiche imposte dagli interventi

[12] Art. 100, comma 2, Cost.: «*La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito*».

Per un approfondimento sul controllo concomitante della Corte dei Conti, si veda G. COLOMBINI, V. MANZETTI, *Il PNRR: dalla modifica della governance all'epilogo del controllo concomitante: luci ed ombre in* L. LORENZONI, (a cura di), *Continuità e discontinuità nella finanza pubblica italiana nel contesto post-pandemico*, *Editoriale Scientifica*, Napoli, 2024, pp. 489 ss.

ISSN 2036-7821

connessi al PNRR e al PNC, introduce, sulla base della gravità della colpa, una specifica sanzione pecuniaria a carico del pubblico ufficiale cui sia imputabile un ritardo superiore al dieci per cento rispetto ai termini stabiliti per la conclusione del procedimento.
L'art. 5 interviene invece sulla disciplina della responsabilità civile degli avvocati e dei procuratori dello Stato, estendendo a tali figure il regime già previsto per la responsabilità civile dei magistrati[13].
L'art. 6 completa il disegno riformatore con la disciplina transitoria, prevedendo l'applicazione del nuovo assetto della responsabilità erariale anche ai procedimenti e ai giudizi ancora pendenti alla data di entrata in vigore della legge e non definiti con sentenza passata in giudicato.
In buona sostanza, la legge n. 1 del 2026 aspira a ridisegnare, in profondità, presupposti, funzioni e confini di un istituto che nel nostro ordinamento svolge un ruolo cruciale. Tuttavia, proprio l'ampiezza di tale intervento ci chiede di verificare se il nuovo obiettivo prefissato dal legislatore riesca effettivamente a coniugare l'esigenza di efficienza dell'azione amministrativa con la salvaguardia dei principi costituzionali che presidiano legalità, responsabilità e tutela dell'erario.

2.1. La ridefinizione dell'elemento soggettivo: verso una tipizzazione della colpa grave.

La tipizzazione della colpa grave è probabilmente il punto in cui la legge n. 1/2026 mostra con più evidenza il tentativo di tradurre in precetto normativo quel percorso già "pungolato" dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 132/2024: ridurre l'incertezza applicativa, contenere la discrezionalità interpretativa del giudice contabile e offrire al funzionario pubblico maggiore serenità d'azione, introducendo parametri più prevedibili di esposizione al rischio.
L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa costituisce il punto più delicato dell'intero sistema, poiché è proprio nella definizione del confine tra dolo, colpa grave e colpa lieve che si misura la concreta ripartizione del rischio tra l'intero apparato pubblico e l'agente.
La legge n. 1 del 2026 propone dunque di ridurre l'incertezza applicativa attraverso una progressiva delimitazione delle ipotesi di colpa grave.
Per lungo tempo, infatti, la nozione di colpa grave ha rappresentato uno dei principali terreni di elaborazione della giurisprudenza contabile[14], individuata attraverso formule più ampie ed elastiche, generalmente ricondotte alla macroscopica violazione di obblighi di prudenza, diligenza o perizia, ovvero alla trascuratezza dei doveri d'ufficio.

[13] Il riferimento è all'art. 19 della legge 3 aprile 1979, n. 103.
[14] Cfr., *ex multis*, Corte Conti, Sez. Giur. Calabria, sent. n. 156/2022; Corte Conti, Sez. II App. n. 1391/2016; Corte Conti, Sez. Giur. Friuli-Venezia Giulia, n. 219/2021.

ISSN 2036-7821

Già negli anni precedenti, il legislatore aveva inciso in modo significativo su tale versante, dapprima ampliando le cause di esclusione della gravità della colpa nei casi di controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti e, successivamente, con l'art. 21 del d.l. n. 76 del 2020[15], ridefinendo in senso penalisticamente orientato il dolo erariale[16] e introducendo, in via temporanea, la nota limitazione della responsabilità per condotte commissive alle sole ipotesi dolose.

Sul punto non sono mancate le perplessità espresse dalle Sezioni Riunite della Corte dei Conti[17] in sede di audizione sul disegno di legge n. 1883 (d.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale"), svoltasi il 28 luglio 2020 dinanzi alla Commissione Prima Affari Costituzionali del Senato della Repubblica.

La Corte dei Conti, con riguardo al concetto generale di limitazione dell'azione di responsabilità ai soli casi di condotta dolosa (concetto giustificato dal fatto che vi sarebbe un tendenziale timore degli amministratori a provvedere per non incorrere nelle maglie della responsabilità per danno erariale), non nasconde di condividere che l'assunto, nella migliore (o peggiore) delle ipotesi, era vero solo in minima parte, ben concorrendo, oltre all'incapacità provvedimentale della Pubblica Amministrazione, altri fattori tra i quali: la confusione legislativa, l'inadeguata preparazione professionale e l'insufficienza degli organici[18].

È da qui che la Corte dei Conti solleva dubbi di legittimità costituzionale, culminati nella nota sentenza n. 132 del 2024 della Corte Costituzionale che ha rappresentato il punto decisivo di snodo: da un lato, non ritenendo irragionevole il temporaneo scudo erariale; dall'altro, indicando nella tipizzazione della colpa grave una delle possibili direttrici della riforma, tenuto conto del fatto che, proprio l'indeterminatezza della nozione, costituisse un fattore scatenante la c.d. burocrazia difensiva.

L'attuale riforma affronta così una criticità storica dell'istituto: la tradizionale vaghezza di una categoria – quella della colpa grave – affidata quasi integralmente all'elaborazione della giurisprudenza contabile, che ha costruito tale nozione attraverso formule descrittive ormai classiche – dalla «sprezzante trascuratezza dei

[15] L'art. 21, c. 1, della L. n. 120/2020 ha aggiunto all'art. 1, c. 1, della L. n. 20/1994, come integrato dalla L. n. 639/1996, la disposizione secondo cui «*la prova del dolo richiede la dimostrazione della volonta` dell'evento dannoso*». Come riportato testualmente nella relazione illustrativa al d.d.l. n. 1883 (d.l. n. 76/2020 – Semplificazioni): «*la norma chiarisce che il dolo va riferito all'evento dannoso in chiave penalistica e non in chiave civilistica, come invece risulta da alcuni orientamenti della giurisprudenza contabile che hanno ritenuto raggiunta la prova del dolo inteso come dolo del singolo atto compiuto*».

[16] Per un approfondimento sul dolo erariale, si veda A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. 76/2020*, in *Riv. Corte dei Conti* 1/2021, pp. 14 ss.; E. TOMASSINI, *La limitazione della responsabilità erariale*, in *Il Decreto "Semplificazioni" per gli enti locali. Il D.L. 16 luglio 2020, n. 76 convertito con Legge 11 settembre 2020, n. 120*, a cura di F. GARELLA, M. MARIANI, *Halley informatica*, 2020, pp. 376 ss.

[17] Corte Conti, Sezioni Riunite in sede di controllo, Audizione sul disegno di legge n. 1883 (d.l. 16 luglio 2020, n. 76), recante "*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*", Roma, 28 luglio 2020, par. 4, pp. 8 ss.

[18] Corte Conti, Sez. Riun. controllo, Audizione sul disegno di legge n. 1883, cit., par. 4, pp. 8-9.

ISSN 2036-7821

propri doveri[19]», sino alla «marchiana imperizia[20]» – nel tentativo di individuare elementi sintomatici di una negligenza qualificata, distinta dalla mera colpa lieve mediante formule che, per la loro genericità e apoditticità, finivano però per adattarsi ad ogni fattispecie.

Si trattava di una costruzione inevitabilmente casistica, che, pur avendo consentito nel tempo di preservare elasticità interpretativa, lasciava ampi margini di incertezza tali da alimentare soltanto il timore dell'amministratore pubblico.

È precisamente sulla suddetta problematica che interviene la riforma, restringendo il perimetro della colpa grave e individuandolo non già nella mera inosservanza di una regola, bensì nella violazione manifesta delle norme di diritto, nell'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrovertibilmente esclusa dagli atti del procedimento o nella negazione di un fatto la cui esistenza risulti incontrovertibilmente dagli atti.

La nuova nozione presenta una *ratio* di particolare rilevanza: il discrimine tra responsabilità e non responsabilità non più ancorato alla mera contrarietà della condotta rispetto alla norma, ma ad una violazione più qualificata e circoscritta, caratterizzata da un grado di evidenza tale da rendere l'inosservanza immediatamente percepibile secondo parametri di ordinaria diligenza.

È stato già osservato che si tratta di una formulazione che assume portata generale e si presta a operare quale criterio ermeneutico dell'intero sistema della responsabilità amministrativa, in una prospettiva che può essere letta in coordinamento con altre disposizioni settoriali, incluso l'art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici[21].

---

[19] Corte Conti, Sez. III Centrale di Appello, n. 77/2010.

[20] Corte Conti, Sez. III Centrale di Appello, n. 477/2015, osservava come «*non essendo possibile configurare un generale criterio di colpa grave, non e`sufficiente ad integrarla la mera violazione di legge o la violazione di regole di buona amministrazione, ma e`necessario che questa violazione sia connotata da inescusabile negligenza o dalla previsione dell'evento dannoso. In sostanza, la colpa consiste nell'evidente e marcata trasgressione degli obblighi di servizio o di regole di condotta che siano ex ante ravvisabili e riconoscibili per dovere d'ufficio, e che, in assenza di oggettive ed eccezionali difficolta`, si materializzano nell'inosservanza del minimo di diligenza richiesto nel caso concreto ovvero in una marchiana imperizia o in una irrazionale imprudenza. Quindi, non ogni comportamento censurabile puo`integrare gli estremi della colpa grave, ma solo quelli contraddistinti da precisi elementi qualificanti che, nella inconfigurabilita`di un criterio generale, vanno accertati caso per caso dal giudice in relazione alle modalita`del fatto, l'atteggiamento soggettivo dell'autore, nonché al rapporto tra tale atteggiamento e l'evento dannoso*».

In tema, si rinvia alle osservazioni di M.C. RAZZANO, *La colpa grave nella riforma della responsabilità amministrativa*, *in Management pubblico* n. 1/2026, pp. 131 ss.

[21] Secondo L. D'ANGELO e L. DE MARINIS, *La nuova responsabilità amministrativa alla luce della legge 7 gennaio 2026 n. 1 (c.d. Legge Foti): commento a prima lettura*, in *Diritto e Conti*, 20 gennaio 2026, par. 6., le due disposizioni presenterebbero due possibili letture. La prima vedrebbe i due precetti suscettibili di una lettura "integrata" poiché sostanzialmente sovrapponibili, con ciò eliminandosi a monte un problema di "specialità" del coefficiente soggettivo della responsabilità erariale nella materia dei contratti pubblici a fronte della norma generale di cui alla legge n. 20/1994, da ultimo modificata. La seconda, invece, vedrebbe la nuova disposizione della legge n. 1/2026 n. 1 innalzare ulteriormente la soglia della responsabilità in punto di elemento psicologico dell'addebito erariale poiché ivi si fa riferimento, tra l'altro, ad errori procedimentali di fatto "revocatori" del pubblico dipendente, laddove introduce come fattispecie di colpa grave «*l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento*».

La novella, peraltro, non si limita a introdurre il criterio della "violazione manifesta", ma dispone anche che, ai fini della relativa individuazione, occorre considerare, in particolare, "il grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché l'inescusabilità e la gravità dell'inosservanza[22]".
La "violazione manifesta" finisce così per definire una violazione giuridicamente grave perché non scusabile: non ogni errore di diritto assume rilievo erariale, ma solo quello che si traduce in uno scostamento macroscopico rispetto a riferimenti sufficientemente chiari, precisi ed esigibili.
L'impostazione appare coerente anche con parte illuminata della giurisprudenza[23] che, già prima della riforma, tendeva a escludere la colpa grave nei casi in cui l'errore dell'agente potesse spiegarsi con l'incertezza del quadro normativo, la presenza di contrasti interpretativi, o la complessità della fattispecie concreta o, ancora, l'affidamento maturato su pareri tecnici e atti di controllo.
L'indagine si sposterà, dunque, sulla percezione e sulla concreta possibilità dell'agente di conformarsi a precetti normativi ora più precisi rispetto al passato. Ma, come si vedrà più avanti, rimane sullo sfondo il limite tipico di ogni tentativo di tipizzare concetti intrinsecamente elastici: le nuove nozioni di chiarezza, precisione, inescusabilità e gravità restano categorie aperte, inevitabilmente rimesse ancora una volta all'opera interpretativa del giudice.

2.2. La nuova disciplina della prescrizione e l'occultamento doloso del danno.
Merita un breve accenno l'intervento sulla disciplina della prescrizione dell'azione di responsabilità amministrativa.
La legge Foti ha novellato l'art. 1, comma 2, della legge n. 20 del 1994, introducendo l'inciso "indipendentemente dal momento in cui l'Amministrazione o la Corte dei Conti sono venuti a conoscenza del danno[24]".
La disposizione originaria prevedeva che il diritto al risarcimento del danno si

[22] All'art. 1, comma 1 della legge n. 1/2026, vengono indicate le modifiche all'art. 1, comma 1, della L. n. 20/1994: «*costituisce colpa grave la violazione manifesta delle norme di diritto applicabili, il travisamento del fatto, l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento. Ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta delle norme di diritto applicabili si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza*».

[23] Già Corte Conti, Sez. riun., 1997, n. 56/A/1997, affermava che «*non ogni comportamento censurabile puo` integrare gli estremi della colpa grave, ma solo quelli contraddistinti da precisi elementi qualificanti che, nella inconfigurabilita` di un criterio generale – vanno accertati caso per caso dal giudice in relazione alle modalita` del fatto, all'atteggiamento soggettivo dell'autore, nonché al rapporto tra tale atteggiamento e l'evento dannoso, di guisa che il giudizio di riprovevolezza della condotta vanga in definitiva ad esser basato su un quid pluris rispetto ai parametri di cui agli artt. 43 c.p. e 1176 cc.*». Per poter configurarsi colpa grave, a titolo esemplificativo, Corte Conti, Sez. III Centrale di Appello, n. 82/2007 riteneva necessario un «*grave disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni*»; Corte Conti, Sez. III Centrale di Appello., 6 maggio 2014, n. 277 un «*comportamento che denoti dispregio delle comuni regole di prudenza*».

[24] Art. 1, comma 2, della legge n. 20/1994.

ISSN 2036-7821

prescrivesse in ogni caso in cinque anni decorrenti dalla data in cui si fosse verificato il fatto dannoso ovvero, in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta. Sennonché la giurisprudenza contabile aveva nel tempo elaborato soluzioni interpretative volte a valorizzare il momento della concreta conoscibilità del danno, soprattutto laddove l'evento lesivo si manifestasse soltanto a distanza di tempo rispetto alla condotta[25].

L'attuale disposizione prevede invece che il diritto al risarcimento del danno "si prescrive in ogni caso in cinque anni, decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso, indipendentemente dal momento in cui l'Amministrazione o la Corte dei Conti sono venuti a conoscenza del danno[26]".

Il legislatore ha così inteso escludere espressamente la rilevanza del momento della scoperta del pregiudizio, facendo decorrere il termine prescrizionale dal verificarsi dell'*eventus damni* – quale effettivo depauperamento del patrimonio pubblico – e non dalla sua successiva emersione[27].

L'unica eccezione resta l'ipotesi di occultamento doloso del danno, che la stessa novella ha peraltro tipizzato con maggior precisione, richiedendo che esso sia realizzato mediante una condotta attiva ovvero attraverso la violazione di specifici obblighi di comunicazione. Solo in tali casi il termine continua a decorrere dalla scoperta del danno.

La modifica incide significativamente sull'esercizio dell'azione contabile, soprattutto nelle casistiche di particolare complessità tecnica o amministrativa, nelle quali il danno erariale può emergere soltanto a distanza di anni rispetto alla sua effettiva verificazione e già si sono registrati i primi orientamenti restrittivi della giurisprudenza contabile[28], che continua a rimanere ancorata al precedente

[25] Corte Conti, Sez. Giur. Umbria, n. 85/2021; Corte Conti, Sez. III app., n. 37/2021; Corte Conti, Sez. I app. n. 142/2020.

Al riguardo merita di richiamare l'osservazione di S. FOÀ, *Prefazione* a *La Riforma della Corte dei Conti-legge 1/2026, in Amministrativ@mente.com, Fascicolo speciale*, 2026, 3, secondo la quale non vi è dubbio che la giurisprudenza contabile abbia individuato la data di decorrenza della prescrizione facendola «*combaciare* (…) *con il momento in cui la procura riceveva notizia del fatto dannoso; quindi fissandolo ad una data incerta, sconosciuta all'eventuale responsabile, estranea alle sue possibilità di intervento, normalmente molto distante dal momento in cui si verifica l'illecito. Per cui non era affatto raro il caso che l'azione di responsabilità iniziasse quando il possibile responsabile era già andato in pensione e non aveva più la disponibilità della documentazione necessaria per difendersi adeguatamente*».

[26] Art. 1, comma 2, L. n. 20/1994, cit.

[27] Per una visione critica sulla novella in esame, si veda M. NUNZIATA, *La nuova distribuzione del rischio amministrativo, Luci e ombre della riforma della responsabilità erariale*, in corso di pubblicazione, 2026, secondo cui: "*con una reazione forse non del tutto in linea con il parametro civilistico che collega l'esordio della prescrizione alla conoscibilità del danno, il legislatore ha individuato l'unico riferimento temporale per la decorrenza del termine nel «fatto dannoso, indipendentemente dal momento in cui l'Amministrazione o la Corte dei conti sono venuti a conoscenza del danno»*.

[28] La prima applicazione giurisprudenziale della nuova disciplina si rinviene nella sentenza di Corte Conti – Sez. Giur. Lombardia n. 34 del 2026. In tale occasione, la Corte dei Conti ha ribadito che «*il dies a quo del termine di prescrizione deve essere individuato al momento del verificarsi del pregiudizio*», dichiarando prescritto il diritto azionato dalla Procura contabile per il decorso il termine quinquennale previsto dalla legge e non ravvisando alcuna ipotesi di occultamento doloso del danno. Ciò sembra confermare tuttavia il consolidato orientamento secondo il

consolidato orientamento, coerente con l'impianto civilistico di cui all'art. 2935 c.c.[29]. Alla luce della novella, la Corte dei Conti[30] ha ritenuto che il *dies a quo* della prescrizione vada individuato nel momento della conoscibilità in astratto del danno ingiusto, che richiede la verifica dei fatti nella loro sequenza procedimentale, al fine di captare il momento in cui l'antigiuridicità del fatto e l'evento dannoso si esteriorizzano in applicazione di un criterio di diligenza e di conoscibilità obiettiva.
A mio avviso, diversamente da altri profili della riforma, la modifica alla disciplina della prescrizione non sembra prestarsi a rilievi critici, sempreché in sede interpretativa non se ne stravolga la *ratio*. La scelta del legislatore di chiarire espressamente che il termine quinquennale decorra dal verificarsi del fatto dannoso, indipendentemente dal momento della sua conoscenza da parte dell'Amministrazione o della Procura contabile, appare infatti coerente con la funzione propria dell'istituto della prescrizione, tradizionalmente orientata a garantire certezza nei rapporti giuridici.

2.3. I nuovi limiti al *quantum debeatur* della condanna per danno erariale.
Tra le novità di maggiore impatto vi è la previsione di un limite quantitativo alla condanna per danno erariale. Il nuovo comma 1-*octies* dell'art. 1 della legge n. 20 del 1994 dispone che "*salvi i casi di danno cagionato con dolo o di illecito arricchimento*[31]", la Corte dei Conti è tenuta ad esercitare il potere riduttivo dell'addebito, ponendo a carico del responsabile un importo non superiore al 30 per cento del pregiudizio accertato e, in ogni caso, non superiore al doppio della retribuzione lorda percepita nell'anno di inizio della condotta lesiva ovvero nell'anno immediatamente precedente o successivo.
La riforma propone di affiancare, alla ridefinizione dell'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa, un meccanismo di contenimento del danno risarcibile, introducendo un limite massimo alla condanna che si discosta sensibilmente

quale il fatto dannoso deve, ad esempio, esser individuato nella data di pagamento e di esborso illegittimo, in quanto solo da quel momento consegue un danno azionabile giacché conoscibile ai sensi dell'art. 2935 c.c. (cfr. Corte Conti, Sezioni Riunite n. 7/2000/QM; n. 5/2007/QM; n. 14/2011/QM).

[29] Ai sensi dell'art. 2935 c.c., «*la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere*».

[30] Corte Conti, Sez. III Centrale di Appello, n. 42 del 4 marzo 2026 ha chiarito che «*deve dunque ritenersi che la novella apportata dalla l. n. 1/2026, incidendo sull'art. 2 della legge n. 20/1994, nell'escludere che l'esordio della prescrizione possa decorrere dal momento di effettiva conoscenza del danno da parte dell'Amministrazione o della Procura della Corte dei Conti, non abbia inciso sulla regola dell'art. 2935 c.c. ovvero sia sulla necessità della "conoscibilità in astratto" del fatto dannoso arrecato all'Amministrazione, indipendentemente dall'effettiva conoscenza dello stesso danno da parte dei predetti soggetti*».

[31] Il nuovo comma 1-*octies* dell'art- 1 L. 20/1994 prevede che: «*Salvi i casi di danno cagionato con dolo o di illecito arricchimento, la Corte dei conti esercita il potere di riduzione ponendo a carico del responsabile, in quanto conseguenza immediata e diretta della sua condotta, il danno o il valore perduto per un importo non superiore al 30 per cento del pregiudizio accertato e, comunque, non superiore al doppio della retribuzione lorda conseguita nell'anno di inizio della condotta lesiva causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo, ovvero non superiore al doppio del corrispettivo o dell'indennità percepiti per il servizio reso all'amministrazione o per la funzione o l'ufficio svolti, che hanno causato il pregiudizio*».

ISSN 2036-7821

dall'impostazione tradizionale del risarcimento, storicamente orientato alla piena reintegrazione del pregiudizio arrecato all'erario.
La scelta legislativa recepisce, pertanto, le indicazioni formulate dalla Corte Costituzionale nell'ormai nota sentenza n. 132 del 2024, con cui la Consulta aveva individuato, tra i diversi possibili strumenti di riequilibrio del sistema, l'introduzione di meccanismi di attenuazione del carico patrimoniale gravante sull'agente pubblico.
In primo luogo, il legislatore ha reso obbligatorio l'esercizio del potere riduttivo della Corte dei Conti, stabilendo che la condanna non possa eccedere il 30 per cento del danno accertato. In secondo luogo, ha introdotto un ulteriore limite massimo assoluto, rappresentato dal doppio della retribuzione o dell'indennità percepita dal soggetto responsabile, con la conseguenza che il giudice contabile è chiamato ad applicare entrambi i parametri.
Per i soggetti non retribuiti in senso stretto, il limite è parametrato al doppio del corrispettivo o dell'indennità percepiti per il servizio reso all'Amministrazione o per la funzione esercitata.
Pertanto, qualora il danno residuo risultante dall'applicazione della riduzione del 70 per cento sia comunque superiore al limite retributivo previsto dalla norma, la condanna dovrà essere ulteriormente circoscritta al relativo massimale.
La nuova disciplina non trova applicazione nelle ipotesi di dolo e di illecito arricchimento, che restano sottratte sia al meccanismo della riduzione obbligatoria sia ai limiti quantitativi introdotti dalla riforma. Nei casi di responsabilità accertata a titolo di colpa grave, invece, la condanna non può eccedere una determinata soglia parametrata al trattamento economico percepito dal soggetto responsabile, secondo criteri non privi di criticità, che verranno in seguito esaminati.

2.4. L'introduzione dell'obbligo assicurativo.

Accanto agli interventi sin qui discussi, un altro importante tassello del disegno riformatore concerne la copertura assicurativa del rischio derivante dalla gestione delle risorse pubbliche[32].
Il ricorso allo strumento assicurativo nell'ambito della responsabilità dei soggetti pubblici, in realtà, non è un fenomeno del tutto nuovo, bensì è stato oggetto dell'ampio dibattito sviluppatosi sempre attorno alla questione dell'amministrazione difensiva[33]. Al riguardo, si è già detto che l'esposizione personale dei funzionari

[32] Nuovo comma 4 *bis* dell'art. 1 della legge n. 20/1994: «*Chiunque assuma un incarico che comporti la gestione di risorse pubbliche dalla quale discenda la sua sottoposizione alla giurisdizione della Corte dei conti è tenuto a stipulare, prima dell'assunzione dell'incarico, una polizza assicurativa a copertura dei danni patrimoniali cagionati dallo stesso all'amministrazione per colpa grave. Nei procedimenti per i danni patrimoniali, l'impresa di assicurazione è litisconsorte necessario*».

[33] Per la dottrina, si vedano le osservazioni di S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, *in Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 1, pp. 293 ss., secondo cui il numero crescente di assicurazioni per la responsabilità amministrativa in capo ai dipendenti pubblici è un elemento idoneo a dimostrare la presenza del timore del

pubblici a possibili conseguenze patrimoniali derivanti dalle decisioni adottate nell'esercizio delle proprie funzioni è stata individuata quale possibile fattore di irrigidimento dei processi decisionali, in quanto l'agente pubblico tende ad assumere condotte maggiormente conservative e restrittive anche a costo di sacrificare la soluzione più ottimale per il perseguimento dell'interesse pubblico. Prima dell'introduzione della legge n. 1 del 2026, il rapporto tra responsabilità amministrativa e copertura assicurativa si era sviluppato in una prospettiva sostanzialmente prudenziale. Il legislatore, infatti, aveva limitato la possibilità per le Amministrazioni di trasferire il rischio derivante dalla responsabilità erariale dei propri dipendenti mediante lo strumento assicurativo[34], vietando che il relativo onere economico gravasse sulla finanza pubblica. Ne conseguiva che il funzionario interessato a munirsi di una copertura per la responsabilità amministrativa dovesse provvedervi autonomamente, sostenendone integralmente il costo.

Il quadro è rimasto sostanzialmente invariato anche negli anni successivi, fino a pervenire all'odierna riforma che, seppur non consente di trasferire il costo della copertura assicurativa sull'Amministrazione (salvo quanto previsto dal nuovo codice degli appalti pubblici), introduce per la prima volta un obbligo generalizzato di stipulazione della polizza per i soggetti chiamati a gestire risorse pubbliche, superando così l'approccio tradizionale.

Inoltre, il nuovo comma 4-*bis* dell'art. 1 della legge n. 20 del 1994 estende l'obbligo di assicurazione per i danni cagionati con colpa grave a chiunque assuma incarichi relativi alla gestione delle risorse pubbliche e che risulti assoggettato alla

---

funzionario di essere citato in giudizio per danni all'erario. Per un approfondimento sul tema, M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico, in Riv. trim. dir. pubbl., 1/2020*, pp. 159 ss.; G. BOTTINO, *La burocrazia «difensiva» e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici, in Analisi giuridica dell'economia: studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, 2020, 1, pp. 117 ss. e M. D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011, pp. 244 ss.

[34] L'art. 3 della legge finanziaria del 24 dicembre 2007, n. 244, recante "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*", aveva introdotto il divieto di stipulare, a carico dell'Amministrazione, polizze dirette a coprire i danni cagionati dagli amministratori e dai dipendenti pubblici nell'ambito della responsabilità amministrativo-contabile per colpa grave.

La *ratio* della scelta risiedeva nell'esigenza di preservare la funzione deterrente della responsabilità erariale, giacché la personalizzazione del rischio economico veniva considerata un elemento necessario per mantenere alta l'attenzione sull'esercizio delle funzioni pubbliche, evitando fenomeni di deresponsabilizzazione del decisore pubblico.

Un primo mutamento di prospettiva si è registrato con il nuovo Codice dei Contratti Pubblici, che, in virtù del principio della fiducia e del risultato, ha previsto all'art. 2, comma 4, D.lgs. 36/2023 un obbligo per le Stazioni Appaltanti di adottare strumenti di copertura assicurativa volti a contenere il rischio gravante sui soggetti coinvolti nelle procedure amministrative. Sul punto, cfr. L. LORENZONI, *Il regime delle assicurazioni, in Riv. Trim. Dir. Amministrativo*, 2025, pp. 313 ss. Per un raffronto tra l'obbligo assicurativo introdotto dal D. lgs. 36/2023 e quello introdotto dalla legge n. 1/2026, si rinvia a L. D'ANGELO e L. DE MARINIS, *La nuova responsabilità amministrativa, in Diritto e Conti*, 2026, par. 7., cit., che osservano come tra le due norme vi siano differenze sia riguardo al soggetto cui attribuire l'onere assicurativo (la p.a. nel codice dei contratti pubblici, l'incaricato-gestore di risorse pubbliche nella legge Foti), sia riguardo alla conseguenza sul piano processuale dell'avvenuta stipula della polizza nella misura in cui la legge Foti introduce il *litisconsortio* necessario dell'impresa assicurativa.

ISSN 2036-7821

giurisdizione contabile.
La disposizione introduce così un elemento fino ad oggi estraneo alla disciplina generale della responsabilità amministrativa, nella misura in cui affida alla copertura assicurativa una funzione obbligatoria di garanzia, volta a contenere l'esposizione economica personale dei soggetti chiamati ad amministrare le risorse pubbliche e tutto ciò che concerne, in termini di rischi, le attività amministrative.
A ben vedere, poi, la novità in esame presenta dei riflessi non soltanto sostanziali, ma anche processuali.
L'ultimo periodo del nuovo comma 4-*bis* prevede la partecipazione dell'impresa assicuratrice al giudizio di responsabilità, configurando una forma di litisconsorzio necessario che inevitabilmente è destinata ad incidere sulla struttura del processo contabile. Del resto, la disciplina transitoria contenuta nell'art. 6 della legge n. 1 del 2026 richiama espressamente anche il comma 4-*bis*, lasciando intendere che il coinvolgimento dell'assicuratore debba operare ogniqualvolta esista una copertura assicurativa astrattamente idonea a garantire il rischio dedotto in giudizio.
Va infine ricordato che l'entrata in vigore della disposizione è stata successivamente rinviata al primo gennaio 2027[35].

3. Profili critici della riforma.
L'esame delle principali novità ci ha permesso di evidenziare come l'intervento riformatore miri a raggiungere obiettivi chiari.
Tuttavia, la disciplina presenta numerosi profili suscettibili di rilevare criticità dal punto di vista applicativo. In più punti, la riforma sembra aver trattato gli istituti sostanziali della responsabilità amministrativa senza un corrispondente adeguamento di quelli processuali, dando luogo a spazi interpretativi ad opera della giurisprudenza contabile e, talvolta, a qualche paradosso. I paragrafi che seguono si soffermeranno, pertanto, sui principali aspetti problematici emersi dalla lettura delle nuove disposizioni in esame.

3.1. La retroattività della disciplina e i problemi nei giudizi pendenti.
Un primo profilo che desta perplessità riguarda la disciplina transitoria dettata dall'art. 6[36], che prevede l'applicazione delle nuove disposizioni anche ai giudizi pendenti non ancora definiti con sentenza passata in giudicato alla data di entrata in vigore della riforma.
La scelta legislativa appare coerente con la finalità di estendere immediatamente il regime più favorevole introdotto dalla riforma anche ai soggetti già coinvolti in

[35] L'art. 1, comma 19-*quinquies*, della legge 27 febbraio 2026, n. 26, ha stabilito che l'obbligo assicurativo troverà applicazione a decorrere dal 1gennaio 2027.
[36] Art. 6, L. n. 1/2026: «*Le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 1, lettera a), si applicano ai procedimenti e ai giudizi pendenti, non definiti con sentenza passata in giudicato alla data di entrata in vigore della presente legge*».

ISSN 2036-7821

processi di responsabilità amministrativa. Ciò che suscita maggiori dubbi, piuttosto, è il mancato coordinamento tra tale previsione e le regole processuali che disciplinano i diversi gradi di giudizio.

La questione *de quo* si presta certamente ad alimentare il dibattito, poiché le modifiche introdotte dalla legge Foti sembrano difficilmente riconducibili a mere questioni esecutive o di semplice rideterminazione del *quantum* della condanna. Esse modificano i presupposti stessi della responsabilità amministrativa, imponendo al Giudice nuove valutazioni in ordine all'accertamento della colpa grave, all'applicazione dell'obbligatoria riduzione dell'addebito e, in taluni casi, anche al diverso regime della prescrizione. Si tratta di questioni che attengono al giudizio di cognizione e che, proprio per questo motivo, richiederebbero un diverso esame sin dal primo grado del giudizio ai sensi dell'art. 199, comma 1, lett. b) del Codice di Giustizia Contabile[37]. Da qui la principale lacuna.

La legge nulla dispone circa le modalità con cui le nuove valutazioni debbano trovare spazio nei giudizi già pendenti in grado di appello o, addirittura, dinanzi alla Corte di Cassazione. Ci si domanda, allora, se il giudice dell'impugnazione possa procedere direttamente all'applicazione della nuova disciplina ovvero se, al contrario, la natura delle modifiche introdotte renda necessaria la remissione del giudizio al primo grado, affinché il nuovo accertamento avvenga nel pieno rispetto del principio del doppio grado di cognizione e del contraddittorio.

La dottrina[38] ha già evidenziato come la disciplina transitoria presenti complessità dal punto di vista processuale. In particolare, è stato osservato che l'applicazione immediata delle nuove disposizioni ai giudizi pendenti pone problemi differenti a seconda della fase processuale nella quale il procedimento si trovi al momento dell'entrata in vigore della riforma.

Se, infatti, nelle fasi istruttorie e nel giudizio di primo grado le esigenze di adeguamento al nuovo quadro normativo possono essere soddisfatte attraverso gli ordinari strumenti processuali di integrazione del contraddittorio e dell'attività istruttoria, maggiori difficoltà emergono nei giudizi già pendenti in grado di appello o dinanzi alla Corte di Cassazione. In queste ipotesi, l'effetto devolutivo delle

[37] L'art. 199, lett. b) del Codice di Giustizia Contabile, dispone che: «*Il giudice di appello dispone il rinvio al giudice di primo grado:* (…); *b) quando dichiara nulla la notificazione della citazione introduttiva oppure riconosce che nel giudizio di primo grado doveva essere integrato il contraddittorio o non doveva essere estromessa una parte ovvero dichiara la nullità della sentenza di primo grado per mancanza di sottoscrizione del giudice* (…)».

[38] Secondo G. TERRACCIANO, *Le disposizioni transitorie della legge n. 1 del 2026 di riforma della Corte dei Conti: limiti e problematiche applicative in Amministrativ@mente, Fascicolo Speciale, La riforma della Corte dei Conti – Legge n. 1/2026*, pp. 351 e ss., le possibili soluzioni sarebbero due: consentire al giudice d'appello di integrare l'istruttoria e decidere direttamente le questioni derivanti dalla nuova disciplina, con il rischio, tuttavia, di comprimere il principio del doppio grado di cognizione; ovvero disporre la rimessione della causa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 199, comma 1, lett. b), c.g.c., soluzione, a suo avviso, ritenuta maggiormente coerente con il diritto di difesa e con il principio del contraddittorio, alla luce anche della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale (cfr. sentt. nn. 96/2024 e 39/2025).

impugnazioni e il divieto di introdurre nuove questioni rendono problematico l'accertamento di quei presupposti richiesti dalla nuova disciplina, alimentando il dubbio se sia preferibile procedere direttamente all'applicazione della riforma ovvero disporre il rinvio del giudizio al primo grado.

I primi arresti della giurisprudenza contabile sembrano, tuttavia, orientarsi nel senso di escludere la regressione del processo nei giudizi pendenti in appello. In particolare, la Corte dei Conti, Sezione d'Appello per la Regione Siciliana[39], ha ritenuto direttamente, ancorché limitatamente, applicabili le nuove disposizioni ai giudizi in corso senza, tuttavia, acconsentire alla rimessione della causa (pendente in appello) al giudice di primo grado, in quanto ipotesi non prevista dall'art. 199 c.g.c..

L'applicazione della riforma in sede di appello rischia tuttavia di privare il convenuto della possibilità di ottenere il riesame della fattispecie in due gradi di giudizio, proprio in relazione alle novità sostanziali introdotte dalla nuova disciplina.

Ancora più complessa è poi l'ipotesi di pendenza del giudizio di fronte alla Corte di Cassazione, se solo si pensa alla cognizione limitata che lo caratterizza. Sotto tale profilo, la mancanza di una disciplina espressa finisce per trasferire in larga parte alla giurisprudenza il compito di individuare le modalità applicative della riforma e le prime reazioni, come era prevedibile, non sono nel segno dell'auspicato garantismo.

3.2. La nuova definizione di colpa grave tra certezza normativa e possibili dinamiche elusive.

Se, sul piano delle intenzioni dichiarate, la riforma in analisi persegue l'obiettivo certamente condivisibile di ridurre l'incertezza interpretativa attraverso una più puntuale delimitazione della colpa grave[40], più complessa rimane la verifica della sua

[39] Corte Conti, Sez. Giur. Appello per la Regione Siciliana, con la sentenza n. 8/A del 2026, ha riconosciuto l'applicabilità della novella ai giudizi pendenti entro determinati limiti, pur tuttavia escludendo che l'applicazione dello *ius superveniens* possa determinare la regressione del giudizio al primo grado poiché, in assenza di una disciplina transitoria che regoli gli effetti processuali della riforma, le nuove disposizioni sostanziali devono coordinarsi con le regole del grado in cui il processo si trova, nel rispetto del principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. In particolare, il Collegio ha ritenuto che l'applicazione dello *ius superveniens* incontri i limiti del principio devolutivo dell'appello di cui agli artt. 177, comma 4 e 195 c.g.c. e, soprattutto, dall'art. 199 del c.g.c., che disciplina tassativamente le ipotesi di rimessione al giudice di primo grado senza contemplare quella derivante dallo *ius superveniens*. Per tali ragioni, l'istanza di regressione del giudizio formulata dalla difesa è stata respinta.

[40] Sulla nuova delimitazione di colpa grave, la giurisprudenza contabile ha sviluppato tre orientamenti.

Un primo orientamento ha ritenuto che la nuova definizione normativa, in base al suo dato letterale, non possa applicarsi alle condotte materiali degli agenti pubblici per cui tali condotte resterebbero esenti da responsabilità amministrativa per colpa grave, con conseguente necessità di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 32 e 97 co. 2 della Cost. (cfr. Corte Conti, Sez. giur. Puglia, ord. n. 11/2026). Un secondo orientamento, sempre valorizzando il dato letterale della suddetta disposizione che fa riferimento alla "manifesta violazione delle norme di diritto applicabili" anziché alla manifesta violazione di legge per come, invece, previsto nella norma di cui al comma 3 dell'art. 2 della L. 117/1988, ha ritenuto che fra le norme di diritto applicabili possano essere ricomprese anche le clausole generali di cui agli artt. 1218 e 2043 c.c. per cui, ad esempio, le linee guida e i protocolli medici rappresenterebbero parametri di riferimento per sussumere la fattispecie concreta

ISSN 2036-7821

effettiva capacità di realizzare tale finalità senza alcuna criticità sul piano applicativo.
Da un punto di vista prettamente testuale, la legge n. 1 del 2026 sembra muovere nella direzione di una maggiore prevedibilità, valorizzando la violazione manifesta delle norme di diritto applicabili e richiedendo, ai fini della relativa configurabilità, la considerazione del grado di chiarezza e precisione delle disposizioni violate, dell'eventuale incertezza interpretativa e della gravità dell'inosservanza.
A ciò si aggiunge, in materia di stipulazione di accordi e atti transattivi[41], una significativa limitazione della responsabilità alle sole ipotesi di dolo, scelta chiaramente orientata a ridurre la c.d. paura della firma nei settori maggiormente esposti a valutazioni discrezionali più complesse.
Considerata isolatamente, una simile impostazione è coerente con la finalità di rendere meno paralizzante l'azione amministrativa.
Tuttavia, occorre maggiore cautela sul punto.
La tipizzazione della colpa grave, pur rappresentando un lodevole tentativo di rafforzare la certezza del diritto e di contenere le interpretazioni talvolta estensive della giurisprudenza, non elimina di per sé quelle aporie proprie delle categorie di imputazione soggettiva che caratterizzano la responsabilità amministrativa. Al contrario, proprio il restringimento dell'area della colpa grave potrebbe generare un fisiologico spostamento dell'attenzione da parte della magistratura contabile verso altre categorie di imputazione, in particolare il dolo, con il rischio che l'utilità pratica della riforma venga, almeno in parte, meno o, paradossalmente, si traduca in un aggravamento della posizione dell'agente rispetto al regime previgente.
Al riguardo merita ricordare che la stessa legge n. 1 del 2026, nel recepire un orientamento ormai consolidato, ha chiarito che il dolo rilevante ai fini della responsabilità amministrativa richiede la volontà dell'evento dannoso e non la mera coscienza della violazione della legge. È una precisazione, sì ragionevole, poiché restringe l'ambito applicativo del dolo rispetto a ricostruzioni fondate sulla sola intenzionalità della condotta, ma potrebbe non esser sufficiente ad evitare un ampliamento delle contestazioni fondate sul dolo eventuale[42], categoria che continua

nell'ambito delle suddette clausole generali ai fini della valutazione della responsabilità medica (cfr. Corte Conti, Sez. I App., sent. n. 70/2026). Il terzo orientamento, infine, ha offerto una lettura costituzionalmente orientata della definizione di colpa grave ritenendola applicabile solo all'attività provvedimentale della P.A. per cui le condotte materiali sarebbero da valutare alla stregua del canone generale della colpa grave quale clausola aperta, per come definito dalla giurisprudenza contabile (in tal senso, Corte Conti, Sez. giur. Lombardia, sent. n. 41/2026; Sez. giur. Umbria, sent. n. 12/2026).

[41] L'art. 1 della legge n. 1/2026 apporta le seguenti modifiche al comma 1.1 dell'art. 1 della l. n. 20/1994: «*La responsabilità è limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo nei seguenti casi:*

a) conclusione di accordi di conciliazione nel procedimento di mediazione o in sede giudiziale da parte dei rappresentanti delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165;

b) conclusione di procedimenti di accertamento con adesione, di accordi di mediazione, di conciliazioni giudiziali e di transazioni fiscali in materia tributaria».

[42] Al riguardo, per la dottrina si veda P. MADDALENA, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa, in Lexitalia*, consultabile sul sito *www.lexitalia.it*, 2002; A. VETRO, *Il dolo contrattuale o civilistico: applicazione nei*

ISSN 2036-7821

a ricomprendere le ipotesi di consapevole accettazione del rischio del verificarsi dell'evento dannoso.

Si tratta di un'eventualità che non può essere esclusa anche alla luce dell'esperienza maturata negli ultimi anni, che ha mostrato come, a fronte dei precedenti interventi legislativi volti a restringere l'ambito della responsabilità, si sia registrato un crescente aumento delle contestazioni fondate sul dolo o sul dolo eventuale, fenomeno questo che potrebbe ulteriormente accentuarsi a seguito della novella del 2026[43].

Il precedente più significativo è rappresentato dal già menzionato art. 21 del d.l. n. 76 del 2020 (c.d. Decreto Semplificazioni), che, nel limitare temporaneamente la responsabilità per le condotte commissive al solo dolo, mirava anch'esso a contrastare la burocrazia difensiva. Questa esperienza storica, segnata dal moltiplicarsi delle contestazioni per dolo eventuale, induce a interrogarsi sulla possibilità che analoghe dinamiche possano riprodursi anche nel nuovo scenario normativo.

La criticità assume contorni ancor più delicati con riguardo all'esclusione della responsabilità per colpa grave in materia di accordi transattivi, caratterizzati da elevata discrezionalità tecnica e da valutazioni prognostiche complesse. Qui il rischio non è soltanto teorico.

Le decisioni assunte all'esito di procedimenti articolati, spesso supportati da apporti tecnici specialistici, da commissioni appositamente istituite e da più livelli di valutazione, sono state frequentemente riesaminate *ex post* sulla base di mere ricostruzioni controfattuali, fondate su consulenze successive che isolano il solo aspetto economico finale senza un'adeguata considerazione del complesso delle valutazioni operate dall'agente, del rischio di contenzioso evitato o delle condizioni concrete entro cui la scelta transattiva è originariamente maturata. Così facendo, il giudizio sulla ragionevolezza dell'agire amministrativo rischia di essere surrettiziamente sostituito da una valutazione postuma di mera convenienza economica che, unita ad un profilo di imputazione necessariamente doloso, può produrre effetti devastanti.

---

giudizi di responsabilità amministrativa secondo la più recente giurisprudenza della Corte dei conti, *in www.contabilità-pubblica.it*, 2011.

[43] Una simile prospettazione non è meramente congetturale. In tal senso, merita richiamo quanto osservato dal Presidente della Corte dei Conti, Guido Carlino, nella Relazione sull'inaugurazione dell'anno giudiziario 2026, consultabile sul sito *www.corteconti.it.*, ove è stato evidenziato che, durante il periodo di applicazione del c.d. scudo erariale «*tra i giudizi di responsabilità è emerso un aumento delle fattispecie di danno riguardanti condotte dolose di distrazione dei contributi e dei finanziamenti pubblici*».

Un pò come dire che, eliminata la colpa grave, i funzionari si sono sbizzarriti in comportamenti dolosi! Non sarà piuttosto che la Procura contabile ha trasformato le ipotesi di colpa grave in imputazioni per dolo eventuale?

Nella medesima Relazione è stato osservato, inoltre, come, dopo quasi sei anni di operatività dello scudo erariale «*non vi è alcuna evidenza di benefici in termini di celerità ed efficienza determinati da detta misura*».

ISSN 2036-7821

Ne deriva una questione di fondo: se la *ratio* della riforma è quella di favorire decisioni amministrative più celeri e meno condizionate dal timore della firma, essa non può essere penalizzata da prassi applicative che, pur mutando il *nomen iuris* dell'addebito, riproducano in forme diverse e, persino più gravi, il medesimo effetto deterrente[44]. Il risultato, altrimenti, sarebbe quello per il quale la limitazione della colpa grave si risolva non tanto nell'alleviare davvero il peso cui è sottoposto il pubblico funzionario, quanto nel produrre effetti persino più negativi di quelli che la riforma intendeva scongiurare; basti pensare, per le ipotesi di dolo, all'assenza di copertura assicurativa e alla solidarietà della responsabilità, oltre ovviamente alla perdita del beneficio della riduzione del danno imputabile.
Proprio in ciò si manifesta una delle più rilevanti aporie del nuovo impianto: il lodevole obiettivo di rassicurare l'Amministrazione potrebbe, paradossalmente, produrre nuove e più sofisticate incertezze.

3.2.1. La nuova colpa grave e il precedente della responsabilità civile dei magistrati: analogie, differenze e criticità.

Un aspetto che merita osservazione è che la legge n. 1/2026, nel tentativo di circoscrivere la colpa grave alla violazione manifesta delle norme di diritto, accompagnata dai criteri della chiarezza e precisione delle norme violate e della gravità e inescusabilità dell'inosservanza, sembra riprodurre una categoria dogmatica che richiama quella già adottata dal legislatore nella responsabilità civile dei magistrati.
Il riferimento è, in particolare, all'art. 2 della legge Vassalli[45], come successivamente modificato dalla legge n. 18 del 2015, ove la colpa grave viene individuata, tra l'altro, nella violazione manifesta della legge e nel travisamento del fatto o delle prove. In entrambi i casi, il legislatore mostra di voler selezionare non già qualsiasi errore, ma soltanto quello macroscopico, evidente e non giustificabile alla luce del quadro

[44] Al riguardo, l'orientamento della Corte dei Conti si mostra solidamente ancorato alla funzione deterrente della responsabilità amministrativa e, in particolare, della responsabilità da danno alla finanza pubblica. Tale orientamento è stato evidenziato anche nella recente sentenza n. 82/2026, in cui Corte Conti – Sez. Giur. Lazio ha ribadito che: «*il fatto che i funzionari pubblici che abbiano determinato danni erariali siano tenuti a risponderne realizza nel contempo funzioni di deterrenza e compensative atteso che il gestore di risorse pubbliche osserverà una maggiore attenzione nella propria azione, sapendo che potrebbe essere tenuto a rispondere del danno arrecato. Si riconciliano così "potere" e "responsabilità", dovendo colui che esercita un potere o una funzione rispondere dei danni ricollegati a tale esercizio. L'azione di responsabilità amministrativa in tal modo persegue anche una "gestione in equilibrio" atteso che le somme derivanti dalla sentenza di condanna dovranno essere utilizzate per compensare il danno arrecato, rendendo così la gestione del bilancio nel complesso in equilibrio. Emerge così la storica funzione compensativa (e deterrente) della responsabilità amministrativa da danno alla finanza pubblica, costituzionalmente ed eurounitariamente fondata e funzionalmente orientata alla tutela delle risorse pubbliche provenienti da cittadini e imprese*».

[45] L'art. 2, al comma 3, della legge Vassalli così dispone: «*costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione*».

ISSN 2036-7821

normativo e fattuale di riferimento.

A ben vedere, entrambi i modelli sembrano intercettare la stessa esigenza: evitare che l'esercizio di una funzione pubblica complessa possa tradursi automaticamente in una responsabilità personale per ogni errore interpretativo o valutativo connesso fisiologicamente all'attività svolta.

La comparazione, però, richiede cautela, dovendo considerare che i due modelli di responsabilità rispondono a esigenze costituzionali differenti.

Nella responsabilità civile dei magistrati, la limitazione della responsabilità personale trova fondamento nell'esigenza di preservare indipendenza e autonomia della funzione giurisdizionale (artt. 101, 104 Cost.[46]); nel caso della responsabilità amministrativa, invece, il parametro costituzionale di riferimento resta anzitutto quello del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.), nonché quello della tutela delle risorse pubbliche (artt. 81, 97, 103 Cost.) [47].

Proprio tale diversità impone di interrogarsi sulla reale portata del richiamo al modello Vassalli.

La responsabilità civile dei magistrati si fonda su un modello strutturalmente mediato: il soggetto danneggiato agisce nei confronti dello Stato, mentre il magistrato resta esposto solo successivamente all'eventuale azione di rivalsa promossa dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, secondo presupposti normativamente tipizzati e, salvo il dolo, entro limiti economici rigidamente circoscritti[48]. La rivalsa, infatti, non può normalmente eccedere il terzo di un'annualità dello stipendio netto del magistrato, con ulteriore contenimento sul piano esecutivo[49].

---

[46] Art. 101, comma 2, Cost. : «*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*».

Art. 104, comma 1, Cost.: «*La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere*».

[47] La diversità delle funzioni esercitate dal magistrato e dal funzionario è stata affrontata anche da Corte Conti, Sezioni Riunite in sede consultiva, con parere n. 4/2025/CONS, che ha osservato come il fondamento della responsabilità civile dei magistrati è «*rivolto a garantire l'indipendenza del magistrato nell'esercizio di una funzione giudiziaria (cfr. Corte Costituzionale, sent. n. 164/2017); in tema di responsabilità amministrativa invece, l'attività dell'agente pubblico viene in rilievo nello svolgimento di un'attività amministrativa procedimentalizzata e deve conformarsi ai principi di buon andamento*».

Per un approfondimento dottrinale, si rinvia a G. RIVOSECCHI, *Stato costituzionale e separazione dei poteri alla prova della riforma della Corte dei Conti, in Federalismi*, n. 5/2026, pp. 15 ss., secondo cui «*il legislatore utilizza una fattispecie che ha ben diverso fondamento costituzionale e risponde alla distinta ratio di garantire l'indipendenza del magistrato. Quest'ultima non può certamente riferirsi all'attività del funzionario, il quale, invece, è costituzionalmente tenuto a conformarsi ai principi del buon andamento*».

[48] In particolare, l'art. 8 della Legge Vassalli disciplina la c.d. "azione di rivalsa": «*1. L'azione di rivalsa deve essere promossa dal Presidente del Consiglio dei Ministri. 2. L'azione di rivalsa deve essere proposta davanti al tribunale del capoluogo del distretto della corte d'appello, da determinarsi a norma dell'articolo 11 del codice di procedura penale e dell'articolo 1 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 2714*».

[49] Sempre l'art. 8, comma 3, della Legge Vassalli: «*La misura della rivalsa non puo` superare una somma pari al terzo di una annualita` dello stipendio, al netto delle trattenute fiscali, percepito dal magistrato al tempo in cui l'azione di risarcimento e` proposta, anche se dal fatto e` derivato danno a piu` persone e queste hanno agito con distinte azioni di responsabilita`. Tale limite non si applica al fatto commesso con dolo. L'esecuzione della rivalsa quando viene effettuata*

Si tratta di una scelta notevole.

Pur a seguito dell'ampliamento della tutela risarcitoria imposto anche dalla giurisprudenza europea[50], il sistema continua a preservare la funzione giurisdizionale attraverso una netta separazione tra responsabilità dello Stato-apparato e responsabilità personale del singolo magistrato, evitando che l'esercizio di tale funzione sia direttamente esposto al rischio patrimoniale individuale[51].

Pertanto, il magistrato continua a operare all'interno di un circuito Stato-risarcimento-rivalsa, nel quale il soggetto leso agisce nei confronti dello Stato e l'eventuale esposizione patrimoniale del magistrato resta confinata all'azione di rivalsa, peraltro soggetta a rigorosi limiti quantitativi; diversamente, il funzionario pubblico continua ad operare in un sistema caratterizzato dalla possibile coesistenza della responsabilità amministrativo-contabile e della responsabilità civile[52], secondo la logica del cd. doppio binario, di cui si dirà nel prosieguo, oltre a restare soggetto anche ad ipotetiche azioni dirette da parte del danneggiato.

Il confronto tra le due responsabilità, posto che rispecchiano funzioni costituzionali differenti, mira però a domandarsi se l'intensa esposizione personale e patrimoniale del funzionario abbia rappresentato una conseguenza davvero necessaria e coerente con i principi costituzionali, ovvero il risultato di una scelta normativa che il legislatore ha oggi, almeno in parte, ritenuto di dover revisionare.

In altri termini, se l'ordinamento considera fisiologico, per quanto riguarda la funzione giurisdizionale, un sistema di responsabilità per così dire filtrata, indiretta e contenuta nel *quantum*, viene spontaneo chiedersi se il vero problema non sia stato, più che la recente attenuazione della responsabilità amministrativa, la storica maggiore esposizione del funzionario pubblico ad un rischio personale più intenso e

---

mediante trattenuta sullo stipendio, non puo`comportare complessivamente il pagamento per rate mensili in misura superiore al quinto dello stipendio netto».

[50] Cfr. CGUE, sentenza 24 novembre 2011 (C- 379/10, Commissione c/ Italia); CGUE, sentenza 30 settembre 2003, (C-224/01. Kobler c/ Repubblica d'Austria); CGUE, sentenza 13 giugno 2006 (C-173/03, Traghetti del Mediterraneo c/ Italia).

[51] Fermo restando quanto sopra, la più recente giurisprudenza contabile ha chiarito che l'indipendenza della funzione giurisdizionale non coincide necessariamente con l'esenzione da ogni forma di responsabilità. In determinate ipotesi, ad esempio in presenza di condotte gravemente negligenti idonee a produrre un danno diretto alle finanze pubbliche – si pensi ai ritardi processuali macroscopici suscettibili di generare condanne previste dalla legge Pinto n. 89/2001 – anche il magistrato può essere chiamato a rispondere per danno erariale, sia per l'attività amministrativa, sia per quella giurisdizionale, se caratterizzata da colpa grave o dolo e purché la sua condotta venga valutata come lesiva delle finanze pubbliche e non quale mera conseguenza dell'esercizio della sua funzione giurisdizionale. (*ex multis*, Corte Costituzionale, sent. n. 385/1996; S.U. della Cassazione, ord. n. 2370/2023; Corte Conti, Sez. I Centrale di Appello, sent. n. 83/2025).

[52] Vale la pena osservare come il sistema dalla legge Vassalli fa sì che l'esposizione patrimoniale personale del magistrato rimanga sempre complessivamente circoscritta e limitata (salvo il dolo): il danneggiato agisce esclusivamente nei confronti dello Stato e l'eventuale rivalsa è soggetta, salvo il dolo, a limiti quantitativi precisi. Nel sistema della responsabilità amministrativa, invece, la recente introduzione dei tetti risarcitori attenua soltanto la responsabilità erariale, senza escludere che il funzionario possa continuare a rispondere, ricorrendone i presupposti, anche in altre sedi, come si vedrà infra.

ISSN 2036-7821

gravoso rispetto alla complessità delle funzioni amministrative esercitate, in un ordinamento nel quale anche l'amministrare – non meno del giudicare – costituisce un esercizio complesso di una funzione altrettanto costituzionalmente rilevante.

3.3. La riduzione del danno e il problema del "doppio binario".

Le nuove previsioni in materia di riduzione del danno sembrano intercettare, almeno ad una prima lettura, quell'esigenza reale dell'ordinamento di evitare che il timore della responsabilità possa tradursi in una paralisi della capacità decisionale del funzionario, spesso chiamato a operare in situazioni piuttosto complesse caratterizzate da rilevanti margini di discrezionalità e incertezza normativa.

È per tale motivo che il legislatore introduce una sorta di meccanismo di contenimento automatico del danno risarcibile, atto a rendere maggiormente prevedibile l'esito del giudizio contabile in modo da limitare l'esposizione patrimoniale del funzionario.

La scelta ha già suscitato le prime perplessità in giurisprudenza, essendosi osservato che una riduzione automatica del danno rischierebbe di incidere sulla persistente funzione ripristinatoria della responsabilità amministrativa, alterando il rapporto tra il danno effettivamente arrecato all'erario e la condanna concretamente irrogabile[53].

Ad avviso di chi scrive, la previsione secondo cui la condanna non possa eccedere il trenta per cento del danno accertato e, comunque, il limite di due annualità della retribuzione o del compenso percepito dal responsabile persegue l'obiettivo della riforma di ridurre il fenomeno dell'Amministrazione difensiva. Il legislatore riconosce che l'esposizione patrimoniale potenzialmente illimitata del funzionario pubblico rappresenta uno dei principali fattori di paralisi e introduce, conseguentemente, un tetto massimo predeterminato alla responsabilità.

La scelta è di per sé ragionevole.

Chi opera quotidianamente nella Pubblica Amministrazione conosce bene il timore di compromettere magari, con una sola decisione, il patrimonio costruito in una vita di lavoro. Da questo punto di vista, la prevedibilità dell'esposizione economica rappresenta certamente un elemento idoneo a restituire maggiore serenità nell'assunzione delle decisioni.

La nuova disciplina non ha però tardato a suscitare reazioni nella giurisprudenza contabile.

Emblematica è la pronuncia della Corte dei Conti – Sez. Giur. Lazio n. 82/2026 la quale, nel definire il giudizio con una pronuncia di assoluzione per difetto di colpa

[53] In tal senso, Corte Conti – sez. Giur. Toscana, sent. n. 9/2026 secondo cui «*l'applicazione del limite riduttivo finirebbe per trasformare il meccanismo risarcitorio in un indebito vantaggio per il responsabile, in contrasto con la funzione ripristinatoria che la responsabilità amministrativa continua a svolgere anche dopo la riforma del 2026*».

Per la dottrina, si veda A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa, in La responsabilità amministrativa e il suo processo*, a cura di F.G. Scoca, pp. 141 ss., cit.

grave, dedica inutilmente un'ampia parte della motivazione ad una ricostruzione storica dell'istituto della responsabilità amministrativa, muovendo dalle sue più remote origini sino all'attuale assetto costituzionale, per giungere ad affermare esattamente l'opposto della nuova legge, ossia che la riduzione dell'addebito introdotta dalla legge n. 1 del 2026 non integrerebbe un obbligo per il Giudice, bensì una mera facoltà.

Non si nega che una simile ricostruzione desti perplessità, in quanto difficilmente conciliabile con il tenore letterale della novella; piuttosto, testimonia le tensioni che la riforma ha ingenerato all'interno della giurisprudenza. La pronuncia citata ne è dimostrazione, se solo si guarda alle espressioni usate, quali caccia alla "libertà di illecito[54]" "come pretende il Popolo[55]", o ancora alla definizione della Corte dei Conti quale "coscienza finanziaria dello Stato-comunità[56]". Toni altrettanto significativi li troviamo nell'ordinanza della Corte dei Conti – Sez. Giurisdizionale Piemonte, n. 15/2026, ove si afferma che "*la posizione della comunita` danneggiata dei cittadini, titolari del bene collettivo "ferito" da comportamenti illeciti di amministratori pubblici, rimane palesemente e ingiustamente frustrata*[57]".

La verità è che gli spazi lasciati dalla novella legislativa sono molti e i limiti ai margini di manovra dell'interprete sono purtroppo deboli ed incerti e comunque inadatti a fronteggiare pregiudizi ideologici.

La riforma sembra fermarsi poi a metà del percorso annunciato sotto un ulteriore profilo.

Nel momento in cui la condanna non coincide più con il danno effettivamente accertato, ma viene automaticamente contenuta entro limiti fissati *ex lege*, la responsabilità amministrativa tende a discostarsi dalla sua tradizionale natura risarcitoria e a guadagnare una vocazione più sanzionatoria, poiché il risarcimento non è più commisurato integralmente al pregiudizio subito dall'erario, bensì al limite

---

[54] Nell'*excursus* storico, Corte Conti – sez. Giur. Lazio n, 82/2026: «*Successivamente, al fine di non creare zone franche caratterizzate da "libertà di illecito" e sempre a tutela dell'interesse ad una corretta gestione delle risorse provenienti da cittadini ed imprese, l'azione risarcitoria pubblicistica da illecito contabile, originariamente pensata e riferita all'Amministrazione statale, si è dovuta confrontare con l'evoluzione dei modelli istituzionali ed organizzativi* (…). *In questo percorso evolutivo l'azione di responsabilità ha trovato una guarentigia costituzionale nelle previsioni che impongono che tutti i funzionari debbano rispondere dei danni arrecati (principio di responsabilità), anche per assicurare il buon andamento e l'imparzialità della P.A. (con i corollari dell'efficienza, economicità ed efficacia) – art. 28-97 Cost., fino a giungere alla legislazione più recente sull'Amministrazione di risultato* (…)».

[55] Corte Conti – Sez. Giur. Lazio n. 82/2026, cit., «*in un sistema democratico efficiente e di risultato, è necessario assicurare controlli effettivi e reali, al fine di poter imputare responsabilità da* mala gestio*, come pretende il Popolo nel cui nome viene amministrata la Giustizia contabile*».

[56] In particolare, si legge nella citata sentenza n. 82/2026 che «(…) *la Corte dei Conti, nell'esercizio dei propri poteri di interpretazione e disapplicativi, nella qualità di Istituzione "coscienza finanziaria" dello Stato-comunità operante a tutela dell'interesse pubblico riferibile a cittadini e imprese, ritiene che la corretta ermeneusi del quadro normativo non possa che essere quella di considerare l'esercizio del potere di riduzione del danno comunque rimesso alla discrezionalità del Giudice contabile*». In senso opposto, ma in linea con la novella normativa, Corte Conti - Sez. Giur. Lombardia, 27 febbraio 2026, sent. n. 41/2026, la quale ha ritenuto che si tratta di un potere di riduzione obbligatorio.

[57] Corte Conti – Sez. Giur. Piemonte, sent. n. 15/2026.

ISSN 2036-7821

massimo che il legislatore ritiene ragionevole imporre al funzionario.

Di qui problema del c.d. doppio binario[58], ossia della coesistenza del giudizio dinanzi alla Corte dei Conti e dell'azione risarcitoria che l'Amministrazione danneggiata può esperire, secondo le regole ordinarie del diritto civile, nei confronti del proprio dipendente. Nel sistema attuale, infatti, permane – accanto al giudizio dinanzi alla Corte dei Conti – la possibilità per l'Amministrazione di agire in sede civile nei confronti del dipendente per il risarcimento del danno cagionato da condotte connotate da colpa grave[59].

Ante riforma, la centralità del giudizio contabile e l'accertamento del danno al suo interno rendevano recessiva l'attivazione del giudizio civile; la determinazione del danno in sede erariale tendeva infatti a esaurire, nella sostanza, la pretesa risarcitoria dell'Amministrazione.

Ora la nuova disciplina potrebbe produrre l'effetto opposto.

Laddove il giudizio contabile conduca a una condanna limitata al 30% del danno accertato, non può escludersi che l'Amministrazione sia indotta – anche in ossequio ai principi di buon andamento e di reintegrazione del patrimonio pubblico – a promuovere un'azione civile per recuperare quella parte di danno che la Corte dei Conti, per espressa previsione normativa, non può più porre a carico del convenuto responsabile.

Non a caso, parte della giurisprudenza contabile[60] ha già evidenziato come, a fronte

---

[58] Per un approfondimento sul doppio binario, tra i tanti, si veda E. ROMANI, *Il sistema del doppio binario civile e contabile in materia di responsabilità, tra giurisdizione esclusiva della Corte dei conti e diritto di difesa dell'amministrazione danneggiata in Federalismi.it*, 15/2021, pp. 217 ss; G. COLOMBINI, *Responsabilità erariale: riflessioni a margine del sistema di tutela contabile, in Dir. amm.*, 3/2024, pp. 675 ss.

[59] Imprescindibile punto di partenza è l'art. 28 della Costituzione secondo cui «*i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti*».

Ai sensi dell'art. 18 del D.P.R. n. 3/1957 «*l'impiegato delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, è tenuto a risarcire alle amministrazioni stesse i danni derivanti da violazioni di obblighi di servizio*».

La possibilità per l'Amministrazione di agire nei confronti del dipendente dinanzi al Giudice ordinario è stata poi costantemente riconosciuta dalla giurisprudenza in ragione della diversità funzionale tra la responsabilità amministrativo-contabile e responsabilità civile. In proposito, la giurisprudenza, da tempo, ammette la coesistenza dell'azione risarcitoria proposta dalla P.A. danneggiata e dell'azione per danno erariale ad iniziativa del P.M. contabile, anche in ordine al medesimo fatto causativo di pregiudizio, dando luogo alla coesistenza delle due azioni, a tutela degli interessi delle Amministrazioni pubbliche danneggiate da soggetti legati alle stesse da un rapporto di servizio (*ex multis*, Corte Conti, Sez. II app., sent. n. 216/2022).

[60] Sul doppio binario, si segnala, *ex multis*, Corte Conti – Sez. controllo Lombardia che nella pronuncia n. 286/2025 ha ritenuto che la soluzione interpretativa tuttora prevalente ritiene che non sussiste violazione del principio del *ne bis in idem* tra il giudizio civile introdotto dalla P.A., avente ad oggetto l'accertamento del danno derivante dalla lesione di un suo diritto soggettivo conseguente alla violazione di un'obbligazione o della clausola generale di danno aquiliano, da parte di soggetto investito di rapporto di servizio con essa ed il giudizio di responsabilità erariale promosso per i medesimi fatti innanzi alla Corte dei conti dal P.M. contabile, nell'esercizio dell'azione obbligatoria che gli compete. Ciò in quanto, secondo il Collegio, il giudizio civile è finalizzato al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria ed integralmente compensativa, a protezione dell'interesse particolare della singola Amministrazione attrice, mentre l'altra, è volta alla tutela dell'interesse pubblico generale, al buon

ISSN 2036-7821

di un danno non integralmente soddisfatto in sede erariale, l'Amministrazione possa risultare tenuta ad attivarsi in sede civile per il recupero della parte residua. In tal senso si è espressa, in termini espliciti, curiosamente già prima dell'entrata in vigore della riforma, anche la Sezione Regionale di controllo della Corte dei Conti per la Lombardia[61], la quale ha osservato che, in presenza di un accertamento solo parziale del danno in sede contabile, l'Amministrazione sarebbe comunque onerata di agire in sede civile per il recupero del residuo importo nei confronti del soggetto responsabile, a meno di non voler incorrere in una autonoma fattispecie di responsabilità erariale.

Pertanto, sarebbe stato coerente prevedere un coordinamento tra i due sistemi, attribuendo alla condanna pronunciata dalla Corte dei Conti un'efficacia estintiva del credito risarcitorio azionabile in sede civile. In assenza, il rischio è che la riduzione dell'addebito in sede contabile venga compensata, o meglio vanificata, dalla successiva azione promossa dall'Amministrazione in sede civile, lasciando sostanzialmente immutata quella situazione di incertezza che la riforma si proponeva di superare.

Ulteriori criticità sono state individuate con riguardo alla diversa natura delle risorse pubbliche coinvolte. È stato infatti sottolineato come, in relazione ai fondi di provenienza europea, permanga l'obbligo di integrale restituzione nei confronti dell'Unione, con la conseguenza che una responsabilità amministrativa solo parziale rischierebbe di tradursi in un risarcimento meramente simbolico del danno[62].

---

andamento della P.A. e al corretto impiego delle risorse, con funzione essenzialmente o prevalentemente sanzionatoria (Cass. 5 settembre 2024, n. 23833; Cass. 20 dicembre 2018, n. 32929; Cass. 14 luglio 2015, n. 14632).

Per la giurisprudenza contabile, cfr. Corte Conti, Sez. II app., sentt. nn. 153/2022, 310-205/2021, 258-239-194-161-118/2020, 353/2019 390/2019, 633/2018.

Anche la Corte Costituzionale, anziché puntare sui rapporti che legano i soggetti in rapporto di impiego o di servizio con una Pubblica Amministrazione e sul danno erariale quale lesione dell'interesse finanziario pubblico nella dimensione configurata dagli artt. 81, 97 della Costituzione e, dunque, sull'esclusività della giurisdizione e sulla peculiarità della responsabilità erariale, ha preferito confermare l'orientamento oramai consolidato della Cassazione e dalla Corte dei Conti, secondo il quale «*l'azione di responsabilità per danno promossa dal pubblico ministero contabile innanzi alla Corte dei conti, e quella promossa dalle singole amministrazioni interessate davanti al giudice ordinario, restano reciprocamente indipendenti anche quando investano i medesimi fatti materiali proprio perché diversi sono gli interessi perseguiti, ragione per cui un pubblico dipendente può essere convenuto affinché ne venga accertata la responsabilità per entrambi i titoli ovvero essere attinto da una soltanto delle due azioni, non sussistendo i presupposti per l'esercizio di entrambe, senza naturalmente che vi sia cumulo del danno risarcibile erariale o civile*» (così, Corte Cost., sent. n. 203/2022).

[61] Corte Conti – Sez. controllo Lombardia, nella pronuncia n. 286/2025 ha osservato che: «*a fronte di un danno non integralmente giustiziabile nel processo contabile, sebbene accertato e seppure ascritto alla condotta illecita del dipendente pubblico, l'amministrazione danneggiata sarà, pertanto, obbligata (salvo incorrere, in caso di inerzia, in autonoma ipotesi responsabilità amministrativa) ad adire il giudice ordinario per il recupero, secondo le regole civilistiche, della restante parte nei confronti del soggetto già giudicato responsabile*».

Per un approfondimento critico su tale orientamento, si veda S. FOÀ, *Il sistema del "doppio binario" alla luce della legge n. 1 del 2026, in Bilancio, comunità e persona*, 2026, pp. 1 ss; F.G. SCOCA, *Prefazione, in Amministrativ@*mente, 2026, *Fascicolo speciale, La riforma della Corte dei conti – Legge n. 1/2026*, pp. 1 ss., spec. 3.

[62] In tal senso, la Corte dei Conti a Sezioni Riunite in sede Consultiva nell'adunanza del 9 giugno 2025, con il parere n. 4/2025/CONS, ha evidenziato come permanga «*l'obbligo di restituzione integrale all'Unione Europea da parte*

Analoghe perplessità concernono la concreta adeguatezza del tetto economico stabilito, ritenuto dalla Corte dei Conti "decisamente poco satisfattivo degli interessi erariali[63]" soprattutto nelle ipotesi in cui i soggetti responsabili percepiscano retribuzioni o indennità spesso assolutamente esigue[64]". Constatazione, quest'ultima, che, applicando i canoni della normalità, dovrebbe portare all'osservazione contraria, ovverosia a considerare che l'intensità della responsabilità per la funzione esercitata debba commisurarsi al livello della retribuzione per la stessa percepita.

Le criticità appena evidenziate hanno trovato un immediato riscontro anche nelle ordinanze nn. 9 e 10 del 2026, con le quali la Seconda Sezione Centrale di Appello della Corte dei Conti, ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle nuove disposizioni introdotte dalla legge n. 1 del 2026 in materia di riduzione obbligatoria dell'addebito e di limitazione del *quantum* della condanna[65].

Secondo il Giudice Contabile, la riaffermata natura prevalentemente risarcitoria dell'istituto rende problematico un sistema che impone *ex lege* di trasferire sulla collettività il recupero di una buona parte del danno accertato. La riduzione automatica al 30% del pregiudizio subito, unita all'ulteriore limite del doppio della retribuzione percepita, determinerebbe la riallocazione del rischio economico dall'autore dell'illecito verso l'Amministrazione danneggiata e, in ultima analisi, i cittadini contribuenti[66].

---

dello Stato Italiano, mentre la responsabilità amministrativa degli autori del danno potrebbe risultare fortemente ridotta o simbolica».

[63] Corte Conti, parere n. 4/2025/CONS, cit.

[64] Corte Conti, parere n. 4/2025/CONS, cit.

Si veda anche Corte Conti – Sez. Giur. Lazio, sent. n. 82/2026, cit. : «(…) *cittadini e imprese possono subire danni patrimoniali e personali diretti, che andranno a carico dell'Amministrazione per cui ha agito il funzionario cagionante il danno indiretto alla finanza pubblica, il quale, ove il potere riduttivo fosse applicato in modo obbligatorio, generalizzato e automatico, andrà al più a risarcire una esigua e minima parte del pregiudizio patrimoniale arrecato, con l'effetto che la quota non recuperata sarà posta a carico della comunità dei cittadini e delle imprese*».

[65] Con riferimento alla riduzione dell'addebito, nell'ordinanza n. 9, del 23 aprile 2026, Corte Conti, Sez. II Centrale di Appello, si osserva che «*la funzione compensativa o risarcitoria* (…) *risulterebbe gravemente frustata dall'esiguità del credito risarcitorio residuo"*. Si osserva, inoltre, come «*considerando il già «nutrito e significativo elenco di interventi "tranquillizzanti"» sulla responsabilità per colpa grave e sulle funzioni della stessa Corte presenti nella norma, «tali da restituire, nelle migliori intenzioni del legislatore, quelle condizioni di un* agere *amministrativo» capaci di contrastare la paura della firma – la drastica, automatica e obbligatoria riduzione del risarcimento «può rappresentare la classica "goccia che fa traboccare il vaso", in quanto realizza una finalità "premiale" dell'inefficienza che desostanzia ed erode dall'interno il principio di responsabilità connesso agli artt. 28 e 103 Cost.*»

Anche l'ordinanza Corte Conti n. 10 del 12 maggio 2026 così dispone: «*la Corte dei conti, Sezione seconda centrale d'appello, non definitivamente pronunciando, dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli articoli 3, 24, 28, 81, 97, 103, 111, 117 e 119 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dei commi 1-bis e 1-octies, dell'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, come novellati dalla legge 7 gennaio 2026, n. 1, nella parte in cui prevedono che nel giudizio di responsabilità rimangono fermi il potere di riduzione e l'obbligo di esercizio del potere riduttivo nei casi previsti dal comma 1-octies*».

Per un approfondimento sulle criticità sollevate nelle suddette ordinanze, si veda S. FOÀ, *Alla Corte Costituzionale la responsabilità amministrativo contabile ridimensionata, in Giustizia insieme*, 2026.

[66] Nell'ordinanza n. 9/2026, Corte Conti, cit., testualmente si legge: «*I cittadini vedrebbero così violato quel "patto sociale" sul quale si regge l'intera impalcatura del sistema tributario (artt. 23 e 53 Cost.) dovendo di fatto patire un duplice*

ISSN 2036-7821

Le argomentazioni sviluppate nelle ordinanze di rimessione meritano certamente attenzione, ma, come detto sopra, occorre ricordare che l'ordinamento conosce da tempo modelli di responsabilità personale più attenuati, tra cui quello delineato dalla legge n. 117 del 1988 in materia di responsabilità civile dei magistrati, costantemente ritenuta compatibile con il quadro costituzionale e funzionale alla tutela dell'indipendenza della magistratura.

Del resto, se l'ordinamento prevede pacificamente che il magistrato, nell'esercizio di una funzione essenziale, risponda entro un circuito di responsabilità mediata e quantitativamente limitata (peraltro in modo ben più significativo) appare meno chiaro perché l'attenuazione della responsabilità del funzionario pubblico debba essere guardata con particolare sospetto[67]. Non può, peraltro, trascurarsi che la valutazione della legittimità dei limiti al *quantum debeatur* dovrebbe essere svolta considerando che i funzionari pubblici non operano come operatori economici individuali che agiscono nel proprio interesse, ma come soggetti inseriti stabilmente in un apparato amministrativo complesso, nell'ambito del quale esercitano funzioni nell'interesse della collettività. Ciò ci induce a ritenere che introdurre meccanismi di limitazione della responsabilità amministrativa non è di per sé incompatibile con i principi costituzionali evocati dal Giudice rimettente.

Più che dubitare della legittimità costituzionale della scelta di attenuare la responsabilità del funzionario pubblico, occorrerebbe verificare se la riforma, nel suo complesso, realizzi lo sperato bilanciamento tra la tutela dell'erario e l'esigenza di evitare fenomeni di amministrazione difensiva.

3.4. Il sequestro preventivo e il mancato coordinamento con i nuovi limiti di responsabilità.

Tra le criticità meno evidenti, ma potenzialmente rilevanti sul piano applicativo, vi è il mancato coordinamento tra i nuovi limiti al *quantum* della responsabilità amministrativa e la disciplina delle misure cautelari nel giudizio contabile[68].

La riforma, pur imponendo la riduzione dell'addebito entro il limite del 30 per cento del danno accertato e prevedendo, inoltre, un ulteriore tetto parametrato alla

danno: 1) il mancato soddisfacimento del bene-interesse, individuale o collettivo, al quale era funzionale il prelievo fiscale e il relativo impiego della risorsa pubblica sprecata; 2) il costo della malagestio*, che rimarrebbe in larga parte a carico del soggetto pubblico danneggiato*». Più di recente, in tal senso si è espressa anche Corte Conti – Sez. Giur. Toscana con ordinanza n. 28/2026, sollevando questione di legittimità costituzionale.

[67] Non a caso l'attenuazione della responsabilità è stata proposta anche dalla stessa Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 132/2024, che ha riconosciuto che il fenomeno della c.d. burocrazia difensiva, alimentato dall'incertezza applicativa della colpa grave e dalla percezione di un eccesso di deterrenza, rischia di compromettere non solo il buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost., ma anche altri rilevanti interessi costituzionali. È stata proprio la Corte a sollecitare il legislatore a una riforma organica della materia, individuando espressamente, tra le possibili soluzioni, l'attenuazione della responsabilità mediante gli strumenti poi recepiti nella riforma.

[68] Le misure cautelari nel giudizio contabile sono disciplinate agli artt. 73 e 74 del D.lgs. n. 74/2016.

ISSN 2036-7821

retribuzione o al compenso percepito dal responsabile, non presenta modifiche alla disciplina del sequestro conservativo prevista dal codice di giustizia contabile, che continua a rinviare ai principi e alle regole del codice di procedura civile, ove il sequestro è parametrato alla misura della pretesa azionata, senza ovviamente tener conto dei nuovi limiti introdotti dalla legge n. 1 del 2026 alla futura condanna[69].

Da qui un'evidente asimmetria tra la fase cautelare e la fase di merito nel giudizio contabile.

Il Pubblico Ministero continua, infatti, a poter richiedere misure conservative commisurate all'intero danno contestato, mentre il Giudice, all'esito del giudizio, potrebbe essere tenuto per legge a pronunciare una condanna notevolmente inferiore.

La questione assume particolare rilievo ove si consideri che il sequestro conservativo rappresenta spesso il momento maggiormente temuto dal soggetto sottoposto ad indagine. Il congelamento di conti correnti, immobili e altri beni patrimoniali produce effetti immediati e particolarmente gravosi, ben prima dell'accertamento definitivo della responsabilità.

Proprio per tale ragione, sarebbe stato opportuno che la riforma avesse introdotto un espresso coordinamento tra la misura cautelare e il possibile esito del giudizio, prevedendo quantomeno che, nei casi di responsabilità per colpa grave, il sequestro preventivo non potesse eccedere l'importo astrattamente conseguibile in sede di condanna. Se il legislatore ha ritenuto che, salvo il dolo e l'illecito arricchimento, il danno risarcibile debba essere contenuto entro il limite del 30 per cento del pregiudizio accertato e comunque entro i nuovi tetti introdotti dalla riforma, risulta difficilmente giustificabile il permanere di misure cautelari parametrate all'intero danno contestato.

La criticità diventa ancor più evidente alla luce della prassi maturata negli anni, in cui non sono mancati casi nei quali le misure cautelari hanno interessato patrimoni di valore complessivo addirittura superiore all'importo della pretesa azionata dal PM contabile.

A parere di chi scrive, infatti, non dovrebbe trascurarsi che il sequestro conservativo dovrebbe costituire uno strumento eccezionale, volto alla conservazione della garanzia patrimoniale in ipotesi conclamate di tentativi di fraudolenta dispersione del patrimonio.

Ed è proprio su questo profilo che la riforma manca di un aspetto essenziale. La c.d. paura della firma, frequentemente evocata quale principale *ratio* della riforma in parola, non scaturisce soltanto dall'immaginare una condanna definitiva, destinata eventualmente a intervenire soltanto dopo anni di processo. Nella percezione degli

[69] Il sequestro conservativo nel giudizio di responsabilità amministrativa non è predeterminato in misura o quantità dalla legge, ma è disposto nei limiti del danno erariale per cui si procede, secondo criteri di proporzionalità e adeguatezza, con rinvio alla disciplina del codice di procedura civile dall' art. 669 *duodecies* e ss.

ISSN 2036-7821

amministratori e dei funzionari pubblici, il timore maggiore coincide piuttosto con l'adozione delle misure cautelari patrimoniali, in assenza di un reale contraddittorio, idonee a incidere immediatamente sulle disponibilità quotidiane, soprattutto quando si è prossimi al pensionamento e la propensione al rischio è in fase calante.
In definitiva, il legislatore ha agito sull'esito finale del giudizio contabile riducendo il *quantum* della condanna, ma senza intervenire sul momento che più direttamente condiziona la serenità decisionale del funzionario. Il rischio è dunque quello di una riforma pressoché parziale che, nell'intento di assicurare un esito finale sicuramente più positivo, ha però lasciato sostanzialmente immutato lo strumento a mezzo del quale la Procura contabile frequentemente "esordisce" e che, nella prassi, è spesso percepito come il più devastante.

3.5. L'assicurazione obbligatoria e il ruolo della compagnia nel processo contabile: profili problematici.

Con l'introduzione dell'obbligo assicurativo, la riforma completa un percorso già avviato con la nuova definizione della colpa grave e con l'introduzione dei tetti risarcitori. La particolarità della modifica *de quo* potrebbe essere così spiegata: mentre gli altri istituti poc'anzi citati riformulano i presupposti e l'entità della responsabilità, l'obbligatorietà dell'assicurazione interviene sul versante dell'effettiva sopportazione del danno, con il risultato che il relativo responsabile potrebbe non essere chiamato a sostenere direttamente le conseguenze economiche del proprio agire.
Per un certo verso sembrerebbe un cambio di rotta rispetto al passato, in cui il sistema contabile ha cercato un punto di equilibrio tra la tutela delle finanze pubbliche e l'effetto deterrente della responsabilità personale dell'agente[70]. Difatti, una simile scelta legislativa può trovare giustificazione nell'esigenza di contrastare la c.d. Amministrazione difensiva e di favorire l'assunzione di decisioni in situazioni di elevata complessità tecnica e organizzativa.
Tanto chiarito, occorre sempre ricordare che il funzionario pubblico non opera nel proprio interesse né persegue finalità proprie alla stregua di un imprenditore, ma agisce per il perseguimento di interessi pubblici, in un apparato organizzativo complesso e in presenza di vincoli normativi particolarmente articolati. Non è irragionevole, dunque, la previsione di strumenti di maggior garanzia patrimoniale.
Permangono tuttavia e, secondo alcuni, talune perplessità.
In primo luogo, la progressiva attenuazione della responsabilità personale nella sua

[70] Il ruolo delle assicurazioni sulla responsabilità dei dipendenti pubblici è da sempre oggetto di studio condotto sulla burocrazia difensiva, considerata quest'ultima come l'effetto paralizzante (*chilling effect*) prodotto dai sistemi di responsabilità per danni, che può indurre i funzionari a collocarsi oltre il livello socialmente ottimale di precauzione. Cfr. J. DE MOT, G.M. FAURE, *Public authority liability and the chilling effect, in Tort Law Review*, 2014, 22, p. 120.

ISSN 2036-7821

funzione prettamente deterrente[71]. In altri termini, se il danno risarcibile viene limitato, se la colpa grave viene circoscritta e se il relativo importo può essere coperto anche da assicurazione, il sistema tende inevitabilmente ad allontanarsi dal modello originario fondato sulla responsabilità più diretta (e incisiva) del soggetto agente[72].

Sul punto, un aspetto da non sottovalutare è però che la riforma non modifica l'imputazione dell'onere assicurativo, che continua a gravare direttamente sul soggetto che assume l'incarico e non sull'Amministrazione di appartenenza. La novità consiste, piuttosto, nell'aver trasformato quella che fino ad oggi costituiva una scelta rimessa all'autonoma valutazione del funzionario in un obbligo *ex lege* di copertura assicurativa.

Stabilire detto obbligo, lasciandolo però a carico del funzionario pubblico, sembra più un modo per garantire l'erario, piuttosto che il funzionario, nelle ipotesi di condanne eccedenti la consistenza patrimoniale di quest'ultimo.

A ciò si aggiunga un ulteriore profilo problematico derivante dall'introduzione della compagnia assicuratrice quale litisconsorte necessario del giudizio contabile[73].

La presenza di un nuovo soggetto all'interno del processo, portatore di interessi autonomi e potenzialmente divergenti rispetto a quelli dell'Amministrazione e dello stesso convenuto danneggiante, potrebbe infatti determinare un significativo incremento della complessità del processo, introducendovi questioni prettamente attinenti alla polizza, ai limiti di copertura e all'individuazione del rischio assicurato[74].

Se, da un lato, tale previsione può essere letta come uno strumento di tutela processuale che consente alla compagnia di partecipare sin dall'origine

---

[71] Su tale criticità si richiama A. INDELICATO, *La copertura assicurativa del danno erariale: prospettive alla luce della riforma della responsabilita` amministrativo-contabile*", *in Riv. Corte dei Conti* n. 6/2025, pp. 275 ss. secondo cui «*la consapevolezza di essere coperti da una polizza assicurativa attenua ulteriormente l'effetto deterrente della responsabilita`, favorendo una concezione dell'errore amministrativo come evento fisiologico, privo di reali conseguenze individuali*».

[72] L. D'ANGELO e L. DE MARINIS, *La nuova responsabilità amministrativa, in Diritto e Conti*, 2026, par. 7., cit., ritengono che la prospettazione dell'obbligo assicurativo in capo ai dipendenti e amministratori pubblici incaricati di gestire pubbliche risorse condurrebbe ad un «*eccesso di tutela degli stessi*».

[73] In contrapposizione alla riforma, il codice di giustizia contabile, all'art. 83, preclude la chiamata in causa del terzo per ordine del Giudice nel giudizio di responsabilità amministrativa.

Tuttavia, il Giudice contabile si è pronunciato sul tema ed in particolare ha affermato che, tenuto conto del richiamo posto dall'art. 6, comma 1 della L. 1/2026, la partecipazione delle compagnie assicuratrici dei convenuti ai giudizi contabili deve essere applicata anche ai giudizi pendenti, in deroga al divieto di cui all'art. 83 c.g.c., con la conseguenza che i convenuti, ai sensi degli artt. 1917, quarto comma, c.c. e 269 c.p.c., provvedano alla chiamata in causa delle Società di assicurazione; (così, Corte Conti, Sez. Giur. Campania, Ord. n. 15/2026).

Allo stesso modo Corte Conti – Sez. Giur. Abruzzo, ord. n. 2/2026, con la quale il Collegio ha assegnato nuovo termine alle parti ai fini dell'integrazione del contraddittorio con le compagnie assicuratrici.

[74] All'indomani dell'entrata in vigore della legge Foti, Corte Conti, con parere n. 4/2025/CONS, cit., ha osservato che «*l'obbligo assicurativo rischia di essere potenzialmente in contrasto con il principio di proporzionalita` e con il diritto al giusto trattamento economico (art. 36 Cost.). Inoltre, l'evocazione in giudizio di un soggetto privato, quale litisconsorte necessario, potrebbe alterare la personalita` tipica del giudizio di responsabilita` (artt. 100, 103, 108 Cost.), nonché comportare un allungamento dei tempi processuali laddove dovessero insorgere questioni attinenti al rapporto contrattuale instaurato tra l'assicurato e l'assicuratore, sottratto al giudice contabile*».

ISSN 2036-7821

all'accertamento della responsabilità, e al funzionario di vedersi affiancato nella sventura del processo, dall'altro, solleva perplessità significative in materia di giurisdizione.

Il pomo della questione riguarda l'ampiezza del potere del giudice contabile sul rapporto assicurativo. Ci si deve infatti domandare se la partecipazione necessaria dell'assicuratore comporti anche la possibilità per la Corte dei Conti di pronunciarsi su tutto ciò che concerne la polizza, le clausole di esclusione della garanzia, le eventuali decadenze o, più in generale, le eccezioni che da sempre costituiscono oggetto di cognizione del Giudice Civile. Il Giudice Contabile, come noto, non ha giurisdizione sul rapporto assicurativo che, si badi, non è una materia di contabilita` pubblica ai sensi dell'art. 103 Cost.[75] e continua a rimanere disciplinato dalle regole del diritto privato e devoluto, per le relative controversie, alla cognizione ordinaria[76].

Ne consegue che, pur assumendo la qualità di litisconsorte necessario, l'impresa assicuratrice si trova a partecipare ad un giudizio nel quale non può far valere, almeno con efficacia piena, le principali eccezioni inerenti al contratto di assicurazione, ed il convenuto per converso non può ottenere una pronuncia definitiva sulla stessa operatività della garanzia. Le questioni relative alle clausole di esclusione del rischio, le decadenze o l'interpretazione della polizza rimangono, infatti, devolute a una diversa sede, con la conseguenza che il coinvolgimento dell'assicuratore nel processo contabile rischia di non eliminare il successivo contenzioso civile, ma soltanto di produrre nel giudizio contabile un evidente aggravio di tempi e costi processuali[77].

Ove si ritenesse, come è giusto che sia, che la Corte dei Conti possa conoscere incidentalmente di tali questioni senza efficacia di giudicato, la presenza dell'assicuratore rischierebbe di assumere una funzione meramente partecipativa, senza poter offrire una risposta definitiva sul tema della copertura del rischio.

Se, viceversa, si ammettesse una cognizione piena del rapporto assicurativo, si porrebbero inevitabili conflitti di giurisdizione, suscettibili di alimentare ulteriori contenziosi dinanzi alla Corte di Cassazione e ritardare proprio quell'accertamento della copertura assicurativa che la riforma sembra voler agevolare con lo stabilire il

[75] L'art. 103, secondo comma, Cost. attribuisce alla Corte dei Conti la giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge.

[76] I rapporti assicurativi sono disciplinati dagli artt. 1900 e ss. c.c.. Per un raffronto con la disciplina civilistica, si vedano gli approfondimenti di A. BULLO, *L'assicurazione della nuova responsabilita` amministrativa per danno erariale. Note critiche in tema di allocazione del rischio e profili processuali, in www.giustamm.it*, n. 2/2026; F. VENTURINI, *L'obbligo di assicurazione dei gestori di risorse pubbliche, in www.lexitalia.it*, 2026.

[77] In tal senso anche Corte Conti – Sez. Giur. Lombardia, con la sentenza n. 41/2026, ha ritenuto che l'introduzione del *litisconsortio* necessario di cui all'art. 2, comma 4 *bis*, L. n. 20/1994, rappresenta «*un'estensione del tutto eccentrica della giurisdizione contabile nei confronti di soggetti (le compagnie di assicurazione) che nulla hanno a che vedere con la Pubblica Amministrazione o con la gestione di risorse pubbliche, e che, in generale, non sono in rapporto di servizio con la Pubblica Amministrazione: la norma deve essere considerata, per tali motivi, "eccezionale" e dunque di stretta interpretazione*».

ISSN 2036-7821

coinvolgimento processuale della compagnia.
Inoltre, ad avviso di chi scrive, permane un'altra importante criticità.
La presenza dell'assicuratore nel processo non necessariamente coincide con un rafforzamento della posizione del convenuto. Occorre considerare che l'impresa assicuratrice persegue un interesse autonomo rispetto a quello dell'assicurato e potrebbe essere indotta a sostenere una ricostruzione dei fatti volta a escludere l'operatività della garanzia. Si pensi all'ipotesi in cui la compagnia abbia interesse a prospettare una condotta dolosa anziché gravemente colposa, posto che il dolo, ai sensi dell'art. 1900 c.c., resta normalmente estraneo alla copertura assicurativa.
Anche questa volta l'effetto paradosso vuole che il coinvolgimento dell'assicurazione sin dalle prime battute del processo contabile, voluto dal legislatore per affiancare, allo sventurato funzionario, il soggetto in teoria chiamato a "coprirlo" sollevandolo dalla responsabilità patrimoniale, si traduca nella presenza di un insidioso accusatore che, paventando questioni attinenti alla copertura assicurativa, finisce per usurpare il ruolo di contraddittore circa la definizione degli elementi soggettivi della condotta.
Infine, la disciplina presenta un'ulteriore lacuna nella misura in cui non prevede l'adozione di disposizioni attuative volte a regolarne la corretta applicazione. Rimangono finora prive di una specifica regolamentazione questioni di rilievo pratico, quali le possibili sanzioni nel caso di violazione dell'obbligo assicurativo, i requisiti minimi e la durata delle coperture, i massimali, le clausole essenziali e i criteri di determinazione dei premi. Né la riforma attribuisce espressamente all'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni (IVASS) poteri regolatori o di vigilanza specificamente riferiti alla nuova ipotesi di copertura assicurativa.

3.6. La *compensatio lucri cum damno*: un'occasione mancata.

Tra gli aspetti sui quali il legislatore avrebbe potuto intervenire per rendere maggiormente coerente il nuovo impianto della responsabilità amministrativa merita di essere richiamata anche la *compensatio lucri cum damno*[78].
L'istituto presenta una natura particolarmente complessa, essendo nato nell'ambito del diritto civile e progressivamente accolto anche nel giudizio amministrativo[79].

[78] L'istituto della *compensatio lucri cum damno* è disciplinato all'art. 1, comma 1-*bis*, della legge n. 20 del 1994, secondo cui «[n]*el giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione di appartenenza, o da altra amministrazione, o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità*».

[79] Non a caso la dottrina ha descritto il diritto amministrativo come un «diritto meticcio»: così S. CASSESE, *Le droit tout puissant et unique de la societé. Paradossi del diritto amministrativo, in Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2009, pp. 886 e ss..

Sia inoltre consentito rinviare a S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo, Decostruire concetti per ordinare frammenti*, 2014, Giappichelli Editore, p. 5. ove il diritto amministrativo è stato definito come il «*frutto di un'unione turbolenta tra diritto privato e diritto amministrativo che costringe a riflettere sulla solidità dei più elementari strumenti di lavoro del giurista*».

M. SANTISE, *Aliunde perceptum e compensatio lucri cum damno*, Relazione tenuta all'incontro di studi studi "*Risarcimento del danno e tecniche di liquidazione nel giudizio civile e nel giudizio amministrativo*", svolto presso il Tar

La riforma ha lasciato inalterati i dubbi di sempre sulla natura dell'effetto vantaggioso, derivante dalla condotta contestata, che debba o possa essere computato in detrazione rispetto a quanto dovuto dal danneggiante a titolo di risarcimento.

La giurisprudenza continua, infatti, ad ancorare la *compensatio* ad una concezione essenzialmente economico-patrimoniale del vantaggio[80], svolgendo una comparazione per così dire statica della situazione patrimoniale dell'Amministrazione prima e dopo la condotta contestata, escludendo, nella maggior parte dei casi, l'utilità indiretta che quella stessa condotta ha prodotto per l'interesse pubblico.

Anche con la legge n. 1 del 2026, nulla è stato previsto in ordine ai criteri di individuazione dei vantaggi conseguiti dall'Amministrazione suscettibili di incidere sulla quantificazione del danno risarcibile.

La criticità emerge con particolare evidenza in materia di contratti pubblici, ove una delle principali direttrici è rappresentata proprio dalla valorizzazione del principio del risultato, oggi espressamente consacrato nel D. lgs. n. 36/2023 quale criterio

---

Lazio i giorni 11 e 12 ottobre 2016, consultabile sul sito *www.giustizia-amministrativa.it*., ha evidenziato che l'istituto della *compensatio*, nato in sede civile, va valutato «*per come è trattato nel diritto privato*» anche alla luce del fatto che il Giudice Amministrativo non può giudicare questioni inerenti al risarcimento del danno senza avere ben chiari gli strumenti di diritto civile, dovendo considerare che, prima della storica sentenza n. 500 del 1999, il risarcimento del danno era di competenza esclusiva del Giudice ordinario.

[80] La giurisprudenza offre una lettura restrittiva dell'art. 1 L. n. 20/1994 e ancorata ai criteri civilistici della *compensatio lucri cum damno*, richiedendo, per l'applicazione di detto principio, che danno e vantaggio siano conseguenza del medesimo fatto/comportamento, quali effetti contrapposti e ciò sebbene la valutazione dell'*utilitas* debba poi essere fatta secondo i principi propri del settore (*ex multis*: Corte Conti – Sezioni Riunite sent. n. 5/1997; Sez. I App. n. 349/2017; Sez. II App. n. 736/2017; Sez. III App. n. 482/2016; Sez. II App. n. 204/2019; SS.RR. n. 24/2020; Sez. Giur. Campania, n. 540/2023). In particolare, la giurisprudenza maggioritaria esclude che la prestazione resa in difetto dei presupposti legislativi richiesti possa consentire l'ingresso dell'istituto della *compensatio*.

Ad esempio, Corte Conti, Sez. II Centrale di Appello, con sentenza n. 736/2017, ha sostenuto che «*l'erogazione della retribuzione di risultato implica la sussistenza del danno per un importo pari a quello liquidato. Sul punto è sufficiente rilevare che - in assenza dei presupposti legittimanti - ogni erogazione è illecita e produttiva di danno erariale, non essendo neppure ipotizzabile l'astratta possibilità di un diritto alla liquidazione di importi minori rispetto al livello massimo illecitamente riconosciuto*».

Ancora, Corte Conti, Sez. II Centrale di Appello, nella sentenza n. 645/2017 ha chiarito che «*l'erogazione di emolumenti non dovuti in costanza di prestazione lavorativa contrattualmente e puntualmente disciplinata sia in termini qualitativi, che quantitativi, non può mai condurre ad una valutazione ed alla remunerazione di vantaggi aggiuntivi ed ulteriori, restando evidentemente immutata la prestazione resa ed ogni "vantaggio" assorbito dalla pattuizione contrattuale che ne prevede l'adempimento. Per altro verso, se il giudice "deve tenere conto" dei vantaggi conseguiti, è anche vero che essi devono essere provati da chi ne deduce l'esistenza (Sez. II n. 1391/2016) e non bastando evidentemente -per restare al caso dedotto in giudizio- la mera prospettazione della aspettativa di un maggior valore della prestazione per legittimare la remunerazione di un risultato (Sez. I n. 420/2016, Sez. II 43/2016, Sez. Lazio n. 241/2017)*».

Più recentemente, Corte Conti, Sez. II Centrale di Appello, con sentenza n. 44/2024: «*Non v'è spazio - come chiede l'appellato - invece per darsi applicazione al principio della* compensatio lucri cum damno *come conseguente alle positive ricadute di immagine, turistiche ed economiche per l'intera comunità. Invero, il riconoscimento di un ritorno economico per l'ente locale scaturente dall'iniziativa di rinsaldamento del legame tra le due entità (il Comune e i "OMISSIS") svilirebbe le nobili finalità che la animano e che tali sono proprio perché scisse da una valutazione di convenienza o di utilità*».

ISSN 2036-7821

prioritario dell'azione amministrativa. Si pensi alle ipotesi in cui, pur in presenza di irregolarità procedimentali o di maggiori costi rispetto a quelli preventivati, l'Amministrazione abbia comunque ottenuto la realizzazione dell'opera nei tempi programmati, evitando la risoluzione del contratto, la necessità di indire una nuova procedura di gara e gli inevitabili maggiori oneri economici e temporali che ne sarebbero derivati[81].

Quando si è chiamati a giudicare la responsabilità di chi gestisce risorse pubbliche e a valutare la determinazione del relativo danno, non si può ignorare il risultato concretamente prodotto dall'Amministrazione, soprattutto quando quel risultato rappresenta la ragione per cui l'Amministrazione ha sostenuto quella spesa o assunto quella determinata decisione. Un ragionamento di questo tipo acquisisce, come si è detto, maggiore rilevanza soprattutto in tema di Contratti Pubblici, il cui Codice si mostra sempre più orientato a valorizzare il mantenimento dell'equilibrio sostanziale del rapporto contrattuale e il conseguimento del risultato[82], nonché a prediligere la reale *utilitas* sociale dell'opera o del servizio per la collettività. Se l'operato del funzionario pubblico, pur a fronte di una ipotetica violazione procedurale o di un incremento di spesa rispetto a quella originaria, ha garantito la tempestiva esecuzione dell'opera, scongiurato contenziosi paralizzanti o generato utilità economiche stabili per la collettività, tali elementi non possono essere ignorati.

Del resto, se lo stesso ordinamento chiede all'Amministrazione di perseguire il principio del risultato dell'azione amministrativa, v'è da domandarsi perché tale risultato debba essere trascurato nella successiva fase di accertamento della responsabilità di chi ha agito per conseguirlo.

In altri termini, riconoscere rilievo, ai fini della *compensatio lucri cum damno*, anche al concreto conseguimento dell'interesse pubblico non significherebbe legittimare *ex post* condotte illegittime, bensì consentire al giudice di valutare il pregiudizio erariale subito nella sua effettiva consistenza, tenendo conto di tutti gli effetti positivi causalmente riconducibili alla condotta contestata.

Anche la riforma del 2026 sembra aver perso un'importante occasione per offrire al Giudice contabile criteri normativi più puntuali.

È rimasta così irrisolta una questione a mio parere non marginale, ossia se il lucro compensabile debba continuare ad essere circoscritto ai soli vantaggi diretti ed

[81] Si vedano le considerazioni di M.A. SANDULLI, *La responsabilità erariale nel nuovissimo codice dei contratti pubblici*, *in Bilancio. Comunità. Persona*, 2025, pp. 20 ss.; F.G. SCOCA, *Prefazione*, *in* S. CIMINI, A. GIORDANO, *Commentario al Codice dei contratti pubblici. Aggiornato al Correttivo (d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209)*, Napoli, 2025, XX; A. CANCRINI, *La responsabilità amministrativo-contabile del RUP alla luce della nuova legge n. 1/2026, in Amministrativ@mente, 2026, Fascicolo speciale, La riforma della Corte dei conti – Legge n. 1/2026*, pp. 340 ss.

[82] Sul tema dell'equilibrio contrattuale nei contratti pubblici e della sua connessione con il principio del risultato, sia consentito rinviare a S. VINTI, *Art. 9. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, *in Commentario alla normativa sui contratti pubblici,* a cura di Alessandro Botto e Simone Castrovinci Zenna, Giappichelli, 2024; S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva* in *Federalismi.it*, fascicolo 24/2023, pp. 240 e ss; S. VINTI, *L'implosione del riequilibrio contrattuale*, *in Federalismi.it*, fascicolo n. 8/2025, pp. 188 e ss.

economicamente quantificabili ovvero possa comprendere anche il conseguimento effettivo dell'interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione, eventualmente a costi inferiori rispetto a quelli che sarebbero conseguiti ad una scelta alternativa rispetto a quella sindacata.
Insomma, la legge ha certamente modificato in buona parte la responsabilità amministrativa[83], ma alcuni aspetti ad essa strettamente connessi – quali la *compensatio* – continuano a essere letti secondo categorie proprie del vecchio modello, ovverosia nella totale indifferenza del risultato.

4. Conclusioni: la legge Foti tra esigenze di semplificazione e rischio di elusione.
Le considerazioni sin qui svolte consentono di cogliere il significato più autentico della riforma.
Aldilà delle singole novità, emerge il tentativo del legislatore di ripensare il punto di equilibrio tra la tutela dell'erario e l'esigenza di restituire ai funzionari pubblici uno spazio decisionale meno condizionato dal famigerato timore della responsabilità.
Si può dire che la legge Foti rappresenti, nel complesso, uno dei più importanti interventi in materia di responsabilità amministrativa degli ultimi decenni. L'abbandono di una concezione della responsabilità erariale prevalentemente orientata alla massima tutela dell'erario, in favore di un modello maggiormente attento alla serenità dell'azione amministrativa è il frutto di una scelta legislativa destinata ad incidere profondamente sul rapporto tra l'Amministrazione, i suoi funzionari e la giustizia contabile.
L'intervento normativo è condivisibile nella misura in cui tenta di perimetrare la responsabilità amministrativa entro confini maggiormente prevedibili, attraverso la tipizzazione della colpa grave, la limitazione al *quantum* della condanna, la modifica della disciplina della prescrizione e l'introduzione di strumenti volti a ridurre l'esposizione patrimoniale dell'agente pubblico.
Tuttavia, la disamina delle singole disposizioni ha permesso di evidenziare come il percorso riformatore sia rimasto, almeno in parte, incompiuto. Molte delle novità si accompagnano, infatti, a problemi di coordinamento con istituti preesistenti e si traducono in disposizioni normative suscettibili di differenti, tanto distorte quanto prevedibili, letture interpretative inevitabilmente affidate al Giudice che, mai come oggi, è chiamato a valutare la responsabilità del funzionario alla luce dei principi di ragionevolezza e di efficienza che governano l'azione amministrativa. Le questioni concernenti la disciplina transitoria, il rapporto tra l'assicurazione obbligatoria e la giurisdizione contabile, il mancato adeguamento delle misure cautelari ai nuovi limiti della responsabilità, la perdurante incertezza sulla *compensatio lucri cum damno*, il limite quantitativo alla risarcibilità del danno a confronto con il cosiddetto doppio

[83] Anche in omaggio al principio del risultato.

ISSN 2036-7821

binario dimostrano come il legislatore abbia avviato un processo di riforma, lasciando però lacune evidenti.

Se la responsabilità amministrativa intende realmente evolvere verso un modello orientato al risultato, anche gli istituti che la caratterizzano dovranno essere riletti in maniera coerente con il nuovo impianto normativo.

La questione, inoltre, trascende la sola disciplina della responsabilità amministrativa in senso stretto. Essa investe il più ampio rapporto tra politica, società e Amministrazione. Negli ultimi anni il legislatore è stato spesso chiamato a intervenire con disposizioni sempre più specifiche e dettagliate, volte a predeterminare il contenuto dell'agire amministrativo e a ridurre gli spazi di discrezionalità del funzionario. Questa propensione ha risposto, in larga misura, all'esigenza di contenere il rischio di responsabilità, ma talvolta ha prodotto l'effetto collaterale di un impoverimento della capacità decisionale della Pubblica Amministrazione.

Il superamento di questa dinamica perversa richiede, probabilmente, un cambiamento culturale ancora prima che normativo. Recuperare fiducia nei confronti di chi esercita funzioni pubbliche non significa attenuare le garanzie di legalità né ridurre gli strumenti di controllo, ma riconoscere che un'Amministrazione chiamata a raggiungere dei risultati non può operare in un contesto nel quale ogni scelta un po' più innovativa sia percepita come un rischio personale sproporzionato.

Il diritto, del resto, non è una scienza naturale, ma una scienza sociale, che ha a che fare con le persone, chiamate quotidianamente ad assumere decisioni complesse nell'interesse della collettività, e con il loro destino. Per questa ragione, laddove non sia sufficiente l'equilibrio dell'interprete, diventa essenziale la chiarezza del legislatore.

Per tale ragione, una riforma più organica e soprattutto meno timida avrebbe probabilmente consentito di accompagnare questo cambio di rotta con strumenti più chiari e con un più proficuo coordinamento dell'intero sistema.

La legge n. 1 del 2026 è, senza dubbio, un passo nella giusta direzione, ma non ancora il punto di arrivo. Piuttosto, costituisce il punto di partenza di un percorso destinato a proseguire, nel quale sarà la giurisprudenza, prima ancora di eventuali ulteriori interventi legislativi, a verificare se il nuovo equilibrio tra responsabilità, buon andamento e principio del risultato saprà realmente tradursi in un'Amministrazione più efficiente, responsabile e meno condizionata dalla paura della firma.

Nella consapevolezza che l'inerzia dell'Amministrazione nel suo complesso arreca al Paese danni di gran lunga superiori al mancato recupero in sede erariale dei singoli pregiudizi economici eventualmente conseguenti al "fare".

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il contributo della scuola napoletana di diritto finanziario. Appunti su una polemica di vent'anni fa

di **Fiorenzo Liguori**

(Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II)

Sommario

1. Una polemica di venti anni fa. – 2. Il diritto finanziario, il metodo e le "scuole". – 3. Metodo giuridico e altri saperi. – 4. La teoria griziottiana dell'interpretazione funzionale e la critica di Abbamonte. – 5. La "scuola" napoletana alla ricerca di "una rigorosa posizione equilibrata che non eccede nel ricorso all'economia e non l'ignora". – 6. Le scuole, gli ambienti e le persone.

Abstract

The reason why an administrative expert from the Neapolitan environment was called to speak about the Neapolitan school of financial law and the contribution it has given to this branch of law can perhaps be understood by mentioning two names: Oreste Ranelletti and Giuseppe Abbamonte, two illustrious scholars of the early and late twentieth century, who were scholars of both administrative law and financial law, embodying at the highest dogmatic levels the contiguity between the two disciplines, which can even be depicted as the budding of the other, although, even on this aspect, there is not full agreement..

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

ISSN 2036-7821

1. Una polemica di venti anni fa.

La ragione per la quale un amministrativista di ambiente napoletano è stato chiamato a parlare della scuola di diritto finanziario partenopea e del contributo che essa ha dato a questa branca del diritto si può forse intuire facendo due nomi: Oreste Ranelletti e Giuseppe Abbamonte, due illustri studiosi del primo e del secondo Novecento, che sono stati cultori sia del diritto amministrativo che del diritto finanziario, incarnando ai massimi livelli dogmatici la contiguità tra le due discipline, che si possono perfino raffigurare l'una come la gemmazione dell'altra, per quanto, anche su questo profilo, non vi sia piena concordanza.

Del resto, se posso riferire di una mia personale esperienza, una ventina di anni orsono, quando mi occupai di raccogliere gli scritti in onore di un altro grande studioso fridericiano di diritto pubblico e amministrativo, Vincenzo Spagnuolo Vigorita, non un finanziarista ma un giuseconomista, pioniere del diritto pubblico dell'economia, uno dei primi contributi che mi pervennero fu quello di Andrea Amatucci. Quel contributo, che riprendeva il saggio appena pubblicato su *Diritto e pratica tributaria* (2005) con il titolo *La questione metodologica tra teoriche vecchie e nuove e l'autonomia scientifica del diritto tributario*, recava il seguente titolo: *La scuola napoletana di diritto finanziario ispirata da Oreste Ranelletti*[1].

Lo scritto, che corrisponde grosso modo anche al primo capitolo dell'edizione del 2004 del fondamentale volume di Amatucci *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, contiene, in più, tra l'altro, anche la replica di Amatucci alle obiezioni ricevute da Gaspare Falsitta nell'ambito del dibattito originato proprio dalla ricostruzione, in quel primo capitolo operata, della evoluzione del pensiero giuridico finanziario. Un dibattito molto vivace che arrivò a raggiungere vette polemiche non proprio usuali, almeno nella contemporaneità[2].

È stato davvero interessante immergersi in questa polemica un po' d'altri tempi, dalla quale emergono con nitore anche le personalità, diversissime, degli studiosi che ne furono protagonisti.

La polemica esplode in quegli anni centrali del primo decennio di questo secolo ma, come scrive Amatucci nel 2005, si tratta della riaccensione di "un interessante dibattito che da mezzo secolo covava sotto le ceneri, pur costituendo lo studio del metodo una delicatissima questione preliminare, la quale condiziona ogni ricerca giuridica"[3].

---

* *Lo scritto riprende la relazione tenuta in occasione della Giornata di studi su "*Il pensiero di Andrea Amatucci (1938-2025) tra finanza pubblica e diritto tributario*", Università Federico II, Napoli,24 aprile 2026*

[1] A. AMATUCCI, *La questione metodologica tra teoriche vecchie e nuove e l'autonomia scientifica del diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2005, I, 255 ss.; ID., *La scuola napoletana di diritto finanziario ispirata da Oreste Ranelletti*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, vol. I, Napoli, 2007, 29 ss.

[2] A. AMATUCCI, *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, 7ª ed., Napoli, 2004, spec. cap. I.

[3] A. AMATUCCI, *La questione metodologica*, cit., 255.

ISSN 2036-7821

Chi vuole conoscere qual è stato il contributo degli studiosi napoletani al diritto finanziario non ha che da andare a rileggere quel pregevole saggio di Amatucci. Il mio intervento ha una portata più limitata: ricostruire quella polemica e accennare a qualche riflessione che la ricostruzione di quell'ormai lontano dibattito ha favorito e dal quale si ricavano elementi, spero non del tutto insignificanti, sul contributo della scuola napoletana al diritto finanziario e all'affinamento del metodo giuridico nello studio della finanza pubblica, e, più in generale, dell'organizzazione e del funzionamento dei pubblici poteri e del rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione.

Le tappe principali di questo acceso dibattito, articolato in almeno una dozzina di interventi, anche di altri studiosi oltre ad Amatucci e Falsitta (Ferlazzo Natoli, d'Amati, Abbamonte), si possono, in ordine cronologico, così riepilogare:

2004 – A. Amatucci, *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, 7ª ed.[4]

2004 – L. Ferlazzo Natoli, *La Scuola finanziaria napoletana e la genesi del Diritto finanziario* (con replica di Gaspare Falsitta)[5].

2004 – G. Falsitta, *La sistemazione del diritto finanziario nella coeva opera di O. Ranelletti e di A.D. Giannini e la data di nascita della "scuola" finanziaria napoletana*[6]. In polemica aperta con Amatucci e Ferlazzo Natoli, come già il titolo testimonia.

2005 – A. Amatucci, *La questione metodologica tra teoriche vecchie e nuove e l'autonomia scientifica del diritto tributario*[7].

2005 – G. Falsitta, *Saggio dialettico sullo svolgimento della ricerca e sull'insegnamento del diritto tributario in Italia*[8].

2005 – G. Abbamonte, *Sul diritto finanziario e tributario. In margine ad una polemica*[9]. Si accenna allo scritto di Falsitta in polemica con Ferlazzo Natoli.

2006 – N. d'Amati, *Le nuove partizioni del diritto dopo le Costituzioni europee dell'Ottocento*[10].

2007 – A. Amatucci, *La scuola napoletana di diritto finanziario ispirata da Oreste Ranelletti*, negli *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*[11].

2007 – A. Amatucci, *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, 8ª ed.[12]

---

[4] A. Amatucci, *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, 7ª ed., cit.

[5] L. Ferlazzo Natoli, *La Scuola finanziaria napoletana e la genesi del Diritto finanziario (con replica di Gaspare Falsitta)*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, 951 ss.

[6] G. Falsitta, *La sistemazione del diritto finanziario nella coeva opera di O. Ranelletti e di A.D. Giannini e la data di nascita della "scuola" finanziaria napoletana*, *ivi*, 2004, I, 959 ss.

[7] A. Amatucci, *La questione metodologica*, cit.

[8] G. Falsitta, *Saggio dialettico sullo svolgimento della ricerca e sull'insegnamento del diritto tributario in Italia*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, I, 1281 ss.

[9] G. Abbamonte, *Sul diritto finanziario e tributario. In margine ad una polemica*, in *Dir. prat. trib.*, 2005, I, 249 ss.

[10] N. d'Amati, *Le nuove partizioni del diritto dopo le Costituzioni europee dell'Ottocento*, in *Dir. prat. trib.*, 2006, I, 1155 ss.

[11] A. Amatucci, *La scuola napoletana*, cit.

[12] A. Amatucci, *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, 8ª ed., Napoli, 2007.

ISSN 2036-7821

Queste le tappe della polemica vera e propria, ma le radici del dibattito sono più risalenti, a partire almeno dagli scritti del 1999 di Amatucci sull'insegnamento del diritto finanziario e di d'Amati sull'insegnamento del diritto tributario, ai quali replicherà Falsitta l'anno dopo (*Osservazioni sulla nascita e lo sviluppo scientifico del diritto tributario in Italia*). Va ancora segnalato, in particolare, anche l'importante studio di d'Amati, pubblicato nel 2002 nell'*Enciclopedia del diritto*, su *La formazione del diritto tributario in Italia. Profili istituzionali*[13].

2. *Il diritto finanziario, il metodo e le "scuole".*

La discussione investe essenzialmente due temi, che vanno certamente distinti anche se spesso si sovrappongono.

Il primo tema può riassumersi nella domanda: "Che cos'è il diritto finanziario e in che rapporto si pone rispetto al diritto tributario e alla scienza delle finanze?". E la polemica si estende anche alla questione di chi ne abbia fatto per primo oggetto di trattazioni scientifiche.

Il secondo tema si può sintetizzare anch'esso in una domanda: "Qual è il metodo più corretto ed efficace per lo studio di questa branca del diritto?". E, anche in questo caso, la polemica si estende alla questione di chi per primo lo abbia praticato.

Ma c'è pure un terzo profilo, connesso ai primi due, che attiene alla questione delle scuole.

In cosa consiste una scuola? Quando si può individuare un gruppo, una comunità di studiosi con caratteristiche tali da dar vita ad un tale fenomeno associativo?

La diversità di vedute al riguardo si apprezza già guardando al diverso modo in cui i protagonisti di questa discussione utilizzano questo termine: alcuni usano la maiuscola e altri no, e c'è anche chi si cautela con l'uso delle virgolette.

Sono aspetti che, come dicevo, tendono a sovrapporsi: è, in particolare, piuttosto evidente che dalla risposta al primo quesito discendano conseguenze importanti anche per dare risposta al secondo. Se il diritto finanziario deve occuparsi anche di economia e di finanza, allora un approccio multidisciplinare è necessario e ineludibile, ma è fondamentale il come l'indagine venga condotta.

È una questione di misura, di limiti. Come osserva Amatucci, la differenza tra Griziotti e Ranelletti, entrambi consapevoli della rilevanza degli aspetti pregiuridici, sta nella corretta collocazione logica e scientifica dei fenomeni economici e finanziari rispetto all'indagine giuridica. Griziotti, ad avviso di Amatucci, aveva elaborato una concezione "integralista" del fenomeno finanziario, da esaminare contestualmente in

[13] A. AMATUCCI, *L'insegnamento del diritto finanziario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1999, I, 492 ss.; N. D'AMATI, *L'insegnamento del diritto tributario*, in *L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano. Atti del Convegno "I settanta anni di Diritto e pratica tributaria" (Genova, 2-3 luglio 1999)*, Padova, 2000, 127 ss.; G. FALSITTA, *Osservazioni sulla nascita e lo sviluppo scientifico del diritto tributario in Italia*, in *Rass. trib.*, 2000, 353 ss.; N. D'AMATI, *La formazione del diritto tributario in Italia. Profili istituzionali*, in *Dir. prat. trib.*, 2001, 3 ss.

ISSN 2036-7821

tutti i suoi aspetti. Per il caposcuola pavese[14] essenzialmente occorre essere finanzieri, cioè saper conoscere, saper aggredire il fenomeno finanziario nei suoi elementi essenziali, penetrare dunque le direttive politiche, la struttura giuridica e la funzione economica di esso. In ciò consiste, nella lettura di Amatucci, il metodo sincretico dal quale deriva il c.d. procedimento di interpretazione funzionale.

Ranelletti, invece, sempre secondo Amatucci, ha distinto il diritto finanziario dalla scienza delle finanze: anche il diritto finanziario ha ad oggetto il fenomeno finanziario, ma dal punto di vista giuridico e, dunque, della ricostruzione degli istituti giuridici che interessano la finanza pubblica avendo come riferimento le categorie della teoria generale allo scopo di ricondurre a sistema un ordito normativo complesso. La concezione di Ranelletti ha, dunque, avuto in comune con quella contemporanea, ma sincretica e integralista, di Griziotti la visione unitaria del fenomeno finanziario, ma si è distinta in quanto Ranelletti ha considerato la scienza economica base e presupposto per lo studio con metodo giuridico degli aspetti giuridici di quel fenomeno[15].

La questione, così posta, non sta, dunque, nel dare o negare rilevanza agli aspetti economici e finanziari, bensì nella individuazione del giusto posto dove collocare gli aspetti non giuridici di una questione giuridica, se accanto o, meglio, insieme a questa, ovvero a parte, prima, come si fa con le nozioni di altre scienze quando si interpreta una norma giuridica.

Secondo Amatucci il diritto finanziario viene dunque separato dal diritto amministrativo ad opera di Ranelletti, docente a Napoli, che getta così le basi per fargli assumere una autentica autonomia scientifica, che in seguito gli studi della scuola napoletana, ispirata da Ranelletti, gli conferiranno pienamente (D'Alessio, Ingrosso, Romanelli Grimaldi, Sica, Abbamonte), in parallelo, se così si può dire, con gli studi condotti da A.D. Giannini, che scrisse sia di diritto finanziario che di diritto tributario, anch'egli, secondo Amatucci, sotto l'influenza degli studi di Ranelletti[16].

Questo percorso da Ranelletti ad Abbamonte per Amatucci comproverebbe l'esistenza di una scuola, che studia con metodo giuridico il fenomeno finanziario distaccandosi in tal modo dalla visione sincretica di Griziotti.

Falsitta interviene per negare l'esistenza di una scuola napoletana di diritto finanziario, riconducendo a Benvenuto Griziotti, docente a Pavia negli anni Venti, il merito di aver fondato il diritto finanziario e di averlo studiato, senza alcuna confusione, a suo avviso, tra il profilo giuridico e il profilo economico. "C'è più confusione e mescolanza tra i due aspetti, per citare un solo esempio, nel *Diritto finanziario* di un giurista puro quale Ranelletti che nelle opere di Griziotti e di quanti ne seguirono l'insegnamento" e ancora "I saggi griziottiani di diritto tributario sono

[14] A. AMATUCCI, *La scuola napoletana*, cit., 37.
[15] A. AMATUCCI, *La scuola napoletana*, cit., 43.
[16] A. AMATUCCI, *La scuola napoletana*, cit., 52.

ISSN 2036-7821

condotti con metodo rigorosamente giuridico, senza mescolanza e farragine tra la normativa di diritto e le elaborazioni e costruzioni della scienza delle finanze"[17].
Ritorneremo su questa così radicale divergenza di vedute sul metodo teorizzato da Griziotti e su quello sperimentato da Ranelletti.
Intanto va aggiunto che Falsitta contesta anche la primazia di Ranelletti[18], che andrebbe almeno condivisa con A.D. Giannini, i cui studi, peraltro, sempre ad avviso di Falsitta, produrrebbero la dissoluzione del diritto finanziario, assorbito, per un verso, dal diritto tributario, e, per un altro, dalla contabilità di Stato, nella quale ricade la parte "non tributaria" del diritto finanziario[19].

3. *Metodo giuridico e altri saperi.*
Devo dire che la questione del primato o della primazia non è così interessante, almeno ai miei occhi, anche perché Falsitta riconosce un *ex aequo* tra i due ignari contendenti.
Interessano, invece, le questioni investite dal dibattito, ma non tanto quando viene incentrato sulla delimitazione delle discipline, sui confini precisi tra l'una e l'altra: non esistono discipline, ammonisce Karl Popper, esistono solo problemi da risolvere[20].
Interessa, e molto, la questione del metodo e specialmente il profilo metodologico più direttamente investito dalla discussione sull'autonomia del diritto finanziario e sulle scuole, e cioè il rapporto tra il diritto e gli altri saperi.
La questione del metodo ha avuto, secondo Luisa Torchia, "addirittura una valenza fondante", caratterizzandosi come una "opzione di definizione per separazione e differenza" non solo tra ciò che è proprio di ciascuna branca giuridica, ma soprattutto tra ciò che è giuridico e ciò che non lo è[21].
Quando si ragiona di metodo, è utile anzitutto ricordare che ci sono studiosi che si sono impegnati nel definire il metodo da applicare agli studi (Griziotti è fra questi) ed altri che non hanno ritenuto di esplicitare i fondamenti epistemologici dei loro studi, ma li hanno direttamente sperimentati. Ranelletti è tra questi ultimi, ed appare alquanto singolare che venga additato come il capo di una scuola, che si può definire "intermedia", nel senso che si colloca, per così dire, a metà strada tra la visione "formalistica" o "pura" e la visione "integrata".

[17] G. FALSITTA, *Osservazioni sulla nascita e lo sviluppo scientifico*, cit., 3.
[18] G. FALSITTA, *La sistemazione del diritto finanziario*, cit., 8.
[19] G. FALSITTA, *La sistemazione del diritto finanziario*, cit., 17.
[20] Il riferimento è a K.R. POPPER, *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, trad. it., Bologna, 1972, cap. II, ove si afferma che non siamo studiosi di materie, bensì di problemi, i quali possono attraversare i confini di qualsiasi disciplina.
[21] L. TORCHIA, *Introduzione*, in L. Torchia, E. Chiti, R. Perez, A. Sandulli (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, 2008, XIII ss., spec. XVII; il passo è richiamato anche da M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 347 ss., nt. 4.

In realtà, muovendo dalle poche parole dedicate al tema da Ranelletti nell'autobiografia (le materie economiche e politiche da insegnare considerate come "basi e presupposto" della materia giuridica) e più ancora ricavando dallo studio dei suoi scritti il percorso metodologico seguito ed il rapporto in cui pone l'indagine giuridica rispetto ad altri ordini scientifici, sono i suoi epigoni, in particolare Abbamonte ed Amatucci, ad avergli riconosciuto un tale ruolo[22].

Falsitta, per usare un eufemismo, non la vede allo stesso modo,. Ma di ciò dirò dopo.

Intanto appare chiaro dagli scarni riferimenti al metodo contenuti nelle opere di Ranelletti che l'orizzonte culturale nel quale egli si muove è quello della ricerca, anche per il diritto pubblico, di un sistema del tipo di quello elaborato dalla pandettistica tedesca: "Ma sarà possibile una teoria di questi atti amministrativi, come nel diritto privato è stata possibile la costruzione di una teoria generale dei negozi giuridici?"[23].

La visione propria della pandettistica ha "consumato da tempo la propria aura di perfezione scientifica", eppure contiene ancora qualche seme di verità[24].

La riflessione giuridica non da oggi scompone le vecchie categorie, "rendendole, da monolitiche che erano, prismatiche", perché il processo conoscitivo non si basa sull'individuazione di elementi che possano essere nuovamente assemblati, ma "sulla varianza fenomenologica e positiva delle nozioni e degli istituti" (con la conseguente loro trasformazione in mere "morfologie descrittive")[25].

Non è detto, però, che un approccio problematico di questo tipo debba di necessità sfociare nel descrittivismo ed impedire la riconduzione a sistema: un sistema, beninteso, non dato, non presupposto, ma prodotto dell'indagine stessa[26].

Per il diritto finanziario, del resto, più ancora che per altri rami del diritto, una apertura alle scienze non giuridiche è inevitabile. Il rischio può essere quello, già segnalato, di trasmodare nel descrittivismo, ma è innegabile che in questo ambito le categorie avalutative (*wertfrei*), avulse dalla realtà storica, albergano con più difficoltà. E che, dunque, un discorso scientifico adatto all'oggetto da studiare può affidarsi ancor meno che in altri ambiti alle astrazioni presupposte[27].

Nella teoria kelseniana l'opzione formalista e l'autonomia metodologica del diritto venivano accentuate al massimo grado, eludendo così le implicazioni della crisi dello Stato moderno e della statualità esclusiva del diritto attraverso la subordinazione del

---

[22] O. RANELLETTI, *Oreste Ranelletti nell'opera sua* (31 dicembre 1955), in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. I, Napoli, 1992.

[23] O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 7 ss., ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. III, Napoli, 1992, 37 ss., 38, richiamato da M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 347 ss.

[24] M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 348.

[25] L. TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1105 ss., spec. 1107 ss., come richiamata da M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 350 e nt. 6.

[26] A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 11 ss., spec. 16.

[27] Al riguardo, si veda A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*

ISSN 2036-7821

concetto di Stato alla logica del diritto "puro"[28]. Secondo Kelsen, l'esigenza di preservare il carattere autenticamente scientifico della scienza giuridica si pone come il fondamento della sua necessaria distinzione sia dalle "scienze dei fatti", come la sociologia, la psicologia, l'economia, sia da ogni influenza che potrebbe discendere da "dogmi" di natura etica o religiosa. La scienza giuridica viene concepita come scienza necessariamente normologica, limitata alla struttura logica delle norme e non estesa al loro contenuto e men che meno alla loro effettività[29].

Quando si parla di metodo nello studio del diritto pubblico è inevitabile fare riferimento a V.E. Orlando, lui sì, a differenza di Ranelletti, esplicito sulle questioni metodologiche ed ideatore di un metodo certamente meno puro di quello kelseniano, ma comunque centrato sulla necessità di una visione giuridica non appiattita su differenti ordini scientifici[30].

Orlando, a differenza di Kelsen, ritiene tuttavia necessaria la interrelazione tra i concetti propri dei diversi ordini scientifici: "Io non dico già che bisogna circondare il diritto di una specie di muraglia della China che escluda gelosamente e permalosamente la comunicazione con altri elementi di ordine scientifico diverso"[31]. Emblematiche di un tale atteggiamento più aperto rispetto al formalismo kelseniano sono, in particolare, la significativa rilevanza riconosciuta al dato fattuale, la critica agli eccessi esegetici nell'indagine giuridica, il riconoscimento di principi indipendenti rispetto alla legge positiva.

È ben noto che anche al metodo giuridico elaborato da V.E. Orlando sono stati addebitati eccessi di astrazione teorica[32] e la tendenza, propria della pandettistica, a costruire istituti immutabili, condizionati, nel campo del diritto pubblico, dal mito della supremazia dell'amministrazione pubblica[33]. Concezioni che torneranno utili anche ai regimi totalitari per affermare la necessità generalizzata e la ineluttabilità della prevalenza del pubblico potere[34].

Tuttavia, come letture più recenti hanno evidenziato[35], in V.E. Orlando c'è molto di

---

[28] M. COCCONI, *La scienza del diritto amministrativo e l'utilizzo delle altre scienze sociali*, in L. Torchia, E. Chiti, R. Perez, A. Sandulli (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo*, cit., 269 ss.; K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it., Milano, 1966.

[29] Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1952; H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it., Torino, 1965.

[30] M. COCCONI, *op. cit.*, 276.

[31] V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico,* in *Arch. Giur.*, 1889, 19 .

[32] Cfr., ad es., M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), in *Quad. fior.*, 1973, 179 ss.; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971; F. BENVENUTI, *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Jus*, 1957, 149 ss.

[33] G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980.

[34] In tema, anche per altri riferimenti può vedersi, F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000, 30.

[35] M. COCCONI, *op. cit.*; M. MAZZAMUTO, *Orlando uno e trino* versus *Orlando dimenticato o immaginario*, in F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Milano, 2020, 309 ss.; ID., *Il confronto con la dottrina classica*, in F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti (a cura di),

più del puro recepimento anche nel campo del diritto pubblico dei criteri metodologici propri della pandettistica. I fatti e le scienze dei fatti non sono dietro la muraglia cinese.

Scrive Marco Mazzamuto: "Sono proprio le sue opere a costituire ancor oggi il miglior insegnamento, in uno straordinario dosaggio tra teoria e pratica, tra norma e fatto, tra sistema e storia, dove risuonavano le sue tre vesti, mai abbandonate, di uomo politico e di governo, di scienziato e di avvocato"[36].

La scuola napoletana di diritto finanziario è sicuramente orlandiana, più ancora che ranellettiana, ma la vocazione realista, tipicamente orlandiana, mi pare particolarmente accentuata. Specie in Abbamonte e nel suo allievo Amatucci, la ricerca delle concettualizzazioni è sempre presente e la riconduzione a sistema resta l'obbiettivo, ma l'indagine non si mostra sbilanciata in direzione di astrazioni presupposte, di un sistema dato una volta per tutte[37]. Ed è l'oggetto dell'indagine a richiedere e favorire un tale atteggiamento, una postura più aperta all'area del non giuridico rispetto a quanto praticato nel diritto amministrativo. È una questione di quantità, come spiega Abbamonte[38], quando osserva che, nel campo del diritto finanziario, praticamente ogni attività interpretativa di una norma finanziaria richiede l'utilizzo di nozioni di scienza delle finanze, laddove per altri rami del diritto (osservazione mia) il ricorso alle scienze non giuridiche, per quanto frequente, non è sistematico, e che "la riconduzione dell'oggetto del diritto finanziario e di quello della scienza delle finanze nello stesso ambito, cioè in quello del fenomeno finanziario, rende quantitativamente ma non qualitativamente diverso l'intervento delle nozioni della scienza delle finanze rispetto alle nozioni di altre scienze in sede di interpretazione".

La esplicita rivendicazione del logos giuridico è il tratto che identifica la metodologia giuridica nella teorica orlandiana e nella pratica ranellettiana, ma per Orlando una tale rivendicazione "non impedisce certo l'apporto di altre discipline extra-giuridiche, purché tale logos sia individuabile e messo al centro della riflessione giuridica che gli è propria"[39].

Orlando, per altro verso, è anche colui che afferma che "L'origine del diritto risiede nel mondo dei fatti, e la sua finalità ultima nei bisogni effettivi dell'uomo e della società"[40]. Sono cose che Abbamonte ripeteva spesso.

Un approccio certamente realista e che tuttavia non perde mai di vista che "il diritto,

---

Il confronto nel metodo giuridico, Napoli, 2023, 21 ss.; A. SANDULLI, *Vittorio Emanuele Orlando e il diritto amministrativo*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 3.

[36] M. MAZZAMUTO, *Il confronto con la dottrina classica,* cit.,

[37] A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 15-16.

[38] G. ABBAMONTE, *Principi di diritto finanziario*, Napoli, 1975, 192.

[39] M. MAZZAMUTO, *Il confronto con la dottrina classica*, cit., 40.

[40] V.E. ORLANDO, *L'elogio dell'avvocatura e le riforme istituzionali,* 1914, ora in *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica,* Milano, 1940, 285.

ISSN 2036-7821

quando diventa principio scientifico e articolo di legge, è filosoficamente, un'astrazione pura…"[41].
Gli strumenti, dunque, per non cadere nel descrittivismo né rischiare di mischiare giuridico e non giuridico, sono stati forgiati. Anzi, il rischio, secondo i critici, è quello opposto[42].
Gli studi di Giuseppe Abbamonte, come ricorda Amatucci, testimoniano al meglio questa impostazione. Fondamentale per la delineazione di un corretto rapporto tra indagine economica e indagine giuridica è la costruzione del metodo del sindacato di legittimità costituzionale attraverso l'analisi degli effetti economici della norma giuridica finanziaria, svolta nel volume del 1962 su *Il processo costituzionale italiano*[43].
Abbamonte affronta nei *Principi* la questione metodologica per eccellenza e cioè l'interpretazione della norma giuridica finanziaria. Secondo Abbamonte, se il legislatore utilizza – e non può seriamente contestarsi che debba utilizzarle – nozioni della scienza delle finanze per poter operare le scelte e predisporre i mezzi che formano il contenuto delle norme finanziarie, l'interprete in tanto è in grado di conoscere il significato di quelle norme, in quanto utilizza quelle nozioni. Ed il contributo dei principi di scienza delle finanze in sede di interpretazione deve avvenire secondo i metodi con cui sono utilizzate le nozioni proprie di altre scienze, ma senza appiattirsi su di esse[44].

4. *La teoria griziottiana dell'interpretazione funzionale e la critica di Abbamonte.*
L'applicazione di questa metodologia e la ricerca di questo equilibrio tra utilizzo e non appiattimento, ed insieme la diversità rispetto all'impostazione di un economista come Griziotti, sono ben spiegate nella critica alla teoria dell'interpretazione funzionale, operata con riguardo specifico al tema della causa del tributo.
Secondo Griziotti, la causa del tributo va individuata nelle utilità derivanti al singolo dall'appartenenza alla società in cui vive; solo nei limiti di queste utilità il contributo sarebbe dovuto, mentre per l'eccedenza l'imposizione sarebbe priva di causa e dunque, in questo caso, in una logica tipicamente contrattuale, "il giudice non applica la legge per mancanza di causa"[45].
Abbamonte apprezza la valorizzazione dell'indagine sulle finalità della legge, ma si preoccupa di delimitarne la portata in termini di comprensione dello scopo della

[41] V.E. ORLANDO, *ibidem.*
[42] Cfr. L. TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, cit.; M. COCCONI, *op. cit.*; F. LIGUORI, *op. cit.*; S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in L. Torchia, E. Chiti, R. Perez, A. Sandulli (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo*, cit., 307 ss.; A. MOLITERNI, *Vittorio Emanuele Orlando e le vicende del metodo nella scienza del diritto amministrativo*, in F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico*, cit., 141 ss.
[43] G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, vol. II, *Questioni di legittimità costituzionale promosse con ricorso*, Napoli, 1962.
[44] G. ABBAMONTE, *Principi di diritto finanziario*, cit.
[45] Cfr. B. GRIZIOTTI, *Intorno al concetto di causa nel diritto finanziario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1939, I, 372 ss.

ISSN 2036-7821

norma, certamente utile anche ai fini del sindacato di costituzionalità, nell'ambito del quale rilevano anche le valutazioni politiche che sono alla base delle scelte espresse nell'atto legislativo. Valutazioni ben più complesse rispetto all'accertamento della corrispettività tra tributo imposto e servizi resi al singolo, e che investono il principio di uguaglianza sostanziale, il vincolo di solidarietà, le esigenze generali della società o di settori di essa, anche per l'avvenire.

La legge è altro dal contratto ed è essa la fonte dell'obbligo tributario. Le valutazioni politiche ed economiche "che presiedono alle scelte del legislatore e alla formulazione dei relativi precetti, mentre sono utilissim(i)e per la migliore conoscenza della legge, non hanno rilievo per quel che concerne la sua imperatività e più semplicemente per il dovere di applicazione della legge, salvo ben si intende il problema della legittimità costituzionale…"[46].

Ecco, dunque, come la valorizzazione delle indagini non giuridiche e dunque la stessa interpretazione funzionale vengono correttamente ricondotte a sistema in una prospettiva squisitamente giuridica.

Abbamonte, dunque, indicato giustamente da Amatucci come il punto di arrivo di un percorso avviato da Ranelletti, sottopone ad una stringente lettura critica la teoria dell'interpretazione funzionale; e lo fa con argomenti solidissimi, riportando la questione nell'area del giuridico – non della politica economica – dalla quale non sconfina neppure quando l'indagine si concentra sull'efficacia della misura legislativa né quando ne viene vagliata la conformità alla Costituzione[47].

5. *La "scuola" napoletana alla ricerca di "una rigorosa posizione equilibrata che non eccede nel ricorso all'economia e non l'ignora".*

In definitiva a me pare che il contributo più significativo della scuola napoletana di diritto finanziario stia proprio nello studio delle norme finanziarie con il metodo giuridico praticato da Ranelletti e compiutamente teorizzato da V.E. Orlando.

Metodo giuridico che, specie nell'area del diritto finanziario, si emancipa rispetto al formalismo kelseniano[48] per aprirsi al dato fattuale, alla dimensione dell'effettività, guardando necessariamente anche agli altri saperi, "le scienze dei fatti", come le chiama Kelsen. Per indagare la norma finanziaria, in particolare, non si può fare a meno di utilizzare le nozioni di scienza delle finanze, che sono le basi e il presupposto dell'indagine giuridica, che tuttavia va svolta con metodo giuridico, senza indebite mescolanze. Un metodo giuridico che si nutre, dunque, di categorie ed è ispirato da esigenze sistematiche, ma che, nella visione più moderna, non le presuppone come entità date una volta per tutte[49], ma come prodotto delle

[46] G. ABBAMONTE, *Principi di diritto finanziario*, cit.195.
[47] G. ABBAMONTE, *Principi di diritto finanziario*, cit.193 ss.; A. AMATUCCI, *La scuola napoletana*, cit., 46 ss.
[48] M. COCCONI, *op. cit.*,269 ss.
[49] A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 15-16.

ISSN 2036-7821

problematiche indagate.
Diamo la parola ad Amatucci: "Le comuni e profonde radici culturali hanno loro permesso di respingere gli estremismi opposti rappresentati dalla scuola di Pavia e dal diffuso formalismo e porsi, elaborando una corretta metodologia della ricerca giuridicamente pura, in una rigorosa posizione equilibrata che non eccede nel ricorso all'economia e non l'ignora, valorizzando l'interpretazione teleologica della norma finanziaria, perciò senza attribuire discrezionalità all'Amministrazione finanziaria e senza violare il principio di certezza del Diritto. Questa ricerca è profondamente diversa dalla ricerca economica"[50].
È, come si diceva, una questione di limite, di misura e di esatta collocazione logica e temporale delle questioni non giuridiche rispetto a quelle squisitamente tali.

6. *Le scuole, gli ambienti e le persone.*
Ora dovremmo provare a dare una risposta anche alle domande che riguardano le scuole. Che cos'è una scuola? Gli studiosi napoletani del diritto finanziario si possono considerare come appartenenti ad una scuola?

Io non posso al riguardo non ricordare ciò che Sabino Cassese da tempo sostiene, e cioè che non ci sono più scuole, ma solo sedi universitarie, cattedre, docenti, ovvero, per dirlo con le più caute parole di Luisa Torchia, che nella comunità scientifica contemporanea "i vincoli genealogici hanno più spesso natura individuale e personale e più raramente si trasformano in una vera e propria 'scuola' "[51].
Falsitta, per parte sua, vede nella "ricerca di maestri, scuole, capiscuola (che in certe ipotesi si ingolfa nella notte dei tempi)" una sorta di "ossessione" basata sulla anacronistica "idea delle aristocrazie" e sullo "spirito di casta". E si chiede, con molta efficacia: "non basta essere un bravo professore di diritto tributario o di diritto finanziario, se esiste?"[52] Non mancano, dunque, i dubbi sull'esistenza e sulla funzione nella contemporaneità delle scuole in generale; ed anche sulla esistenza di una scuola napoletana di diritto finanziario. Dubbi che avanza anche d'Amati, che pure interviene nel dibattito con scritti assai pregevoli per controbattere efficacemente a Falsitta: egli, tuttavia, evidenzia la vocazione non specificamente finanziarista dei giuspubblicisti che hanno coperto a Napoli la cattedra di scienza delle finanze e diritto finanziario e l'assenza di omogeneità di indirizzo nei loro studi di diritto finanziario[53].
Amatucci accetta le critiche ma, nel ribadire l'influenza di Ranelletti su tutti quelli che sono venuti dopo, afferma che parlare di scuola o di ambiente non fa poi una

[50] A. AMATUCCI, *La scuola napoletana*, cit.
[51] Sul tema cfr. L. TORCHIA, *Introduzione*, cit., XIV; A. SANDULLI, *La genealogia accademica del diritto amministrativo: metodo d'analisi e principali risultati*, in L. Torchia, E. Chiti, R. Perez, A. Sandulli (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo*, cit., 3 ss., 10-11.
[52] G.FALSITTA, *La sistemazione*, cit., 973.
[53] N. D'AMATI, *Le nuove partizioni*, cit., 1165

grande differenza[54].

Ed è proprio su questa *querelle* che riguarda le scuole che emerge con più nitore anche la personalità dell'uomo e dello studioso, che vorrebbe, per parte sua, chiudere la polemica con eleganza e pragmatismo.

È da qui che occorrerà, io credo, ripartire, se mai un giorno qualcuno volesse dedicarsi ad un genere poco praticato nel nostro Paese, gli studi prosopografici, e mettere mano anche alla biografia di Andrea Amatucci, intellettuale cattolico meridionale, studioso del diritto finanziario e del diritto tributario, allievo di Giuseppe Abbamonte, avvocato, persona impegnata nel sociale, le cui opere in ognuno di questi campi si contraddistinguono sempre per capacità analitiche, eleganza e pragmatismo.

[54] A. AMATUCCI, *La scuola napoletana*, cit.,

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Modelli giuridici comparati di planning law come permessa per lo studio della rigenerazione urbana. Osservazioni introduttive

di Luigi Ferrara

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

Sommario

1. Premessa. Le ragioni e l'oggetto dell'indagine. –. 2. Osservazioni conclusive.

Abstract

The aim of this paper is to observe some common themes in the evolution of the legal disciplines of urban regeneration in the United Kingdom, France, and Germany. The reasons for this investigation lie in the development of a research path that has highlighted some persistent traits of the Italian discipline. It thus seems useful, on the one hand, to briefly reconstruct the comparative disciplines of regeneration, and on the other to highlight whether, and to what extent, common themes emerge in the Italian experience..

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

1. Premessa. Le ragioni e l'oggetto dell'indagine.

Oggetto del presente contributo è l'osservazione di alcuni temi comuni nell'evoluzione delle discipline giuridiche della rigenerazione urbana nel Regno Unito, in Francia e in Germania. Le ragioni dell'indagine si collocano nello sviluppo di un percorso di ricerca, che ha messo in luce alcuni tratti persistenti della disciplina italiana[1]. Sembra così utile, da un lato, ricostruire brevemente le discipline comparate della rigenerazione, dall'altro evidenziare se, e in che misura, emergono temi comuni all'esperienza italiana[2]. Il primo tema di ricerca comparata è se la rigenerazione urbana nasca, come in Italia, con il proposito di superare i confini tradizionali delle discipline settoriali, integrando, innanzitutto, il diritto ambientale del consumo di suolo, la disciplina del *welfare*, quella dell'immigrazione e della sicurezza, il diritto delle nuove tecnologie nell'alveo del diritto dell'urbanistica e dell'edilizia, lo *urban planning law*.

Come è noto, a fronte dell'assenza di istituti specifici nel quadro della legge urbanistica del 1942, la disciplina settoriale si è progressivamente arricchita di strumenti di *recupero urbano*[3], di protezione dell'ambiente, del paesaggio e di *contrasto al consumo di suolo*[4], di *riqualificazione* e *riabilitazione urbana*[5], contemperando strumenti

[1] Sia consentito di rinviare a L. FERRARA, *Programmazione economica e pianificazione territoriale. Brevi riflessioni sulla rigenerazione urbana a partire dagli scritti di G. Abbamonte*, in G. LEONE (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 2019, p. 611; ID., *La frammentazione della disciplina della rigenerazione urbana, tra micro interventi di sussidiarietà orizzontale e grandi progetti nazionali*, in *Amministrativ@mente*, 1-2/2018; L. FERRARA, S. VILLANI, *Immigration Policies, Public Decision-making Processes and Urban Regeneration: The Italian Case*, in S. SACCHETTI, A. CHRISTOFOROU, M. MOSCA (a cura di), *Social Regeneration and Local Development: Cooperation, Social Economy and Public Participation*, London, 2018, p. 209-230.

[2] Sulle origini della rigenerazione urbana in Italia, cfr., *ex multis*, R. DAMONTE, *Programmi di riqualificazione urbana e di sviluppo sostenibile del territorio (PRUSST) di cui al d.m. 8 ottobre 1998, n. 1169*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2/2, 2001, p. 33; R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 5/2, 2014, p. 237; ID., *La rigenerazione urbana a guida pubblica*, in *Riv.quad.dir.ambiente*, 2/2022, p. 27; L. DE LUCIA, *Il contenimento del consumo di suolo e il futuro della pianificazione urbanistica e territoriale*, in L. FERRARA (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. vol. II. La coesione politico-territoriale*, Firenze University Press, 2017, p. 299; ID., *Il nuovo testo unificato sulla rigenerazione urbana. Osservazioni critiche*, in *Riv.quad.dir.ambiente*, 2/2022, p. 7; F. FOLLIERI, *Dal recupero alla rigenerazione: l'evoluzione della disciplina urbanistica delle aree degradate*, in *GiustAmm.it*, 4, 2015; F. DI LASCIO, F. GIGLIONI, *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Il Mulino, Bologna, 2017; F. DI LASCIO, *Governare la rigenerazione urbana*, in *Riv.quad.dir.ambiente*, 2/2022, p. 88; V. NITRATO IZZO, *Gli spazi giuridici della città contemporanea*, Napoli, 2017; G. M. LABRIOLA, *Città e diritto. Brevi note su un tema complesso*, in *Ist. fed.*, 2018, p. 6; M.G DELLA SCALA, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto Amministrativo*, 4, 2018, p. 787; A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana*, Napoli, 2018, S. VALAGUZZA, *Il diritto delle città e il dibattito sull'autonomia differenziata*, in *Federalismi.it*, 19/2019; C. VENTIMIGLIA, *Territorio e comunità nel prisma della rigenerazione urbana: tendenze evolutive e nuovi modelli giuridici*, in *Federalismi.it*, 19/2019; G.A. PRIMERANO, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana. La salvaguardia di una matrice ambientale mediante uno strumento di sviluppo sostenibile*, Napoli, 2022, G. AVANZINI, *La rigenerazione urbana a guida privata*, in *Riv.quad.dir.ambiente*, 2/2022, p. 43.

[3] Legge n. 457 del 1978 sui i piani di recupero, intesi alla programmazione degli interventi di trasformazione di aree già urbanizzate

[4] Le Leggi n. 431 del 1985, n. 349 del 1986 e n. 183 del 1989, che introducevano la previsione di misure di recupero urbano nei nuovi piani paesaggistici.

[5] I PRIA, previsti dalla Legge n. 166/2002.

ISSN 2036-7821

di *command-and-control* e strumenti di partenariato[6], sperimentando modelli di società strumentali per la trasformazione urbana[7] e di nuove fattispecie partenariali, come i *contratti di quartiere*[8].

È stato osservato che, progressivamente, la normativa testimonia il passaggio dal concetto di *recupero* dei singoli edifici al concetto di *riabilitazione*, che progressivamente si differenzia dalla *riqualificazione*, la quale appariva ancora legata «*al contesto delle preesistenze, mirando al solo miglioramento della qualità delle funzioni, senza pretendere di entrare nella varietà d'uso della struttura e delle infrastrutture urbane*». Così, la riabilitazione edilizia e urbana non ha più al centro la «modificazione dello spazio fisico», ma il «diritto della cittadinanza a usufruire di spazi funzionali e adeguati». La riabilitazione, quindi, consente di contemplare una nozione di degrado economico e sociale più ampia, e le nozioni di rigenerazione e riabilitazione urbana si emancipano da quelle di recupero e riqualificazione. Quindi, i nuovi strumenti normativi che contemplano la rigenerazione urbana si propongono un'area di intervento che dall'urbanistica si allarga allo sviluppo socio-economico, il contrasto del declino produttivo, la coesione territoriale e l'inclusione sociale[9]. Una prima linea di indagine, quindi si concentrerà sul riscontro comparato dell'emersione di questa prospettiva peculiare della rigenerazione urbana nelle tradizionali discipline nazionali dello *urban planning law*.

In tal senso, queste nuove istanze di rigenerazione come pianificazione strategica meglio sono compendiate più di recente nella legislazione regionale in materia, in cui sovente ai Comuni viene richiesta la definizione di strumenti regolamentari locali di disciplina delle forme di partecipazione e di trasparenza, nonché l'utilizzo, come strumento operativo, di accordi di collaborazione, modellati più sul prototipo

[6] Le Leggi n. 179 del 1992 e n. 493 del 1993, che introdussero gli istituti dei programmi integrati di intervento, i programmi di recupero urbano (art. 3) i programmi di riqualificazione urbana (art. 2) e, successivamente, il DM n. 1169 del 1998, che rinnovò ancora la disciplina introducendo i programmi di riqualificazione urbana e di sviluppo sostenibile del territorio (PRUSST), uno strumento di riqualificazione urbana sovracomunale a regia e finanziamenti statali. Come è stato sottolineato, «*Nel corso degli anni si sono succedute le nozioni di recupero, restauro, riqualificazione, riabilitazione che hanno testimoniato una evoluzione nel modo di intendere il risanamento urbanistico delle città e di pari passo si sono sviluppati innovativi strumenti giuridici per realizzare tale generale obiettivo*». Così DIPACE, *op.cit.*, p. 240.

[7] La Legge n. 127 del 1997, che introdusse le società di trasformazione urbana (STU, ora previste nell'art. 120 del TUEL), quali modelli di società in house locali, con poteri di intervento nella rigenerazione urbana (tra cui, il conferimento nel patrimonio di suoli, l'acquisto di suoli, le procedure espropriative, esclusi i poteri di variazione degli strumenti urbanistici), il cui capitale era aperto agli investimenti privati e che potevano essere assoggettate ad una disciplina mista, tra cui le ordinarie procedure fallimentari.

[8] Previsti dai decreti n. 1071 e 1072 del 1994.

[9] Come è stato osservato, «*il concetto di recupero/riabilitazione si amplia, acquisendo sempre più contenuti complessi, fino a divenire un modo per pianificare il territorio e sfocia nel concetto di rigenerazione intesa non solo come ricostruzione di una efficienza e una funzionalità perdute ma anche come ripristino dell'integrità strutturale e fisiologica della città e del territorio*», DIPACE, *op.cit.*, p. 241. Più di recente, cfr. E. CHITI, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in F. DI LASCIO, F. GIGLIONI, *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Il Mulino, Bologna, 2017.

generale degli accordi amministrativi che sugli strumenti di urbanistica consensuale, di lottizzazione, di partenariato, di perequazione, etc. previsti dalla legislazione urbanistica[10].

Per altro verso, deve essere registrata e sottolineata l'autonoma iniziativa dei Comuni in tal senso, che si inquadra nel più generale tema dell'adozione da parte delle autonomie locali di nuovi regolamenti per la gestione dei *commons* e per gli interventi di rigenerazione urbana, che contemplano spesso, a partire del prototipo, il regolamento del Comune di Bologna del 2014, forme specifiche di *patti di collaborazione* con i cittadini, per l'affidamento di beni del patrimonio urbano e per gli interventi di rigenerazione urbana[11]. Una seconda linea di indagine comparata si può quindi individuare nella concorrenza di fonti nazionali, regionali e locali in materia e nell'intreccio tra livelli di governo.

Il coordinamento con le discipline di settore si è palesato problematico soprattutto con riferimento alla disciplina ambientale e quella di tutela del patrimonio storico-artistico, ed in particolare le discipline nazionali sul consumo di suolo e sulla bonifica dei siti inquinati, a partire dal D.lgs. n. 152 del 2006. In particolare, si è palesato un problematico coordinamento con le fattispecie di accentramento della bonifica dei siti inquinati di "interesse strategico" nazionale, in cui solo dal 2013 la rigenerazione è stata introdotta nella riqualificazione dei siti industriali inquinati di "interesse strategico", con i *Progetti di ristrutturazione e riqualificazione industriale* (PRRI), (articolo 252bis, D.lgs. n. 152 del 2006). Queste fattispecie, anche nelle evoluzioni normative successive, hanno iniziato a contemplare l'affidamento della gestione della bonifica e della rigenerazione a società *in house* ministeriali. La dottrina ha già avuto modo di sottolineare come i nuovi strumenti di bonifica e rigenerazione a regia nazionale possano entrare in conflitto con gli altri strumenti di pianificazione della rigenerazione urbana locale e come, in ogni caso, la disciplina speciale delle bonifiche dei siti di interesse nazionale possa ulteriormente contribuire alla frammentazione della pianificazione della rigenerazione urbana[12]. Inoltre, resta un dato problematico,

[10] La legislazione regionale finisce così per compendiare diverse fattispecie di *programmi integrati* comunali di recupero urbano, riqualificazione, risanamento socio-economico, *et similia.* Cfr. ancora DIPACE, *op.cit.*, p. 237, che richiama le Leggi regionali Puglia n. 21 del 1 agosto 2008; Piemonte n. 20 del 14 luglio 2009; Umbria n. 12 del 21 giugno 2013.

[11] Proprio la necessità di distinguere i regimi giuridici relativi alla rigenerazione di beni e di spazi ha portato ad una certa *differenziazione* delle soluzioni nei singoli Comuni, che suscitano spesso ancora perplessità, soprattutto in ordine ai procedimenti di affidamento e ai requisiti di qualificazione degli affidatari, gli oneri di trasparenza e di effettiva apertura alla partecipazione. Su questi strumenti, cfr. F. DI LASCIO, *Spazi urbani e processi di rigenerazione condivisa*; F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la funzione di gestione del territorio*, entrambi in F. DI LASCIO, F. GIGLIONI, *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, cit., p. 65 e p. 209.

[12] Cfr., in tal senso, M. PULVIRENTI, *La riconversione dei siti produttivi inquinati*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 5/2, 2015, p. 251. La complessità del coordinamento di queste discipline di settore è ben evidente nelle riforme legislative e nella giurisprudenza (giurisprudenza della Corte costituzionale, dei tribunali ordinari penali e fallimentari, dei tribunali amministrativi), che hanno riguardato l'avvio della bonifica e dei processi di

da un lato, se interventi ambientali nei siti di interesse strategico siano in grado di fornire tutti gli standard di trasparenza e partecipazione pubblica richiesti dalla disciplina ambientale internazionale, innanzitutto la Convenzione di Aarhus[13], se la pianificazione specifica e la gestione delle misure di rigenerazione del sito possano eludere il limite minimo per l'applicazione delle procedure di valutazione di impatto ambientale[14]. Una terza linea di indagine si può quindi rintracciare nella ricerca comparati di questi profili della frammentazione della disciplina, soprattutto nei grandi progetti accentrati a regia nazionale, confliggendo interessi strategici nazionali e i modelli ampiamente partecipativi della disciplina ambientale europea[15].

A proposito di frammentazione, un ulteriore terreno di indagine può essere rintracciato laddove, nei paesi oggetto di indagine, abbia trovato ormai cittadinanza una accezione della rigenerazione urbana come perseguimento, oltre che di obiettivi di recupero ambientale e urbano e di sviluppo economico, anche di obiettivi di coesione e inclusione sociale, oltre i consolidati ambiti della perequazione urbanistica, e quindi come si intreccino gli strumenti normativi di rigenerazione con le discipline delle politiche e dei servizi sociali e sanitari, dell'integrazione delle marginalità e dei migranti.

L'indagine comparata dovrà sottoporre a verifica la nota affermazione che proprio la disciplina della rigenerazione urbana evidenzi l'emersione, soprattutto nell'ordinamento francese, di un nuovo «diritto della città», che superi i modelli tradizionali di *urban planning law*. Insomma, occorre indagare in prospettiva comparata se la disciplina della rigenerazione urbana sia improntata o meno, nelle diverse esperienze nazionali, ad una coerente *governance* multilivello di quei processi macro e micro che la compongono, riconducendo a sistema le discipline di settore in materia di tutela ambientale, gestione delle crisi e riconversione industriale, pianificazione urbana e governance territoriale, reti infrastrutturali, riorganizzazione

---

rigenerazione urbana nel quartiere di Bagnoli, nella città di Napoli, su cui sia consentito di rinviare a FERRARA, *La frammentazione della disciplina*, cit.

[13] Sul modello partecipativo della Convenzione di Aarhus nelle discipline della rigenerazione urbana, cfr., di recente, D. GRANARA, *Diritto dell'ambiente e interessi diffusi: tra partecipazione e giustiziabilità*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 4/2024, p. 1229; M. LEE, *The Aarhus Convention 1998 and the Environment Act 2021: Eroding Public Participation*, in *Modern Law Review*, 86, 2023, p.756; M. CALABRÒ, *L'ambiente quale diritto fondamentale a titolarità diffusa*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2023, p. 501.

[14] Si può ricordare che la CGUE, nella sentenza *Deutsche Umwelthilfe eV/Bundesrepublik Deutschland* (causa C-515/11, 2013), abbia sottolineato che la libertà del legislatore nell'adozione di specifiche misure legislative (nel caso in esame, si trattava di una legge-provvedimento) che implementassero procedimenti ambientali per circostanze speciali dovesse comunque essere temperata, nel senso di non poter limitare l'ambito di applicazione della Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione pubblica al processo decisionale e l'accesso alla giustizia in materia ambientale. Cfr., sul portato della sentenza, V. TINTO, *Legge provvedimento e strumenti di tutela derivanti dal diritto del'Unione Europea*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1, 2013, p. 287.

[15] Si può muovere, in tal senso, da molte prospettive. Ad esempio, la disciplina delle semplificazioni delle valutazioni ambientali nelle discipline speciali nazionali dei grandi interventi di rigenerazione post PNRR. Cfr. A. MIRABILE, *La partecipazione "semplificata" del pubblico alle procedure di VIA e di VAS*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 4/2021, 1, p. 948.

dei servizi pubblici locali, sistemi di assistenza economica e sociale (protezione e inclusione sociale, istruzione e formazione). Gli approcci alla rigenerazione urbana che mirano ad una riconsiderazione unitaria del «diritto della città» mettono in luce la necessità sia di una coerente organizzazione sussidiaria dei poteri pubblici (nazionali, regionali e locali), improntata a leale collaborazione, sia efficaci modelli di partecipazione degli *stakeholders* (cittadini e associazioni, stranieri residenti, imprese) nel processo decisionale e nell'organizzazione di servizi pubblici in partenariato[16]. Anche qui, potranno essere osservati modelli di partenariato e collaborazione funzionalmente differenti, laddove prevalgano soluzioni partenariali maggiormente orientate al mercato e agli investimenti produttivi - con gli obiettivi di rigenerazione che finiscono per non allontanarsi molto dal profilo funzionale degli istituti di perequazione urbanistica - ovvero siano promosse soluzioni partenariali con soggetti *charitable* e *no profit*. L'indagine comparata potrà mettere in luce la maggiore o minore efficacia delle differenti soluzioni nazionali. Infine, come si è visto, la legislazione speciale ammette spesso il ruolo sussidiario del governo nazionale basato sull'interesse nazionale strategico. In molti casi, noti alle cronache, come quelli di Bagnoli e Taranto, «leggi-provvedimento» nazionali forniscono lo strumentario di procedimenti amministrativi speciali nazionali. Un ultimo tema di indagine comparata può quindi essere rintracciato nell'ampiezza del ricorso a questi strumenti speciali e derogatori di rigenerazione attraverso leggi-provvedimento o singolari nelle esperienze nazionali.

Delineati gli obiettivi dell'indagine, occorre muovere da alcune riflessioni preliminari sulla comparazione dei modelli giuridici nazionali di pianificazione urbanistica. La comparazione giuridica dei modelli di *urban planning law* e la perimetrazione di differenti «famiglie giuridiche» sembra orientata, nella letteratura prevalente, a concentrarsi in primo luogo sull'analisi delle tecniche di conformazione dei diritti

[16] Il riferimento è al noto studio di J. FRUG, *The city as a legal concept*, in *Harvard Law Review*, 93, 1980, p. 1059, e soprattutto, agli studi di Lefebvre e Auby. Come è noto, il *droit de la ville* come ambito disciplinare di superamento del *droit de l'urbanisme*, è stato molto analizzato, nel contesto dell'ordinamento francese, a partire dalle premesse filosofiche generali contenute nello studio di H. LEFEBVRE, *Droit à la ville*, I-II, Anthropos, Parigi, 1968, su cui cfr. L. COSTES, *Le Droit à la ville de Henri Lefebvre : quel héritage politique et scientifique ?*, in *Espaces et sociétés*, 140-141, 2010, p. 177: «*La réalisation de ce processus de "renouvellement social passe par l'affirmation d'un "droit à la ville", parmi les droits de l'homme et du citoyen… Les mouvements de lutte pour "le droit à la ville" évoluent ainsi vers la défense de l'environnement et des espaces verts, de lutte contre la spéculation foncière, voire l'élaboration d'une procédure plus démocratique permettant le contrôle des opérations d'urbanisme par la population elle-même*». Sugli studi di Auby, cfr., *ex multis*, J.B.AUBY, *Droit de la ville. An introduction*, in *Italian journal of public law*, vol.5, 2, 2013, p. 302: «*Usually, in the French doctrine - and, I believe, in many others -, the various pieces that constitute the legal functioning of cities are apprehended in a fragmented way, they are left to various categories of law - law on property, law on public contracts, law on local government, law on local public services, and so on -, although one piece has tended to become dominant: planning law, or land use law. And yet, it proves quite fruitful to assemble all these pieces and bridge the gap between them by considering the ways they respectively contribute to the overall functioning of cities*». Si rinvia ancora a GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, cit. Più di recente, cfr. Anche I. NARVÁEZ BAENA, *La constitución de La ciudad como bien común*, Atelier, Barcellona, 2025.

ISSN 2036-7821

edificatori, evidenziando spesso il divario tra classificazione dogmatiche degli statuti proprietari pubblici e privati e regole operative nella disciplina dei suoli[17].

Dalle tassonomie più risalenti[18], che, muovendo dalle distinzioni classiche della comparazione giuridica, proponevano la bipartizione tra la famiglia continentale di *civil law*, fondata sui codici napoleonici, e quella anglosassone di *common law*, si sono evolute in tempi recenti approcci più analitici, che hanno individuato cinque famiglie di diritto urbanistico (anglosassone, napoleonica, germanica, scandinava e europea-orientale) [19]: nella famiglia anglosassone, fondata sulla *common law*, i rapporti centro-poteri locali sarebbero connotati dalla *ultra vires doctrine*[20], che limiterebbe l'autonomia locale, subordinandola al potere centrale, espresso soprattutto da interventi legislativi in assenza di un quadro di codificazione organica, e connotato dalla frequente previsione della nascita e dell'intervento di agenzie governative[21]. La famiglia napoleonica si caratterizzerebbe per la presenza storica di codificazioni di settore, derivate e spesso subordinate alla codificazione civilistica, fortemente improntate alla garanzia della legalità e delle certezza giuridica. Nei sistemi di diritto urbanistico della famiglia germanica la rigorosa codificazione di settore, sempre derivata dalla codificazione civilistica e amministrativa, si caratterizza per l'armonizzazione con le struttura federali e le situazioni soggettive costituzionalmente garantite dal dopoguerra. La famiglia scandinava costituirebbe un «modello ibrido e pragmatico», privo di codificazioni generali e imperniato sul forte valore costituzionale dell'autonomia locale. Infine, la famiglia europea orientale comprenderebbe i sistemi post-comunisti in fase di transizione[22].

Le divergenze tra i modelli napoleonico e anglosassone si osserverebbero soprattutto nella configurazione dogmatica della proprietà immobiliare, da un lato, dei limiti sul controllo edilizio, dall'altro: la nozione di proprietà edilizia del codice civile napoleonica origina un sistema di zonizzazione vincolante tramite il *Plan Local d'Urbanisme* e, successivamente, il *permis de construire*; la concezione della proprietà

[17] Sui modelli comparati di *urban planning law*, cfr.,*ex multis*, NEWMAN, A. THORLEY, *Urban planning in Europe*, London, Routledge, 2002; G. LARSSON, *Spatial Planning Systems in Western Europe. An Overview*, Amsterdam, IOS Press, 2006; P. BOOTH, M. BREUILLARD, C. FRASER, D. PARIS (a cura di), *Spatial Planning Systems of Britain and France. A comparative analysis*, London, Routledge, 2007; F.G. NICOLA, S. FOSTER, *Comparative Urban Governance for Lawyers*, in *Fordham Urban Law Journal*, 42:1, 2016, p. 1; A. SHEPPARD, D. PEEL, H. RITCHIE, S. BERRY, *The essential guide to Planning law. Decision-making and practice in the UK*, Bristol, Policy Press, 2017; U. JANIN RIVOLIN, *Global crisis and the systems of spatial governance and planning: a European comparison*, in *European Planning Studies*, 25:6, 2017, p. 994; K. ZIMMERMANN, V. FEDELI (a cura di), *A modern guide to national urban policies in Europe*, Cheltenham, Elgar, 2021; A.L. MARTINEZ, *Derecho urbanístico comparado. Metodologia y sistemática*, Atelier, Madrid, 2025.

[18] Cfr. H.W.E. DAVIES *et al.*, *Planning control in Western Europe*, London, HMSO, 1989; JANIN RIVOLIN, *op.cit.*, p. 1008.

[19] . Cfr. NEWMAN, THORNLEY, *op.cit.*, p. 28–34.

[20] Sulla *ultra vires doctrine* nell'odinamento britannico, cfr., *ex multis*, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, Bologna, 2019.

[21] cfr. NEWMAN, THORNLEY, *op.cit.*, p. 31.

[22] Cfr. NEWMAN, THORNLEY, *op. cit.*, p. 32-35.

come *bundle of rights* nel sistema anglesassone legittima una più ampia valutazione discrezionale casistica degli atti di pianificazione e di autorizzazione[23].

Altri studi[24] propongono una tripartizione funzionale, distinguendo: il modello conformativo (tipico dell'Europa meridionale), basato sull'assegnazione preventiva e vincolante dei diritti edificatori nel piano; il modello performativo (prevalentemente anglosassone), che separerebbe il piano dal controllo da quello dello sviluppo, configurando prevalentemente le situazioni soggettive solo a valle del quadro autorizzatorio; il modello neo-performativo (Germania e nord-Europa), in cui la conservazione degli strumenti formali di pianificazione zonale di *civil law* sarebbe bilanciata dalla negoziazione pubblica dei progetti, subordinando ad essi l'attribuzione definitiva dei diritti edificatori. Una prospettiva peculiare di comparazione si ritrova, infine, in ordine alla perequazione urbanistica (*land readjustment*) e la «cattura del valore pubblico» (*public-value capturing*)[25]: nei sistemi a modello conformativo, l'assegnazione preventiva e vincolante dei diritti edificatori all'interno del piano genererebbe *property incomes* tendenzialmente ostativi alla redistribuzione sociale dei plusvalori generati dalle trasformazioni urbane, stimolando la gentrificazione e dinamiche speculative. Per porre rimedio alle sperequazioni generate dalla zonizzazione rigida, i diversi ordinamenti europei di *civil law* hanno elaborato specifici istituti perequativi volti alla redistribuzione di benefici e oneri, anche dove sono introdotti assetti giuridici di conformazione consensuale dei suoli[26]. Al contrario, nei sistemi di *common law*, la perequazione assume una veste performativa e discrezionale, in cui la separazione dei diritti edificatori dal titolo dominicale permettono alla pubblica amministrazione di negoziare la «cattura del valore pubblico» direttamente in sede di rilascio dei atti autorizzatori, caso per caso.

Una ulteriore prospettiva di indagine analizza i modelli di controllo giurisdizionale e le situazioni soggettive tutelate nel *judicial review*, come le garanzie di *natural justice* nel modello anglosassone[27] comparate con il sindacato del *juge administratif*, che non si limita alla regolarità formale dell'iter procedimentale, ma si estende alla sostanza e

[23] Nel modello napoleonico, su cui cfr. M. GALEY, P. BOOTH, *Land law, land markets and planning*, in P. BOOTH *et al.* (a cura di), *Spatial Planning Systems of Britain and France*, London, 2007, p. 41, il controllo fondato sull'atto amministrativo di *permis de construire*, vincolato al piano zonale è limitato da una configurazione della proprietà come *dominium* indivisibile che limita restrizioni discrezionali autoritative, come spesso precisato dal *Conseil Constitutionnel*. Al contrario, nel modello britannico la proprietà concepita come *bundle of rights* consente la separazione dei diritti edificatori dal titolo dominicale e fonda un *discretionary power* di *planning* e di *permission*, nei limiti della *natural justice*. Anche sulla *natural justice*, cfr. D'ALBERTI, *op.cit.*

[24] cfr. JANIN RIVOLIN, *op. cit.*, p. 998, che ricorda anche uno studio elaborato dalla Commissione UE: *The EU Compendium of Spatial Planning Systems and Policies*, Luxembourg, 1997.

[25] cfr. ID., p. 998.

[26] cfr. LARSSON, *op.cit.*, pp. 59ss. e 68ss., che ricostruisce la tipologia dei meccanismi perequativi operanti nei sistemi giuridici continentali.

[27] Cfr. GALEY, BOOTH, *op. cit.*, p. 44.

ISSN 2036-7821

al merito della scelta urbanistica pianificatoria [28]. In particolare, deve essere sottilineato che proprio il sindacato sui grandi progetti di riqualificazione urbana ha consentito al *Conseil d'État* di sviluppare e raffinare una delle sue tecniche di sindacato più incisive, il *bilan coût-avantages*[29].

Sotto il profilo dei valori costituzionali della proprietà, occorre poi ricercare come nei sistemi di *civil law* la giurisprudenza costituzionale abbia analizzato l'uso di norme non generali e perfezionato il controllo di proporzionalità, come nel caso francese del *Conseil Constitutionnel*, che spesso ha dichiarato l'illegittimità di vincoli edilizi derivanti da decisioni discrezionali individuali e non da norme generali e astratte, in quanto sproporzionati rispetto all'art. 544 del *Code civil* e all'art. 4 della Dichiarazione dei Diritti del 1789. Al contrario, nell'ordinamento inglese, il viene osservato che il sindacato giurisdizionale nel *Judicial Review* spesso si arresti al vaglio del rispetto della *procedural fairness* e dei principi di *natural justice*, oltre che dell'irragionevolezza manifesta, precludendo alle corti valutazioni sulle scelte di politica territoriale delle autorità locali e nazionali.

La genesi della disciplina della rigenerazione urbana e i suoi rapporti con il diritto urbanistico generale riflettono le caratteristiche dogmatiche delle diverse famiglie giuridiche europee. Nel sistema britannico la letteratura evidenzia come la rigenerazione sia emersa negli anni Settanta per fronteggiare il declino industriale tramite *l'Inner Urban Areas Act* del 1978[30], in un regime derogatorio rispetto al *Town and Country Planning Act* del 1947, con l'affidamento dei poteri di trasformazione ad agenzie centrali (*Urban Development Corporations*). In Francia la letteratura evidenzia che la rigenerazione urbana si sia evoluta con un maggior grado di integrazione con il *Code de l'urbanisme*. Nel sistema germanico, infine, la disciplina si è consolidata con il *Städtebauförderungsgesetz* del 1971, poi incorporato nel codice urbanistico unificato *Baugesetzbuch* del 1986, saldando il rinnovo urbano alla pianificazione generale[31].

Come è spesso sottolineato in letteratura, la disciplina della rigenerazione urbana in

[28] Cfr. NEWMAN, THORNLEY, *op.cit.*, p. 170.

[29] Si può ricordare, speso menzionata tra i *grands arrêts* del *Conseil d'État*, la decisione *Ville Nouvelle-Est* (28 maggio 1971). Il *Conseil d'État* ha ritenuto che un'operazione di rigenerazione urbana potesse essere legalmente dichiarata di interesse pubblico solo se la violazione della proprietà privata, il costo finanziario ed eventualmente gli inconvenienti sociali che essa comportava non fossero eccessivi rispetto all'interesse che essa presentava. In base a questo ragionamento, denominato «teoria del bilancio», il giudice amministrativo deve valutare i vantaggi del progetto rispetto ai suoi svantaggi, che si tratti del suo costo, delle sue ripercussioni sull'ambiente, delle sue conseguenze sulla proprietà privata o del danno arrecato ad altri interessi pubblici. Applicando tale ragionamento al progetto della *Ville nouvelle-Est*, il *Conseil d'État* ha stabilito che, tenuto conto del piano di sviluppo integrato e dell'importanza del progetto, la demolizione di un centinaio di abitazioni non fosse tale da privare l'operazione del suo carattere di pubblica utilità. Più di recente, cfr. la decisione del 30 ottobre 2023, n. 474408, *Commune de Béthune*, in cui il Conseil d'État ha ritenuto spettasse al giudice amministrativo verificare se un operazione di recupero immobiliare contestata soddisfacesse l'obiettivo di interesse generale di preservare edifici tradizionali e quartieri storici, trasformando le condizioni di abitabilità degli edifici fatiscenti, bilanciando i danni alla proprietà privata, i costi finanziari e, ove applicabili, gli svantaggi sociali o economici conseguenti.

[30] Cfr. NEWMAN, THORNLEY, *op.cit.*, p. 116.

[31] Cfr. COUCH *et al.*, *op. cit.*, p. 32.

Gran Bretagna si sviluppa nel quadro delle politiche nazionali di governo dei processi di ristrutturazione industriale e di declino urbano conseguenti alla crisi economica degli anni Settanta del secolo scorso, connotate dalla contrazione delle politiche di welfare e dei servizi di «welfare urbano» a favore di approcci neoliberali maggiormente orientati al mercato[32]. Sia negli approcci d'insieme maggiormente critici, soprattutto sui primi decenni delle politiche di rigenerazione, sia in quelli maggiormente concentrati ad analizzare i singoli strumenti giuridici innovativi progressivamente introdotti, osservano la necessità di leggerne le evoluzioni delle politiche di rigenerazione urbana e degli strumenti giuridici utilizzati come varabile dell'evoluzione del ruolo delle politiche pubbliche nel campo sociale ed economico a cavallo tra i due secoli.

Il punto di svolta è rappresentato *dall'Inner Urban Areas Act* del 1978, che segna il primo tentativo organico di affrontare il declino delle inner cities. Il *White Paper Policy for the Inner Cities* (1977) introduce l'idea che la rigenerazione richieda interventi pubblici mirati e non possa essere affidata alle sole dinamiche di mercato. L'*Inner Urban Areas Act* conferisce ai governi locali nuovi poteri e risorse, inaugurando una stagione di politiche urbane che, tuttavia, verrà profondamente trasformata dal cambio di governo del 1979. Con il nuovo governo conservatore, la Gran Bretagna abbandona progressivamente il modello di rigenerazione pubblica per adottare un approccio *property-led*, fondato su strumenti giuridici che privilegiano l'iniziativa privata, la deregolamentazione e la marginalizzazione delle autorità locali. Le Urban Development Corporations (UDC), istituite a partire dal 1980, rappresentano l'esempio più emblematico di questa svolta normativa: enti dotati di poteri straordinari in materia di pianificazione, esproprio e sviluppo, prevalentemente sottratti al controllo democratico locale e orientati a catalizzare investimenti privati. La loro istituzione segna una rottura profonda con la tradizione urbanistica

[32] Sulla rigenerazione urbana nel Regno Unito, cfr., *ex multis*, P. BOOTH, *From Property Rights to Public Control: The Quest for Public Interest in the Control of Urban Development*, in *The Town Planning Review*, 73.2, 2002, p.153; C. COUCH, C. FRASER, S. PERCY (a cura di), *Urban regeneration in Europe*, Oxford, Blackwell, 2003; R. VERHAGE, *Renewing urban renewal in France, the UK and the Netherlands: Introduction*, in *Journal of Housing and the Built Environment, Policy and Practice*, 20.3, 2005, p. 215; P. BOOTH, *Partnerships and networks: The governance of urban regeneration in Britain*, in *Journal of Housing and the Built Environment*, 20, 2005, p.257; J. PUNTER, *Urban Design and the English Urban Renaissance 1999–2009: A Review and Preliminary Evaluation*, in *Journal of Urban Design*, 16:1, 2011, p.1; C. COUCH, O. SYKES, W. BORSTINGHAUS, *Thirty years of urban regeneration in Britain, Germany and France: The importance of context and path dependency*, in *Progress in Planning*, 75, 2011, p.1; N. BAILEY, *The role, organisation and contribution of community enterprise to urban regeneration policy in the UK*, in *Progress in Planning*, 77, 2012, p. 1; P. JONES, J. EVANS, *Urban regeneration in the UK: Boom, bust and recovery*, 2nd, London, Sage, 2013; M.E. LEARY, J. MCCARTHY (a cura di), *The routledge companion to urban regeneration*, London, Routledge, 2013; P. ROBERTS, H. SYKES, R. GRANGER (a cura di), *Urban Regeneration*, 2nd, London, Sage, 2017; P. R. ATKINSON, A. TALLON, D. WILLIAMS, *Governing urban regeneration in the UK: a case of 'variegated neoliberalism' in action?*, in *European Planning Studies*, 27:6, 2019, p.1083; A. TALLON, *Urban regeneration in the UK*, 3nd, London, Routledge, 2021; U. ALTROCK, D. KURTH, (A cura di), *Urban Regeneration in Europe. Jahrbuch Stadterneuerung 2024/25*, Cham, Springer VS, 2024; A. EARLEY, *Achieving urban regeneration without gentrification? Community enterprises and community assets in the UK*, in *Journal of Urban Affairs*, 2025, 47:4, p. 1125.

britannica, introducendo un modello di governance verticale e centralizzato.
Parallelamente, il governo Thatcher promuove la creazione delle *Enterprise Zones*, aree caratterizzate da forti incentivi fiscali e deregolamentazione urbanistica, concepite per attrarre investimenti e stimolare la crescita economica. Questi strumenti giuridici riflettono una concezione della rigenerazione urbana come leva per la competitività territoriale, più che come politica sociale.
La struttura urbana britannica, caratterizzata da un forte monocentrismo e da un'elevata densità, contribuisce a definire il contesto giuridico della rigenerazione.
Negli anni Novanta, con il declino del modello property-led, emergono nuove forme di governance urbana. Il governo Major introduce i *City Challenge*, programmi competitivi che richiedono partenariati pubblico-privati e strategie integrate. Tuttavia, è con il governo Blair che la rigenerazione urbana assume una dimensione più ampia e sistemica. La creazione delle Regional Development Agencies (RDA) e dei Neighbourhood Renewal Funds segna un tentativo di ricostruire una governance multilivello, pur mantenendo un forte controllo centrale.
Auby ha sottolineato che nell'approccio giuridico francese (ma possiamo estendere queste riflessioni anche all'ambito all'italiano) le varie disposizioni che costituiscono «*il funzionamento giuridico delle città*» sono ancora frammentate in varie categorie di leggi di settore - leggi sulla proprietà, leggi sui contratti pubblici, leggi sul governo locale, leggi sui servizi pubblici locali, e così via -, benché la parte tradizionalmente prevalente si ritrovi nella legislazione urbanistica o in quella sul consumo del suolo.
Il "Diritto della città" può essere inteso come la disciplina giuridica applicabile alle «*varie dimensioni essenziali del funzionamento delle città: spazi pubblici e privati, infrastrutture, occupazione del territorio, sviluppo economico locale, servizi pubblici locali, governo locale e così via*»[33].
La rigenerazione urbana in Francia si sviluppa all'interno di un quadro giuridico fortemente centralizzato, nel quale lo Stato mantiene un ruolo predominante nella definizione delle politiche urbane, nella pianificazione territoriale e nella gestione delle trasformazioni socio-spaziali. Tale centralità statale costituisce uno degli elementi più caratterizzanti del modello francese e condiziona profondamente la natura degli interventi di rigenerazione. la Francia ha riconosciuto precocemente l'emergere di problemi urbani legati alla crisi industriale e alla marginalizzazione sociale. La risposta dello Stato si è tradotta in un insieme di politiche nazionali che,

[33] Sulla rigenerazione urbana in Francia, cfr. *Ex* multis, Cfr. NEWMAN, THORLEY, *Urban planning in Europe,* cit.. 2002, p. 154ss.; VERHAGE, *Renewing urban renewal in France, the UK and the Netherlands: Introduction*, cit.; BOOTH, BREUILLARD, FRASER, PARIS (a cura di), *Spatial Planning Systems of Britain and* France, 2007, cit.; COUCH, SYKES, BORSTINGHAUS, *Thirty years of urban regeneration in Britain, Germany and France*, cit., 2011; J.F. AUBY, *Droit de la Ville. An Introduction*, in *Italian Journal of Public Law*, 2, 2013, p. 303; R. EPSTEIN, *La rénovation urbaine. Démolition et reconstruction de l'Etat*. Paris, Presses de Science Po, 2013; Paris.Conseil d'Etat, *Le juge administratif et l'urbanisme*, 2016, in *Les dossiers thématiques du Conseil d'État* ; C. LELEVRIER, *40 years of urban regeneration policies for deprived neighbourhoods in France, continuities, changes and paradoxes*, in ALTROCK, KURTH, (A cura di), *Urban Regeneration in Europe*, 2024, cit.

ISSN 2036-7821

sin dagli anni Settanta, hanno cercato di affrontare il degrado dei *grands ensembles*, le grandi periferie residenziali costruite nel dopoguerra, attraverso strumenti normativi e finanziari di scala nazionale.

La dimensione giuridica della rigenerazione urbana francese si manifesta anche nella gestione dell'edilizia sociale. La Francia presenta un livello di affitto più elevato rispetto al Regno Unito, con una forte presenza di alloggi sociali gestiti da enti pubblici o para-pubblici. La legislazione francese consente allo Stato di intervenire direttamente nella gestione degli alloggi sociali, imponendo standard, criteri di assegnazione e programmi di riqualificazione, spesso attraverso strumenti coercitivi o vincolanti per i comuni.

Nel complesso, la rigenerazione urbana in Francia si configura come un processo fortemente influenzato dalla centralizzazione istituzionale, dalla tradizione pianificatoria e dalla volontà dello Stato di intervenire direttamente per correggere squilibri socio-spaziali.

Sul piano dogmatico, gli studi gius-comparatistici impongono una rigorosa distinzione concettuale tra *aménagement du territoire*, *politique de la ville* e *rénovation o régénération urbaine*[34]. Se l'aménagement du territoire definisce la pianificazione macro-territoriale ed economica diretta a garantire la coesione e l'equilibrio dello spazio nazionale contro l'ipertrofia della capitale, la politique de la ville costituisce una politica pubblica trasversale per il riequilibrio socio-economico dei quartieri degradati. La nozione di rénovation urbaine — tipizzata dal Decreto del 31 dicembre 1958 per disciplinare le demolizioni e ricostruzioni nei centri storici vetusti — viene distinta dalla régénération urbaine, incentrata sulla riqualificazione fisica e immobiliare dei siti dismessi, laddove la politique de la ville privilegia l'integrazione sociale e l'azione comunitaria d'area.

L'evoluzione delle politiche pubbliche d'area evidenzia il superamento delle *Zones à Urbaniser par Priorité* (ZUP, Decreto n. 58-1470 del 1958) per affrontare il degrado dei grandi complessi residenziali (grands ensembles) edificati negli anni.

Sul piano operativo e della gestione del rischio economico, la pubblicistica gius-comparata mette in risalto la specificità del modello amministrativo. Rispetto al sistema britannico, l'ordinamento francese ricorre alle *Sociétés d'Économie Mixte* (SEM) e alle *Sociétés Publiques Locales* (SPL), concessionarie pubbliche operanti nelle *Zones d'Aménagement Concerté* (ZAC), affiancate dagli *Établissements Publics Fonciers* (EPF) per il controllo preventivo dei suoli e la costituzione di riserve fondiarie dirette a neutralizzare la rendita speculativa.

Il quadro ordinamentale ha subito una profonda riorganizzazione istituzionale e finanziaria con la *Loi d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine* (Loi Borloo, legge n. 2003-710 del 1° agosto 2003). La legge ha istituito il

[34] Cfr. COUCH, SYKES, BÖRSTINGHAUS, *op. cit.*, p. 19; LELÈVRIER, *op. cit.*, p. 2.

Programme National de Rénovation Urbaine (PNRU) e ha creato *l'Agence Nationale de Rénovation Urbaine* (ANRU) per il finanziamento centralizzato di demolizioni, ricostruzioni e *résidentialisation*. La dottrina manifesta interpreta spesso la riforma come un'operazione di ricentralizzazione dello Stato che impone la demolizione sistematica e la sostituzione delle dinamiche partecipative locali.
Un'ulteriore svolta è segnata dalla *Loi de programmation pour la ville et la cohésion urbaine* (Loi Lamy, legge n. 2014-173 del 21 febbraio 2014), che ha concentrato la geografia prioritaria in 1.514 Quartiers Prioritaires (QPV) identificati sul solo criterio oggettivo e statistico della concentrazione di famiglie a basso reddito rispetto alle medie nazionali e locali e riformato i *Contrats de ville* intercomunali.
L'efficacia e la sostenibilità della rigenerazione urbana si scontrano infine con il dibattito sui risultati materiali e sulle aporie del dogma della mixité sociale: la riflessione gius-sociologica contesta l'assunto prescrittivo per cui la diversificazione degli alloggi e l'immissione di proprietari privati generino automatica integrazione sociale e riduzione delle disuguaglianze.
La rigenerazione urbana in Germania si configura come un processo profondamente radicato nella struttura giuridica e istituzionale del Paese, la quale determina in modo significativo sia le modalità di intervento sia la capacità delle politiche urbane di adattarsi ai mutamenti economici e sociali[35].
L'architettura giuridica che presiede al finanziamento della rigenerazione urbana in Germania si fonda su un delicato equilibrio tra poteri federali e autonomia locale, il cui perno costituzionale è individuabile nell'Articolo 104b della Legge Fondamentale (Grundgesetz). Tale norma disciplina la facoltà della Federazione di erogare aiuti finanziari ai Länder e alle municipalità per investimenti di rilevanza nazionale, stabilendo al contempo il diritto dei comuni di elaborare i propri piani edilizi, pur in un quadro di controlli federali sull'appropriatezza dell'uso dei fondi. Storicamente, il sistema ha origine nella gestione dell'emergenza post-bellica, quando la Prima Legge sull'Edilizia del 1950 (*Erstes Wohnungsbaugesetz*) e la successiva del 1953 istituirono la base legale per la fornitura di alloggi accessibili attraverso sovvenzioni e incentivi. Un'evoluzione dogmatica fondamentale si è compiuta con la Legge sulla Promozione dello Sviluppo Urbano del 1971 (*Städtbauförderungsgesetz*), che ha introdotto standard legali rigorosi per il finanziamento, superando la logica della semplice ricostruzione per abbracciare una visione organica della rigenerazione urbana. Questa norma ha

[35] Sulla rigenerazione urbana in Germania, *ex multis*, cfr. G. SCHMITT, H. SCHRÖTELER-VON BRANDT, *Stadterneuerung. Eine Einführung*, Wiesbaden, Springer, 2016; R. ZABEL, Y. KWON, *Evolution of urban development and regeneration funding programs in German cities*, in *Cities*, 111, 2021, p.1; U. ALTROCK, R. KUNZE, D. KURTH, H. SCHMIDT, G. SCHMITT (a cura di), *Programmatik der Stadterneuerung – Jahrbuch Stadterneuerung*, Wiesbaden, SpringerVS, 2019; ALTROCK, *Stadterneuerung*, in Akademie für Raumforschung und Landesplanung, *Handwörterbuch der Stadt- und Raumentwicklung*, 2018, Hannover, p. 2441; U. ALTROCK, D. KURTH, *Urban regeneration in Germany: continuation and further development of planning strategies for urban spaces*, in ALTROCK, KURTH, (A cura di), *Urban Regeneration in Europe*, 2024, cit.

ISSN 2036-7821

altresì formalizzato una procedura di partecipazione a due livelli, ulteriormente rafforzata dalla revisione della Legge sull'Edilizia del 1976 (*Baugesetzbuch*), che ha elevato la partecipazione dei cittadini a elemento costitutivo della pianificazione dello sviluppo.

Il quadro normativo ha subito un'ulteriore trasformazione a seguito della riunificazione del 1989, che ha richiesto l'estensione e l'adattamento delle basi legali per affrontare le disparità tra i nuovi Länder orientali e quelli occidentali. In questo contesto, la Carta di Lipsia sulle città europee sostenibili del 2007 ha assunto un rilievo primario, imponendo il concetto di sviluppo integrato (*integriertes Stadtentwicklungskonzept*) come precondizione giuridica essenziale per l'accesso ai finanziamenti pubblici. Tale requisito obbliga le amministrazioni a considerare simultaneamente le sfide economiche, ecologiche e sociali, evitando interventi.

Tuttavia, la crescente proliferazione di programmi specifici ha generato una complessità burocratica che ha indotto il legislatore a intervenire con la riforma del 2020 (Städtetag e Gemeindebund, 2019). Quest'ultima ha razionalizzato l'offerta riducendo i programmi da sei a tre e ha introdotto nuovi criteri legali di ammissibilità. Tra questi, spiccano l'obbligatorietà di misure per la protezione del clima e un forte incentivo alla cooperazione intercomunale, confermando la natura dinamica dell'ordinamento tedesco nel rispondere alle nuove istanze di sostenibilità globale. Il sistema rimane ancorato alla "regola dei terzi", che impone una ripartizione paritaria dei costi tra Federazione, Länder e Comuni, incentivando al contempo la partecipazione di capitali privati nel quadro di partenariati pubblico-privati.

2. *Osservazioni conclusive.*

Dopo queste osservazioni introduttive, si possono mettere a fuoco, come premesso, le seguenti questioni scientifiche: a) se e come la disciplina normativa della rigenerazione urbana abbia origine dal tradizionale diritto urbanistico e come lo superi integrando questioni giuridiche sociali, ambientali, economiche, di sviluppo, di coesione, etc.; b) si ci sia pluralità di livelli di governo, se ci sia un intreccio, o una sovrapposizione, tra poteri statali, regionali e locali, se anche le fonti di regolazione siano statali, regionali o locali, e quali meccanismi siano eventualmente previsti per mettere ordine nei conflitti tra poteri o norme di livelli diversi; c) se le fattispecie di accentramento di poteri a livello nazionale abbiano ridotto la trasparenza burocratica e la partecipazione amministrativa dei cittadini ai processi decisionali; d) come si intreccino gli strumenti normativi di rigenerazione urbana con le normative dei servizi sociali e sanitari e delle politiche sociali di contrasto alle marginalità e fragilità sociali; se in quel contesto nazionale siano emersi teorie del "diritto della città" come cornice integrata del diritto della rigenerazione urbana con gli altri diritti settoriali (diritto urbanistico, diritto dell'economia, diritto ambientale, diritto sanitario, diritto

delle politiche sociali, etc.).

La ricostruzione dogmatica dell'evoluzione della rigenerazione urbana nel Regno Unito richiede di analizzare il rapporto di derivazione e superamento nei confronti del tradizionale diritto urbanistico (town and country planning). Il sistema classico, codificato con il Town and Country Planning Act 1947, si fondava su una funzione pubblicistica conformativa e negativa del territorio, incentrata sul controllo dell'uso dei suoli (land-use control) e sulla nazionalizzazione dei diritti di trasformazione edilizia, che scindeva la proprietà dal diritto di edificare subordinandolo ad assenso discrezionale (planning permission). La dottrina gius-pubblicistica evidenzia come la disciplina della rigenerazione abbia superato tale impostazione meramente "fisica" (urban renewal), evolvendo verso una nozione olistica: essa si configura come un'azione strategica diretta a risolvere le patologie complesse del tessuto urbano (wicked problems) mediante l'armonizzazione dei profili fisici, ambientali, economici, di sviluppo e di coesione sociale. La letteratura ha concettualizzato la transizione dai singoli interventi di risanamento a un approccio sistemico in cui la trasformazione del suolo è intesa come leva per la sostenibilità ecologica e la coesione territoriale.

Sul piano dell'organizzazione istituzionale, l'ordinamento britannico si caratterizza per una spiccata pluralità di livelli di governo (multi-level governance) in cui si registrano intrecci e sovrapposizioni tra il potere statale centralizzato (Westminster Parliament e Ministeri d'indirizzo quali il DCLG/DLUHC), le articolazioni regionali o sub-regionali (dopo l'abrogazione delle Regional Development Agencies nel 2010, sostituite dalle Local Enterprise Partnerships e dalle Combined Authorities) e gli enti locali (Local Planning Authorities - LPAs). Le fonti si articolano in leggi statali primarie, linee guida ministeriali vincolanti (National Planning Policy Framework - NPPF) e piani locali (Local Development Frameworks). Per comporre i conflitti tra livelli di governo o norme contrastanti, l'ordinamento prevede precisi meccanismi: il potere di avocazione ministeriale (call-in powers) del Secretary of State per progetti di rilevanza nazionale; il dovere legale di cooperazione (duty to cooperate) prescritto alle autorità locali dal Localism Act 2011 per le strategie sovra-comunali; e l'attività giustiziale del Planning Inspectorate, che risolve i ricorsi avverso decisioni comunali difformi dagli indirizzi.

L'insorgenza di fattispecie di accentramento dei poteri a livello nazionale, attuata mediante agenzie statali speciali sottratte al circuito elettorale (Urban Development Corporations - UDCs e Mayoral Development Corporations), ha tuttavia generato un severo deficit di trasparenza burocratica e di partecipazione democratica. L'avocazione delle potestà urbanistiche a consigli d'amministrazione nominati dal governo e dominati da interessi commerciali privati, unitamente al diffondersi del planning by contract e delle società veicolo (URCs e SPVs), ha schermato le scelte decisionali strategiche sotto la clausola della riservatezza commerciale (commercial

confidentiality). In tale contesto, gli strumenti formali di partecipazione amministrativa dei cittadini (Statements of Community Involvement) sono stati depotenziati, riducendosi a simulacri consultivi privi di reale efficacia conformante e marginalizzando le comunità residenti rispetto alle decisioni assunte dai partner economico-istituzionali.

Infine, gli strumenti normativi della rigenerazione urbana si intrecciano in modo indissolubile con le discipline dei servizi sociali e sanitari e con le politiche d'inclusione rivolte alle fragilità territoriali. Programmi complessi quali le Local Strategic Partnerships (LSPs), le Health Action Zones (HAZ) e il New Deal for Communities (NDC) hanno formalizzato il c.d. "piegamento" (bending) delle risorse sociali, assistenziali e sanitarie ordinarie a favore dei quartieri degradati, integrando la riqualificazione fisica con l'assistenza sociosanitaria.

A fronte delle disuguaglianze e dei processi di alienazione urbana, la dottrina scientifica ha riaffermato la teoria del diritto alla città (right to the city), sulle basi della riflessione di Henri Lefebvre. Il "diritto alla città" si pone come cornice dogmatica integrata che ricompone il diritto urbanistico, il diritto dell'economia, il diritto ambientale, il diritto sanitario e il diritto delle politiche sociali: esso rifiuta la riduzione del territorio a mero valore finanziario e afferma il diritto collettivo della cittadinanza al controllo democratico dello spazio, garantendo la tutela delle popolazioni fragili dai processi di espulsione e gentrificazione.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

The tax treatment of works of art in Italy: speculative purposes, cultural interest, legal certainties, and regulatory gaps

di Laura Letizia

(Professoressa associata di Diritto tributario, presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Introductory remarks; 2. Transfers of works of art with or without *cultural interest* for inheritance and gift tax purposes; 2.2. Some specific cases; 3. Other typologies; 4. The remodulation of the VAT rate on sales and imports and the alternative margin regime; 5. Concluding remarks.

Abstract

The tax implications of the transfer of works of art between private individuals are still not fully clarified in Italian law, and over time, interventions in doctrine, jurisprudence, and tax administration have been necessary to resolve uncertainties. The law implementing the tax reform established, among other things, rules regarding capital gains realized by collectors not motivated by speculative intent, as well as those more broadly applicable to works of creative genius in the field of visual arts, excluding them from taxation. Furthermore, the enabling act, in compliance with a European directive, contemplates changes to the applicable VAT rate, among other things, to imports of works of art. This aspect, along with the tax regulations, has recently been implemented. Consequently, some implications for the regime applicable to such transfers remain to be regulated to eliminate any doubts that may arise regarding these forms of wealth in relation to the contributory capacity referred to in Article 53 of the Constitution.

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

1. Introductory remarks.

As with any activity that generates income, consumption, and wealth, works of art can serve as indicators of taxpayer capacity [1], which may be associated with tax obligations. Furthermore, the Italian legal system provides a tax relief for the *mecenati* – a 65% tax credit for individuals or non-profit organizations that make donations as a percentage of their taxable income, or for companies or sole proprietorships with business income for the restoration, protection, and preservation of works of art belonging to public heritage[2].

In any case, the context in question – characterized by numerous stakeholders, specific characteristics regarding the definition of economic values and price formation, as well as multiple cultural, aesthetic, communicative, and identity aspects in the broad sense –is of interest to taxation especially with regard to cases involving the purchase and sale of works of art by private individuals.

The tax authorities are therefore essentially interested in sales transactions and their income classifications, to identify the possible taxation of capital gains generated by such transactions, considering the taxable persons involved.

In this case, it is a matter of verifying the transfer activity carried out by the transferor of works or art collections, in order to ascertain whether: they are engaged in a business activity, carry out the transfers of ownership in question on a sporadic basis, are 'pure' collectors who value the aesthetic/emotional value of the works and do not intend to profit from any resales, or transfer them to other parties in order to obtain monetary resources in response to contingent situations.

Depending on the case, in fact, a different classification of income derived from the sale of works of art applies.

Respectively: business income (Article 55 et seq. of Presidential Decree No. 917/1966), also subject to VAT (Article 4 of Presidential Decree No. 633/72); miscellaneous income (Article 67, paragraph 2, letter i, TUIR), not subject to tax due to the lack of the requirement of habituality, but still subject tax reporting obligations[3]; absence of taxation, as well as the aforementioned obligations, as these are disposals of personal assets that do not give rise to taxable income, without prejudice to the traceability of any sums received based on the amount of the transfer and having regard to the transactions carried out.

Furthermore, works of art may be sold directly by their author; in this case, the income received must be classified, in accordance with the provisions of the TUIR, as

[1] On direct and indirect indices of contributory capacity, see for all E. DE MITA, *Capacità contributiva*, in *Digesto delle discipline commerciali*, II, 1987, at 454 ff.

[2] This refers to the *art bonus*, as per Article 1 of Decree Law No. 83 of May 31, 2014, converted into Law No. 106/2014, as amended. For detailed comments on the tax relief measure, please refer to C. BUCCICO, *Il valore fiscale dell'art bonus*, in *Innovazione e Diritto*, 6/2016, at 51 ff.

[3] That is, the declaration of income earned under *Other income*, RL14 – *Payments deriving from commercial activities not carried out on a regular basis*.

ISSN 2036-7821

income from self-employment (Article 53, paragraph 1), with the particularity that the artist may only receive it after selling the work, not when it is created. Therefore, the deferral of income occurs with the transfer of the service, precisely, to the transfer of goods[4]. In this case, the amounts received are subject to withholding tax if the purchaser is a withholding agent, subject to income tax and VAT.

Also, direct sales of one's own works may be entirely occasional, constituting other income for IRPEF purposes[5]. In this case, the taxpayer will issue the purchaser with a receipt for the amount received, subject to a stamp duty of € 2 and withholding tax. However, there are no limits on earnings, although if total annual earnings exceed € 5,000, subject to INPS separate management for the payment of contributions, of which 1/3 are payable by the artist. Regarding VAT, given the lack of a professional nature and the fact that this is not a business activity, the transaction will be outside the scope of taxation, as it is not taxable due to the lack of the necessary conditions[6].

Furthermore, the author of a work of art may be a partner in a corporation or a partnership.

In the latter case, the taxpayer will determine the income received from the sale of the artwork in proportion to his share of the profits, based on the tax transparency regime and in accordance with the rules governing the taxation of individuals. In the second case, the income, by virtue of the principle of attraction[7],, must be classified as business income.

Having briefly highlighted some aspects of the context under observation, will be addressed from a tax perspective, it should be noted that works of art and art collections can also be considered as alternative safe-haven assets to the usual forms of financial investment and, therefore, intended to be placed on the market to generate profits.

In this case, the owner considers their potential economic value and is therefore motivated by a clearly speculative purpose, even though his activity does not correspond to that of an art dealer. This entity, in particular, monitors market trends to exploit them economically when it appears most appropriate, and a transfer transaction should, in principle, not be subject to VAT.

---

[4] See R. LUPI, *La rilevanza tributaria dell'arte*, in *S&T - Valorizzazione delle collezioni d'arte e dei lasciti d'artista*, s.i., 2025, at 31.

[5] In resolutions 5/E/2001 and 204/E/2002, the Italian Revenue Agency denied that an occasional sale of works of art could contribute to determining the total income for IPEF purposes pursuant to Article 67, paragraph 1, letter i, of the TUIR. However, with regard to income earned by an occasional speculator and received from renting or granting the use of works of art, for classification in this category, reference should be made to letter h of the provision, while letter g refers to the economic exploitation of property rights related to such assets, since income derives from the economic use of intellectual property exploited jointly and for which letter g) applies.

[6] In particular, pursuant to Article 5 of Presidential Decree No. 633/1972. See Table A, Part III, No. 127-septiesdecies of the Decree, which contains a list of activities to which the reduced tax rate applies.

[7] Article 6, paragraph 3, of the Presidential Decree No. 917/1996.

For income taxes, on the other hand, and from the point of view of tax equalization, a substitute tax corresponding to that on financial income should be introduced.
However, Article 67 of the TUIR regarding the taxation of capital gains arising from occasional commercial activities must be taken into account, even though this very reference presents a contradiction in terms. In fact, regularity is the only criterion provided for under Italian tax law for identifying commercial activities and self-employment for business purposes[8].
From what has been said, it follows that it is necessary to identify whether the purely economic value of such assets prevails over the personal/aesthetic pleasure of owning them. Therefore, where there is no speculative intent, the transfers do not have tax implications, even about miscellaneous income. On the other hand, some transfers intended for investment purposes may show the characteristics of occasional commercial activities.
In addition to the preliminary considerations outlined above, it should be noted that the VAT rate on intra-EU sales, imports, and purchases of works of art (antiques and collectibles) has recently been (further) reduced, and its subjective scope of application has been expanded, without prejudice to the optional margin scheme[9].
It should also be noted that works of art and art collections may be received as a result of "bequests" and, in most cases, the related transactions are not subject to taxation, since the recipient does not make any prearranged purchases and, therefore, these are not commercial activities, even occasional ones, but rather acts aimed at assets disposal[10].
Along with this brief reminder and the other points of interest mentioned above, which will be clarified shortly, it should be noted that the Italian tax legislator has provided for other favourable rules or complete tax exemptions for the transfer (including) of works of art with regard to inheritance and gift taxes, either because they are included in estates or because they are the subject of gratuitous transfers *inter vivos*.
In addition to this brief overview and the other key aspects mentioned above – which will be clarified shortly – it should be noted that Italian tax law provides for other favorabile provisions or total exemptions regarding the transfer (including) of works of art in the context of inheritance and gift taxes, whether such works are included in the estate or are the subject of gratuitous inter vivos transfers. All of this is subject to the condition that they are not considered to be of cultural interest and, therefore, subject to protection by the Minister of Cultural Heritage and Activities with consequent measures aimed at their conservation and regulation in accordance with the provisions of the Code of Cultural Heritage and Landscape.

[8] R. LUPI, *La rilevanza tributaria dell'arte*, cited, at 32.
[9] Introduced by Law No. 85/1985. Or further details, please refer to paragraph 4.
[10] Revenue Agency, No. 5 cited.

Considering everything that has been said so far, it should therefore be assumed that national tax regulations contain more references to works of art and that these are *up to date* and *complete*. However, not only are the references provided general in nature – that is, broadly applicable to works of art, although the expression could be interpreted as corresponding to them – but the provisions themselves, as mentioned, contain gaps[11].

To fill them in – as mentioned above – case law has (also) intervened, identifying the subjects operating in the art trade circuit and establishing their tax obligations. As for practice, which is not always clear, it too has involved interpretative activity[12].

It should be noted, however, that the enabling law for tax reform dealt with the taxation of income deriving from the sales in question and, more broadly, relating to creative intellectual works pertaining to the visual arts, incorporating supranational regulations and identifying the criteria for regulating them.

In any case, it is commendable that the reformulated VAT exemption regime applicable to imports and intra-Community sales (including) of works of art, introduced to make our system more attractive and to transpose a European directive in this area as well, has been in force since July 1, 2025[13]. In this regard, the tax rate has been reduced (from 10%) to 5% for domestic sales made directly by artists (and their heirs/legatees) and imports, including those made by retailers, unless they opt for the VAT margin scheme.

2. Transfer of works of art, whether or not of cultural interest, for the purposes of inheritance and gift tax.

To identify what constitutes cultural heritage in Italian law, reference must be made to Legislative Decree No. 42/2004, which includes works of art among such heritage. [14].

Specifically, Article 2, paragraph 2, defines them as 'Immovable and movable property which, pursuant to Articles 10 and 11, is of artistic, historical, archaeological, ethno-anthropological, archival, and bibliographic interest, and other items identified by law or on the basis of the law as evidence of civilizational value'.

The Decree stipulates that each of these assets is subject to a 'restriction' which, pursuant to Article 13, implies a prior declaration of 'cultural interest'[15] which – in

[11] See F.V. ALBERTINI, *Observations on the tax aspects of the sale of artworks, by examining a recent jjudge of legitimacy ruling, (notes to Corte di Cassazione, Section V, January 16, 2024, No. 160*), in *Rivista telematica di Diritto tributario*, 2024, at 11.

[12] Agenzia delle Entrate, No. 303 of September 20, 2020.

[13] Directive 2022/542/EU. The definition of works of art is provided in Annex IX, Part A, Directive 112/2006/EU on the Common System of Value Added Tax.

[14] Following the repeal of Article 166 of Legislative Decree No. 490/1990 – 'Consolidated text of legislative provisions on cultural and environmental heritage, pursuant to Article 1 of Law No. 352/1997', as well as previously Law No. 1089/1939 and Presidential Decree No. 1409/1963.

[15] Based on the provisions of paragraph 3 of Article 10.

relation to the subject under investigation – must be made before the date of opening of a succession *mortis causa* (or at the time of a deed of donation).
This is because listed cultural assets form part of the estate, even though they are excluded from the taxable estate, while the assets subject to succession included in the list[16] referred to in Articles 10 and 11 cited above form part of it[17].
Having briefly clarified this aspect, Law No. 512/1982[18], as amended, concerning the 'Tax regime for assets of significant cultural interest', established that heirs and donees of works of art may claim certain tax exemptions and deductions and in particular in regard to the payment of inheritance and gift tax, as well as other sums due as tax[19], by transferring them to the State[20].
To do so, taxpayers interested in this option, which can be exercised at the time of tax collection, must submit specific documentation containing the proposal to the competent office of the Revenue Agency[21].
Therefore, once exercised and accepted, the usual methods of fulfilling tax obligations are not carried out, i.e., the taxpayer does not make any payments to the tax authority.
Ultimately, the passive subject of the tax relationship extinguishes their debt to the active subject not by paying sums of money, but by transferring ownership of one or more works of art to them.
This method of extinguishing the tax legal relationship can be traced back to the payment in kind referred to in the Article 1197 of Civil Code, which is optional precisely because the tax obligation is pecuniary and is settled with assets other than money, taking the form, first, of a proposal by the taxpayer, and then in a procedure to verify the actual tax interest of the State in the transaction, which, if it exists, will

[16] According to Article 13 of the Decree.
[17] Converselt, tax relief is available for real estate, where Article 25 stipulates that, even if not subject to cultural heritage restrictions prior to the opening of the succession, the tax is reduced for those devolved to the heir or legatee by an amount proportionally corresponding to half of their value. It remains understood that, regardless of whether the restriction is imposed, mortgage and cadastral taxes apply in the ordinary manner.
[18] See E. GRANELLI, *il pagamento delle imposte dirette e indirette mediante cessione dei beni culturali,* in G. FALSITTA (ed.), *Il regime tributario e amministrativo dei beni culturali. Atti del convegno svoltosi a Saint Vincent,* Milan, 1986, at 111 ff.
[19] The payment of taxes through the transfer of cultural assets, initially intended only for income tax and inheritance tax, is now permitted for all state tax revenues, including VAT.
[20] See Articles 6 and 7 of the aforementioned law, which introduced Articles 28-bis into Presidential Decree No. 602/1973 and 42-bis into Presidential Decree No. 637/1972, transposed into Article 39 of Legislative Decree No. 346/1990, referred to in the text. For the payment of direct taxes, the proposal must be accompanied by the same documentation indicated in Article 6 and must be submitted only to the Ministry of Cultural Heritage and Activities, now corresponding to the Ministry of Culture.
[21] The proposal must specify the cultural characteristics of the artistic asset and contain all the information necessary for the financial administration to assess the interest and appropriateness of its purchase by the State. For an initial reflection on the administrative activity following the transfer proposal, see T. ALIBRANDI, P. FERRI, and N. PASOLI DALL'ONDA, *Il nuovo regime tributario dei beni culturali. Commento alla l. 2 agosto 1982, n. 512*, Milan, 1983, at 191 ff.

ISSN 2036-7821

however be reduced because it waives tax revenues, in whole or in part, by not collecting those due, in addition to assuming the costs of managing the works of art, once acquired, in order to preserve them.

It is worth noting that the aforementioned reservation does not conflict with Article 53 of the Constitution, given that prompt and diligent collection aimed at the regular functioning of services essential to the life of the community, the protection of which guarantees the conduct of financial life, ensuring the prompt availability of the economic means necessary to perform tasks of public interest, may be sacrificed by other constitutionally relevant interests, balancing fiscal and non-fiscal objectives.

It follows that, through the alternative offered to taxpayers to settle tax obligations, the objective is to achieve, in this case, the public interest of protecting and promoting Italy's cultural heritage, as referred to in Article 9 of the Constitution, to be balanced, however, with the interest of private individuals in fulfilling their tax debts through property rights[22].

Essentially, transfers of works of art, including collections, as well as antiques, when included in inheritances or donated, are permitted for the full or partial payment of income tax with related interest and penalties[23], but this option cannot be extended to withholding agents.

Furthermore, the tax authorities have recognized the extension of this option for taxpayers about VAT liabilities, if these are liquid and payable and that the procedures and limits outlined by the Italian legislator are complied with to ensure the correct valuation of the works of art and the balance due[24].

The taxpayer's proposal must include a detailed description of the "assets" offered and an indication of their "values", be accompanied by appropriate documentation, signed by all heirs and legatees under penalty of nullity, and be submitted to the Ministry of Culture and the competent Registry Office within sixty days from the date on which the notice of liquidation is served on that person[25].

In any case, the debtor's proposal does not suspend the payment of taxes due[26] and, once the art objects have been transferred, the debtor may request a refund for any

[22] Nevertheless, as noted by italian doctrine, fiscal interest, while constituting a public interest, in light of Article 53 of the Constitution, cannot be considered to have the same intensity as that attributable to the tax obligation. So L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milan, 1996, at 244.

[23] In this regard, Article 28-bis, paragraph 1, of Presidential Decree No. 602 of September 29, 1973. In its initial formulation, the procedure also applied to the (repealed) local income tax and the (abolished) taxes indicated in Article 20 of Legislative Decree No. 46 of Frbruary 26, 1999 then extended the application of the rule to all State tax revenues, including taxes not already listed.

[24] Revenue Agency, No. 43/E/2002. It should be noted that Legislative Decree No. 139 of September 18, 2024 extended the self-assessment taxation to inheritance and registration taxes. See, in particular, Articles 33, 37, and 57. For more details see G. SALANITRO, *Riforma fiscale e autoliquidazione delle imposte indirette sui trasferimenti: una prima lettura della nuova disciplina*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, October 26, 2024.

[25] Thus, paragraph 2. With regard to the deadline, this is indicated in Article 37, and its interruption is automatic upon submission of the proposal.

[26] See paragraph 5.

taxes already paid in the period between the date of submission of the proposal and the date of delivery or registration of such assets[27].

Finally, if the value of the transferred works of art is less than the amount owed in taxes and related charges, the taxpayer will have to pay the difference. If it is higher, he will not be entitled to any refund[28]

Turning to the tax regime governing assets of significant cultural interest, an initial provision was included in Law No. 512/1982[29], although it remained unenforced for a long time.

In particular, attention should be paid to Article 6 of that law, which was subsequently incorporated into Article 39 of Legislative Decree No. 36 of 1990; as noted above, this provision allows heirs (including those of works of art) to settle the inheritance tax by transferring such works to the State, provided they are of *undoubted artistic value*. In this regard, the taxpayer must submit a proposal to the relevant local authorities, namely the Superintendence for Archaeological, Artistic, and Landscape Heritage, and to the Revenue Agency.

Following a thorough evaluation, the Superintendence then forwards the proposal to the Directorate-General for Contemporary Creativity of the Ministry of Culture. If accepted, the taxpayer determines the taxable amount by using the fair market value of the work of art at the time the estate was opened, that is, by considering its average market value at the time of the decedent's death[30].

Regarding the application of tax rates, the standard rates (ranging from 4% to 8%) apply, with an exemption of up to 1 million euros for the transfer of works of art to a spouse or direct descendants.

Furthermore, Article 7 of the same law, as amended in 1997 by Article 14, paragraph 1, of Law No. 127, governs the payment of direct taxes through the transfer of cultural property to the State, pursuant to the inclusion of Article 28-bis in Presidential Decree No. 602/1973.

Taxpayers may therefore settle their income tax (IRPEF) obligations, including any interest and penalties; pursuant to Article 6, this provision applies to transfers of works of art created by living artists or works created less than 50 years ago.

From the provisions briefly discussed above—which apply to those who receive works of art as a result of donations, pursuant to the reference contained in Article 56, paragraph 1, of Legislative Decree No. 346/1990, as amended by Legislative

[27] See paragraph 6. Taxpayers may also invoke Article 2-bis for amounts entered in the tax roll or contained in enforceable assessment notices and to settle tax debts determined by tax assessment notices with acceptance.

[28] See paragraph 8.

[29] On this subject see M.C. FREGNI, *La tassazione del patrimonio culturale: le imposte dirette*, in A. ANSELMO, G. LEMME, and M. MIDIRI (eds.), *Il patrimonio culturale. Tutela, innovazione digitale, transizione ecologica*, Milan, 2025, at 192 ff.

[30] That is, the price that would be obtained in a transaction in which the parties are not subject to any particular constraints. See Article 19 of Legislative Decree No. 346 cited.

ISSN 2036-7821

Decree No. 139/2024, it is evident that the Italian legislature has long provided alternatives for the partial or full settlement of tax debts, while preserving the value of works of art received and to be transferred to the State. In fact, as noted, these taxes are calculated based on the assets' reliable and current value[31], although uncertainties may arise regarding, for example, the actual condition of the assets in question.

2.2. Some specific cases.

Assets to be included in the estate's assets include cash, jewellery, and personal property up to an amount equal to ten percent of the total taxable net value of the decedent's estate, even if they were not reported or were reported at a lower value[32].

Thus, under Italian law, there is a legal presumption on the part of the tax authorities[33] that the taxpayer can rebut only by preparing a detailed inventory, to be submitted in Section EG ('Attached Documents') of the inheritance tax return[34].

It is therefore assumed that such assets are, for the most part, included in the deceased's estate and can be concealed by the heirs without difficulty.

Consequently, it is the 'virtual' estate – determined in advance on an abstract basis – that is subject to taxation rather than the effective estate[35], to facilitate the valuation of inherited assets and avoid detailed and complex appraisals of assets whose value is not always easy to determine.

At the same time, this prevents taxpayers from failing to report such assets to avoid paying the tax, or from declaring them at a value lower than their actual value to reduce the tax liability[36].

---

[31] Pursuant to Article 34 of the *Testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni*, the value of assets declared by the taxpayer may be subject to adjustment by the Registry Office, which will settle any additional tax due.

[32] See Article 9, paragraph 2, of the Consolidated Law on Inheritance and Gift Tax. Meanwhile, paragraph 1 of the same provision defines the estate as comprising all assets and rights that form part of the succession, excluding those not subject to tax pursuant to Articles 2, 3, 12, and 13. The essential meaning of paragraph 2 of the aforementioned Article 9 was clarified by the Constitutional Court, Jult 12, 1967, in which it held that this presumption did not violate the principle of contributory capacity enshrined in Article 53 of the Constitution. This is because it is based 'on common experience and adheres to principles of logic so fundamental as to justify the legal certainty of the existence of the assets.' Furthermore, 'given the nature of these assets - which are easily concealed, evade any tax audit, and are difficult to value - the legislator felt it necessary to ensure that tax claims are precise, that tax collection is expedited, and that any attempt at evasion is rendered futile.'

[33] See Department of Finance, No. 212/1995.

[34] As part of the recent tax reform, the inheritance tax return form has been revised to reflect, in particular, the self-assessment of the tax by those liable for payment, rather than the assessment by the Revenue Agency.

[35] See F. GAFURRI, *Le presunzioni nella disciplina dell'imposta sulle successioni e donazioni*, in A.E. GRANELLI (ed.), *Le presunzioni in materia tributaria. Atti del convegno nazionale di Rimini del 22-23 febbraio 1985*, Rimini, 1987, at 120 ff. The Author sharply criticized the provision containing the presumption in question in light of the constitutional principle of the ability to pay. For further discussion, see R. BRACCINI, *La presunzione di danaro, gioielli e mobilia e la successione del non residente nello Stato*, at 165 ff., and S. SAMMARTINO, *Relazione di sintesi*, at 262 ff.

[36] To determine how to calculate the relevant percentage in the absence of an inventory, the Tax Section of the Court of Cassation, in its decision No. 4751 of February 25, 2008, ruled that only undeclared movable property

Ultimately, even for *furnishings* – which include works of art used to decorate homes, including cultural assets not subject to preservation order[37] – the presumption applies as a fixed percentage, resulting in an automatic increase in the total net taxable value of the estate's assets.

3. *Other typologies*.

Sellers of works of art, art collections, and antiques may derive income from transactions related to the conduct of a commercial activity – even if not carried out on a regular[38], systematic, or professional manner – or from an entrepreneurial activity that, conversely, requires the regular exercise of a professional activity, even if not exclusively, while not being organized as a business[39] and also subject to VAT[40]. Furthermore, such transfers may be entirely exempt from taxation if they are part of the transferor's personal assets[41].

To provide a further example in addition to those already mentioned, consider the case of a collector who does not act as an intermediary in the trade of works of art (within the meaning of Article 2152, paragraph 2, of the Civil Code)[42] and who transfers them to others in order to alter the composition of his or her collection[43] according to personal taste[44].

In any case, there remain areas of uncertainty regarding the tax treatment of such sales when they are conducted between private individuals, and this has led to

should be taken into account. However, the preparation of the inventory does not relieve the obligation to declare the presence in the estate of 'cash, jewelry, and personal property' with a value exceeding 10 percent of the net taxable value of the inheritance. It may, in fact, happen that (even after an inventory has been drawn up), the estate consists primarily of 'cash, jewelry, and personal property' with a value exceeding 10 percent of the net taxable value of the estate; in such a case, the taxpayer will not be able to deduct that excess value from the inheritance tax liability.

[37] Article 9(3), Legislative Decree No. 346 cited.

[38] For further reading on this topic, see E. ARTUSO and I. BISINELLA, *Cessione di opere artistiche e il trittico "collezionista", "speculatore occasionale" e "mercante d'arte" ai fini delle imposte dirette*, in *Rivista di diritto tributario*, October 7, 2023; S. GIANONCELLI, *Tra opere d'arte e reddito imponibile: il collezionista, lo speculatore occasionale e il mercante d'arte*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1/2024, at 239.

[39] Article 55(1) of the Consolidated Income Tax Law, pursuant to the reference in Article 2195 of the Civil Code.

[40] Article 2(1), Presidential Decree No. 633 of October 26, 1972.

[41] D. STEVANATO, *La vendita frazionata di una collezione d'arte configura un'attività commerciale occasionale*, in *Dialoghi tributari*, 1/2004, at 65 ff.

[42] In this regard, see Supreme Court, Order No. 1603 of January 16, 2024, which notes, however, that brokerage activities in the circulation of goods under the Civil Code do not correspond to the provisions of tax law. In fact, while Article 2082 of the Civil Code defines an 'entrepreneur' as a person who carries out an economic activity organized in a professional manner, Article 55 of the Consolidated Income Tax Law does not require such organization; rather, it requires the professional and habitual performance of the activities listed in Article 2195 of the Civil Code, even if carried out on a non-exclusive basis. In accordance with, among others, the decisions of the Court of Cassation, Section V, No. 36502 of December 13, 2022, and No. 36992 of December 16, 2022, as well as Section VI, No. 8982 of June 6, 2017.

[43] Italian Revenue Agency, No. 5/E/2001.

[44] See M.C. FREGNI, *Cessione di opere d'arte e trattamento fiscale ai fini delle imposte sui redditi*, in *Tax News*, April 11, 2025.

ISSN 2036-7821

several litigations[45], stemming from a provision of the that, in its previous version, taxed income derived from speculative transactions. Specifically, the third paragraph of Section 76(1) of Presidential Decree No. 597/1973, which established and regulated the taxation of personal income, provided that capital gains arising from the sale of works of art (or antiques) within two years of purchase were to be presumed to be speculative.

To resolve this issue, the first draft of the '2018 Budget Law' proposed to address this specific case by classifying it as income derived from commercial activities not carried out on a regular basis[46],, in order to definitively establish the tax treatment of sales made outside the scope of a commercial activity, while continuing to apply a time-based criterion[47].

Presidential Decree No. 917/1986 subsequently replaced the regulations governing capital gains as miscellaneous income[48], which led to the emergence of disputes aimed at determining whether such gains were subject to taxation and which income categories should be applied for tax purposes. Consequently, both doctrine[49] and case law have established criteria for distinguishing between different types of art sellers, categorizing them as art dealers, collectors, and occasional speculators.

More specifically, the former have been defined as those who professionally deal in the brokerage of works of art, purchasing them for resale; as such, they operate for profit, speculating on the increase in their economic value over time and deriving a profit from it. The income derived from these transactions is therefore taxable as business income[50], with implications for accounting, tax reporting, and tax assessment purposes, in addition to being subject to VAT.

[45] See, among any others, Judgment No. 6874 of March 8, 2023, issued by the Tax Division of the Court of Cassation, which provided specific guidance on transactions considered relevant for tax purposes, thereby reaffirming and consolidating principles established in previous decisions.

[46] The provision, which was removed before the parliamentary process for the approval of the final version of the law, was also included in the draft law converting the decree linked to the budget (AS 2942), which was likewise not approved. These were rules of authentic interpretation under which the transfer of works of art through sale or as a result of compensation due to loss or damage were to be classified as occasional commercial activities. Consequently, the resulting capital gains were included in the collector's income as miscellaneous income pursuant to Article 67, paragraph 1, letter i), of the TUI. See F. FORNONI, *Il trasferimento di opere d'arte (cessione, donazione e successione): profili comparati*, available at www.fondazione-uckmar.*it*, October 24, 2018.

[47] See F.V. ALBERINI, *Osservazioni in tema di profili tributari della compravendita di opere d'arte, a margine di una recente pronuncia di legittimità (commento a/notes to Corte di Cassazione, sez. V, ord. 16 gennaio 2024, n. 1603*), in *Rivista telematica di diritto tributario*, September 10, 2024, at 11.

[48] See E.M. BAGAROTTO, *Regime tributario della cessione di opere d'arte,* in *Rassegna tributaria*, No. 2/2019, at 305 ff.; M. LEO, *La necessità di regole più chiare per la tassazione de mondo dell'arte*, in «Corriere tributario», No. 10/2021, at 832 ff.

[49] See V. VERDUCCI, *Collezionismo e attività d'impresa*, in *Rivista di diritto tributario*, II, 2003, at 297 ff.

[50] Court of Cassation, Section V, No. 6874 of March 8, 2023.

As for collectors, if they purchase works of art simply to enjoy them and thus to expand their collections for aesthetic and contemplative purposes rather than to resell them, no taxable income arises[51].

Finally, those who occasionally purchase works of art with the intention of reselling them for a profit should be classified as occasional speculators. Consequently, the income they derive from such activities must be classified as "other income" pursuant to Article 67(1)(i) of the TUIR, as it constitutes income derived from a commercial activity not carried out on a regular basis.

Ultimately, for tax purposes, the way each transfer is carried out must be considered. Therefore, if the sale of works of art takes place on a continuous and regular basis, the person carrying out the sale derives business income from it, even if the activity in question is not exclusive and does not meet the requirement of organization the presence of which is not essential to constitute a commercial activity for tax purposes[52], as previously indicated, contrary to the provisions of Article 2082 of the Civil Code[53]. Conversely, if the transfer of works of art does not take place in the course of a commercial activity, the resulting proceeds do not fall under the provisions of Article 67 of the TUIR, as they cannot be classified under the categories set forth in Article 6 of the TUIR, and are therefore not subject to taxation.

Nevertheless, it is not always easy to distinguish between the various sellers.

How can you tell the difference between an art collector and an art dealer immediately?

The distinguishing factor, in fact, is purely factual[54], although, from a subjective standpoint, the collector's primary goal is usually not to make a profit but rather to acquire works of art, whereas the art dealer conducts his business with an undeniable intent to profit.

Whether or not the transfers in question are commercial in nature must therefore be determined on a case-by-case basis, taking into account the specific circumstances of each transfer; it is not sufficient to focus solely on the presence or absence of speculative intent, but rather to verify whether the transfer took place within the context of a commercial activity, even if occasional, which, in any case – again on a factual level – does not seem to differ greatly from determining the presence of speculative intent[55].

---

[51] See A. BRIGNOLI and M. FAGGIOLI, *Le opere d'arte: quadro generale sull'eventuale tassazione delle plusvalenze*, in *Bollettino tributario*, 2018, at 1240.

[52] For this requirement see Article 55(2)TUIR.

[53] Article 55 of the TUIR, in defining business income, requires that the economic activity be carried out on a "regular professional basis", just as Article 4 of Presidential Decree No. 633 does for VAT purposes.

[54] E. ARTUSO and I. BISINELLA, *Cessione di opere artistiche e il trittico "collezionista", "speculatore occasionale" e "mercante d'arte" ai fini delle imposte dirette. Commento a Cass., ord. 8 marzo 2023, n. 687*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, October 7, 2023, p. 2.

[55] G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padua, 2016, at 53 ff.

In essence, the tax authorities must verify the presence of indicators typical of commercial activity in relation to the sales transactions in question, namely whether they are ongoing nature[56], whether multiple transactions have been carried out over the course of a year, and whether the transfers are economically significant; therefore, it is necessary to take into account the seller's turnover and the parties with whom they conduct business[57], as well as the possible existence of other sources of income sufficient to justify substantial deposits into the bank account[58].
Additional factors from a tax perspective include the time elapsed between the acquisition of works of art and their sale[59], any intermediate actions taken to increase their value for subsequent resale[60], and the seller's proven experience in the target market[61].

4. ***The remodulation of the VAT rate on sales and imports and the alternative margin regime.***

As mentioned above, the Italian legislature has recently revised the already reduced VAT rate applicable to the sale and importation of works of art (including antiques and collections), extending it to 'anyone' who carries out such transactions [62]. In fact, the rule previously applied only if such transactions were carried out directly by the artists (or their heirs or legataries).
The new reduction in the tax rate applies, moreover, to imports of art objects (antiques and collectibles), for which the VAT rate was previously set at 10 percent, while for imports made by retailers (such as galleries, art dealers, or other industry operators), the standard rate of 22 percent applied.
Specifically in Table A of Part II-bis of the Consolidated VAT Act, which refers to 'Goods and services subject to the 5% rate,' item 1-novies has been added, which expressly lists works of art (antiques and collectibles), referred to in subparagraphs a), b), and c) of the table attached to Decree-Law No. 41 of February 23, 1995, provided that the margin scheme does not apply. At the same time, item 127-septiesdecies of Table A, Part III, was repealed, thereby eliminating the 10 percent VAT rate on imports of such goods and on such sales by the authors (or their heirs or legatees).

[56] The most commonly used criterion for determining whether or not a commercial activity exists is, as is well known, the requirement of regularity. For example, in its decision No. 56 of June 16, 2011, the Provincial Tax Commission of Florence considered the buying and selling of art objects on an online auction platform to be a business activity, since it was carried out by an individual over a long period of time and involved a substantial number of transactions.
[57] Court of Cassation, Nos. 8196, 8198, 8199, and 8200 of March 31, 2008.
[58] Court of Cassation, Nos. 7760 and 7761 of March 21, 2008.
[59] Court of Cassation, No. 21776 of October 20, 2011.
[60] Court of Cassation, n. 21776 cited.
[61] Court of Cassation, Nos. 27208 and 27211 of Decembre 20, 2006.
[62] Article 9 of the aforementioned Decree.

These regulatory measures were designed to revitalize the sector and incorporate the European principle set forth in Article 98-bis of Directive No. 112 of December 28, 2007, which has also recently been amended[63]. It follows that if a taxpayer applies the reduced VAT rate, they cannot subsequently avail themselves of the margin scheme, since that scheme applies the standard rate and is designed to prevent double taxation on the value of certain goods returned to the market.

Thus, there remain two alternatives 'tools', both aimed at the same objective: namely, preventing the VAT burden from unduly influencing the dynamics of the market in question. Nevertheless, the margin scheme is not a preferential arrangement for paying the tax, but rather a special regime; therefore, to qualify for it, the taxpayer must demonstrate the actual presence of every element – both objective and subjective –required by law[64]. Specifically, this option is permitted if the works of art are sold directly by the dealer or were imported by the dealer.

In any case, it is positive that the scope of the reduced VAT rate has been expanded, given that this measure was already in place in other European countries and reflects the common goal of reducing distortions in a market characterized by repeated transactions and the appreciation of artworks over time, factors that call into question the neutrality of the standard multi-stage VAT system and have justified the margin scheme. Furthermore, the territoriality of VAT and compliance channels for cross-border sales should be part of the 'VAT in the Digital Age' (ViDA), which would further facilitate price transparency and market integration.

The amendment would, in effect, prevent the persistence of disadvantages in the sector, while considering its defining characteristics, since the application of tax on works of art is complicated. Indeed, such works are not distributed and released for consumption through a chain of transactions in which suppliers charge VAT to their customers and then deduct it against the VAT paid to their own suppliers. As is well known, the multi-stage value-added tax system was designed to shift the VAT burden onto the final consumer and is neutral for business operators. However, in the case at hand, the goods in question are not consumed but rather tend to increase in value over time or, at the very least, to retain their value. Works of art, as a rule,

[63] In addition to the amendments introduced by Council Directive 542/2022/EU of April 5, 2022, which modified Directives 2006/112/EC and 2020/285/ EU regarding the revision of rules on tax rates by including works of art in a specific entry of the table attached to the "VAT Directive," namely among goods and services subject to a reduced tax rate. The supranational measure distinguishes, in particular, VAT from the margin scheme by specifying that if the good:a) was purchased/imported with the reduced tax rate applied, the reseller may not subsequently apply the margin scheme in the subsequent sale; b) was purchased from a private individual or under conditions that do not provide for a tax reduction, the regime remains applicable with standard VAT levied solely on the difference between the sale price and the purchase price. The choice between the two different applications therefore requires an assessment of the nature of the seller and the terms of purchase.

[64] For further reference see P. CENTORE, *Il regime del margine*, Milan, 2007. For guidance from the Italian tax authority, see Agenzia delle Entrate, No. 582/2021.

ISSN 2036-7821

circulate continuously, and, with few exceptions, are not actually consumed; this circulation is facilitated by their creators, who introduce them into the market for distribution, or through direct sales by collectors. However, such transactions are not subject to VAT unless they are made for speculative purposes; they are, however, subject to VAT recovery if the seller is the artist, a business operator in the sector, or a VAT-registered entity. If, on the other hand, a collector resells his or her works of art for speculative purposes, he or she will be liable for the tax; however, such activity must meet the criteria set forth in Article 4 of the aforementioned Presidential Decree No. 633 to be classified as a business activity, provided that even a single transaction is relevant if it can be characterized as a complex series of organized acts.

5. Concluding remarks.

The implementation of Article 5, paragraph 1, letter h), point 3, of Legislative Decree No. 111 of August 6, 2023, appears urgent as it provides, for income tax purposes, the introduction of rules governing capital gains realized outside of commercial activities by collectors of works of art, antiques, or collectibles, as well as, in general, creative works of the mind belonging to the visual arts. Furthermore, the law excludes from taxation all cases in which there is no speculative intent and includes the movable assets indicated when acquired through inheritance or donation.

To date, as previously mentioned, the implementing decree has not yet been issued; however, based on the specifications contained in the explanatory report, the new rules should ensure that tax audits do not focus primarily on the subjective aspect attributable to the seller of works of art, but rather consider objective criteria.

About Article 7, paragraph 1, letter e), the Government has been authorized, around VAT, to reduce the rate on imports of works of art and to extend this reduction to the sale of works of art, antiques, and collectibles; as noted, this provision has been implemented.

A significant portion of the delegation of authority therefore remains pending, even though the taxation of income in the art market requires swift clarity to avoid further subjectivity and to ensure that the principle set forth in Article 23 of the Constitution is effectively implemented[65].

To conclude these remarks, it is worth noting that the French National Assembly has approved, on first reading a draft law[66], to revise the *Impôt sur la Fortune Immobilière* applied to real estate not used by owners for professional purposes; this tax is expected to have a variable rate ranging from 0.5% to 1.5%, and will also include real estate rights. This tax, introduced by the '2018 Budget Law', replaced the *Impôt sur le*

[65] A. VIGNOLI, *Fisco ed Arte. Prassi e orientamenti giurisprudenziali*, in *Valorizzazioni delle collezioni d'arte e dei lasciti di artista*, Pisa, 2025, at 52.

[66] See '2026 Budget Bill', No. 1906

patrimoine, which, in turn, had replaced *the Impôt de Solidarité sur la Fortune*[67], which had replaced the *Impôt sur les Grandes Fortunes*[68].

The new tax, which is expected to be called the *Impôt sur la Fortune Improductive*, would have a flat rate of 1 percent applied to the portion of a taxpayer's taxable net worth exceeding 2,000,000 euros annually and a broader scope than the current tax, extending to include movable property, as well as other assets considered unproductive, including works of art. The aim is to boost national economic growth and mobilize capital.

Therefore, this would not be a progressive tax on the net worth of individuals, a form of taxation that has also been proposed at the EU level[69], but rather, at least in the proponents' view, a tool for tax justice[70].

What might the drawbacks be? Any relocation of tax residency abroad and cases of tax evasion, as well as reduced investment by collectors and dealers, and consequently a decline in the transfer of artworks between private individuals. Added to this is a decrease in government revenue due to uncollected VAT. Finally, it appears difficult to assign a precise economic value to works of art.

[67] In vigor from 1989 to 2017

[68] In vigor from 1982 to 1987.

[69] Based on the reflections of E. SAEZ, and G. ZUCMAN, *The Triumph of Injustice: How the Rich Dodge Taxes and How to Make Them Pay*, New York, 2019. See also the actions outlined in the *Final Declaration* of the G20 in Rio de Janeiro, November 18 and 19, 2024, aimed at 'addressing inequalities and promoting fairer and more progressive tax systems' and 'ensuring that individuals with very high net worth are taxed effectively'.

[70] For critical observations on forms of taxation targeting high-income earners, justified as advanced forms of redistribution aimed at achieving socially desirable goals, sse E. MARELLO, *Pulsioni oscrure; l'imposta come sanzione*, in R*ivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2021, at 296 ff.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Giudice amministrativo e doppia misura sul mancato rispetto di termini perentori nei procedimenti sulle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti

di Daniele Marrama

(Professore Associato presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Introduzione; 2. Il termine è perentorio anche quando non è normativamente indicato; 3. Il termine è perentorio anche quando non viene così qualificato dalla normativa che lo prevede; 4. Il termine è perentorio anche quando la regolamentazione gli assegna un carattere ordinatorio; 5. La violazione del termine perentorio nel giudizio sul risarcimento del danno.

Abstract

This brief article examines—particularly in light of recent developments in European and national case law—the validity of administrative sanctions imposed by independent administrative authorities in violation of the time limit for concluding the proceedings. No consensus has emerged on this issue, leading to problematic consequences regarding compensation for the party unjustly sanctioned.

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

1. Introduzione.

Un recente pronunciamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea[1] sulla incompatibilità con l'ordinamento eurounitario di normative interne dei singoli Stati che prevedano termini perentori nei procedimenti sanzionatori di competenza di Autorità di garanzia per la concorrenza ha nuovamente proposto all'attenzione degli interpreti del nostro Paese le tematiche relative alla tempistica delle procedure sanzionatorie delle Autorità amministrative indipendenti (d'ora innanzi anche a.a.i.)[2]

In estrema sintesi, secondo la Corte di Giustizia, negli ordinamenti dei singoli Stati non dovrebbero figurare disposizioni normative che prevedano: i) l'obbligo per le Autorità di garanzia della concorrenza di avviare i relativi procedimenti sanzionatori in contraddittorio con le parti entro un termine perentorio di 90 giorni decorrente dalla loro piena conoscenza del fatto; ii) l'annullamento di provvedimenti sanzionatori adottati da Autorità di garanzia della concorrenza nell'ambito di procedimenti avviati oltre il termine perentorio di decadenza prefissato dalla vigente normativa per il loro avvio; iii) la decadenza dal potere dell'Autorità di avviare una nuova procedura d'infrazione riguardante la stessa pratica, a seguito dello sforamento del già richiamato termine perentorio.

La questione, pertanto, riguardava specificamente solo la tempistica relativa all'avvio della procedura sanzionatoria a valle dal ricevimento della segnalazione o della maturazione di una piena conoscenza sui fatti oggetto di possibile contestazione.[3]

Temi, pertanto, tutt'altro che nuovi che, però, in queste pagine saranno affrontati attraverso un'analisi a 360 gradi della lettura che di essi ha dato nel tempo il giudice amministrativo il quale – pure in questo ambito specifico – non ha smentito il suo tradizionale ruolo di co-produttore di diritto materiale, anche con riferimento alla questione affine relativa al termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio.[4]

---

[1] Sentenza 30 gennaio 2025, C-511/23, Caronte & Tourist.

[2] Secondo la Corte di Giustizia, l'art. 4, paragrafo 5, e l'art. 13, paragrafo 1, della direttiva UE 2019/1, nonché l'art. 102 TFUE, letti alla luce del principio di effettività, "*ostano a una normativa nazionale che, nell'ambito di un procedimento diretto all'accertamento di una pratica anticoncorrenziale condotto da un'Autorità nazionale garante della concorrenza, da un lato, impone a tale Autorità di avviare la fase istruttoria in contraddittorio di tale procedimento, mediante la comunicazione degli addebiti all'impresa interessata, entro un termine di 90 giorni a decorrere dal momento in cui essa viene a conoscenza degli elementi essenziali dell'asserita violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito, e, dall'altro, sanziona l'inosservanza di tale termine con l'annullamento integrale del provvedimento finale di detta Autorità in esito alla procedura d'infrazione, nonché con la decadenza dal potere di quest'ultima di avviare una nuova procedura d'infrazione riguardante la stessa pratica.*". Sulla tematica afferente ai profili temporali dei procedimenti sanzionatori delle Autorità amministrative indipendenti, da ultimo, si può certamente richiamare: N. VETTORI "*Termini dei procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti e principio di legalità*", in Dir. pubbl. 3, 2023, pp. 821 e ss.

[3] E non anche il profilo dell'adozione del provvedimento sanzionatorio oltre il termine di conclusione del relativo procedimento amministrativo.

[4] Sul tema delle sanzioni amministrative risultano sempre attuali A. TRAVI "*Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*", Padova, 1983, come anche la voce C. PALIERO e A. TRAVI "*Sanzioni amministrative*", in Enc. dir., XLI, Milano, 1989 e P. CERBO "*Le sanzioni amministrative*", in AA.VV. "*Trattato di diritto amministrativo*", (a

E' a tutti noto come prima dell'inizio del secolo in corso e nei suoi primi vent'anni le questioni connesse ai poteri sanzionatori attribuiti alle differenti a.a.i. – a causa di autentiche reticenze dei diversi legislatori – fossero avvolte in una fitta coltre di incertezza in seno alla quale rimanevano irrisolte tematiche quali la natura del termine per la contestazione degli addebiti (ed il momento a partire dal quale il predetto termine sarebbe iniziato a decorrere), la legittimità dell'individuazione dei termini per la conclusione dei procedimenti sanzionatori mediante fonti normative di carattere non primario o addirittura mediante atti amministrativi e le conseguenze connesse al mancato rispetto dei richiamati termini.

Orbene, il primo elemento che emergerà in questo panorama tutt'altro che definito è la fermezza con la quale, dopo una prima fase di obiettiva e probabilmente fisiologica incertezza,[5] il giudice amministrativo - valorizzando principi e disposizioni contenute nella legge di depenalizzazione (l. 689 del 1981) - ha tendenzialmente interpretato le differenti ed insufficienti normative in tema di tempistica dei procedimenti sanzionatori delle Autorità amministrative indipendenti in un'ottica di stretta tutela della parte privata, considerata a giusta ragione come parte debole del rapporto.[6]

Mentre, infatti, in un primo arco temporale, il giudice amministrativo, nelle sue

---

cura di) S. Cassese, parte speciale, Tomo I, 2003, pp. 579 e ss; E. SCAPINO "*Gli obblighi conformativi tra sanzioni amministrative e misure riparatorie*", in Dir. amm., 2025, pp. 629 e ss. Da ultimo, sempre illuminante F.G. SCOCA "*Il punto sulla nozione e sulla disciplina delle sanzioni amministrative*", in Dir. amm., 1, 2025, pp 2 e ss. Sul più specifico tema delle sanzioni irrogate dalle Autorità amministrative indipendenti, oltre al già citato lavori di N. VETTORI, si possono vedere: E. BANI "*Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*", Torino, 2000; AA.VV. "*Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*", (a cura di) M. Fratini, Padova, 2011.

[5] A conferma dell'incertezza iniziale richiamata nel testo, tra le varie, si possono vedere: C.d.S., Sez. VI, sent. n. 468 del 02.02.2015: "*Il mancato esercizio delle attribuzioni da parte dell'Amministrazione entro il termine previsto per la fine del procedimento non comporta ex se, in difetto di espressa previsione, la decadenza del potere. Pertanto, in assenza di una specifica disposizione che espressamente preveda il termine come perentorio, comminando la perdita della possibilità di azione da parte dell'Amministrazione al suo spirare o la specifica sanzione della decadenza, il termine stesso deve intendersi come meramente sollecitatorio o ordinatorio; il suo superamento non determina, perciò, l'illegittimità dell'atto, ma una semplice irregolarità non viziante, poiché non esaurisce il potere dell'Amministrazione di provvedere: se tale conclusione vale con riferimento ad una norma di legge, è tanto più valida laddove il termine finale sia stato previsto dalla stessa Amministrazione procedente.*" e C.d.S., Sez. VI, sent. n. 3917 del 29.05.2018: "*Dalla lettura dell'art. 6 del d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 (norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato) - secondo cui: "Il provvedimento di avvio dell'istruttoria deve indicare gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni, il termine di conclusione del procedimento, il responsabile del procedimento, l'ufficio dove si può prendere visione degli atti del procedimento, nonché il termine entro il quale le imprese e gli enti interessati possono esercitare il diritto di essere sentiti di cui all'articolo 14, comma 1, della legge" - si evince che l'ordinamento non ha inteso prefigurare alcun termine, tantomeno perentorio, per la conclusione del procedimento sanzionatorio (conformemente peraltro all'art. 2, comma 5, della legge n. 241 del 1990, secondo cui "le Autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza"), rimettendone la fissazione alla valutazione discrezionale dell'organo procedente, avuto riguardo alle caratteristiche della vicenda di volta in volta sottoposta al suo vaglio. Per evidenti motivi di coerenza logica, l'Autorità - come ha il potere di autodeterminare caso per caso il periodo temporale necessario alla conclusione del procedimento, così - ha il potere di rimeditarne la durata in corso di accertamento, purché ciò avvenga prima della scadenza della data inizialmente fissata e con atto congruamente motivato.*"

[6] A questo argomento verranno dedicati i paragrafi 1, 2 e 3.

ISSN 2036-7821

pronunce – per giustificare la sua posizione orientata a considerare non perentori i termini oggetto di attenzione - aveva valorizzato le criticità per l'interesse pubblico connesse alla consumazione del potere derivanti dall'eventuale adozione di un approccio più garantista a favore della parte privata, a partire dall'inizio del corrente decennio, il medesimo giudicante ha quasi completamente ribaltato il suo orientamento, a tutto vantaggio di una perentorietà intesa come irrinunciabile presidio di garanzia.

Un secondo profilo di particolare interesse riguarda, invece, la ritrosia manifestata dal medesimo giudice rispetto alla possibilità di considerare il mancato rispetto di un termine perentorio da parte delle a.a.i. all'interno di un procedimento a carattere sanzionatorio come elemento in grado di configurare (quantomeno) una colpa grave nell'ambito dello scrutinio di una domanda di risarcimento dei danni cagionati proprio dalla riconosciuta illegittimità della sanzione irrogata.[7]

Senza voler in tal modo anticipare le conclusioni della riflessione che qui si intende proporre, si può sin d'ora evidenziare che la postura del giudice amministrativo è risultata diametralmente differente a seconda che si trovasse investito di questioni costitutive piuttosto che risarcitorie.

Ad ogni modo, prima di confrontarsi con alcuni casi specifici utili a delineare quanto anticipato, è necessario mettere in luce un elemento che risulterà utile nella parte finale del lavoro: proprio la disciplina (diretta e indiretta) delle sanzioni irrogate dalle a.a.i. ha contribuito negli ultimi anni ad "isolare" nel nostro ordinamento una nuova categoria di sanzioni amministrative connotata da una funzione sostanzialmente punitiva e – a differenza di quanto si verifica per tutte le sanzioni amministrative tradizionali – certamente in grado di determinare conseguenze limitatrici nelle sfere di libertà dei destinatari.[8]

Con riferimento a molte delle predette sanzioni, la scoperta da parte della CEDU di una pratica normativa definita "truffa delle etichette" – attraverso l'applicazione dei fantomatici c.d. criteri *Engels* – ha permesso proprio alla Corte EDU ed anche alla nostra Corte Costituzionale[9] di affermare che, con riferimento a tali sanzioni ibride (in quanto non tradizionalmente amministrative ma al contempo neanche propriamente penali), debbano trovare applicazione determinate garanzie previste a livello costituzionale in relazione alle pene ed i principi convenzionali della materia penale dettati dagli artt. 6 e 7 della Convenzione.

Su tali aspetti si tornerà nelle conclusioni.

2. Il termine è perentorio anche quando non è normativamente indicato.

[7] A questa tematica, invece, sarà dedicato il paragrafo 4.

[8] Su tale nuova categoria si veda P. CERBO "*Sanzioni amministrative punitive*", in AA.VV. "*La "materia penale" tra diritto nazionale e diritto europeo*", (a cura di) M. Dolcini e L. Foffani, Torino, 2017, pp. 120 e ss.

[9] Si vedano, ad esempio, le sentenze della Corte costituzionale nn: 196 del 2010, 104 del 2014, 276 del 2016, 68 del 2017, 223 del 2018, 112 del 2019, 84 del 2021 e 95 del 2022.

Un caso molto particolare è sicuramente quello relativo ai procedimenti sanzionatori dell'AGCM in materia di intese e di abuso di posizione dominante: in tale contesto, né la fonte primaria (l. 287 del 1990) né il relativo regolamento di attuazione (d.P.R. n. 217 del 30.04.1998) contengono l'indicazione espressa di un termine entro il quale l'Autorità deve avviare il procedimento sanzionatorio mediante esplicita contestazione, una volta che si è adeguatamente accertata la possibile esistenza di una pratica scorretta.[10]

Fino a qualche anno fa, il giudice amministrativo sembrava tendenzialmente orientato ad interpretare la normativa sui termini dei procedimenti sanzionatori relativi ad illeciti anticoncorrenziali in maniera atomistica e sostanzialmente irrelata e, in tal modo, a disconoscere la possibilità che in quel contesto potesse trovare applicazione quanto prescritto dall'art. 14 della legge 689 del 1981 (legge di depenalizzazione) sul termine per la contestazione degli addebiti nelle sanzioni amministrative.[11]

Di contro, negli ultimi cinque anni, la lacuna specifica alla quale si è fatto riferimento *in apicibus* sembra non aver "scoraggiato" un giudice amministrativo che, in un buon numero di casi, si è dimostrato più orientato ad interpretare la normativa specialistica alla luce dei principi generali dell'ordinamento e che - in tale ottica - ha scelto di valorizzare quella giurisprudenza del giudice ordinario[12] che, ormai già da

[10] L'art. 31 della legge n. 287 del 1990 si limita laconicamente ad affermare che: "*Per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689*". Su tale argomento – ma all'interno di un punto di vista più generale – si veda: F. GOISIS "*Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*", in Dir. proc. amm., 2013, pp. 669 e ss.

[11] In origine: C.d.S., Sez. VI, sent. n. 2092 del 03.04.2009: "*L'articolo 14, l. 287/1990 non prevede alcun termine di inizio del procedimento, né può ritenersi operante, nel caso di specie, l'articolo 14 l. 689/1981, che - relativo alla contestazione della violazione a seguito dello svolgimento delle relative indagini e non all'avvio della fase istruttoria del procedimento - richiama, se applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni l e II, l. 689/1981, unicamente ai fini delle sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della legge, senza richiamarle nella parte in cui disciplinano la fase istruttoria del procedimento.*". Più di recente – del medesimo tenore - C.d.S., Sez. VI, sent. n. 1046 del 12.02.2020: "*I termini di 90 giorni previsti dall' articolo 14 l. n. 689/1981 non sono applicabili ai procedimenti di competenza dell'AGCM in materia di illeciti anticoncorrenziali, avendo la norma carattere suppletivo in assenza di una disciplina speciale, che nel caso di specie è costituita dal d.P.R. n. 217/1998. Peraltro, ai fini del tempestivo avvio del procedimento sanzionatorio, il computo del termine decorre solo dal momento in cui è compiuta l'attività preistruttoria intesa a verificare l'esistenza dell'infrazione, tenuto conto della complessità della fattispecie concreta.*". Nello stesso senso anche: C.d.S., Sez. VI, sent. n. 4357 del 25.06.2019.

[12] Tra le tante: Cass. civ., Sez. I, sent. n. 4420 del 04.05.1998: "*In tema di sanzioni amministrative, non sussiste alcuna incompatibilità di ordine giuridico fra la disciplina di cui all'articolo 9, comma 4, prima proposizione, della l. n. 146 del 1990 (che, con riferimento ai servizi pubblici essenziali, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria ai prestatori di lavoro, subordinato o autonomo, inosservanti dell'ordinanza di cui al precedente articolo 8, impositiva di adeguati livelli del funzionamento del servizio ovvero di un differimento dell'azione di protesta) e la normativa di cui all'articolo 14 della l. n. 689 del 1981, con la conseguenza che il prestatore d'opera del servizio pubblico essenziale ha, anch'egli, il diritto di conoscere, nei termini perentori stabiliti dal citato articolo 14, il contenuto dell'incolpazione che gli si addebiti (comportando la mancata o tardiva notificazione degli estremi della violazione l'automatica estinzione della relativa obbligazione), senza che possa legittimamente trarsi argomento contrario dalla mancata previsione, in seno al citato articolo 9 della l. n. 146 del 1990*

qualche lustro, ha iniziato a considerare perentorio il termine per la contestazione degli addebiti indicato nell'art. 14 della legge 689 del 1981.

In tal modo – pur facendo sempre presente che nei procedimenti sanzionatori in capo all'AGCM il termine entro il quale l'Autorità deve provvedere alla contestazione non può iniziare a decorrere sempre dalla mera segnalazione ma dal momento in cui l'Amministrazione, a valle di un'adeguata attività di approfondimento, disponga di un quadro il più completo possibile – il giudice amministrativo ha affermato, da un lato, che un termine per la contestazione degli addebiti deve considerarsi sempre presente e, dall'altro, che, in assenza di una specifica e diversa indicazione normativa in tal senso, deve applicarsi in via analogica l'art. 14, comma 2 della legge n. 689 del 1981 secondo il quale il termine deve essere pari a 90 giorni e deve essere considerato perentorio.[13]

Orbene, se è evidente l'effetto (quantomeno apparente) di tutela della parte debole del rapporto insito in questa interpretazione estensiva data dal Consiglio di Stato della normativa sulla depenalizzazione, va però altresì segnalato come sulla questione continui tuttora a persistere un insidioso margine di incertezza sostanziale posto che la relativa normativa non conferisce o riconosce un ruolo specifico sul punto alla segnalazione e, al di là di tutto, perché non è stato mai identificato con precisione quale sia il livello di consapevolezza a partire dal quale inizia a decorrere il termine perentorio di 90 giorni entro il quale l'AGCM deve necessariamente procedere alla contestazione.

In sostanza, l'affermazione netta dell'esistenza di un termine perentorio per la contestazione degli addebiti corre il rischio di perdere buona parte della sua reale efficacia di garanzia per i privati nel momento in cui non vi è condivisione e

---

(a differenza di quanto previsto nel precedente articolo 4, che rinvia espressamente alla disposizione di cui all'articolo 14 della l. n. 689 del 1981) di un esplicito richiamo alle norme di cui alla l. n. 689 del 1981." In precedenza, invece: Cass. civ., Sez. I, sent. n. 972 del 18.02.1989: "*In tema di sanzioni amministrative, la notifica dell'ordinanza-ingiunzione, che, a norma dell'articolo 18, comma 4, l. 24 novembre 1981 n. 689, va eseguita nelle forme previste dall'articolo 14 della stessa legge, non deve esser anche compiuta entro il termine di novanta giorni dall'accertamento, previsto dallo stesso articolo 14 per la notifica del relativo atto, ma può esser fatta entro il termine di cinque anni dal giorno della commessa violazione, stabilito dall'articolo 28 della legge per la prescrizione del credito.*" Come è a tutti noto, la sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2001 ha escluso che l'emissione del provvedimento sanzionatorio possa intervenire nei cinque anni successivi al giorno della violazione commessa.

[13] C.d.S., Sez. VI, sent. n. 738 del 25.01.2021: "*…la sproporzionata ed irragionevole durata dell'attività cd. preistruttoria si pone in contrasto con i principi e con le norme rilevanti in materia. Va ricordato che l'evocato art. 14 della l. 689 del 1981 prevede che, ove non si proceda alla contestazione immediata dell'addebito,* "gli estremi della violazione debbono essere notificati agli interessati residenti nel territorio della Repubblica entro il termine di novanta giorni e a quelli residenti all'estero entro il termine di trecentosessanta giorni dall'accertamento*". Inoltre, le norme di principio, relative ad una immediatezza della contestazione o comunque ad una non irragionevole dilatazione dei suoi tempi, contenute nel Capo I della legge 24 novembre 1981 n. 689, sono dotate di applicazione generale dal momento che, in base all'art. 12, le stesse devono essere osservate con riguardo a tutte le violazioni aventi natura amministrativa per le quali è applicata la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di danaro.*" Successivamente – del medesimo tenore: C.d.S., Sez. VI, sent. n. 3570 del 09.05.2022; C.d.S., Sez. VI, sent. n. 8503 del 04.10.2022; C.d.S., Sez. VI, sent. n. 1761 del 21.02.2023 e C.d.S., Sez. VI, sent. n. 3505 del 05.04.2023.

chiarezza su quale sia il momento a partire dal quale inizia a decorrere il già richiamato termine perentorio.[14]

A onor del vero, recentemente, nella giustizia amministrativa ha preso forma anche una corrente di pensiero (certamente minoritaria) che si dichiara favorevole alla modularità del tempo necessario per procedere ad una contestazione basandosi sul rischio che – in fattispecie particolarmente complesse – un termine *moloch* possa costringere le Autorità a serrare eccessivamente i tempi della pre-istruttoria, con possibili contestazioni frettolose.[15]

Ma l'argomento non sembra convincente; il rischio paventato dalla richiamata ermeneutica non sembra dover essere "disinnescato" con un cedimento all'incertezza, anche perché risulta molto più opportunamente arginabile prevedendo in via generale ed *ex ante* per i casi *de quo* possibili proroghe motivate per la contestazione degli addebiti.

Ciò posto – con riferimento al tema trattato - nella giurisprudenza del giudice amministrativo in tema di procedimenti sanzionatori antitrust vi è anche un secondo profilo particolarmente degno di interesse in quanto il relativo complesso disciplinare (l. 287/1990 e d.P.R. 217 del 1998) non esplicita neanche *una tantum* il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio affermando invece (art. 6

[14] A conferma della confusione insita nell'assenza di parametri temporali prestabiliti nei procedimenti sanzionatori delle a.a.i. è possibile richiamare una vicenda che ha interessato prima il T.A.R. del Lazio e successivamente il Consiglio di Stato rispetto ad una sanzione irrogata dall'ANAC. Il primo giudice – in accoglimento di un'eccezione proposta dalla difesa dell'Amministrazione secondo la quale l'ANAC avrebbe avuto piena contezza della necessità di avviare un procedimento sanzionatorio solo dopo che la stazione appaltante, a distanza di oltre cinque mesi dalla trasmissione di tutto il fascicolo documentale, aveva inviato documentazione integrativa - ha respinto il motivo strutturato sulla tardività della contestazione per superamento del termine normativamente previsto (T.A.R. Lazio, Rm, Sez. I, sent. n. 4729 del 10.04.2019). Di contro, il Consiglio di Stato ha sottolineato come l'invio da parte della stazione appaltante di materiale ultroneo e "sovrabbondante" rispetto a quello necessario e sufficiente perché l'ANAC si faccia un'idea completa sulla necessità di procedere alla contestazione non può essere utilizzato come un *escamotage* tutte le volte in cui l'Amministrazione colpevolmente non abbia rispettato il termine per la contestazione (C.d.S., Sez. V, sent. n. 8481 del 13.12.2019: "*… risulta dalla documentazione in atti come la segnalazione del Comune di XXX in ordine all'esclusione e alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria per mancata comprova di uno dei requisiti tecnico-professionali della YYY sia pervenuta all'Anac in data 8 novembre 2016. Su richiesta dell'ufficio competente, detta segnalazione è stata integrata il successivo 23 gennaio 2017. È dunque quest'ultima la data da prendere a riferimento quale dies a quo del termine per l'avvio del procedimento sanzionatorio ai sensi dell'art. 28, comma 6, del Regolamento, decorrendo detto termine "dalla ricezione della segnalazione completa". In senso inverso non può rilevare la trasmissione, il successivo 3 febbraio 2017, della sentenza n. 78 del 26 gennaio 2017 del Tribunale amministrativo per il ZZZ con cui veniva rigettata l'impugnativa proposta dalla YYY avverso il presupposto provvedimento di esclusione e revoca dell'aggiudicazione provvisoria: da un lato, infatti, detta sentenza non incide di per sé sul perfezionamento dell'illecito sanzionato, di cui all'art. 48, comma 1, d. lgs. n. 163 del 2006, non costituendone presupposto sostanziale; dall'altro non configura integrazione necessaria al fine di rendere la "segnalazione completa", trattandosi di mera comunicazione di una sopravvenienza (la sentenza è infatti successiva sia alla segnalazione che alla relativa integrazione, e al tempo della trasmissione all'Anac non risultava peraltro passata in giudicato) eventualmente utile ai fini dell'istruttoria, ma non direttamente incidente sulla segnalazione.*"). Anche successivamente, del medesimo tenore: C.d.S., Sez. V, sent. 5969 del 16.06.2023.

[15] A questo orientamento può essere ricondotto il rinvio pregiudiziale operato con l'ordinanza n. 12962 del 01.08.2023 della prima Sezione del T.A.R. Lazio che ha dato origine alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 30 gennaio 2025, C-511/23, Caronte & Tourist.

ISSN 2036-7821

del d.P.R. n. 217 del 1998) che, di volta in volta, l'AGCM debba stabilire la data di conclusione e comunicarla al soggetto interessato nell'atto di contestazione.[16]
Anche se, in un caso specifico, il giudice amministrativo ha intravisto nell'art. 6 del d.P.R. n. 217 del 1998 uno strumento utile a svincolare la questione della durata di un procedimento di carattere afflittivo dall'arbitrio dell'Amministrazione[17] – a ben vedere – pur apprezzando la tensione al profilo garantista che emerge dalla richiamata pronuncia, non si può fare a meno di notare come l'espunzione dell'individuazione del termine di conclusione di un procedimento da una fonte generale ed astratta e la consegna della definizione della sua durata ad una scelta operata *singulatim* dall'Autorità competente, in realtà, sembra eufemisticamente non risolvere proprio del tutto la questione del possibile arbitrio dell'Amministrazione, anzi.
I differenti presidi di garanzia, infatti, - per raggiungere il loro scopo di tutela della parte debole – devono necessariamente essere integralmente definiti prima dell'emersione del caso concreto in quanto già la semplice conoscenza dell'esistenza di quest'ultimo è potenzialmente in grado di condizionare la decisione sulla durata del procedimento e sui suoi possibili esodi.[18][19]
Una situazione analoga alla prima si è verificata anche con riferimento ai poteri sanzionatori originariamente attribuiti alla Consob dall'art. 163 del testo unico degli intermediari finanziari (TUF) rispetto ai soggetti incaricati della revisione dei bilanci delle società: [20] anche in questo caso, infatti, la normativa non conteneva alcuna

[16] L'assenza di un'indicazione precisa di carattere legislativo sull'esistenza di un termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio non contraddistingue soltanto i procedimenti dell'AGCM ma si riscontra anche nella disciplina primaria della maggior parte dei procedimenti sanzionatori di competenza delle altre a.a.i..

[17] T.A.R. Lazio, Rm, Sez. I, sent. n. 8671 del 07.10.2013: "*La l. n. 287 del 1990 nulla dispone quanto alla conclusione del procedimento sanzionatorio in materia di antitrust; viceversa, il d.P.R. n. 217 del 1998, all'articolo 6, prevede che il provvedimento, il quale dà avvio all'istruttoria, rechi l'indicazione del termine per la conclusione del procedimento e ciò esclude che le procedure istruttorie siano rimesse, quanto alla durata, a scelte arbitrarie dell'Autorità. La necessità, infatti, che il procedimento prodromico all'eventuale irrogazione di una sanzione in materia di concorrenza abbia comunque un termine prestabilito, che non possa essere prorogato "ad libitum" discende sia dai principi positivizzati nella l. n. 241 del 1990, sia dalla norma, di cui all'articolo 6, d.P.R. n. 217 del 1998, la quale, a sua volta, trova fondamento in un'esigenza di certezza, anche considerato che, per un'impresa, essere sottoposta a siffatto procedimento, può già determinare un cospicuo pregiudizio economico e comunque d'immagine. Naturalmente, questo non significa che il termine inizialmente fissato - e che deve essere evidentemente adeguato agli elementi già noti e da acquisire, in relazione alla complessità della fattispecie - non possa essere prorogato, ma la proroga deve essere adeguatamente motivata, appunto perché essa costituisce comunque una deroga al principio per cui ogni procedimento amministrativo ha un termine prestabilito che l'amministrazione deve rispettare.*"

[18] Non è un caso, infatti, che l'art. 2 della legge 241 del 1990 imponga alle differenti Amministrazioni di stabilire mediante regolamento il termine per la conclusione di tutti i procedimenti di loro competenza in via generale e prima del loro manifestarsi.

[19] In questo senso anche Corte costituzionale sent. n. 151 del 2021

[20] L'articolo 163 è stato abrogato dall'articolo 40 del d. l.vo 27 gennaio 2010, n. 39 ma sul tema dei poteri sanzionatori della Consob è interessante leggere: M. FRATINI, G. GASPARRI, A. GIALLONGO "*Le sanzioni della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*", in AA.VV. "*Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*" (a cura di) M. Fratini, Padova 2011, pp. 458 e ss.; W. TROISE MANGONI "*Il potere sanzionatorio della Consob*", Milano, 2012 e N. VETTORI "*Le garanzie individuali nei confronti del potere sanzionatorio di CONSOB nella*

ISSN 2036-7821

indicazione in merito ad un termine per la contestazione degli addebiti.[21]
Analogamente a quanto accaduto rispetto all'AGCM, il giudice amministrativo – convinto dell'applicabilità anche in questa fattispecie della normativa generale sulla depenalizzazione - ha ritenuto che a tali procedimenti dovesse necessariamente applicarsi il termine perentorio di 90 giorni indicato dal 2° comma dell'art. 14 della legge n. 689 del 1981 per la contestazione degli addebiti.[22]
Già da questi preliminari accenni si può constatare come il tema della certezza temporale per la contestazione degli addebiti rappresenti un campo di elezione naturale per il cimento tra impostazioni che – con un consapevole azzardo – potrebbero essere definite "sicuritarie" e forse anche stataliste ed approcci autenticamente garantisti ispirati dalla condivisione della necessità di tutelare la parte debole del rapporto amministrativo.[23]
A parere di chi scrive il primo punto di vista (evidentemente depurato da fanatismi generalisti) sarebbe da preferire se ci trovassimo di fronte ad un'attività amministrativa tradizionale: nella quasi totalità degli ambiti nei quali operano le pubbliche Amministrazioni, infatti, è fisiologico che ragioni di cura dell'interesse pubblico possano imporre il legittimo sacrificio di alcune posizioni private (questo è probabilmente l'*ubi consistam* del diritto amministrativo); ma – come in parte già anticipato – quelle irrogate dalle a.a.i. non sono sanzioni amministrative normali, rappresentano, invece, una categoria nuova di sanzioni che, secondo un orientamento generalmente condiviso, presenta elementi punitivi che la avvicinano alle sanzioni penali.[24]

"confusione" tra vigilanza e sanzione", in Riv. trim. di dir. dell'economia, 2020, pp. 185 e ss. e, da ultimo: S. CASTROVINCI ZENNA "*Il contenzioso sulle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti dei mercati finanziari*", in Amministrazione in cammino, 1° agosto 2024.

[21] Stesso discorso per quanto riguarda il Regolamento per lo svolgimento dei procedimenti sanzionatori di competenza dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti. Sul punto, però – per quanto è dato sapere – il giudice amministrativo non ha mai avuto occasione di pronunciarsi.

[22] C.d.S., Sez. VI, sent. n. 1515 del 13.03.2013: "*La carenza, nella sezione sesta del T.U.F., relativa alla revisione legale dei conti, di una previsione espressa riguardo al termine per la contestazione delle violazioni delle norme poste a presidio dell'attività di revisione, comporta la necessità di una eterointegrazione normativa, non essendo ipotizzabile che la contestazione delle violazioni accertate possa essere rimessa al prudente e ragionevole esercizio dell'Autorità investita dei poteri di vigilanza sull'attività di revisione. In considerazione della stretta connessione che sussiste tra la dovuta manifestazione della pretesa sanzionatoria dell'amministrazione, in un termine perentorio prestabilito, e la effettività del diritto di difesa dei soggetti che vengano a trovarsi in posizione di soggezione rispetto a quella pretesa, prima in alveo procedimentale e poi eventualmente in sede processuale, deve giocoforza ritenersi che un termine, il cui rispetto va ritenuto essenziale in funzione della tutela effettiva di quel diritto, vada necessariamente individuato ad opera dell'interprete. Può pertanto ritenersi applicabile nella suddetta materia il termine di cui all'art. 14 della legge n. 689/81.*"

[23] Tutte le posizioni giurisprudenziali sino ad oggi emerse contro il carattere decadenziale connesso al mancato rispetto del termine per la contestazione degli addebiti hanno in qualche modo manifestato la preoccupazione che termini eccessivamente contenuti potrebbero alla fin fine compromettere le finalità di interesse pubblico di garanzia degli equilibri di mercato che hanno determinato la nascita di molte a.a.i.

[24] Un punto a favore della compagine sicuritaria è stato recentemente assegnato dalla Cassazione che, al fine di preservare la possibilità del Garante per la protezione dei dati personali di irrogare sanzioni all'interno del termine quinquennale prescrizionale, si è inventata un improbabile sub procedimento all'interno del

ISSN 2036-7821

E' questa la peculiarità che, in relazione alle sanzioni delle a.a.i., giustifica la valorizzazione di un'impostazione di stretta garanzia.

3. Il termine è perentorio anche quando non viene così qualificato dalla normativa che lo prevede.

Numerosi sono i casi nei quali la normativa relativa ai procedimenti sanzionatori delle a.a.i. indica un termine ma non specifica se esso abbia carattere ordinatorio piuttosto che perentorio;[25] questo accade: i) rispetto al termine di sessanta giorni dal verificarsi dell'evento o dalla conoscenza del fatto previsto dal comma 2 dell'art. 10 del regolamento sanzionatorio ANAC[26] per l'invio all'Autorità da parte dei soggetti a tanto legittimati dei moduli contenenti le segnalazioni di comportamenti censurabili;[27] ii) con riferimento al termine per la contestazione degli addebiti (centottanta giorni dall'accertamento ovvero entro trecentosessanta giorni se l'interessato risiede o ha la sede all'estero) ed a quello per l'emanazione del provvedimento sanzionatorio motivato che deve essere adottato entro quarantacinque giorni (ovvero 90 se l'interessato risiede o ha la sede all'estero) dalla Banca d'Italia in base all'art. 145-bis del testo unico bancario (d. l.vo n. 385 del 24.02.1998 e ss. mm. ed ii.);[28]iii) in relazione al termine di 180 giorni per la

procedimento sanzionatorio: Cass. civ., Sez. I, sent. n. 24861 del 31.08.2026: "*In materia di protezione dei dati personali, il termine di nove/dodici mesi previsto dall' articolo 143, comma 3, d.lgs. n. 196/2003 e dal regolamento del Garante n. 2/2019 per la definizione del reclamo attiene esclusivamente al procedimento reclamatorio, avente natura autonoma e finalità di tutela individuale, e non si estende al distinto procedimento per l'adozione dei provvedimenti correttivi e sanzionatori ex articolo 166 del medesimo d.lgs. n. 196/2003 , il quale resta assoggettato unicamente al termine di prescrizione quinquennale di cui all' articolo 28 l. n. 689/1981 , salva la decadenza connessa all'inosservanza del termine per la contestazione.*"

[25] Nel suo già citato lavoro del 2023 N. VETTORI "*Termini dei procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti e principio di legalità*", op. cit. ha opportunamente sottolineato come i concetti di perentorietà e di ordinarietà trovino il loro campo di elezione nel diritto processuale mentre – con riferimento ai termini procedimentali – sarebbe probabilmente più corretto parlare di decadenza o consumazione del potere.

[26] Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 del 16/10/2019

approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 920 nell'adunanza del 16 ottobre 2019 e integrato con le modifiche introdotte dalla Delibera n. 95 dell'8 marzo 2023 (pubblicata della Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 71 del 24 marzo 2023)

[27] In argomento: C.d.S., Sez. V, sent. n. 10197 del 21.11.2022: " … *a prescindere da un'espressa qualificazione contenuta nel Regolamento, deve ritenersi che vi è un'implicita previsione di perentorietà, desumibile dal sistema ordinamentale, anche del termine stabilito per l'invio della segnalazione ad ANAC da parte della stazione appaltante ai fini dell'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 80, comma 12, d.lgs. 50 del 2016; sicché il suo superamento, in assenza di giustificati impedimenti, non può che connotare in termini di illegittimità l'operato dell'amministrazione e, di conseguenza, il provvedimento sanzionatorio impugnato.*"

[28] Sul punto: C.d.S., Sez. VI, sent. n. 1199 del 23.03.2016: "*Secondo un primo (ma minoritario) orientamento, il provvedimento irrogativo di una sanzione amministrativa, purchè intervenuto nel termine prescrizionale di cinque anni previsto dall'art. 28 della legge n. 689 del 1981, non è ex se illegittimo ove adottato in violazione del termine procedimentale per lo stesso previsto, salvo che sia diversamente stabilito. La posizione della giurisprudenza amministrativa è tuttavia quasi univocamente orientata nel senso che, in materia di sanzioni amministrative, il termine fissato per l'adozione del provvedimento finale abbia natura perentoria, a prescindere da una espressa qualificazione in tal senso nella legge o nel regolamento che lo preveda. La giurisprudenza del giudice ordinario formatasi in tema di sanzioni irrogate ai sensi della legge*

conclusione del procedimento sanzionatorio indicato nel primo comma dell'art. 6 del regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative e impegni dell'AGCOM di cui alla delibera n. 410/14/CONS;[29]rispetto al comma 7 dell'art. 8 del Regolamento per lo svolgimento dei procedimenti sanzionatori di competenza dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti che fissa in 180 (originariamente 120) giorni decorrenti dalla notifica della comunicazione di avvio del procedimento il termine per la loro conclusione.[30]

Come facilmente evincibile dalla lettura delle pronunce richiamate nelle precedenti note, l'orientamento del giudice amministrativo a rinvenire *praeter legem* una perentorietà tanto per il termine di contestazione degli addebiti quanto per quello afferente alla conclusione del procedimento fonda le sue ragioni sul tentativo di costruire una coerenza interna per un sistema delle sanzioni polverizzato in una molteplicità di attori pubblici differenti e di altrettante normative di dettaglio – come già detto - sulla scelta di dare prevalenza ai profili di garanzia connessi alla certezza della tempistica dei procedimenti sanzionatori anche a fronte del potenziale sacrificio di un interesse pubblico connesso alla consumazione del potere che matura a seguito del mancato rispetto di un termine perentorio.

Una posizione dalla quale condivisibilmente emerge la consapevolezza che in un ordinamento caratterizzato dai principi dello stato di diritto particolari poteri sanzionatori – andando ad impattare (quasi sempre)[31] sulla parte debole di un rapporto – devono rimanere astretti a tutta una serie di presidi di garanzia (anche temporale) che solo un approccio superficiale può ricondurre ad un mero formalismo.

E' ragionevole ritenere che il progressivo consolidamento del richiamato approccio garantista sia stato ispirato anche dalla chiarezza con la quale la Corte Costituzionale – nella sentenza n. 151 del 12.07.2021 emessa in relazione alla mancanza di un termine generale per l'emanazione delle ordinanze-ingiunzioni di cui alla legge 689

---

n. 689 del 1981 si è orientata nel senso di ritenere perentorio il termine fissato dall'art. 18 all'Autorità competente per l'adozione della ordinanza-ingiunzione, dopo che le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno rilevato il carattere perentorio o comunque la natura decadenziale del termine fissato all'Autorità amministrativa per l'adozione del provvedimento sanzionatorio conclusivo."

[29] T.A.R. Lazio, Rm, Sez. IV, sent. n. 10080 del 13.06.2023: "*Il termine per l'adozione del provvedimento finale di 150 giorni di cui all'articolo 6, comma 1, Regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative e impegni di cui alla delibera n. 410/14/CONS, decorrente dalla notifica dell'atto di contestazione, può dirsi rispettato solo se non ancora spirato al momento della sottoscrizione del provvedimento sanzionatorio da parte del Presidente dell'Autorità, perché soltanto a partire da tale momento il provvedimento sanzionatorio può dirsi riconducibile alla medesima Amministrazione.*"

[30] T.A.R. Piemonte, Sez. III, sent. n. 926 del 21.11.2023: "*Nella materia delle sanzioni adottate dalle Autorità indipendenti, quale è l'ART, la giurisprudenza ha chiarito che il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio ha natura perentoria a prescindere da una espressa qualificazione in tali termini nella Legge o nel Regolamento che lo disciplina.*"

[31] Non sono pochi i casi nei quali – con riferimento ad alcuni procedimenti sanzionatori avviati da AGCM AGCOM e ARERA – risulta particolarmente complicato sostenere che la parte privata sia quella debole all'interno del rapporto giuridico.

ISSN 2036-7821

del 1981 – ha sostenuto che: "*Nel procedimento sanzionatorio, riconducibile nel paradigma dell'*agere *della pubblica amministrazione, ma con profili di specialità rispetto al procedimento amministrativo generale, rappresentando la potestà sanzionatoria - che vede l'amministrazione direttamente contrapposta all'amministrato - la reazione autoritativa alla violazione di un precetto con finalità di prevenzione, speciale e generale, e non lo svolgimento, da parte dell'Autorità amministrativa, di un servizio pubblico (Corte di cassazione, sezione seconda civile, sentenza 15 luglio 2014, n. 15825), l'esigenza di certezza, nella specifica accezione di prevedibilità temporale, da parte dei consociati, delle conseguenze derivanti dall'esercizio dei pubblici poteri, assume una rilevanza del tutto peculiare, proprio perché tale esercizio si sostanzia nella inflizione al trasgressore di svantaggi non immediatamente correlati alla soddisfazione dell'interesse pubblico pregiudicato dalla infrazione. Infatti, in materia di sanzioni amministrative, il principio di legalità non solo, come evidenziato da questa Corte, impone la predeterminazione* ex lege *di rigorosi criteri di esercizio del potere, della configurazione della norma di condotta la cui inosservanza è soggetta a sanzione, della tipologia e della misura della sanzione stessa e della struttura di eventuali cause esimenti (sentenza n. 5 del 2021), ma deve necessariamente modellare anche la formazione procedimentale del provvedimento afflittivo con specifico riguardo alla scansione cronologica dell'esercizio del potere. Ciò in quanto la previsione di un preciso limite temporale per la irrogazione della sanzione costituisce un presupposto essenziale per il soddisfacimento dell'esigenza di certezza giuridica, in chiave di tutela dell'interesse soggettivo alla tempestiva definizione della propria situazione giuridica di fronte alla potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, nonché di prevenzione generale e speciale.*"[32]

Non si può, però, escludere che tra le ragioni che – nel campo oggetto di rassegna - hanno indotto la maggior parte della giurisprudenza amministrativa ad abbracciare un approccio decisamente "perentorista" un ruolo lo possa aver svolto anche l'elevato livello di qualificazione professionale che obiettivamente caratterizza la forza lavoro delle a.a.i.: se il sistema nel suo complesso impone anche all'ultimo agente della polizia municipale del più piccolo Comune italiano di tenere sempre in considerazione il carattere perentorio dei termini che è chiamato ad osservare in seno a procedimenti di carattere sanzionatorio, sarebbe veramente incongruo sollevare i funzionari delle a.a.i. dall'obbligo di osservare in maniera rigorosa la tempistica propria dei procedimenti sanzionatori di loro competenza.

4. Il termine è perentorio anche quando la regolamentazione gli assegna un carattere ordinatorio.

[32] Il giudice delle leggi era stato chiamato a valutare la compatibilità con la Costituzione dell'art. 18 della legge n. 689 del 1981 nella parte in cui non prevedeva un termine per l'emanazione dell'ordinanza ingiunzione. La corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale avendo chiarito che quello di colmare le (anche ingiustificabili) lacune dell'ordinamento non è un compito della Corte Costituzionale. Su tale pronuncia si può vedere: F.G. SCOCA "*Fondatezza e, insieme, inammissibilità della questione di costituzionalità*", in Giur. cost., op. cit..

ISSN 2036-7821

Un caso del tutto particolare è quello che ha riguardato nel tempo i procedimenti sanzionatori di competenza dell'ARERA (e delle sue "danti causa"); in quest'ambito si può affermare che, negli anni, Amministrazione e giudice amministrativo si sono rincorsi vicendevolmente.

Il primo episodio si è verificato con riferimento all'art. 4, comma 2 del d.P.R. 9 maggio 2001, n. 244 ("*Regolamento recante disciplina delle procedure istruttorie dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*") a norma del quale l'allora Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas (AEEG) doveva inserire nella comunicazione di avvio del procedimento l'indicazione del termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio.

In una vicenda specifica, a fronte del mancato rispetto di tale termine, un operatore economico aveva contestato la sanzione irrogatagli per violazione del richiamato art. 4, comma 2; orbene, sia il T.A.R. Lombardia[33] che il Consiglio di Stato hanno respinto la censura sottolineando il carattere meramente ordinatorio del termine in questione.[34]

Alcuni anni più tardi – a fronte di una analoga contestazione – il TAR meneghino[35] ed il Consiglio di Stato sono andati anche al di là affermando quanto irrilevante fosse la circostanza che proprio l'Autorità si fosse data un termine per la conclusione del procedimento in un contesto nel quale la decisione sul carattere ordinatorio piuttosto che perentorio di un termine non poteva considerarsi nella disponibilità dell'Amministrazione ma doveva essere presidiata da una fonte primaria alla luce della pregnanza di un interesse pubblico ad essa connesso.[36]

Sentendosi con "le spalle coperte" dall'orientamento giurisdizionale appena delineato, nel 2012, l'allora Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico

[33] T.A.R. Lombardia, Mi, Sez. II, sent. n. 6261 del 2007.

[34] C.d.S., Sez. VI, sent. n. 1084 del 27.02.2012: "*la scadenza del termine di 45 giorni, previsto dalla delibera di avvio del procedimento per la conclusione dell'istruttoria, non comporta l'esaurirsi del potere di provvedere in capo all'Amministrazione, né l'illegittimità del provvedimento intervenuto dopo la scadenza. Tale conclusione è avvalorata dalla considerazione che né il d.P.R. 9 maggio 2001, n. 244, né, l'art. 2 l. 7 agosto 1990, n. 241, citati, né la l. 4 novembre 1981, n. 689, né la l. 14 novembre 1995, n. 481 contengono alcuna prescrizione in ordine alla perentorietà del termine stesso, ovvero alla decadenza della potestà amministrativa, o alla illegittimità del provvedimento tardivamente adottato, "conseguenze, queste, che si potrebbero verificare, pure senza una norma* ad hoc*, solo ove un effetto legale tipico fosse collegato all'inutile decorso del termine, ma che non avrebbero senso nell'ipotesi generale, perché la cessazione della potestà, derivante dal protrarsi del procedimento, potrebbe nuocere all'interesse pubblico alla cui cura quest'ultimo è preordinato, con evidente pregiudizio della collettività*". In senso analogo, anche T.A.R. Lombardia, Mi, Sez. III, sent. n. 3061 del 17.12.2012.

[35] T.A.R. Lombardia, Mi, Sez. II, sent. n. 1884 del 2014.

[36] C.d.S., Sez. VI, sent. n. 340 del 18.07.2015: "*Sebbene l'articolo 4, comma 2, d.p.r. 9 maggio 2001, n. 244 (Regolamento recante disciplina delle procedure istruttorie dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, a norma dell'articolo 2, comma 24, lettera a, della legge 14 novembre 1995, n. 481) stabilisca che, nell'atto con cui l'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (AEEG) dispone l'avvio di un procedimento (atto che va comunicato ai soggetti interessati), deve essere indicato il termine di conclusione del procedimento stesso, tuttavia, si ritiene che, in applicazione di principi generali elaborati in materia di procedimenti sanzionatori disciplinati dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, il suddetto termine di conclusione del procedimento, anche se stabilito dalla stessa l'AEEG, non abbia carattere perentorio, ma soltanto ordinatorio; ciò in quanto la perentorietà di un termine procedimentale, incidendo direttamente sulle situazioni degli interessati, può inferirsi soltanto da un'esplicita previsione legislativa, che espressamente correli al superamento di un dato termine un effetto decadenziale.*"

(AEEGSI) – in uno degli antefatti al regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni adottato con delibera n. 243/2012/E/com - si spinse ad affermare il generale carattere ordinatorio dei termini procedimentali inseriti nel documento.[37]

Ciò non di meno, negli anni immediatamente successivi, (come già evidenziato) tanto la Corte di Cassazione quanto il Consiglio di Stato hanno modificato il loro primigenio orientamento adottando una posizione che – alla luce della ontologica differenza tra l'attività amministrativa sostanziale e quella sanzionatoria – si è dimostrata molto più attenta alla necessità di preservare i possibili destinatari delle sanzioni comminate dalle a.a.i.

E così, nell'ambito di questa nuova chiave interpretativa, sia il T.A.R. Lombardia[38] che il Consiglio di Stato[39] – pur in presenza di un atto normativo che assegna carattere ordinatorio a tutti i termini procedimentali inseriti nel regolamento sulle sanzioni – non hanno avuto e non hanno difficoltà ad affermare la natura perentoria dei termini per la contestazione degli addebiti e di conclusione dei procedimenti di competenza dell'ARERA.

Proprio nel momento in cui il descritto orientamento era in via di consolidamento è intervenuta la citata pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 30.01.2025 (causa C-511/23).

Orbene, se è vero che la pronuncia dei Giudici di Lussemburgo si riferisce ad un ambito certamente circoscritto (i termini perentori connessi all'attività sanzionatoria di Autorità nazionali deputate alla vigilanza sulla concorrenza) non ci si può nascondere dietro un dito e bisogna riconoscere che la sentenza potrebbe avere

[37] Ottavo punto del "*considerato e ritenuto inoltre che*" della delibera ARERA n. 243/2012/E/com del 14.06.2012: "*sui termini del procedimento, l'Autorità ritiene di non accogliere la proposta di fissare in via generale nel presente regolamento il termine massimo di conclusione del procedimento, in considerazione della eterogeneità delle violazioni, della diversità degli elementi di volta in volta raccolti in fase preistruttoria a fondamento delle contestazioni e della conseguente diversa complessità dei procedimenti sanzionatori volti ad accertare le violazioni; l'Autorità ritiene quindi che la sede migliore per fissare il termine massimo di conclusione del procedimento sia la delibera di avvio, in quanto solo in essa è possibile rapportare la durata del procedimento alla sua complessità; per le stesse ragioni -al di là della natura pacificamente ordinatoria dei termini dei procedimenti sanzionatori non è possibile prevedere, in via generale, la prorogabilità, per una sola volta.*"

[38] T.A.R. Lombardia, Mi, Sez. I, sent. n. 4 del 02.01.2023: "*Ai sensi dell' articolo 14, comma 6, della legge n. 689/1981 , alla omessa notificazione della contestazione della violazione entro il termine prescritto consegue l'estinzione dell'obbligazione di pagare la somma dovuta per la sanzione pecuniaria irrogata e secondo il costante orientamento giurisprudenziale, nella materia regolata dall'ARERA, il predetto termine perentorio decorre dall'adozione del provvedimento prescrittivo disposto dall'ARERA stessa (nella specie trattavasi di provvedimento prescrittivo finalizzato a promuovere il buon funzionamento del mercato elettrico, ai sensi dell' articolo 2, comma 20, lettera d), della legge 14 novembre 1995, n. 481 e dell' articolo 43 del D.lgs. n. 93/2011) e non dalla comunicazione delle risultanze istruttorie del procedimento prescrittivo .*"

[39] C.d.S., Sez. VI, sent. n. 584 del 19.01.2021: "*Il termine di conclusione del procedimento per l'applicazione di sanzioni da parte dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente-Arera è perentorio e la sua violazione comporta l'illegittimità della misura inflitta.*"

ISSN 2036-7821

conseguenze di sistema molto più estese.[40]

Non è pertanto un caso che la VI° Sezione del Consiglio di Stato (con ordinanza n. 5167 del 28.04.2026), in coerenza con quell'impostazione garantista che si è descritta nella sua maturazione, in una delle prime occasioni utili - nel ritenere rilevante e non manifestamente infondata (per contrasto con gli artt. 3, 23, 25 comma secondo, 24 comma primo, 113 commi primo e secondo della Costituzione) la questione della legittimità costituzionale dell'art. 2 l. n. 130/2008 che ordina l'esecuzione del TFUE (come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13.12.2007) nei limiti in cui impone di applicare gli artt. 4 paragrafo e 13 paragrafo 1 della direttiva UE 2019/1, nonché l'art. 102 TFUE, letti alla luce del principio di effettività, dai quali discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare l'art. 14 l. n. 689/1981, in combinato disposto con l'art. 31 l. n. 387/1990, nella parte in cui prevede il termine di novanta giorni per l'avvio della fase istruttoria in contraddittorio da parte dell'AGCM nei procedimenti sanzionatori a tutela della concorrenza - l'ha rimessa alla Corte Costituzionale.[41]

L'ordinanza di rimessione è un documento di grande interesse dal quale, però – come si cercherà di evidenziare - emerge contraddizione interna.

Sin da subito, la VI° Sezione del Consiglio di Stato ha evidenziato come l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare una disposizione legislativa interna che preveda un termine perentorio per l'avvio di un procedimento sanzionatorio e disponga l'annullamento di una sanzione adottata a valle di un procedimento che non avesse rispettato tale termine decadenziale sarebbe incompatibile con alcuni principi costituzionali fondamentali e con determinati diritti inviolabili della persona idonei a svolgere la funzione di "controlimiti"[42] rispetto all'ingresso nell'ordinamento interno di una normativa incompatibile con alcuni suoi valori portanti.

L'obbligo in questione – secondo il Consiglio di Stato – andrebbe in contrasto con una serie di parametri che rappresentano declinazioni specifiche del principio di legalità, identificato come nucleo essenziale dell'identità costituzionale dell'ordinamento nazionale: il principio di sufficiente determinatezza, di

[40] La pronuncia rievoca (probabilmente in maniera involontaria) le argomentazioni con le quali – in una fase ormai superata – il giudice amministrativo era portato a non riconoscere il carattere perentorio dei termini procedimentali relativi alle procedure sanzionatorie delle a.a.i.: una volta riconosciuta la perentorietà, infatti, il decorso del termine avrebbe comportato la decadenza dal potere sanzionatorio e, in tal modo, la sopravvenuta impossibilità di perseguire l'interesse pubblico connesso a tale potere. Una posizione che lasciava sullo sfondo la necessità di tutelare il soggetto debole del rapporto amministrativo.

[41] C.d.S., Sez. VI, ord. n. 5167 del 30.06.2026: "*E`rilevante e non manifestamente infondata, per contrasto con gli articoli 3 , 23 , 24 , 25 , 113 Costituzione , 11 Costituzione, in relazione all' articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea , 117 Costituzione, in relazione all'articolo 7 Cedu, e 97 Costituzione, la questione di legittimità costituzionale degli articolo 14 della legge 24 novembre 1981 n. 689 e 31 della legge 10 ottobre 1990 n. 287 , nella parte in cui, a seguito dell'obbligo di disapplicazione del termine di novanta giorni derivante dall'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, non prevedono un termine determinato per l'avvio dell'istruttoria nei procedimenti sanzionatori antitrust.*"

[42] Sul ruolo e la pregnanza dei controlimiti si veda Corte costituzionale sentenza n. 71 del 2026.

ISSN 2036-7821

irretroattività sfavorevole in materia penale, di buon andamento della pubblica amministrazione, di certezza del diritto, di uguaglianza, di ragionevolezza e di effettività della tutela giurisdizionale.

Proprio con riferimento al tema dell'effettività della tutela giurisdizionale, il Consiglio di Stato ha sottolineato come il richiamato obbligo di disapplicare la normativa interna determina: "*problemi di compatibilità con i principi di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale in quanto esclude la possibilità di far valere in giudizio, ai fini dell'annullabilità del provvedimento, il vizio di violazione di legge relativo al mancato rispetto del termine decadenziale di constatazione dell'illecito, comportando un eccessivo ed irragionevole vantaggio per l'Autorità a discapito della posizione dei soggetti sanzionati; i quali, a prescindere dall'enunciazione in astratto del principio del termine ragionevole, resterebbero in sostanza sottoposti* ad libitum *all'esercizio del potere sanzionatorio non potendo ottenere l'annullamento del provvedimento che ne costituisce esercizio, ancorché tardivo*".[43]

Un'autentica e assolutamente condivisibile levata di scudi a difesa della parte debole del rapporto amministrativo.

Non resta che attendere il pronunciamento del giudice delle leggi.

5. La violazione del termine perentorio nel giudizio sul risarcimento del danno.

Nei primi tre paragrafi è emerso come nella giurisprudenza costitutiva del giudice amministrativo relativa al carattere perentorio dei termini dei procedimenti di tipo sanzionatorio di competenza delle diverse a.a.i. – dopo una prima fase di incertezza – sia andata progressivamente maturando una posizione molto rigorosa che, sul punto, impone alle Amministrazioni un'attenzione "rinforzata", in virtù della particolare natura afflittiva insita nei richiamati procedimenti.

Da ultimo si è altresì posto in luce come – molto di recente – il profondo convincimento sulla necessità di interpretare in modo rigoroso le questioni legate ai termini dei procedimenti sanzionatori di competenza delle a.a.i. abbia indotto il giudice amministrativo a sollevare una questione di legittimità sulla compatibilità con la Costituzione del quadro normativo che si è venuto a delineare sul tema a seguito della più volte richiamata sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 30 gennaio 2025, C-511/23, Caronte & Tourist.

Ciò non di meno, alcuni recenti pronunciamenti del medesimo giudice su richieste di risarcimento dei danni cagionati da sanzioni delle a.a.i. già annullate per violazione dei termini procedimentali inducono a ritenere che, in ambito risarcitorio, quel rigore al quale si è fatto riferimento rimanga leggermente "diluito".

Infatti, per quanto strano ciò possa apparire, in questo contesto, il giudice

[43] Sul punto, prima dell'ordinanza di rimessione di cui al testo, interessanti spunti in: L. LAMBERTI "*Effettività della tutela e sindacato giurisdizionale sugli atti sanzionatori delle autorità indipendenti*", in AA.VV. "*Scritti per Franco Gaetano Scoca*", vol. III, Napoli, 2020, pp. 2911 e ss.

ISSN 2036-7821

amministrativo, in più di un'occasione, ha affermato che il mancato rispetto di un termine perentorio inserito in una vicenda procedimentale relativa alla possibile irrogazione di una sanzione da parte delle a.a.i. non si tradurrebbe automaticamente in un elemento *injure*.

La circostanza non può che destare notevole perplessità: un elemento (il mancato rispetto di un termine perentorio) al quale di fatto si riconosce un peso assolutamente determinante nel giudizio sulla legittimità di sanzioni irrogate dalle a.a.i. – sul versante risarcitorio – è sembrato invece apparire quasi irrilevante.

E la perplessità aumenta nel momento in cui il predetto giudice ha esternato le ragioni per le quali, a sua detta, il mancato rispetto del termine non sarebbe stato di per sé in grado di configurare un danno ingiusto: i) lo sforamento del termine sarebbe stato di "*minima rilevanza*";[44]ii) la parte ricorrente non avrebbe dimostrato che la mancata partecipazione ad un numero definito di procedure ad evidenza pubblica nel periodo di interdizione connesso alla sanziona annullata sarebbe dipeso unicamente dall'interdizione medesima …; iii) la ricorrente non avrebbe dimostrato che, se avesse preso parte alle procedure alla quali non aveva potuto partecipare per la sanzione inibitoria, se le sarebbe aggiudicate ….[45]

Il punto sul quale, poi, si è registrato un vero e proprio corto circuito logico è quello nel quale il TAR capitolino, con riferimento al mancato rispetto di un termine perentorio da parte di ANAC già riconosciuto come illegittimo con una sentenza del Consiglio di Stato passata in giudicato, ha candidamente affermato che: "*la condotta dell'Autorità appare ossequiosa dei principi di imparzialità e buona amministrazione*".[46]

La sentenza da ultimo richiamata è stata fatta oggetto di un appello che è stato

[44] T.A.R. Lazio, Rm, Sez. I-quater, sent n. 8285 del 29.04.2025: "*… il contestato sforamento dei termini risulterebbe di minima rilevanza, considerando che la differenza tra la data ritenuta rilevante dal Consiglio di Stato (23 gennaio 2017) e quella effettivamente considerata dall'ANAC (3 febbraio 2017) è di pochi giorni*".

[45] T.A.R. Lazio, Rm, Sez. I-quater, sent n. 8285 del 29.04.2025: "*la società ricorrente, limitandosi ad allegare argomentazioni apodittiche e prive di efficaci riscontri, non ha fornito prove concrete e plausibili del pregiudizio lamentato. La giurisprudenza richiede, infatti, per il risarcimento del danno da perdita di chance, la dimostrazione concreta di una probabilità seria e concreta di conseguire il bene della vita, che nel caso in esame non è stata raggiunta. La connotazione probabilistica di tale danno impone un livello di prova elevato, che non può essere soddisfatto da mere ipotesi o aspettative. YYY non ha però dimostrato né la partecipazione effettiva a gare d'appalto* (come avrebbe potuto partecipare se interdetta *nda.*) *né la probabilità di aggiudicazione, limitandosi a formulare ipotesi generiche e prive di riscontro. Sennonché il danno da perdita di chance appare risarcibile solo quando la probabilità di successo è rilevante e concreta, mentre nel caso di specie la pretesa risarcitoria si basa su una mera possibilità, priva di consistenza giuridica.*" Di segno diametralmente opposto, tra le tante: C.d.S., Sez. VII, sent. n. 8545 del 26.09.2023: "*In sede di azione di risarcimento per perdita di chance, poiché l'esigenza giurisdizionale è quella di riconoscere all'interessato il controvalore della mera possibilità — già presente nel suo patrimonio — di vedersi aggiudicato un determinato vantaggio, l'an del giudizio di responsabilità deve coerentemente consistere soltanto nell'accertamento del nesso causale tra la condotta antigiuridica e l'evento lesivo consistente nella perdita della predetta possibilità. La tecnica probabilistica va quindi impiegata, non per accertare l'esistenza della chance come bene a sé stante, bensì per misurare in modo equitativo il "valore" economico della stessa, in sede di liquidazione del "quantum" risarcibile, con l'avvertenza che, anche se commisurata a una frazione probabilistica del vantaggio finale, il risarcimento è pur sempre compensativo, non del risultato sperato, ma della privazione della possibilità di conseguirlo.*"

[46] T.A.R. Lazio, Rm, Sez. I-quater, sent n. 8285 del 29.04.2025

assegnato alla medesima Sezione del Consiglio di Stato che, in precedenza, aveva riconosciuto l'illegittimità della sanzione per mancato rispetto del termine perentorio per la contestazione.
La sentenza n. 1569 del 12.02.2026 della V° Sezione del Consiglio di Stato ha respinto il ricorso d'appello.
L'intero ragionamento del giudice di seconde cure si è in sostanza concentrato sull'elemento soggettivo: secondo il Consiglio di Stato, infatti, la circostanza che il procedimento sanzionatorio fosse stato avviato oltre il termine perentorio di 90 giorni "*dalla ricezione della segnalazione completa*" - se era risultato (e risultava) sufficiente a sancire l'illegittimità della sanzione applicata dall'ANAC - non presentava i caratteri necessari a fondare una valutazione (quantomeno) di colpa grave, in quanto l'Amministrazione avrebbe semplicemente errato nel considerare che la segnalazione avesse raggiunto la completezza normativamente prescritta solo con la trasmissione della sentenza del TAR pronunciatasi sulla legittimità della revoca dell'aggiudicazione e non invece (come avrebbe dovuto) con la trasmissione già perfezionatasi delle notizie necessarie da parte del Comune.
A onor del vero, non si comprende come un (presunto) *misunderstanding* sul momento in cui era iniziato a decorrere un termine perentorio che era stato già valutato del tutto irrilevante nel giudizio sulla legittimità della sanzione – sul piano risarcitorio – sia stato, invece, considerato dal medesimo giudice determinante per escludere sinanche una colpa dell'Amministrazione.
Tra l'altro, nella pronuncia che aveva in precedenza accertato l'illegittimità della sanzione – come del resto già evidenziato - i giudici di Palazzo Spada avevano chiarito come il presunto convincimento dell'Autorità sulla circostanza che la conoscenza piena della vicenda si sarebbe raggiunta solo a seguito dell'invio da parte del Comune della pronuncia del TAR che si era pronunciata sulla legittimità della revoca dell'aggiudicazione non rappresentava un presupposto sostanziale con riferimento al perfezionamento dell'illecito sanzionato.
Sette anni più tardi il medesimo giudice – dando per acquisita un'affermazione autoassolutoria dell'Amministrazione non accompagnata da prove di alcun tipo - ha utilizzato, invece, proprio una circostanza soggettiva (il presunto fallace convincimento dell'ANAC) per escludere la configurabilità di una colpa grave in relazione al mancato rispetto di un termine perentorio all'interno di un procedimento a carattere sanzionatorio.
Il fatto era il medesimo (mancato rispetto di un termine perentorio) sia nel giudizio di legittimità che nel giudizio risarcitorio e anche il giudice.
Ma mentre nella sentenza del 2019 tale aspetto (tra l'altro, in alcun modo documentato) era stato fortemente ridimensionato dai Giudici di appello sul presupposto che, da un lato, non rappresentava un elemento sostanziale relativamente al perfezionamento dell'illecito sanzionato e, dall'altro, nulla aveva

aggiunto ad un quadro fattuale già sufficientemente completo - di contro - nella sentenza del 2026, ha rappresentato l'elemento scriminante per escludere la colpa grave in capo all'Amministrazione.

In sostanza, nella vicenda in questione non figurava un unico fatto che è stato oggetto di due considerazioni differenti da parte del medesimo giudice in relazione a due ambiti di valutazione differenti (situazione, invero, non rara all'interno dell'ordinamento e del tutto plausibile) ma - al contrario - una circostanza che è stata valorizzata in due modalità differenti dal medesimo giudice all'interno di un unico ambito (quello sanzionatorio).

Non è facile comprendere come una contingenza (la presunta maturazione del convincimento dell'Autorità che la piena conoscenza sarebbe maturata solo in seguito all'invio da parte dell'Amministrazione di una sentenza che nulla aveva a che fare con la vicenda risarcitoria) che secondo il Consiglio di Stato non aveva svolto alcun tipo di ruolo nella definizione dell'illecito possa essere stata considerata dal medesimo giudice alla stregua di un elemento in grado di escludere la colpa grave.

Le vicende appena richiamate dimostrano come quella lodevole sensibilità nei confronti della necessità di garantire la parte privata del rapporto manifestata dal giudice amministrativo nelle sue pronunce costitutive sulle sanzioni irrogate dalle a.a.i. sia andata sostanzialmente evaporando nella giurisprudenza del medesimo giudice sulle richieste di risarcimento dei danni patiti dai privati a cagione di sanzioni illegittime irrogate dalle a.a.i.

Una circostanza che, a ben vedere, stride per varie ragioni con quella prevedibilità (la consapevolezza che ad un determinato comportamento corrisponderà una definita conseguenza) che innerva di sé e giustifica l'intero ordinamento giuridico, all'interno del più generale principio della certezza del diritto.[47] Vediamo perché.

In primo luogo, perché – come già evidenziato – è proprio con riferimento alle sanzioni delle a.a.i. che, anche grazie all'applicazione dei criteri *Engels*, si è progressivamente andata enucleando una tipologia "speciale" e del tutto nuova di sanzioni amministrative dall'intrinseco carattere punitivo che manifestano maggiore affinità con le sanzioni penali che con le sanzioni amministrative tradizionali.

Tale carattere non può manifestarsi "a corrente alternata"[48] perché quelle conseguenze di impronta garantista che si sono in sua ragione determinate in ambito costitutivo, in ambito risarcitorio, debbono necessariamente tradursi in un innalzamento di tutela ed in una propensione a riconoscere un ristoro per i danni subiti maggiore rispetto a ciò che si registra in tutti gli altri settori di attività amministrativa.

[47] In relazione a tali profili, si può vedere: M. ALLENA "*La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*", in Federalismi.it, 4, 2017, pp. 1 e ss.

[48] In maniera fortemente caratterizzante nella giurisprudenza costitutiva ed in maniera del tutto irrilevante nella giurisprudenza risarcitoria.

ISSN 2036-7821

Del resto - con riferimento alle sanzioni amministrative - l'intero ordinamento si sta progressivamente orientando verso soluzioni che impongono riferimenti temporali certi in grado di ritracciare in via interpretativa termini specifici anche in ambiti normativi nei quali non vi è per questi ultimi un'indicazione ad hoc.[49]

In secondo luogo, perché nell'ambito dell'agire delle Amministrazioni i casi di termini perentori (anche se in aumento negli ultimi anni) sono ancora abbastanza rari e si fa veramente fatica a comprendere come il mancato rispetto di uno di essi possa non rappresentare una colpa grave, soprattutto nel momento in cui il predetto termine perentorio è (quasi sempre) autoimposto e comunque inserito in una procedura di carattere sanzionatorio.[50]

In terzo luogo, in quanto l'errore nella individuazione del momento a partire dal quale si era determinata quella conoscenza completa necessaria per giustificare l'avvio del termine per l'apertura di un procedimento sanzionatorio non è stato commesso da un'Amministrazione qualsiasi ma da un'Autorità amministrativa indipendente, vale a dire da un soggetto che dovrebbe rappresentare un avamposto di eccellenza tecnica, anche rispetto alla legittimità del suo specifico agire.

Chi scrive è ben consapevole dell'incertezza che in tema di sanzioni delle Authorities da sempre aleggia intorno alla definizione della completezza del quadro informativo necessaria per far partire il termine per l'avvio di un procedimento sanzionatorio pur in presenza di un esplicito termine perentorio (del resto vi è stato già fatto riferimento), ma in nessun modo la richiamata incertezza avrebbe potuto giocare un ruolo nel momento in cui la tardività dell'avvio del procedimento era stata già accertata con una sentenza passata in giudicato.

In un mondo nel quale vige in generale la regola del carattere ordinatorio dei termini procedimentali, le ragioni di tutela, di garanzia e di buon andamento che – in ambito sanzionatorio - hanno generalmente portato il legislatore a stabilire la perentorietà del termine per la contestazione degli addebiti non possono essere ridimensionate a livello di circostanze ininfluenti rispetto alla questione del risarcimento dei danni cagionati dalla intempestività dell'azione sanzionatoria. Il rischio è quello di rimanere impaludati in una "logica amministrativa" in un contesto che – per le

[49] Sintomatica sul punto la sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2021 nella quale la Corte - dopo aver affermato che, nel sistema della legge di depenalizzazione, la circostanza che non sia esplicitato un termine espresso per il completamento del procedimento sanzionatorio non giustifica il convincimento che tale termine non debba esistere – ha sollecitato il legislatore ad intervenire per colmare la richiamata lacuna. Nella pronuncia in questione, il giudice delle leggi ha sottolineato in maniera inequivocabile che nei procedimenti sanzionatori l'attenzione ai profili temporali deve essere maggiore rispetto a quella che viene riservata ai medesimi aspetti nell'attività amministrativa generale.

[50] Come noto, in materia di termini relativi ai procedimenti di carattere sanzionatorio vi è una giurisprudenza che – nel sottolineare quanto il fattore tempo sia un profilo esiziale in quei contesti – ha sostenuto che la perentorietà di un termine potrebbe essere presente anche in assenza di una specifica qualificazione in tale senso da parte di una disposizione normativa in quanto tendenzialmente desumibile dallo scopo che la normativa persegue e dalla funzione cui essa adempie, Cass. Sez. lav., sent. n. 14692 del 25.06.2007.

ragioni che si sono già esplicitate - risulta invece ormai caratterizzato da una "logica sanzionatoria".

Sul versante della tutela risarcitoria, quei profili di predeterminazione e determinatezza che contraddistinguono in maniera ontologica l'azione sanzionatoria delle Autorità indipendenti (caratterizzandola in un modello più rigoroso rispetto al resto dell'attività amministrativa) non possono essere relegati in soffitta in base a ragionamenti che da quei profili oggettivamente si discostano fortemente.

E' giusto che la richiamata "logica sanzionatoria" si estenda anche "in danno" alle Amministrazioni in ambito di responsabilità.

Da ultimo, perché – come in parte anticipato – le due differenti valorizzazioni sono emerse all'interno di un ambito unico (quello sanzionatorio) all'interno del quale l'attenzione al rispetto delle garanzie a tutela degli amministrati dovrebbe essere massima. Circostanza destinata, tra l'altro, ad avere ancora più rilievo nel momento in cui si accetta la posizione che attribuisce al risarcimento del danno una funzione rimediale a completamento della tutela dell'interesse legittimo.

In questo discorso, con ogni evidenza un ruolo è destinato a giocarlo indirettamente anche la sentenza della Corte di Giustizia del gennaio 2025; se è vero, infatti, che il pronunciamento in questione non tocca profili risarcitori pare altrettanto vero che se la Corte di Giustizia non ha avuto particolari tentennamenti nell'affermare che contrasta con i principi eurounitari una normativa che, da un lato, individua un termine perentorio di 90 giorni (decorrente dal momento in cui essa viene a conoscenza degli elementi essenziali dell'asserita violazione) per l'avvio di un procedimento finalizzato all'accertamento di una pratica anticoncorrenziale da parte di un'Autorità di garanzia della concorrenza e, dall'altro, sanziona l'inosservanza di tale termine con l'annullamento integrale del provvedimento finale di detta Autorità in esito alla procedura d'infrazione con la decadenza dal potere di quest'ultima di avviare una nuova procedura d'infrazione riguardante la stessa pratica, sarà certamente meno impegnativo per un qualsiasi giudice affermare che il mancato rispetto di un termine perentorio per l'avvio di un procedimento sanzionatorio da parte di un'Autorità di garanzia non rappresenti un comportamento caratterizzato da colpa grave (si potrebbe dire che il più contiene il meno).[51]

[51] Analogamente, alcuni mesi più tardi, sempre la Corte di Giustizia dell'Unione Europea – con l'ordinanza del 18.12.2025 adottata nella causa C-491/2024 - ha stabilito che: "*l'articolo 4, paragrafo 5, e l'art. 13, paragrafo 1, della direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018 che conferisce all'Autorità garante della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, nonché l'articolo 101 TFUE, letti alla luce del principio di effettività, devono essere interpretati nel senso che: essi ostano a una normativa nazionale che, nell'ambito di un procedimento diretto all'accertamento di una pratica anticoncorrenziale condotto da un'Autorità nazionale garante della concorrenza, da un lato, impone a tale Autorità di avviare la fase istruttoria in contraddittorio di tale procedimento, mediante la comunicazione degli addebiti all'impresa interessata, entro un termine di 90 giorni a decorrere dal momento in cui essa viene a conoscenza dell'asserita violazione e, dall'altro, sanziona l'inosservanza di tale termine con l'annullamento integrale del provvedimento finale di detta Autorità in esito alla procedura d'infrazione, nonché con la decadenza dal potere di quest'ultima di sanzionare la stessa pratica.*"

Ciò posto, l'evidenza e la dimensione della discrasia che connota la doppia misura assunta dal giudice amministrativo a seconda che la questione della violazione di un termine perentorio relativo a sanzioni irrogate da a.a.i. gli venga presentata nella sua sede costitutiva piuttosto che in quella risarcitoria impongono di interrogarsi sulle ragioni che possono essere alla base della descritta "doppiezza".

Chi ha pochi capelli bianchi potrebbe essere indotto a ritenere che a fondamento di tale doppia misura vi possa essere la modica consuetudine che oggettivamente il giudice amministrativo ha con il tema del risarcimento dei danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi e (nelle materie di giurisdizione esclusiva) dei diritti soggettivi.

Ed in effetti coloro che frequentano le aule dove si esercita la giustizia amministrativa potrà confermare che, in molti dei casi nei quali innanzi alla Magistratura amministrativa sono portate domande di giustizia costitutiva insieme a richieste per ottenere il risarcimento dei danni patiti dai ricorrenti a causa dell'illegittimità di ciò che contestano in ambito costitutivo, il giudice si dimostri interessato prioritariamente all'aspetto demolitorio e non dedichi la medesima attenzione alla richiesta risarcitoria.[52]

Sovente, purtroppo, l'affermazione secondo la quale il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi rappresenta un completamento della tutela di tale situazione giuridica soggettiva resta a livello di mero *flatus voci* e proprio il risarcimento continua ad essere percepito come un *quid pluris*, sostanzialmente avulso dalle tradizionali dinamiche del giudizio che si svolge innanzi al giudice amministrativo.

Questa circostanza potrebbe a sua volta derivare da profili di carattere culturale connessi alla circostanza che, alla fin fine, sono pochi gli anni a partire dai quali il giudice amministrativo è stato chiamato a pronunciarsi in materia di risarcimento del danno ingiusto. Ma meglio non divagare.

Chi (come chi scrive) di capelli bianchi, invece, ne ha parecchi è più propenso a ritenere che le origini della doppia misura alla quale si sta facendo riferimento possano rinvenirsi in quell'odioso ruolo di tutore delle finanze pubbliche che in determinati casi e periodi il giudice amministrativo è abituato/costretto ad assumere non foss'altro che a causa della sua prossimità genetica con il potere esecutivo.

In quest'ottica, dal punto di vista della tanto sbandierata effettività della tutela, la componente soggettiva può rappresentare il nuovo scoglio da superare per pretese di tutela risarcitoria portate innanzi al giudice amministrativo e se è vero come è vero che i casi nei quali il giudice amministrativo ha riconosciuto l'esistenza di un dolo nell'operato di una pubblica Amministrazione si contano probabilmente sulle dita di una mano, appare evidente che – in un contesto del genere – la gravità della colpa

[52] L'atteggiamento in effetti sembra essere: "*già ti ho annullato il provvedimento, adesso chiedi addirittura il risarcimento del danno?*"

ISSN 2036-7821

acquista un carattere del tutto scriminante in tema di risarcimento.
Quella della colpa grave può essere, pertanto, individuata come la nuova frontiera sulla quale dovrà essere misurata l'effettività della tutela risarcitoria delle lesioni provocate da attività amministrativa illegittima.[53] Un ambito nel quale – anche in virtù del sempre attuale confronto con il giudice ordinario per la definizione sul campo dei rispettivi ambiti di giurisdizione - il giudice amministrativo dovrà dare prova della credibilità e dell'autorevolezza che lo hanno sempre contraddistinto nei passaggi più nevralgici della sua storia.
Non pare eccessivo affermare che – analogamente a quanto si verifica secondo il Consiglio di Stato nel momento in cui si pretende di sterilizzare le norme che impongono termini perentori per l'avvio di procedimenti di carattere sanzionatorio – anche la possibilità di escludere una colpa grave in relazione al mancato rispetto da parte di un'Autorità di garanzia di un termine perentorio per l'avvio di un procedimento sanzionatorio rappresenta un attentato al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale.
Probabilmente – quantomeno con riferimento ad Amministrazioni di garanzia dotate di particolari livelli di qualificazioni – quell'automatismo tra mancato rispetto del termine perentorio di avvio del procedimento sanzionatorio ed annullamento del provvedimento adottato a valle di quest'ultimo rivendicato con forza dal Consiglio di Stato nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dovrebbe essere replicato nella relazione tra il già richiamato mancato rispetto e l'individuazione di una colpa grave per l'Amministrazione.
Ne va della credibilità complessiva del sistema.
Un certo disincanto porta però a richiamare quanto di recente affermato dal Maestro proprio con riferimento all'operato del giudice amministrativo in relazione alle sanzioni irrogate dalle a.a.e.: "*Il giudizio amministrativo, come concepito dal giudice cui è affidato (e non - si badi – come disciplinato per legge), è strutturato in modo tale da non assicurare, (non solo) nelle controversie sulle sanzioni, piena tutela al soggetto privato (sanzionato).*"[54]
In una fase storica caratterizzata da una crescente e sacrosanta attenzione al tema della tutela dell'affidamento che può nascere nei privati (anche) a fronte di provvedimenti legittimi delle Amministrazioni,[55] la vicenda – a parere di chi scrive –

[53] Non sembra casuale che l'argomento della colpa grave sia stato chiamato in causa da molti degli Autori del numero speciale di questa rivista pubblicato nel corrente anno sul tema: "*La riforma della Corte dei conti – Legge n. 1/2026*". Sulla colpa grave nel giudizio di responsabilità contabile, si veda anche il bel lavoro di F. De LEONARDIS "*L'effetto "scudante" dell'esito favorevole del controllo preventivo di legittimità*", in Federalismi.it, 17, 2026.

[54] F.G. SCOCA "*Il punto sulla nozione e sulla disciplina delle sanzioni amministrative*", op. cit.

[55] Sul tema, tra le tante, si può vedere: C.d.S., Sez. IV, sent. n. 5514 del 20.06.2024: "*Il comune che, in virtù di un accordo riguardante un'area da bonificare, abbia ingenerato in una società un legittimo affidamento nella possibilità di realizzare un impianto di trattamento dei rifiuti, imponendo ad essa degli obblighi ben precisi (anche di natura economica) in previsione del progetto industriale, che la successiva (e prevedibile) attività di pianificazione urbanistica territoriale avrebbe*

apre un interessante spaccato sull'affidamento di cui dovrebbe tener conto il giudice del risarcimento rispetto all'invalidità di provvedimenti gravemente illegittimi adottati da Amministrazioni particolarmente qualificate. E questa, si badi bene, non è una provocazione.

reso irrealizzabile, è responsabile nei confronti della società ed è tenuto a risarcire il danno commisurato alle spese da quest'ultima sostenute, antecedentemente all'adozione della variante urbanistica, per effetto del predetto accordo e delle successive appendici negoziali". In dottrina: G. CORSO, "*La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*", in Dir. amm., 2009, p. 203 ss.; C. BUONAURO, "*Responsabilità da atto lecito dannoso*", Milano, 2012; E. SCOTTI, "*Liceità legittimità e responsabilità dell'amministrazione*", Napoli, 2012; A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, Torino, 2012; A. AMORE, "*Gli elementi costitutivi della responsabilità da atto legittimo o da attività lecita della pubblica amministrazione: alcune considerazioni*", in P.A. Persona ed Amministrazione, 2021, p. 537 ss.; M. TRIMARCHI, "*Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?*", in Dir. proc. amm., 2022, I, p. 143 ss.; A. GUALDANI, *La responsabilità da atto lecito della pubblica amministrazione per lesione di diritti fondamentali*, Torino, 2024.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il "ciclo economico" nell'art. 81 Cost.: un concetto costituzionale a sovranità limitata?

di **Matteo Carrer**

(Professore Associato di diritto costituzionale e pubblico nell'Università degli Studi di Bergamo)

Sommario

1. Il problema: quale spazio per un concetto economico nel testo costituzionale? – 2. La genesi della norma e nel contesto del diritto dell'Unione europea. – 3. L'attuazione dell'art. 81 Cost. attraverso la legge 243/2012 e il rinvio ai "criteri" dell'Unione europea. – 4. Osservazioni sul ciclo economico reale dal 2012 al 2025. – 5. La riforma della governance economica europea del 2024 e l'eclissi del ciclo economico. – 6. Conclusioni: la clausola ciclica e gli artt. 1 e 11 Cost.

Abstract

The article examines the concept of "economic cycle" introduced into Article 81 of the Italian Constitution following the 2012 reform, questioning its legal meaning and constitutional implications. It argues that, although central to the regulation of budget balance and public borrowing, the concept is neither defined by the Constitution nor by implementing legislation, but instead deferred to European Union criteria. By analysing the econometric methodologies used to estimate variables such as the output gap and potential GDP, the author demonstrates that the system relies on non-observable variables and discretionary technical choices, only apparently objective. The empirical analysis of the period 2012–2025 reveals a weak correlation between the economic cycle and fiscal policies, suggesting that the cyclical clause has functioned more as a legitimising device than as an effective countercyclical mechanism. The 2024 reform of European economic governance, shifting from a cycle-based logic to a net expenditure framework, further intensifies the tension between constitutional text and practical implementation. This leads to a broader critical reflection on the relationship between law and technical expertise, democracy and technocracy, and the role of state sovereignty in shaping fiscal policy.

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

1. Il problema: quale spazio per un concetto economico nel testo costituzionale?.

L'art. 81, 1° comma, della Costituzione, nella formulazione introdotta dalla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, contiene per ben due volte un'espressione che merita particolare attenzione: prima il testo dice che lo Stato assicura l'equilibrio di bilancio «tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico», poi il co. 2° prosegue stabilendo che «il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico». In un solo articolo costituzionale, in due commi consecutivi e separati da pochissime altre parole, dunque, la nozione di "ciclo economico" compare due volte, peraltro con funzioni normative distinte: nella prima occorrenza come criterio di modulazione dell'equilibrio di bilancio, nella seconda come titolo giustificativo del ricorso all'indebitamento.

Questa doppia citazione rivela una scelta precisa del revisore costituzionale: ancorare la disciplina della finanza pubblica a una grandezza dinamica, non a un parametro statico. Il bilancio non deve essere in equilibrio in senso aritmetico puntuale, ma in relazione all'andamento dell'economia nel tempo. Si tratta, in apparenza, di una soluzione tecnicamente avanzata e concettualmente raffinata, che consente flessibilità senza rinunciare al rigore, affidando alla solidità della scienza i presupposti per il raggiungimento delle politiche ottimali[1]. Questa è, perlomeno, la lettura più piana e semplice, anche se forse ingenua, che si possa fare della nozione in discussione[2].

Il problema che si intende sviluppare nelle seguenti pagine è, nella sua formulazione più diretta, il seguente: cosa significa giuridicamente "ciclo economico" nell'art. 81 Cost.? Che cos'è il ciclo economico? In primo luogo, esso esiste o è una costruzione teorica? Chi ha il potere di stabilire, in concreto, in quale fase del ciclo ci troviamo di momento in momento (e questa capacità di decisione e quantificazione è possibile ottenerla in tempo reale o solo in retrospettiva)? Con quali strumenti, con quale grado di trasparenza, e con quale legittimazione democratica la fondamentale determinazione del *quantum* del ciclo economico viene compiuta?

[1] Già a livello manualistico non si riesce a nascondere l'approccio sostanzialmente rigorista della norma in esame: «Conseguentemente [alla modifica], in maniera decisamente più rigida, il secondo comma dispone che "il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali»: L. MEZZETTI, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 305

[2] Sulla flessibilità, persino eccessiva, dell'art. 81 della Costituzione convergono tutti gli studiosi. Sul medesimo punto, in relazione alla nuova formulazione, sarà interesse delle pagine seguenti approfondire il tema. Intanto, per la dottrina precedente alla riforma, nell'impossibilità di una ricognizione esaustiva, si rimanda perlomeno a: M. RUINI, *Il bilancio dello Stato e l'art. 81 della Costituzione*, in *Riv. pol. econ.*, 1955, p. 1021 ss.; V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1969; S. LOMBARDINI, *Lo stato nel pensiero degli economisti classici*, in AA.VV. (a cura di R. Finzi) *Il ruolo dello Stato nel pensiero degli economisti*, Il Mulino, Bologna, 1977; S. BARTOLE, *art. 81*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Zanichelli Bologna, soc. ed del foro italiano, Roma, Tomo II, 1979; AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c. della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993; AA.VV. (a cura di G. Salvemini), *I guardiani del bilancio. Una norma importante ma di difficile applicazione: l'articolo 81 della Costituzione*, Marsilio, Venezia, 2003; N. LUPO, *art. 81*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti), vol. II, Utet, Torino, 2006 p. 1579 ss.; G. BOGNETTI, *Costituzione e bilancio dello Stato. Il problema delle spese in deficit*, in *Forumcostituzionale.it*, 2010, p. 1 ss.

ISSN 2036-7821

La legge costituzionale che ha modificato l'art. 81 Cost., come citato, è del 2012: a quasi tre lustri di distanza, è ben possibile verificare come la clausola abbia funzionato: se come garanzia di flessibilità fiscale o se, al contrario, come strumento di compressione della discrezionalità del legislatore nazionale.

Queste domande, a differenza di quanto potrebbe sembrare a uno sguardo disattento, non sono domande che riguardano la scienza economica o qualsiasi branca affine come statistica o econometria, bensì sono questioni propriamente costituzionali. Esse interrogano il rapporto tra norma e fatto, tra testo costituzionale e parametro tecnico di riferimento, tra tecnica e diritto o, se si vuole, tra democrazia e tecnocrazia. Interrogano, in ultima analisi, chi sia davvero il decisore politico nel momento di applicare l'art. 81 Cost.

La dottrina costituzionalistica italiana ha dedicato all'art. 81 riformato molteplici contributi[3]. I temi prevalentemente affrontati sono stati la distinzione tra "pareggio" ed "equilibrio" di bilancio[4], il rapporto tra la norma costituzionale e il *Fiscal Compact*, la giustiziabilità del principio di equilibrio[5], gli effetti sulla finanza degli enti territoriali[6], il ruolo del nuovo Ufficio parlamentare di bilancio[7].

---

[3] Restando fuori dagli obiettivi del presente contributo una ricostruzione completa, si rinvia perlomeno a: A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VII, Giuffrè, Milano, 2014, p. 178 ss.; C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario*, Giuffrè, Milano, 2015; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in Astrid Rassegna, 3/2013, p. 1 ss. (anche in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 1673 ss.); N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in AA.VV., *Costituzione e pareggio di bilancio*, Napoli, Jovene, 2012, p. 89 ss.; G. BOGNETTI, *Il pareggio del bilancio nella Carta costituzionale*, in Rivista AIC, 2/2012, p. 1 ss.; G. BIZIOLI, *La disciplina europea della finanza pubblica. Origine, evoluzione e crisi del patto europeo di stabilità e crescita*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1/2012, p. 121 ss.; M. MAZZIOTTI, *Note minime sulla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 3791 ss.; D. DE GRAZIA, *L'introduzione del principio del pareggio di bilancio in Costituzione (tra vincoli europei e zelo del legislatore)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 2483 ss.; D. CABRAS, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: una regola importante per la stabilizzazione della finanza pubblica*, in *Forumcostituzionale.it*, 2012, p. 1 ss.

[4] I. CIOLLI, *I paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, in *Rivista AIC*, 1/2012, p. 1 ss.; N. D'AMICO, *Il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 10/2012, p. 929 ss.; L. GIANNITI, *Il pareggio di bilancio nei lavori della Costituente*, in *Astrid Rassegna*, 2011, p. 1 ss.; A. PACE, *Pareggio di bilancio: qualcosa si può fare*, in *Rivista AIC*, 3/2011, p. 1 ss.

[5] G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *RivistaAIC*, 3/2012, p. 1 ss.; I, CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Forumcostituzionale*, 2015, p. 1 ss.; R. DI MARIA, *Aspettando la costituzionalizzazione del principio del "pareggio di bilancio": brevi considerazioni sulla natura giuridico economica del medesimo e rilievo di alcune questioni (ancora) aperte sulla sua potenziale ricaduta, a livello sia interno sia sovranazionale*, in *Forumcostituzionale*, 2012, p. 1 ss.; E. CAVASINO, *Principio di costituzionalità e diritto del bilancio*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta Online*, 2020, p. 1 ss.; V. ONIDA, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Atti del Seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni di 8 e 9 novembre 1991, p. 19 ss.; M. LUCIANI, *Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte costituzionale*, in AA.VV. *Le sentenze della Corte costituzionale*, cit., p. 53 e ss.; R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in AA. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale*, cit., p. 183 ss.

[6] G. RIVOSECCHI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle Regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in *Rivista AIC*, 3/2012, p. 1 ss.; G. RIVOSECCHI, *Il difetto di copertura di una legge regionale di bilancio: la Corte accelera sul c.d. pareggio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 2335 ss.; N. LUPO, G. RIVOSECCHI,

Si tratta di contributi che hanno chiarito molti aspetti della riforma e delle nuove norme costituzionali, eppure la nozione di "ciclo economico" – che è, lo si ripete, il cuore operativo della clausola di flessibilità – è rimasta piuttosto ai margini dell'analisi. È stata trattata come un dato acquisito, come se il suo significato fosse autoevidente o come se la sua determinazione concreta fosse una questione tecnica sottratta per definizione al ragionamento giuridico. Né l'una né l'altra ipotesi regge a un esame attento.

Non è autoevidente perché "ciclo economico" è una nozione tutt'altro che scientificamente condivisa nelle stesse scienze economiche dove ha trovato genesi e accoglienza[8]. Ci si può legittimamente chiedere quali teorie economiche siano

---

Quando l'equilibrio di bilancio prevale sulle politiche sanitarie regionali, in *Forumcostituzionale.it*, 2012, p. 1 ss.; G.M. NAPOLITANO, *I nuovi limiti all'autonomia finanziaria degli Enti territoriali alla luce del principio del pareggio di bilancio*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 1-2/2013, p. 91 ss.; A. BRANCASI, L'autonomia finanziaria degli enti territoriali di fronte ai vincoli europei ed alla riforma costituzionale sul "pareggio" di bilancio, in *Le Regioni*, 1-2/2014 p. 49 ss.; L SAMBUCCI, *La triste parabola dell'autonomia contabile degli enti territoriali: se la Corte costituzionale decide sugli stanziamenti di bilancio*, in *Federalismi.it*, 12/2016, p. 1 ss; G.M. SALERNO, *Dopo la norma costituzionale sul pareggio del bilancio: vincoli e limiti all'autonomia finanziaria delle regioni*, in *Quad. cost*., 3/2012, p. 563 ss.

[7] L. GIANNITI, C. GORETTI, *Prime note sulla costituzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio*, in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, n. 1-2/2013, 81 ss.; R. LOIERO, *La nuova governance europea di finanza pubblica e il ruolo dell'Ufficio parlamentare di bilancio*, in *Federalismi.it*, 2013, p. 1 ss.; M.P. Chiti, *L'Ufficio parlamentare di bilancio e la nuova governance della finanza pubblica*, in *Astrid Rassegna*, n. 1/2014, p. 1 ss.; C. BERGONZINI, *Parlamento e decisioni di bilancio*, Milano, Franco Angeli, 2014; V. TONTI, *L'istituzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nel contesto internazionale ed europeo della governance economica*, Torino, Giappichelli, 2017; A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio. Il nuovo organo ausiliare alla prova del primo mandato e della forma di governo*, Napoli, Jovene, 2020; Y. GUERRA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio nel contesto costituzionale del governo dei numeri*, in AA.VV. (a cura di C. Caruso, M. Morvillo), *Il governo dei numeri. Indicatori economico-finanziari e decisione di bilancio nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2020, p. 285 ss.; G. RIVOSECCHI, *Uno studio sull'ufficio parlamentare di bilancio, preteso potere dello Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021, p. 1 ss.; D. CABRAS, *Un fiscal council in Parlamento*, in *Federalismi.it*, n. 20/2012, p. ss.; R. LOIERO, *La nuova governance europea di finanza pubblica e il ruolo dell'Ufficio parlamentare di bilancio*, in *Federalismi.it*, 16/2013, p. 1 ss.; M.P. CHITI, *L'ufficio parlamentare di bilancio e la nuova governance della finanza pubblica*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun*., 5-6/2013, pp. 977 ss.; L. GIANNITI, C. GORETTI, *Prime note sull'Ufficio parlamentare di bilancio*, in *Riv. giur. del Mezzogiorno*, n.1-2/2013, p. 81 ss.; R. PEREZ, *L'Ufficio parlamentare di bilancio*, in *Giornale dir. amm.*, n. 2/2014, p. 197 ss.; L. LANDI, *L'Ufficio parlamentare di bilancio nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. economia*, n. 2/2015, p. 177 ss.

[8] «Alcuni autori hanno persino sostenuto che, pur prescindendo dalle variazioni di carattere stagionale, esistono almeno due altri tipi di fluttuazioni sovrapponentisi alle prime, uno di durata più lunga (grandi fluttuazioni: 20-30 anni) ed uno di durata più breve (cicli delle scorte: 2-3 anni). Si tratta, tuttavia, di movimenti non così facilmente identificabili e quindi di natura più controversa»: così la voce "ciclo economico" di L. PASINETTI, nell'*Enciclopedia italiana* - III appendice, Treccani, Roma, 1961 ora anche online in www.treccani.it. Secondo una definizione elementare, il "ciclo economico" sarebbe caratterizzato da quattro fasi diverse: «La prima (*fase di espansione)*, è caratterizzata da un *aumento continuo* del volume di produzione, dell'occupazione dei fattori produttivi, del livello generale dei prezzi e del reddito globale. L'espansione globale dell'attività produttiva è provocata dalle attese di un *nuovo* o *maggiore profitto* […]. La seconda (*fase di crisi*), è il momento nel quale s'interrompe il movimento *ascensionale* ed ha inizio il regresso (o *punto di inversione superiore,* detto anche crisi). Tale periodo è caratterizzato dal tracollo dei prezzi di alcuni beni. La terza fase (*fase di contrazione o recessione*), è caratterizzata da una sempre più accentuata diminuzione del volume di produzione, dell'occupazione dei fattori produttivi, del livello generale dei prezzi e del reddito globale. Infine, la quarta ed ultima fase *(fase di ripresa)* è caratterizzata da una nuova espansione, in quanto il volume di produzione, sotto la spinta di un nuovo o maggior profitto, tende a riprendere un andamento ascensionale» (così la voce *ciclo economico* dei Dizionari Simone, in dizionari.simone.it/6/ciclo-economico). Peraltro, vi sono diversi modi di intendere i cicli a seconda della scuola

ISSN 2036-7821

compatibili o non compatibili con il concetto di ciclo e, volendo, con il legare il ricorso al debito in funzione del ciclo[9], senza parlare poi della discussione sull'identificazione delle fasi del ciclo[10], su quale sia il PIL potenziale di riferimento, su come calcolare l'*output gap* che misura la distanza tra economia effettiva ed economia potenziale. Queste controversie modellistiche producono stime profondamente diverse, con conseguenze dirette e misurabili sulle politiche di bilancio consentite o vietate. Non è una questione tecnica sottratta al diritto perché è proprio nella determinazione del ciclo che si decide quanta flessibilità fiscale uno Stato può esercitare. Rimettere quella determinazione a soggetti e metodologie non disciplinati dalla Costituzione italiana significa incidere sulla sovranità dello Stato quanto alla decisione finanziaria e, per questa via, sulla capacità del Parlamento di attuare le scelte politiche per le quali ha ricevuto il mandato elettorale.

Il presente contributo si propone indagare specificamente questo aspetto. Non attraverso un'analisi economica del concetto di ciclo o della sua quantificazione concreta – che esulerebbe dalla competenza del giurista e dal perimetro metodologico di questa rivista – ma attraverso un'analisi giuridica della nozione costituzionale: della sua genesi, della sua struttura testuale, del meccanismo attraverso cui è stata concretamente resa applicabile e applicata, dei soggetti che ne

degli studiosi: il cd. ciclo Kondrat'ev (dal russo Nikolaj Dmitrievič Kondrat'ev 1892-1938) costituito da periodi di 45-50 anni; il cd. ciclo Juglar (dal francese Clément Juglar, 1819-1905), di durata media di 8 anni e con una durata effettiva da 6 a 10 anni; e il cd. ciclo Kitchin (dal britannico Joseph Kitchin 1861-1932) della durata di circa 40 mesi e con oscillazione limitata, senza dimenticare i contributi pionieristici di Jean De Sismondi o Robert Owen, di Charles Dunoyer, e di altri come Simon Kutnets, Joseph Schumpeter e persino Karl Marx. Una ulteriore definizione elementare è quella data da A. F. BURNS and W. C. MITCHELL, *Measuring business cycles*, New York, National Bureau of Economic Research, 1946: «Business cycles are a type of fluctuation found in the aggregate economic activity of nations that organize their work mainly in business enterprises: a cycle consists of expansions occurring at about the same time in many economic activities, followed by similarly general recessions, contractions, and revivals which merge into the expansion phase of the next cycle; in duration, business cycles vary from more than one year to ten or twelve years». Superfluo osservare che un anno o dodici anni, 40 mesi o 50 anni sono ampiezze di ciclo imparagonabili.

[9] Con grande nettezza O. CHESSA, *Il pareggio di bilancio tra ideologie economiche, vincoli sistemici dell'unione monetaria e principi costituzionali supremi*, in *Forumcostituzionale.it*, 2016, p. 1 si domanda da dove venga «la proposta di introdurre vincoli costituzionali che impediscano al la politica democratica di decidere discrezionalmente (cioè politicamente) quale debba essere il trade-off tra crescita di prezzi e riduzione della disoccupazione. Sono evidentemente teorie che ripudiano la dottrina di Keynes, poiché perseguono il fine di espungere lo strumentario keynesiano dal novero dei poteri liberamente esercitabili dagli organi di direzione politica. Ma in questo modo non c'è dubbio che siano costituzionalizzati gli assunti teorici di una specifica corrente di pensiero economico, con pochi (o poco significativi) margini di flessibilità». La risposta è offerta da A. GUAZZAROTTI, *La legge dei numeri e l'illusione europea della fortezza ammodernata*, in *Rivista AIC*, 3/2016, p. 3-4: «Dietro tale apparente 'flessibilità' delle nuove regole di bilancio si celano pericolosi margini di discrezionalità 'tecnica' sul calcolo del quantum di manovra concesso agli Stati: le tecniche econometriche e statistiche oggi utilizzate dalla Commissione per stimare il Pil potenziale degli Stati sono paradossalmente (ma non casualmente) di matrice anti-keynesiana, così che agli Stati in maggiore difficoltà, come l'Italia, non residua che un margine ridottissimo di manovra, con un effetto tale per cui dal cattivo andamento recente dell'economia non potrà che derivare un andamento ancora peggiore (pro-ciclicità): "(è) come nuotare controcorrente: si nuota solo per restare fermi"».

[10] Sulla quale si darà conto nelle pagine che seguono.

ISSN 2036-7821

hanno di fatto governato l'applicazione, e degli effetti che questa applicazione ha prodotto sul sistema costituzionale italiano nel suo complesso. Ciò comporterà, peraltro, l'analisi di alcune formule matematiche, senza le quali la ricostruzione perderebbe precisione.
In ogni caso, quasi quindici anni di applicazione del "nuovo" articolo 81 Cost., pochi o molti che siano a seconda del punto di vista, forniscono materiale sufficiente per un bilancio che non sia celebrativo.

2. La genesi della norma e nel contesto del diritto dell'Unione europea

La legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 "Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale", che novellato gli articoli 81, 97, 117 e 119, non nasce in un contesto di riflessione autonoma sulle riforme costituzionali – posto che vi siano mai momenti in cui le revisioni costituzionali nascono in un dibattito totalmente libero e svincolato. Essa, piuttosto, nasce in un contesto di crisi[11]. In particolare, la crisi del debito sovrano europeo, esplosa tra il 2010 e il 2011, che aveva prodotto una pressione senza precedenti (*ça va sans dire*, da parte dei mercati finanziari) sui Paesi dell'area euro con elevato debito pubblico, tra cui l'Italia. In questo quadro, il Consiglio europeo del 9 dicembre 2011 aveva concordato l'introduzione negli ordinamenti nazionali di regole di bilancio vincolanti, preferibilmente di rango costituzionale[12]. Il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria – il cosiddetto *Fiscal Compact* – firmato il 2 marzo 2012 e reso esecutivo con la l. 23 luglio 2012, n. 114[13], aveva poi

[11] F. BILANCIA, *Note critiche sul cd. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, 2/2012, p. 2 parla «della conclamata urgenza con cui si è dato avvio al progetto di revisione costituzionale sotto la forsennata pressione delle istituzioni europee, dei governi di alcuni Stati membri dell'UE, delle istituzioni finanziarie internazionali e dei mercati». «Nell'ambito del progetto più ampio di riforma dell'architettura costituzionale dello Stato prospettato con la nota inviata all'Unione europea in risposta alla lettera del 5 agosto 2011 a firma congiunta dell'allora presidente della Bce, Jean-Claude Trichet, e del successore in pectore, Mario Draghi, alla data governatore della Banca d'Italia, che, nell'indicare le misure ritenute necessarie per stabilizzare il quadro finanziario italiano, a seguito dell'aggravamento della crisi del debito pubblico, definiva "appropriata" una riforma costituzionale che rendesse più stringenti le regole di bilancio» P. CANAPARO, *La legge costituzionale n. 1 del 2012: la riforma dell'articolo 81, il pareggio di bilancio e il nuovo impianto costituzionale in materia di finanza pubblica*, in *Federalismi.it*, 13/2012, p. 25.

[12] Il punto 4 della *Dichiarazione dei capi di Stato o di governo della zona euro* del 9 dicembre 2011 su "un nuovo patto di bilancio" recitava: «Questa regola verrà inserita anche negli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri a livello costituzionale o equivalente. Comprenderà un meccanismo automatico di correzione che si attiverà in caso di scostamento. Sarà definita da ciascuno Stato membro sulla base di principi proposti dalla Commissione. Riconosciamo la competenza della Corte di giustizia a verificare il recepimento di questa regola a livello nazionale» il passo è rintracciabile nel documento *Il Consiglio europeo nel 2011* (del gennaio 2012) pubblicato sul sito ufficiale https://www.consilium.europa.eu/media/21336/qcao11001itc.pdf.

[13] Dal lunghissimo titolo: «Ratifica ed esecuzione del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria tra il Regno del Belgio, la Repubblica di Bulgaria, il Regno di Danimarca, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica di Estonia, l'Irlanda, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, la Repubblica italiana, la Repubblica di Cipro, la Repubblica di Lettonia, la Repubblica di Lituania, il Granducato di Lussemburgo, l'Ungheria, Malta, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica di Polonia, la Repubblica portoghese, la Romania, la Repubblica di Slovenia,

ISSN 2036-7821

formalizzato questo impegno, stabilendo all'art. 3, par. 2 l'obbligo per gli Stati contraenti di recepire la regola del pareggio strutturale «tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio»[14].

La legge costituzionale italiana segue di poche settimane la firma del cd. *Fiscal Compact* – è approvata in prima deliberazione dal Senato il 17 novembre 2011, e definitivamente il 18 aprile 2012 – ma il contesto negoziale europeo ne permea profondamente i contenuti. Non si tratta di una mera coincidenza di calendario: si tratta di una relazione genetica che ha conseguenze dirette sull'interpretazione della norma e, in particolare, sulla nozione di «ciclo economico» in essa contenuta e, significativamente, non definita. Nel trattato si incontra una sola volta l'espressione "ciclo economico", precisamente all'art. 3, par. 3 lett. a) «per "saldo strutturale annuo della pubblica amministrazione" si intende il saldo annuo corretto per il ciclo al netto di misure *una tantum* e temporanee».

Come da premesse, tutti gli Stati contraenti si sono mossi per adempiere agli impegni stabiliti. Tra questi, è interessante un breve confronto con il modello tedesco, che pure è stato di riferimento sotto molti aspetti per il revisore costituzionale italiano[15]. L'art. 109, comma 3, della Legge Fondamentale tedesca, modificato nel 2009 con la

---

la Repubblica slovacca, la Repubblica di Finlandia e il Regno di Svezia, con Allegati, fatto a Bruxelles il 2 marzo 2012». In dottrina, v.: M. BERGO, *Pareggio di bilancio "all'italiana". Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n. 243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, in *Federalismi.it*, 6/2013, p. 1 ss.; C. BERGONZINI, *Il c.d. "pareggio di bilancio" tra Costituzione e legge n. 243 del 2012: le radici (e gli equivoci) di una riforma controversa*, in *Studium iuris*, 1/2014, p. 15 ss.; M. NARDINI, *La legge n. 243/2012 e l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle regole europee di bilancio*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1/2013, p. 1 ss.; M. MASSA, *La legge rinforzata per l'attuazione del nuovo art. 81 Cost.*, in *Dirittiregionali.it*, 2013; M. NARDINI, *La legge n. 243/2012 e l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle regole europee di bilancio*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1/2013, p. 1 ss. R. DICKMANN, *Brevi considerazioni sulla natura rinforzata della legge 24 dicembre 2012, n. 243, di attuazione del principio costituzionale del pareggio dei bilanci pubblici*, in *Federalismi.it*, 2013, p. 1 ss.; L. BARTOLUCCI, *La legge "rinforzata" n. 243 del 2012 (e le sue prime modifiche) nel sistema delle fonti*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3/2016, p. 1 ss.

[14] La norma di cui all'art. 3, par. 2 può dirsi del tutto peculiare nel sistema delle fonti, per non dire insolita o problematica. Essa appartiene ad un trattato, dunque una fonte esterna all'ordinamento italiano, poiché il cd. *fiscal compact* non appartiene al diritto UE bensì al diritto internazionale e recita: «Le regole enunciate al paragrafo 1 producono effetti nel diritto nazionale delle parti contraenti al più tardi un anno dopo l'entrata in vigore del presente trattato tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente»: dunque, le regole di un trattato, che entra nell'ordinamento italiano tramite una regolare legge di esecuzione e ratifica "producono effetti" con due peculiari dettagli: "entro un anno" e "tramite disposizioni vincolanti preferibilmente di livello costituzionale". Anche ammettendo che le leggi di autorizzazione e ratifica abbiano forza peculiare tramite il richiamo dell'art. 117, co. 1° Cost., una simile norma si pone (anche se non si colloca) come norma di livello pienamente costituzionale, in quanto, al netto dell'avvenuta modifica della Costituzione, sembra posta per ottenere in ogni caso effetti costituzionali.

[15] In dottrina v. almeno: R. PEREZ, *La nuova disciplina del bilancio in Germania*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 95 ss.; R. BIFULCO, *Il pareggio di bilancio in Germania: una riforma costituzionale postnazionale?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011, p. 1 ss.; F. PEDRINI, *La costituzionalizzazione tedesca del Patto europeo di stabilità: il Grundgesetz "preso sul serio"*, in *Quad. cost.*, 2011, p. 391 ss.; F. EKARDT, D. BUSCHER, *Staatsschuldenrecht, Finanzkrise und Nachhaltigkeit. Eine kritische Analyse der neuen Schuldenbremse*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 137, 2012, p. 42 ss.

cosiddetta *Schuldenbremse* – il «freno al debito» – stabilisce che i bilanci della Federazione e dei *Länder* devono essere in principio in equilibrio senza ricorso al credito, con una clausola che consente al bilancio federale uno scostamento strutturale non superiore allo 0,35 per cento del PIL. La norma tedesca è più rigida e più precisa di quella italiana: quantifica lo scostamento ammissibile, distingue esplicitamente tra componente ciclica e componente strutturale del saldo, e rimanda a una legge federale per la disciplina di dettaglio. Tuttavia, non cita la parola tedesca per "ciclo economico", che è *Konjunkturzyklus*. Si limita a citare l'andamento congiunturale (*konjunkturelle Entwicklung*), che potremmo considerare sinonimo di "andamento ciclico", e le fasi di espansione e recessione (*im Auf- und Abschwung*) che sono quelle del ciclo classico, anche se sembrano, come nella formulazione italiana, sostanzialmente due, mentre nel ciclo classico le fasi sono quattro[16].

La clausola italiana è strutturata diversamente. Il riferimento alle «fasi avverse e favorevoli del ciclo economico» non è accompagnato da alcuna quantificazione, da alcun criterio di misurazione, da alcun rinvio esplicito a metodologie di calcolo. Il testo costituzionale si limita a enunciare la nozione, lasciando interamente alla legislazione di attuazione – anzi, come si vedrà, alla prassi applicativa – il compito di darle contenuto operativo[17].

L'unica cosa che si deduce leggendo il testo costituzionale italiano e, in controluce, anche quello tedesco, è che il ciclo economico esiste e che ha delle fasi. Paradossalmente, se pure non esistesse più in nuove teorie economiche continuerebbe ad essere un concetto citato dalla Costituzione e quanto alle fasi, come già osservato sopra, la Costituzione non dice quante siano, anche se sono certamente più di una, altrimenti non avrebbe senso parlare di "ciclo" e sono «avverse» e «favorevoli». Nemmeno è specificato avverse e favorevoli a cosa, se non in

[16] Si rinvia alla precedente nota 8. È interessante separare le fasi favorevoli e quelle avverse. In estrema sintesi, come ricordato, il ciclo classico ha una fase di espansione, una di crisi, una di recessione e una di ripresa. Sembrano favorevoli la prima e la quarta e avverse la seconda e la terza. Tuttavia, è davvero favorevole una fase di ripresa (quarta fase) che è, però, inferiore a quella di espansione? Nella ripresa l'economia migliora ma è inferiore come livello al punto iniziale del ciclo. Rallentare l'economia in questo momento in senso anticiclico significa davvero sfruttare una fase favorevole? O significa deprimere ulteriormente il ciclo? La risposta sembra stare sulla prima alternativa ma presuppone o che l'intervento statale non abbia impatto sul ciclo o che ogni crescita, fosse pure un rimbalzo, sia positiva: si pensi al recupero economico post-Covid, alle aziende che riaprono dopo uno stop violento dovuto a un'inondazione, e si valuti se una fase di "rientro" possa essere davvero considerata favorevole in senso sostanziale (quindi aumentiamo le tasse, riduciamo i sussidi, stringiamo i cordoni della borsa).

[17] Vi sarebbe un altro punto critico: «Il termine "indebitamento" può, infatti, avere due diversi significati: può indicare le operazioni di indebitamento (art 3 comma 17 della l 2003 n. 350); oppure può indicare quello specifico saldo di bilancio ("indebitamento netto") che non tiene conto di una serie di spese, tra le quali quelle per restituire il debito in scadenza (art 25 comma 7 della l 2009 n. 196). In questa seconda accezione, vietare il "ricorso all'indebitamento" significa, tra l'altro, sottrarre al limite in questione le spese per la restituzione del debito in scadenza, consentire che in conseguenza di esse la spesa complessiva superi le entrate finali e, in definitiva, ammettere per la differenza la contrazione di debito» così A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata*, in *Forumcostituzionale.it*, 2012, p. 2.

ISSN 2036-7821

riferimento al ciclo stesso, cioè con tutta evidenza all'andamento dell'economia. Con ciò, tuttavia, non si può dire che il "ciclo economico" sia banalmente "l'andamento dell'economia" o l'andamento congiunturale, poiché ben avrebbe potuto il revisore costituzionale utilizzare quest'altra formulazione.

La scelta di una formulazione tecnica rappresenta esattamente ciò che volle il revisore costituzionale, cioè non rimettere al buon senso né all'impressione generale la determinazione, bensì a un concetto tecnico.

I lavori preparatori della riforma non chiariscono questo punto in modo soddisfacente. I resoconti parlamentari della Camera, presso la quale l'esame ha preso avvio, mostrano una discussione concentrata prevalentemente sulla scelta tra «pareggio» ed «equilibrio», sul ruolo del nuovo organismo indipendente di controllo, e sul rapporto tra la riforma costituzionale e gli obblighi europei[18]. La nozione di «ciclo economico» è evocata ma non tematizzata: viene assunta come autoesplicativa, come se il rinvio all'andamento dell'economia fosse sufficiente a fondare una clausola di flessibilità costituzionalmente robusta[19]. Non emerge, dalla lettura degli atti parlamentari, una consapevolezza del problema che quella nozione avrebbe posto in sede applicativa: chi avrebbe misurato il ciclo, con quale metodo, e con quale vincolo per il legislatore nazionale.

La legge 24 dicembre 2012, n. 243 "Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione", approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera come previsto dalla norma che essa stessa richiama nel titolo, ha provato a colmare questa lacuna operativa in senso complessivo, ma, a sua volta, senza nulla dire riguardo al "ciclo economico" che qui interessa.

All'art. 2, "definizioni" la lett. d), con una formulazione tratta di peso dal parallelo *Fiscal compact*, è detto che «per "saldo strutturale" [si intende] il saldo del conto consolidato corretto per gli effetti del ciclo economico al netto delle misure *una tantum* e temporanee e, comunque, definito in conformità all'ordinamento dell'Unione europea»; e, ancor più precisamente alla lett. f) è detto che «per "fase favorevole e fase avversa del ciclo economico" [si intendono] le fasi del ciclo

[18] Sia concesso rinviare in blocco ai resoconti stenografici delle sedute seguenti: n. 553 di mercoledì 23 novembre 2011; n. 554 di martedì 29 novembre 2011; n. 555 di mercoledì 30 novembre 2011 alla Camera dei Deputati, rintracciabili in https://leg16.camera.it/ cercando l'A.C. 4205.

[19] L'on. Bruno, significativamente Relatore per la I Commissione, nella seduta 553 di mercoledì 23 novembre 2011 osservava specificamente riguardo al tema del ciclo economico: «Ciò significa che l'equilibrio di bilancio da perseguire deve avere natura strutturale, non potendo essere insensibile all'andamento del ciclo economico. Le Commissioni, differenziandosi sul punto dalle scelte compiute del Governo, hanno precisato, in linea con la disciplina europea, che ciò deve avvenire anche quando il ciclo economico è favorevole, generando avanzi da utilizzare nelle fasi critiche». L'idea, indimostrata nel senso che nessuno si è posto a spiegare o ipotizzare il meccanismo tecnico o applicativo, era che il riferimento al ciclo sarebbe stato da un lato autoevidente, dall'altro avrebbe addirittura consentito quasi meccanicamente di accumulare "tesoretti" nelle fasi economiche da usare nelle fasi avverse.

ISSN 2036-7821

economico individuate come tali sulla base dei criteri stabiliti dall'ordinamento dell'Unione europea».

La norma italiana non fa altro che rinviare[20]: la Costituzione nulla detta e si limita a presupporre il concetto. La legge, peraltro rinforzata, che dà attuazione all'art. 81 Cost. esplicitamente compie un rinvio esterno totalmente disancorato. Infatti, non solo va verso fonti esterne all'ordinamento italiano ma va verso più espressamente "criteri", che possono ben essere espressi in atti non normativi. Qualsiasi modifica dei criteri dell'Unione europea avrebbe conseguenze dirette su un concetto costituzionale: non si tratta di un'ipotesi, bensì di un fatto storico, come si chiarirà *infra*.

Il regolamento (CE) N. 1466/97 del Consiglio del 7 luglio 1997 per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche cita più volte il "ciclo" ma senza definirlo, semplicemente con formule quali la seguente, tratta dall'art. 2 bis, par. 2: «Tenuto conto dei suddetti fattori, per gli Stati membri partecipanti e per quelli che fanno parte dell'ERM2 gli obiettivi di bilancio a medio termine specifici per paese sono indicati in un intervallo compreso tra il -1 % del PIL e il pareggio o l'attivo, in termini corretti per il ciclo, al netto delle misure temporanee e *una tantum*». I "termini corretti per il ciclo" appaiono, come ormai ricorrente, quale mera determinazione statistica.

L'effetto tecnico è quello di incorporare nel diritto costituzionale italiano le metodologie di calcolo elaborate dalla Commissione europea, senza che queste metodologie siano sottoposte ad alcun vaglio parlamentare autonomo né siano stabilizzate in una fonte di diritto interno. È questa la scelta che, come si argomenterà nelle pagine seguenti, determina le conseguenze più rilevanti sul piano costituzionale. Ciò equivale a predisporre una serratura articolatissima per una cassaforte di sicurezza e lasciare poi le chiavi non solo in bella vista, ma altresì a disposizione del primo passante. Non sembri troppo dura la metafora, poiché il significato di un concetto costituzionale (dunque normativo superprimario) che, come si può già intuire, è decisivo, è rimesso alla valutazione tecnico-politica applicativa (cioè alla discrezionalità).

3. L'attuazione dell'art. 81 Cost. attraverso la legge 243/2012 e il rinvio ai "criteri" dell'Unione europea

Il primo comma dell'art. 81 Cost., nella formulazione vigente, recita: «Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all'indebitamento è

[20] Come si riconosce pianamente in dottrina: «Del resto i parametri per determinare l'equilibrio di bilancio, il rientro dal debito, le fasi avverse o favorevoli del ciclo economico, gli "eventi eccezionali" sono stabiliti dal diritto dell'Unione europea e, ad essi, rinvia tanto la legge cost. n. 1/2012, quanto la legge n. 243/2012» A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2014, p. 6, nota 34

ISSN 2036-7821

consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali».

Come anticipato, la nozione di "ciclo economico" compare due volte nel medesimo comma, in posizioni sintatticamente diverse e con funzioni normative che non coincidono.

La prima occorrenza si colloca nella proposizione principale: lo Stato assicura l'equilibrio «tenendo conto» delle fasi del ciclo. Il sintagma «tenendo conto» è una locuzione modale che qualifica il modo in cui l'equilibrio deve essere assicurato, non una deroga all'obbligo di assicurarlo. In termini giuridici, il ciclo economico opera qui come criterio di orientamento della politica di bilancio: non autorizza lo scostamento dall'equilibrio, ma indica che l'equilibrio stesso va valutato in una prospettiva dinamica, tenendo presente che le entrate e le spese variano in funzione dell'andamento dell'economia nel tempo[21]. Una lettura attenta suggerisce che questa prima occorrenza contenga in realtà un vincolo di metodo imposto al legislatore: non è consentita una lettura puramente statica e annuale del bilancio, perché la Costituzione impone di contestualizzare i dati contabili nell'andamento del ciclo.

La seconda occorrenza si colloca nella proposizione successiva, dove il ciclo economico non è più criterio di valutazione ma titolo giustificativo: il ricorso all'indebitamento è consentito «solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico». Qui la funzione normativa è diversa e più stringente. Il ciclo non orienta la valutazione dell'equilibrio: abilita una deroga specifica, il ricorso all'indebitamento, che altrimenti sarebbe preclusa. La locuzione «solo al fine di» introduce una condizione necessaria e sufficiente: l'indebitamento è ammesso nella misura in cui serve a compensare gli effetti negativi del ciclo, e non oltre. Il ciclo economico diventa così la misura della deroga consentita: quanto più profonda è la fase avversa, tanto maggiore è, in linea di principio, lo spazio per il ricorso all'indebitamento; quanto più favorevole è la fase, tanto più ristretto è quello spazio, fino ad azzerarsi nelle fasi di espansione.

Per quanto non sia solito negli studi di diritto riferirsi a formule, quanto appena esposto è riassumibile come segue:

$In = Is + Ic$

[21] «La portata prescrittiva della norma sta nell'imporre allo Stato di praticare politiche anticicliche, cioè di segno opposto a quello della congiuntura economica, in modo che nelle fasi di recessione, nelle quali il gettito delle entrate fiscali si riduce ed aumentano in maniera automatica le spese dovute agli ammortizzatori sociali, l'equilibrio tra entrate e spese sia costruito rendendo le seconde eccedenti rispetto alle prime, mentre nelle fasi di espansione economica, in cui il gettito fiscale aumenta e gli ammortizzatori sociali generano minore spesa, l'equilibrio sia costruito in maniera esattamente opposta, cioè con una eccedenza delle entrate rispetto alle spese. Viene così stabilita una regola, quella di praticare politiche anticicliche, che serve anche a chiarire il significato in cui è usato il termine equilibrio, che non è certo sinonimo di pareggio, poiché può consistere, a seconda dei contesti, in un disavanzo o in un avanzo.» A. BRANCASI, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2012, p. 3.

dove In rappresenta l'indebitamento nominale, ovvero il saldo di bilancio effettivamente registrato dagli istituti di statistica come differenza tra entrate e uscite delle pubbliche amministrazioni[22]; Is rappresenta l'indebitamento strutturale, ovvero la componente di debito che dipende da scelte discrezionali del decisore pubblico e non ha nulla a che vedere col ciclo economico; Ic rappresenta l'indebitamento ciclico, ovvero la componente del totale che dipende esclusivamente dall'andamento del ciclo economico.

La formula è semplice e intuitiva. Eppure, in essa si nasconde il primo grande problema. L'unica delle tre grandezze osservabile è In: gli istituti di statistica nazionali, in Italia l'Istat, registrano effettivamente quanto lo Stato ha incassato e quanto ha speso, e calcolano la differenza. Le altre due grandezze, Is e Ic, non sono osservabili[23]: sono il risultato di una scomposizione contabile che, per essere effettuata, richiede di sapere quanta parte dell'indebitamento osservato sia attribuibile al ciclo e quanta alle scelte discrezionali del governo. Ma il ciclo, come si vedrà, non è a sua volta osservabile direttamente. Si tratta dunque di calcolare due grandezze non osservabili (Is e Ic) a partire da una grandezza osservabile (In) e da un'ulteriore grandezza non osservabile (il ciclo).

Si inizia qui a capire che il sistema dei vincoli costituzionali di bilancio, che agli occhi del lettore non specialista appare ancorato a dati di fatto, riposa in realtà su grandezze non osservabili, cioè stime dipendenti dai modelli utilizzati.

Il calcolo della componente ciclica avviene attraverso una formula altrettanto semplice:

$Ic = \varepsilon \times OG$

dove OG indica l'*output gap* (di cui si dirà tra poco) e ε è un parametro di aggiustamento che misura la sensibilità del saldo di bilancio rispetto alle variazioni cicliche dell'output. In altri termini, ε quantifica di quanto, mediamente, le entrate aumentano e le spese diminuiscono per ogni punto percentuale di scostamento del PIL effettivo dal PIL potenziale.

Stabilito che l'obiettivo imposto dalle regole europee, e per il tramite della legge 243/2012 e dell'art. 81 Cost., è quello di un indebitamento strutturale pari a zero (Is = 0), dalla formula iniziale discende immediatamente che l'indebitamento nominale consentito è esattamente pari all'indebitamento ciclico:

$In = Ic = \varepsilon \times OG$

Potrebbe sembrare che tutto diventi più semplice, perché non c'è più la componente

[22] Secondo la pagina *Saldi di finanza pubblica* sul sito della ragioneria generale dello Stato (https://www.rgs.mef.gov.it/), «L'indebitamento (o accreditamento) netto, cioè il saldo del conto economico, originato dalla differenza tra le entrate finali, al netto della riscossione dei crediti, e le spese finali, al netto delle acquisizioni di attività finanziarie».

[23] Una grandezza è *osservabile* quando il suo valore è ricavabile da dati empirici direttamente rilevati; è invece *non osservabile* quando il suo valore non è deducibile dai dati, ma dipende da un'operazione di costruzione tecnica che implica scelte teoriche, selezione di indicatori e applicazione di parametri discrezionali.

ISSN 2036-7821

Ic e, dunque, l'indebitamento nominale osservabile coincide con quello ciclico non osservabile. Il problema, però, è che *In* non è il punto di partenza, bensì il punto di arrivo: «Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico», dunque è in base al ciclo economico che si può stabilire quanto indebitamento fare, non si attende il saldo finale di ragioneria per calcolare quanto indebitamento si è concretamente fatto.

Si comprende, a questo punto, perché l'output gap diventi la chiave operativa dell'intero sistema. È lui, e lui solo, a determinare quanto *deficit* lo Stato italiano è autorizzato a registrare in un dato anno. Più ampio è l'output gap negativo, più ampio è lo spazio fiscale; più ridotto è l'output gap negativo, più stringente diviene l'obbligo di pareggio. Quando l'output gap si annulla o diventa positivo, il bilancio dello Stato deve essere in pareggio o in avanzo.

Il secondo snodo è il calcolo dell'output gap stesso. La definizione è di nuovo piuttosto semplice[24]:

$$OG = \frac{(Y - Y*)}{Y*}$$

dove Y è il PIL effettivo e Y* è il PIL potenziale. Il PIL effettivo è, di nuovo, una grandezza osservabile, sia pure non totalmente oggettiva, bensì soggetta a sua volta a quantificazioni dovute a stime e modelli. Il PIL potenziale, invece, non è una grandezza osservabile. È una stima, costruita attraverso modelli econometrici che cercano di rispondere a una domanda così concepita e sostanzialmente controfattuale: "quale sarebbe la produzione di un'economia se i suoi fattori produttivi (lavoro e capitale) fossero utilizzati al loro livello di equilibrio di lungo periodo, in assenza di pressioni inflazionistiche?"[25]. Una domanda di questo tipo non ha una risposta osservabile, perché nessuna economia reale si trova mai esattamente in tale condizione di equilibrio teorico. La risposta deve essere costruita teoricamente, e ogni costruzione teorica dipende da ipotesi che la riempiono di significato.

Lo stesso Ufficio parlamentare di bilancio italiano afferma esplicitamente questo punto, riconoscendo che si tratta di «il PIL potenziale e l'output gap non sono variabili osservabili e devono quindi essere stimate»[26].

Ancora: la formula per il calcolo del PIL potenziale è sua volta di elegante semplicità,

[24] Posto il PIL reale a 10 e il PIL potenziale a 9 OG sarebbe pari a 0,11. Se, all'opposto, in condizioni di crisi, il PIL reale è 9 e quello potenziale 10 OG sarebbe pari a -0,1. Questi valori andrebbero moltiplicati per ε. È evidente che solo il valore negativo -0,1 moltiplicato per ε otterrebbe l'indebitamento concesso, perché il valore positivo porta non a indebitamento bensì ad accreditamento netto.

[25] Per tutti: A. PALUMBO, *I metodi di stima del PIL potenziale tra fondamenti di teoria economica e contenuto empirico*, Collana del Dipartimento di Economia, Università degli Studi Roma Tre, Working Paper, No. 92, 2008; G. CARNAZZA, *Il saldo di bilancio corretto per il ciclo economico: un'analisi empirica del caso italiano*, tesi di dottorato, https://arcadia.sba.uniroma3.it/.

[26] Ufficio parlamentare di bilancio, M. FIORAMANTI, F. PADRINI, C. POLLASTRI, *La stima del Pil potenziale e dell'output gap: analisi di alcune criticità*, Nota di lavoro n. 1 del gennaio 2015, p. 5, in www.upbilancio.it.

sia pure già molto più articolata delle precedenti:

$Y^* = L^{*\alpha} \times K^{(1-\alpha)} \times TFP^*$

dove Y* è il PIL potenziale, L* è il contributo potenziale del fattore lavoro, K è lo stock di capitale, TFP* è la produttività totale dei fattori in versione tendenziale, e α e $(1-\alpha)$ sono le elasticità[27] del prodotto rispettivamente al lavoro e al capitale (la Commissione europea fissa circa $\alpha = 0{,}65$). La formula afferma, in sostanza, che il PIL potenziale di un'economia dipende da quanto lavoro può essere mobilitato in condizioni di equilibrio, da quanto capitale è disponibile, e da quanto efficientemente questi due fattori possono essere combinati grazie al progresso tecnico.

A prima vista, una formula del genere ha l'aspetto rassicurante della legge fisica: posti gli "ingredienti" costituiti dai dati, si ottiene il risultato. Il problema è che ciascuno dei dati da inserire, a sua volta, non è osservabile e va stimato. Il fattore lavoro potenziale L*, ad esempio, è specificato, nella metodologia europea[28], attraverso la formula:

$L^* = Part^* \times Pop \times Hours^* \times (1 - NAWRU)$

dove Part* è la componente strutturale del tasso di partecipazione della forza lavoro, Pop è la popolazione in età lavorativa (dato osservabile), Hours* è la componente strutturale delle ore lavorate, e NAWRU (*Non-Accelerating Wage Rate of Unemployment*) è il tasso di disoccupazione compatibile con un'inflazione salariale stabile. Tre delle quattro variabili che compongono L* sono dunque a loro volta non osservabili e devono essere stimate; la più critica, fra esse, è il NAWRU[29].

---

[27] Detto in maniera molto semplice, le cosiddette "elasticità" indicano, in sostanza, il peso che il modello assegna ai due fattori produttivi: se $\alpha = 0{,}65$, il lavoro conta per circa il 65% nella determinazione del prodotto, mentre il capitale per il restante 35%.

[28] Come si vedrà brevemente nel prosieguo, la Commissione europea usa come indicatore il NAWRU, mentre l'OCSE usa il NAIRU. Poca differenza, si dirà, perché NAIRU sta per *Non-Accelerating Inflation Rate of Unemployment*: è il livello di disoccupazione al quale l'inflazione resta stabile, cioè non tende né ad aumentare né a diminuire in modo cumulativo; mentre NAWRU sta per *Non-Accelerating Wage Rate of Unemployment*: è il livello di disoccupazione al quale non accelera il tasso di crescita dei salari nominali. In termini ancor più semplici, il NAIRU identifica quanta disoccupazione ci vuole, secondo il modello, perché i *prezzi* non accelerino; il NAWRU identifica quanta disoccupazione ci vuole, secondo il modello, perché i *salari* non accelerino. Sta di fatto che «In qualsiasi modo si definisca la disoccupazione, l'aspetto delicato di questa impostazione è che la regola fiscale viene ancorata a variabili non osservabili, soggette a incertezza di misurazione»: A. CIANCI, *Disoccupazione strutturale in Italia e regole europee di bilancio*, Working paper 1/2016, in *asimmetrie.org*, p. 3, v. anche S. FANTACONE, P. GARALOVA, C. MILANI, *Deficit strutturali e politiche di bilancio: i limiti del modello europeo*, in *Rivista di politica economica*, 1/2015 p. 127 ss.

[29] Il NAWRU è, tra le componenti del lavoro potenziale, la variabile più problematica perché non è ricavabile da un dato statistico direttamente osservabile, ma è interamente il risultato di una procedura di stima modellistica fondata su specifiche ipotesi teoriche circa il rapporto tra disoccupazione e dinamica salariale. Proprio per tale ragione esso risulta particolarmente sensibile alle scelte metodologiche, ai parametri iniziali e ai filtri econometrici adottati. Inoltre, il suo rilievo non si esaurisce nella misurazione del mercato del lavoro: attraverso L^*, esso incide sulla stima del PIL potenziale, dell'output gap e, quindi, a catena, del saldo strutturale, con effetti diretti sull'ampiezza della flessibilità di bilancio riconosciuta allo Stato. La letteratura critica ha altresì evidenziato che stime procicliche del NAWRU possono portare a reinterpretare come "strutturale" una parte della disoccupazione prodotta dalla recessione, comprimendo proprio nelle fasi avverse lo spazio per politiche

ISSN 2036-7821

Da qui in poi, il tentativo di integrare nella metodologia giuridica la meccanica delle formule matematiche si deve fermare per lasciare al lettore interessato, e abbastanza attrezzato quanto a metodologia statistica ed econometrica, ogni considerazione di ulteriore approfondimento e dettaglio, poiché è evidente che – per le discipline statistiche ed econometriche – il discorso è appena iniziato e il calcolo e la determinazione di ognuno degli elementi citati abbisogna di ulteriori strumenti e definizioni.

Si crede di aver portato, invece, il ragionamento giuridico al suo punto di arrivo, ovvero di aver dimostrato quanto segue: innanzitutto, si è giunti al livello in cui un lettore non specialista inizia ad aver difficoltà a seguire il ragionamento tecnico. Il giurista medio, *absit iniuria verbis*, che voglia comprendere la portata delle norme nella loro applicazione concreta, cosa che è il lavoro ordinario del giurista, deve perlomeno rimettersi alla metodologia di altre scienze (se non fermarsi del tutto in quanto potrebbe non aver mai studiato matematica oltre un certo livello). In secondo luogo, si è dimostrato come l'approfondimento del funzionamento dei "criteri" citati dalla l. 243/2012 non siano minimamente previsti da strumenti normativi, bensì da scelte tecniche. In terzo luogo, una volta chiarito che alcuni elementi delle formule abbiano bisogno di essere illuminati da una decisione (da quale modello, da quale valore, da quali scelte far dipendere valori e modelli), non è apparso come e perché tali elementi vadano quantificati e per quale ragione alcuni valori vadano loro attribuiti e non altri.

Qui si pone, di conseguenza, lo spartiacque argomentativo: tutto il sistema dei vincoli costituzionali di bilancio si presenta, ai destinatari della norma e persino all'opinione pubblica, come ancorato a misurazioni oggettive: l'output gap dell'Italia è quantificato in "X" e da questo dato discendono automaticamente le politiche di bilancio consentite o vietate. La forma matematica delle equazioni rinforza questa percezione di oggettività: dove c'è una formula, sembra esserci una scienza, e dove c'è una scienza, sembra non esserci spazio per la decisione politica.

In realtà, ciascuna delle equazioni che si sono richiamate va riempita di contenuto attraverso decisioni che non sono affatto automatiche né univocamente determinate

anticicliche. «Nell'ambito della funzione di produzione, il NAWRU viene stimato attraverso un modello bivariato a fattori latenti in cui la serie del tasso di disoccupazione viene regredita rispetto all'equazione della Curva di Phillips (variazione del tasso di crescita dei salari e unemployment gap) e scomposta nella sua componente di ciclo e di trend (NAWRU). Il filtro statistico utilizzato per tale modello è il cosiddetto Filtro di Kalman che, nella fase di stima, richiede la definizione ex ante dei parametri di inizializzazione delle componenti latenti, quali ad esempio la varianza dei processi stocastici che regolano la curva di Phillips e il trend stocastico, la slope del trend e la componente ciclica relative al tasso di disoccupazione» così il documento *Il calcolo del PIL potenziale e del saldo di bilancio corretto per il ciclo* del Ministero dell'economia e delle finanze, dipartimento del Tesoro, aprile 2013, in https://www.dt.mef.gov.it/ p. 6. Per ulteriori dettagli, in dottrina v. P. RICHARDSON, L. BOONE, C. GIORNO, M. MEACCI, D. RAE, D. TURNER, *The concept, policy use and measurement of structural unemployment: estimating a time-varying NAIRU across 21 OECD countries*, OECD Economic Department Working Paper, n. 250, 2000; R.J. GORDON, *The time-varying NAIRU and its implications for economic policy*, National bureau of economic research Working Paper, 5735, 1997

dai dati. La scelta del modello[30] non è dettata dai dati: è una scelta. La specificazione delle equazioni all'interno del modello prescelto (solo a titolo di esempio, una curva di Phillips[31] accelerazionista anziché neo-keynesiana, presenza o assenza di aspettative inflazionistiche, scelta della variabile di prezzo) non è dettata dai dati: è una scelta. La fissazione delle condizioni iniziali e dei vincoli sulle varianze dei processi stocastici non è dettata dai dati: è una scelta. La scelta tra utilizzare l'inflazione salariale o il deflatore del PIL come variabile di riferimento per la curva di Phillips non è dettata dai dati: è una scelta. Ogni singola scelta produce risultati diversi, ed è la stessa Commissione europea, attraverso la sua documentazione tecnica, a riconoscere che il margine di incertezza delle stime di output gap è ampio[32].

[30] A livello esplicativo generale l'Ufficio parlamentare di bilancio osserva (e si valuti se non è già specialistico): «Si propongono semplici modelli che mettono in relazione il *gap* con l'inflazione (modello bivariato basato sulla curva di Phillps) e con la disoccupazione (modello trivariato basato sulla legge di Okun), nonchè un modello multivariato basato sulla funzione di produzione; infine, si considera un filtro statistico vincolato alle stime della curva di Phillips del modello bivariato. Le specificazioni econometriche adottate sono parsimoniose e le tecniche di stima non richiedono particolari restrizioni sui parametri. I modelli proposti si caratterizzano per la bassa prociclicità delle stime, che ne spiega anche la stabilità rispetto ai dati preliminari; le misure di *output gap* ottenute permettono inoltre di prevedere l'inflazione con un errore contenuto. I cinque modelli sviluppati dall'UPB, unitamente al metodo concordato nella UE e al filtro di Hodrick-Prescott, costituiscono un insieme completo di strumenti per la valutazione dell'*output gap* dell'Italia. Dal punto di vista operativo i modelli sul prodotto potenziale recepiscono i risultati di altri strumenti quantitativi macroeconomici dell'UPB; l'utilizzo di una pluralità di modelli consente inoltre di quantificare l'incertezza che caratterizza le singole misure prodotte» così la pagina divulgativa *Pubblicata la Nota di lavoro "Un approccio sistemico per la stima dell'output gap dell'economia italiana"* in www.upbilancio.it.

[31] La cosiddetta curva di Phillips designa la relazione, elaborata originariamente da A.W. Phillips nel 1958, tra livello della disoccupazione e dinamica dei salari nominali: in termini molto generali, quanto più il mercato del lavoro è "teso", tanto maggiore tende a essere la crescita dei salari; quanto più elevata è invece la disoccupazione, tanto più tale crescita tende a rallentare. Nelle successive rielaborazioni della macroeconomia contemporanea, la relazione è stata estesa o riformulata come nesso tra disoccupazione e inflazione dei prezzi, ovvero tra output gap e inflazione. In tale prospettiva, la curva di Phillips non descrive una legge naturale, ma una relazione teorica ed empirica costruita sulla base di ipotesi circa il funzionamento del mercato del lavoro e la trasmissione delle pressioni salariali ai prezzi. Proprio per questo essa svolge un ruolo centrale nella stima di grandezze non osservabili come il NAIRU o il NAWRU: si assume, infatti, che esista un livello di disoccupazione compatibile con una dinamica salariale o inflazionistica non accelerante, e lo si inferisce econometricamente dalla relazione stimata tra tali variabili. Anche sotto questo profilo, dunque, l'apparato matematico non elimina il momento valutativo, ma lo sposta nella scelta del modello e dei parametri impiegati.

[32] Si tratta di un riconoscimento ricorrente nella documentazione tecnica della stessa Commissione. Già il Discussion Paper n. 20 del 2015 dal titolo *An assessment of the relative quality of the Output Gap estimates produced by the EU's Production Function Methodology*, redatto da K. Mc Morrow, W. Roeger, V. Vandermeulen e K. Havik per la DG ECFIN, pur difendendo la superiorità relativa del metodo della funzione di produzione rispetto al filtro di Hodrick-Prescott e alle metodologie OECD e FMI, ammette esplicitamente «the absolute size of the output gap errors made by all of the methods in the pre-crisis period» e l'esigenza di «continuing to improve the EU's commonly agreed methodology, with a particular focus on attenuating procyclicality risks in the upswing phase of the business cycle». Ancora più esplicito è il contributo del 10 dicembre 2021 di K. Mc Morrow, A. Thum-Thysen, C. Maier, A. Hristov, B. Döhring, F. D'Auria, F. Blondeau pubblicato su con il titolo *Output gaps, potential output and the Covid-19 crisis: Policymaking under uncertainty*, pubblicato su *VoxEU.org*: già nell'incipit gli autori riconoscono che «output gap estimations [are] subject to uncertainty in real time». Si veda anche, nello stesso senso, A. Hristov, V. Vandermeulen, R. Raciborski, *Assessment of the plausibility of the output gap estimates*, European Economy Economic Brief 023, aprile 2017.

La conferma più esplicita di questa caratteristica viene, paradossalmente, dalle istituzioni stesse che applicano il sistema. L'Ufficio parlamentare di bilancio italiano, nella Nota n. 1/2020[33], dopo avere passato in rassegna cinque diversi modelli per la stima dell'output gap dell'economia italiana — un modello bivariato basato sulla curva di Phillips, una sua variante con shock ciclico, un modello trivariato che include il tasso di disoccupazione, un modello multivariato basato sulla funzione di produzione, e un filtro statistico univariato — conclude esplicitamente che «non è emerso un modello dominante»[34] e che le stime variano in misura non irrilevante a seconda del modello prescelto. Nello stesso documento riconosce che, «anche a parità di approccio econometrico adottato, vi sono diverse combinazioni possibili nella specificazione delle equazioni, spesso ugualmente accettabili dal punto di vista statistico, che però conducono a stime diverse del potenziale»[35]; e che «anche a parità di specificazione econometrica, le scelte sulle condizioni iniziali delle stime e sulle varianze dei processi stocastici implicano misure del potenziale anche molto differenziate»[36].
La discrezionalità tecnica è dunque ineliminabile.

4. Osservazioni sul ciclo economico reale dal 2012 al 2025

Una volta chiarito il meccanismo tecnico attraverso cui il «ciclo economico» della Costituzione è stato tradotto in grandezze misurabili, e una volta esplicitata la natura non automatica delle scelte che riempiono di significato le formule, è possibile affrontare la domanda che logicamente segue: come ha funzionato, in concreto, la clausola ciclica dell'art. 81 Cost. nei quasi tre lustri che separano la sua entrata in vigore dal momento presente?
Sulla base di quanto osservato metodologicamente in precedenza, i dati essenziali utili a determinare il ciclo economico sono l'output gap e l'indebitamento/accreditamento netto. I quali, peraltro, ci si attende che siano correlati.
La tabella seguente – che si discosta per l'ultima volta dalla metodologia cui è abituato il giurista – raccoglie per ogni anno proprio l'output gap, il saldo primario e l'indebitamento netto[37].
Si può vedere subito come l'indebitamento netto sia sempre di segno negativo. La

[33] T. Proietti, M. Fioramanti, C. Frale, L. Monteforte, Nota di lavoro, *Un approccio sistemico per la stima dell'output gap dell'economia italiana*, nota n°1, gennaio 2020, rintracciabile nel sito ufficiale dell'Ufficio.
[34] Nota di lavoro n. 1 2020, cit., p. 7.
[35] Nota di lavoro n. 1 2020, cit., p. 4.
[36] Nota di lavoro n. 1 2020, cit., p. 4.
[37] I dati utilizzati sono quelli del database AMECO: «AMECO is the annual macro-economic database of the European Commission's Directorate General for Economic and Financial Affairs. The database is used for analysis and reports produced by the directorate general» (https://economy-finance.ec.europa.eu/economic-research-and-databases/economic-databases/ameco-database_en) rintracciabili in https://dashboard.tech.ec.europa.eu/.

persistente negatività del saldo complessivo non significa che la Repubblica italiana non abbia mai registrato avanzi nella gestione ordinaria dei conti pubblici: significa, più precisamente, che gli eventuali avanzi primari non sono stati sufficienti a compensare l'onere della spesa per interessi, sicché l'indebitamento netto complessivo delle amministrazioni pubbliche è rimasto negativo.
La formula che si è vista in principio, quella per tale per cui l'indebitamento è solo dato dall'output gap moltiplicato per il coefficiente, non rappresenta lo stato complessivo delle spese nei conti pubblici. Poiché c'è già del debito, aggiungere il pagamento degli interessi porta i conti pubblici in negativo anche se quell'anno c'è stato un avanzo primario, cioè la Repubblica (interessi esclusi) ha più entrate che uscite.
Ecco, dunque, che si può ai presenti fini ignorare la colonna del "net lending" e concentrarsi solo sul differenziale tra entrate e uscite per ogni anno e sulla importantissima differenza tra il PIL potenziale e il PIL reale.

	Gap between actual GDP and potential GDP, percentage of potential	Net lending excluding interest = accreditamento/indebitamento netto al netto degli interessi	Net lending
2012	-3,7	34,8	-48,7
2013	-4,9	31,1	-46,6
2014	-4,5	28,3	-46,1
2015	-3,7	27,2	-40,9
2016	-2,4	25,3	-41,0
2017	-1,1	21,6	-43,8
2018	-0,7	25,4	-39,0
2019	-0,7	34,1	-26,2
2020	-9,8	-99,5	-156,6
2021	-1,8	-100,5	-163,5
2022	1,6	-80,2	-161,9
2023	1,5	-75,6	-153,3
2024	0,9	11,7	-73,9
2025	0,4	20,6	-67,3
Fonte: dati AMECO			

Se si guarda allora congiuntamente all'output gap e al saldo primario, emergono tre fasi abbastanza nette.

ISSN 2036-7821

La prima fase va dal 2012 al 2019. In questi anni l'output gap è sempre negativo: parte da -3,7 nel 2012, scende a -4,9 nel 2013, resta su valori ancora piuttosto negativi nel 2014 (-4,5) e poi si sale progressivamente verso lo zero fino a -0,7 nel 2018 e nel 2019. Questa è, o almeno sembra esserlo, la lunga fase avversa del ciclo. O, meglio, le *due* fasi avverse consecutive di crisi e di recessione.

Ovviamente bisogna ipotizzare che il ciclo possa essere misurato efficacemente in anni – non, ad esempio, su base decennale – e si vede che nel 2012 il punto di partenza dell'ipotesi di ciclo è una discesa rapida e molto negativa che si attenua col tempo. Dunque, crisi e recessione.

Eppure, proprio negli anni in cui l'economia italiana risulta collocata stabilmente al di sotto del proprio prodotto potenziale, il saldo primario non solo non diventa negativo, ma resta costantemente positivo: 34,8 nel 2012, 31,1 nel 2013, 28,3 nel 2014, 27,2 nel 2015, 25,3 nel 2016, 21,6 nel 2017, 25,4 nel 2018, fino a 34,1 nel 2019. Il dato, letto in termini costituzionali, è di particolare interesse. Se la clausola ciclica dell'art. 81 Cost. dovesse operare come strumento di effettiva compensazione delle fasi avverse, ci si aspetterebbe che a un output gap marcatamente negativo corrisponda almeno un allentamento percepibile della posizione di bilancio primaria. Invece, nella maggior parte del periodo considerato, la finanza pubblica italiana continua a presentare avanzi primari consistenti proprio mentre il ciclo è sfavorevole. La conseguenza è che la flessibilità costituzionalmente promessa appare, in questa prima fase, fortemente compressa: non assente in assoluto, ma certo ben lontana dall'immagine intuitiva di una clausola che autorizzerebbe automaticamente politiche anticicliche significative nelle fasi recessive.

Il segno moderatamente negativo del 2018 e del 2019 fa pensare a una prossima inversione: l'output gap dovrebbe tornare in positivo, l'economia crescere e segnare una fase favorevole del ciclo.

Così non è: la seconda fase coincide con il biennio 2020-2021, segnato dalla pandemia. Qui il quadro cambia bruscamente. L'output gap precipita a -9,8 nel 2020 e rimane negativo nel 2021, a -1,8. Parallelamente, il saldo primario diventa fortemente negativo: -99,5 nel 2020 e -100,5 nel 2021. In questi due anni, per la prima volta dall'entrata in vigore del nuovo art. 81 Cost., si osserva una dinamica pienamente coerente con la logica della clausola ciclica: a una fase gravemente avversa del ciclo corrisponde una marcata espansione del disavanzo primario. Ma sarebbe riduttivo leggere questi anni come la prova del buon funzionamento ordinario della regola del ciclo. Anzi, sembra proprio che non sia il ciclo economico a caratterizzare il disavanzo, bensì l'altra clausola costituzionale, quella del «verificarsi di eventi eccezionali». La pandemia mondiale – al di là di qualsiasi ulteriore considerazione di dettaglio – rappresenta un evento eccezionale in senso quasi paradigmatico, prima ancora che da una fisiologica applicazione della sola componente ciclica della disciplina di bilancio. Non a caso, il 2020 e il 2021 sono gli

anni in cui il sistema europeo delle regole fiscali viene sospeso o fortemente allentato, proprio perché le ordinarie metriche del ciclo risultano inadeguate a governare uno *shock* di tale ampiezza.

La terza fase va dal 2022 al 2025. Qui il dato più interessante è che l'output gap torna dapprima in territorio positivo e vi rimane, seppure su valori progressivamente più contenuti: 1,6 nel 2022, 1,5 nel 2023, 0,9 nel 2024, 0,4 nel 2025. Secondo la metrica utilizzata, l'economia italiana non si troverebbe più in una fase avversa, ma in una condizione di prossimità al potenziale, o addirittura di lieve superamento di esso.

Ciò significa, in ottica di ciclo, una fase favorevole di crescita. Ebbene, è davvero così? La guerra in Ucraina con la sua crisi energetica e commerciale, le tensioni internazionali in Medio Oriente culminate con il violento intervento di Israele nella Striscia di Gaza, poi la guerra Israele e Stati Uniti da un lato e l'Iran dall'altra (cd. "guerra dei dodici giorni" nel 2025), con la chiusura dello stretto di Hormuz al traffico e una nuova ulteriore crisi energetica e commerciale (nel 2026) non rappresentano, per il cittadino medio, un periodo comunemente percepibile di crescita economica. Fase favorevole che, peraltro, sembra già al termine, giudicando i dati.

Eppure, proprio in quello stesso periodo il saldo primario non torna immediatamente in avanzo: resta fortemente negativo nel 2022 (-80,2) e nel 2023 (-75,6), per poi tornare positivo solo nel 2024 (11,7) e nel 2025 (20,6). Anche questo passaggio merita attenzione. Se si prendessero le formule in modo meccanico, ci si attenderebbe che il venir meno della fase avversa del ciclo si traduca piuttosto rapidamente nella chiusura degli spazi di disavanzo. In realtà il rientro è lento, graduale, non privo di problemi. Ancora una volta, i dati mostrano che il rapporto tra posizione ciclica e risultati di finanza pubblica è riscontrabile, ma non lineare.

Nel complesso, però, la serie considerata conduce a una sequenza di interrogativi critici che investono direttamente il modo in cui il "ciclo economico" passando dalla norma costituzionale entra nella realtà economica.

Il primo interrogativo è il più elementare: dove si leggono le "fasi avverse" e le "fasi favorevoli" del ciclo economico di cui parla l'art. 81 Cost.?[38] Resta la possibilità che la correlazione non sia leggibile dal cittadino medio senza strumenti statistici di una certa raffinatezza ma, se si prende sul serio il testo costituzionale, ci si aspetterebbe di poter distinguere con una certa chiarezza il passaggio dall'una all'altra. Invece, la serie mostra una realtà molto meno lineare. Dal 2012 al 2019 l'output gap resta negativo, e quindi l'economia italiana è collocata, secondo la metrica europea, in una

[38] «Appare poi piuttosto involuto il modo nel quale viene trattato il deficit conseguente alle fasi cicliche avverse. Esso concorre a determinare, insieme alla inefficacia degli interventi e agli eventi eccezionali, il totale al quale si applicherà il limite massimo cumulato al superare del quale saranno necessarie misure di correzione; ma, a sua volta, con processo iterativo piuttosto oscuro, è previsto che questi scostamenti cumulati negativi – ai quali concorre l'effetto del ciclo – debbano essere "corretti per il ciclo economico"» N. D'AMICO, *Oplà: il pareggio di bilancio non c'è più*, Briefing paper dell'Istituto Bruno Leoni n. 107, 12 dicembre 2011, in *brunoleoni.it*, p. 3.

ISSN 2036-7821

fase avversa. Fin qui il quadro parrebbe semplice. Ma già il passaggio successivo destabilizza questa apparente chiarezza: nel 2022, nel 2023, nel 2024 e nel 2025 l'output gap diventa positivo o comunque prossimo allo zero, e dunque, secondo la stessa metrica, l'economia si troverebbe in una fase favorevole o quantomeno non avversa. È però davvero plausibile affermare, senza ulteriori precisazioni, che il quadriennio 2022-2025 rappresenti una "fase favorevole" del ciclo economico in senso costituzionale, anzi specificamente la fase di espansione, la migliore del ciclo? È sufficiente il mutamento di segno dell'output gap per dire che la fase avversa sia terminata? Oppure si tratta di una classificazione che vale solo entro il modello, ma che non coincide affatto con la percezione economica e sociale della congiuntura? Se l'output gap è un indicatore decisivo per il ciclo, allora la distinzione fra fase avversa e fase favorevole dipende interamente dal modo in cui è stato stimato il PIL potenziale. Ma proprio questo è il punto già emerso nei paragrafi precedenti: il PIL potenziale non è osservabile, è il risultato di una costruzione. Ne consegue che anche la qualificazione giuridicamente decisiva della fase del ciclo non è mai immediatamente data nei fatti, bensì è mediata da una stima. In altri termini: la fase favorevole o sfavorevole non si "trova" nell'economia, ma si ottiene attraverso un modello.

Il secondo interrogativo è ancora più problematico, perché tocca il cuore stesso della clausola ciclica: perché l'Italia presenta avanzi primari durante una lunga fase di output gap negativo e, invece, disavanzi primari proprio negli anni in cui l'output gap torna positivo? Se la logica dell'art. 81 Cost. fosse quella intuitivamente desumibile dal suo testo, ci si attenderebbe un andamento almeno tendenzialmente opposto: maggiore elasticità di bilancio nelle fasi avverse, minore elasticità nelle fasi favorevoli. O, se si vuole, una correlazione di metriche che, magari, si inseguono l'una con l'altra. Un problema di un anno porta a disavanzi nell'anno dopo, come un vantaggio in un anno ha ricadute magari per due annualità seguenti. Invece, la serie mostra qualcosa di molto diverso. Negli anni 2012-2019, che la metrica europea colloca in una fase ciclica avversa, il saldo primario è sempre positivo, spesso in misura cospicua. Negli anni 2022-2023, quando l'output gap è invece positivo, il saldo primario è ancora fortemente negativo. Solo nel 2024-2025 esso torna in avanzo e, a questo punto, è difficile attribuirlo, almeno *ictu oculi*, a quella che pare più una debole ripresa che la fase espansiva di un ciclo.

Questa asimmetria non può essere liquidata come semplice "imperfezione" della correlazione fra ciclo e finanza pubblica. Essa mostra piuttosto che il funzionamento concreto della clausola ciclica non è affatto governato da un automatismo. Il che costringe a porsi una domanda radicale: il ciclo economico, così come costruito e utilizzato, ha davvero funzionato come criterio operativo della flessibilità costituzionale, oppure ha operato soprattutto come linguaggio tecnico di giustificazione *ex post* di decisioni assunte altrove?

ISSN 2036-7821

Il terzo interrogativo riguarda il biennio pandemico, che non può essere semplicemente collocato dentro la dinamica ciclica ordinaria. Il punto, allora, è un altro: in che rapporto stanno l'evento eccezionale e il ciclo economico? La pandemia ha avuto evidentemente un effetto sul ciclo, producendo un crollo del PIL effettivo e dunque un ampliamento enorme dell'output gap. Ha avuto anche un effetto prociclico? L'una e l'altra evenienza mostrano che le due sfere, gli eventi eccezionali e il ciclo economico, non sono semplici da distinguere alla prova dei fatti.

Proprio qui emerge il dato forse più rilevante sul piano costituzionale. Se le fasi favorevoli e sfavorevoli del ciclo non sono leggibili direttamente nella realtà economica, ma solo attraverso un apparato di stime; se la stessa sequenza empirica consente di osservare avanzi primari in tempi di "crisi" e disavanzi in tempi di "espansione"; se l'evento eccezionale si intreccia con la dinamica ciclica fino a renderne incerti i confini; allora il rinvio dell'art. 81 Cost. al ciclo economico non può essere presentato come il rinvio a un dato oggettivo, neutrale e scientificamente autosufficiente. Esso è, molto più propriamente, il rinvio a una tecnologia di qualificazione della realtà economica, e dunque a un potere di classificazione.

Il problema, allora, non è soltanto che l'output gap sia metodologicamente controverso. Il problema è che da esso dipende la possibilità di dire quando la Costituzione consente margini di flessibilità e quando invece impone il rientro.

Quanto al momento in cui si va in stampa, per il 2026 le previsioni[39] indicano parametri favorevoli. Secondo la lettura ufficiale dei dati forniti a livello europeo, nel 2026 l'Italia non è in una fase recessiva né in una forte espansione, ma in una fase di attività moderata, sostanzialmente prossima al potenziale. Cioè, prossima al termine della fase espansiva del ciclo[40]. Il quale, se così fosse, sarebbe davvero poco incisivo negli anni che separano dalla riforma costituzionale del 2012 quanto a crescita. A fronte di ripetute diminuzioni del 4% un solo anno in positivo vicino al 2% e poi crescita inferiore all'1% restituiscono l'impressione di un sostanziale peggioramento

[39] https://economy-finance.ec.europa.eu/economic-surveillance-eu-member-states/country-pages/italy/economic-forecast-italy_en

[40] «Per il 2026, la maggior parte dei paesi è prevista adottare politiche restrittive procicliche. Finlandia, Francia, Malta e Slovacchia programmano impulsi di bilancio restrittivi pur stimando l'economia ad un livello inferiore al potenziale. Al contrario, Grecia e Slovenia prevedono politiche espansive nonostante un *output gap* positivo. Estonia, Germania e Lituania adottano orientamenti espansivi anticiclici di diversa intensità. L'Italia prevede di adottare una posizione sostanzialmente neutrale, in un contesto ciclico leggermente favorevole»: così la pagina *Panoramica sui quadri macroeconomici e di finanza pubblica dei documenti programmatici di bilancio 2026* sul sito ufficiale dell'Ufficio parlamentare di bilancio https://www.upbilancio.it/it/attivita/visual-data/una-panoramica-dei-quadri-macroeconomici-e-di-finanza-pubblica-dei-documenti-programmatici-di-bilancio-dei-paesi-dellarea-delleuro-2026/ che stima per l'Italia un output gap leggermente positivo, che la pone in area "restrizione fiscale anticiclica", cioè in una fase dove è compito del decisore politico raffreddare lievemente la crescita con strumenti anticiclici. Visto dal punto di osservazione della società civile del 2026, con i molteplici scenari di guerra in corso (già citati in testo, Russia/Ucraina e Israele-USA/Iran) un violento aumento dei prezzi dei carburanti e dell'energia, restrizioni al commercio globale e preoccupanti segnali di un'imminente grave crisi in termini di (s)fiducia dei consumatori, pensare di essere nel momento apicale del ciclo economico è quantomeno estraneo al senso comune.

ISSN 2036-7821

complessivo.
A questo punto, poiché non si può escludere che il ciclo economico vada misurato su scala più ampia, come ha aiutato le politiche fiscali la presenza dell'art. 81 Cost.? La risposta sembra che vada cercata in una precisa colonna della tabella presentata, cioè nel fatto che – peraltro indipendentemente dal ciclo, o così pare – l'Italia per molti anni ha avuto "i conti in ordine"[41].

5. La riforma della governance economica europea del 2024 e l'eclissi del ciclo economico

Il lettore, giunto a questo punto dell'analisi, potrebbe legittimamente attendersi lo scorrere verso conclusioni ma, dovendo complicare ulteriormente il quadro, non è ancora tempo di serrare le fila del discorso.
Ebbene, poiché il punto focale dell'analisi non è su tutto il sistema della *governance economica* bensì sull'aspetto specifico interno del significato di "ciclo economico" nella Costituzione italiana, è bene dire che quanto osservato sopra non è davvero cambiato, piuttosto con la complessiva riforma del 2024 è posizionato in modo diverso.
Si è argomentato sopra che la l. n. 243/2012 rinvia genericamente «criteri stabiliti dall'ordinamento dell'Unione europea» – una formulazione che si è detta consistere in un rinvio mobile e indeterminato, che ha consentito a una catena di scelte tecniche compiute in sede europea di incidere direttamente sul significato applicativo di un concetto costituzionale italiano. Peraltro, la formula delle «modalità stabilite», del «definito in conformità», dell'«individuato sulla base» dell'ordinamento dell'Unione europea ricorre pressoché ovunque nell'art. 2 della l. 243/2012, il quale è rubricato "definizioni" ma in realtà fa quasi solo definizioni *per relationem*.
Il regolamento (UE) 2024/1263, che abroga e sostituisce il già citato regolamento (CE) 1466/97 del Consiglio, il regolamento (UE) 2024/1264 che modifica il regolamento (CE) 1467/97 e la direttiva (UE) 2024/1265 che modifica la direttiva 2011/85/UE riformano in modo radicale l'intero sistema entro cui la legge n. 243/2012 si era inserita, modificando così i "criteri" di cui si è parlato. La riforma è stata approvata dal Parlamento europeo il 23 aprile 2024 e definitivamente dal Consiglio il 29 aprile 2024 ed è entrata in vigore il giorno della pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione, il 30 aprile[42].

[41] Paiono ancora non solo valide ma attuali le osservazioni di A. GUAZZAROTTI, *La legge dei numeri e l'illusione europea*, cit., p. 1-2: «Le vicende attuali stanno mettendo impietosamente a nudo quanto fosse stata illusoria la fuga dal potere discrezionale democraticamente fondato e il rifugio nelle regole numeriche» anche se «v'è ancora oggi chi sembra nutrire speranze nella tecnica dell'affidarsi al rigore dei limiti numerici alla discrezionalità politica delle scelte di bilancio».

[42] I contributi in dottrina sono comparativamente meno numerosi di quelli dedicati al tema con la riforma del 2012. V. comunque almeno: A. MONDINI, *La governance europea della spesa pubblica dopo la riforma del patto di stabilità e crescita*, in *Rivista di diritto, amministrazione e finanza pubblica*, 1/2026, p. 24 ss.; P. LONGO, *L'assenza del quadro*

Un'analisi puntuale delle modifiche è esterna alle finalità del presente studio[43]; pertanto, non è possibile entrare nei dettagli, anche per evitare il problema metodologico di taluni studi sulla normativa dell'Unione europea dove la ricostruzione prende sostanzialmente il posto della critica dottrinaria poiché la quantità di nozioni e la necessità di ricostruire il *thema de qua agitur* occupa già sufficiente tempo e spazio.

Il regolamento (UE) 2024/1263 sposta il fulcro del sistema su un indicatore nuovo: la «spesa primaria netta finanziata con risorse nazionali», definita come la spesa finale delle amministrazioni pubbliche al netto della spesa per interessi, delle misure discrezionali sulle entrate, delle spese finanziate dai fondi europei, della componente ciclica delle spese per sussidi di disoccupazione e delle misure *una tantum*.

Ciascuno Stato membro deve presentare ogni quattro o cinque anni – che non a caso è lo spazio di una legislatura – un Piano strutturale di bilancio di medio termine, che fissa la traiettoria della spesa netta vincolante per l'intero periodo. Il rispetto del percorso concordato è monitorato attraverso un controllo che registra gli scostamenti annuali e cumulativi.

La caratteristica più rilevante del nuovo sistema, almeno nelle dichiarazioni della Commissione europea, è che la spesa netta è un indicatore "direttamente controllabile" dal governo[44], perché non richiede stime econometriche complesse: non dipende, in particolare, dal calcolo del PIL potenziale né dalla determinazione del NAWRU. La giustificazione esplicita di questa scelta, contenuta nei documenti

programmatico nel Documento di Economia e Finanza 2024. Osservazioni a margine della nuova governance economica europea, in *Forucostituzionale.it*, 3/2024, p. 79 ss.; L. SAMBUCCI, *L'insolito caso del documento di programmazione senza programmazione*, in *Forumcostituzionale.it*, 3/2024, p. 40 ss.; C. FORTE, M. PIERONI, *Nuova governance europea, Costituzione e ordinamento interno. Spunti di riflessione*, in *Osservatorio AIC*, 2/2025, p. 17 ss.; S. SILEONI, *La riforma del patto di stabilità e il riflesso sull'indirizzo politico nazionale*, in *Rivista AIC*, 3/2024, p. 280 ss.; C.M.A. ORREI, *La sostenibilità del debito pubblico nelle nuove regole della governance europea in materia di coordinamento e sorveglianza dei bilanci*, in *Amministrativamente*, 4/2024, p. 1456 ss.

[43] Si rinvia, *ex multis* a: V. LUBELLO, *L'ambivalenza della condizionalità nella governance economica europea: dalla crisi dei debiti sovrani alla travagliata riforma del Patto di Stabilità e Crescita*, in *DPCE online*, 4/2023, p. 1 ss.

[44] Bisognerebbe qui approfondire se è direttamente controllabile dal Governo oppure se dovrebbe essere controllabile dal Parlamento. O, infine, se in realtà vuole essere controllato dalla Commissione. La questione non è poi così impossibile da risolvere: come è stato rilevato in dottrina, «non si può affermare che le regole economiche europee "disarmino" tutti i Parlamenti, ma soltanto quelli che necessitano di un "aiuto" da parte della BCE o dei meccanismi di salvataggio» V. LUBELLO, *L'ambivalenza della condizionalità*, cit., p. 21. Al contempo, «Dopo il quinquennio 2018-2023 infatti, come si anticipava in apertura, non si può che segnalarne la scomparsa, essendosi ormai stabilizzata una situazione in cui il Parlamento − al di là delle proclamazioni da parte delle diverse forze politiche, a ruoli alternati, sul raggiungimento della fatidica approvazione "in tempo utile" – non sa né cosa vota, né perché. L'indifferenza alle regole, come si è pure evidenziato, non solo pregiudica il contenuto dei singoli bilanci, ma riverbera sul destino dell'Istituzione, che ha sostanzialmente rinunciato a rivendicare il ruolo sul quale pure, storicamente, si è costruita la sua legittimazione» C. BERGONZINI, *De profundis. In memoria delle procedure di bilancio italiane*, in *Federalismi.it*, 16/2024, p. 18. Nella pagina esplicativa Economic governance framework (https://www.consilium.europa.eu/en/policies/ economic-governance-framework/): «The net expenditure indicator allows for macroeconomic stabilisation as it is not affected by automatic stabilisers, including revenue and expenditure fluctuations outside the *direct control* of the government» (corsivo aggiunto).

che accompagnano la riforma, riconosce le difficoltà metodologiche legate alla misurazione dell'output gap, le revisioni sistematiche delle stime, l'imprevedibilità dei vincoli derivanti dal saldo strutturale[45]. È, per molti versi, un'ammissione: lo stesso ordinamento europeo riconosce che il sistema su cui poggiava la definizione e il calcolo del "ciclo economico" che la Costituzione italiana integra acriticamente presentava problemi di trasparenza e gestione. È forse proprio il quadro di gestibilità ad essere significativo, poiché il sistema sembra improntarsi a una lettura che non è né anticiclica né prociclica, bensì che supera il discorso del ciclo economico per focalizzarsi sugli obiettivi. Qualcosa che assomiglia più al "volli, e volli sempre, e fortissimamente volli» di Alfieri che all'attenersi alla realtà economica.

Si potrebbe obiettare che il nuovo sistema è migliore del precedente, perché poggia su un indicatore direttamente controllabile dal governo, come il legislatore europeo nei considerando del regolamento 2024/1263 lascia intendere[46]. Ed è vero che la spesa netta primaria è un dato osservabile, che non richiede di stimare grandezze controfattuali come il PIL potenziale. Tuttavia, una lettura più attenta dei testi mostra che il problema della discrezionalità tecnica non è eliminato dalla riforma: è soltanto spostato e, sotto certi aspetti, ampliato. La spesa netta consuntiva è osservabile, certo; ma la traiettoria di spesa netta – cioè il vincolo a cui lo Stato membro deve attenersi –

[45] Il riferimento è al considerando 18 del regolamento (UE) 2024/1263, che è il considerando esplicitamente dedicato alla giustificazione della scelta del nuovo indicatore: «Al fine di semplificare il quadro di bilancio dell'Unione e aumentare la trasparenza, è opportuno che la base per definire il percorso di bilancio e per esercitare la sorveglianza di bilancio annuale per ciascuno Stato membro sia costituita da un indicatore operativo unico ancorato alla sostenibilità del debito. Tale indicatore operativo unico dovrebbe basarsi sulla spesa primaria netta finanziata a livello nazionale [...]. Tale indicatore, che non è influenzato dal funzionamento degli stabilizzatori automatici e da altre fluttuazioni delle spese al di fuori del controllo diretto del governo, lascia un margine di manovra per la stabilizzazione macroeconomica anticiclica». Il riconoscimento implicito dei limiti del sistema previgente, su cui poggia tutta l'argomentazione del legislatore europeo, è stato esplicitato in modo netto da diversi commentatori. Si veda, fra gli altri, il documento di M. BORDIGNON, F. NERI, *Le regole fiscali europee per il 2024*, 7 giugno 2023 dell'Osservatorio sui conti pubblici italiani dell'Università Cattolica del Sacro Cuore (pubblicato in *Astrid on line*): «la ragione di fondo per passare dal deficit strutturale alla spesa primaria netta nazionale è che il primo indicatore è molto complesso e difficile da spiegare, in quanto basato sulla stima di variabili non osservabili, come il reddito potenziale e l'output gap, entrambi elementi assai difficili da stimare con precisione nel breve periodo, con il rischio che l'indicatore offra segnali sbagliati alla policy» (p. 7).

[46] Secondo il considerando 13 del regolamento 2024/1263 «Al fine di semplificare il quadro di bilancio dell'Unione e aumentare la trasparenza, è opportuno che la base per definire il percorso di bilancio e per esercitare la sorveglianza di bilancio annuale per ciascuno Stato membro sia costituita da un indicatore operativo unico ancorato alla sostenibilità del debito». È interessante il precedente considerando 5 in cui si dice che «È opportuno adattare il quadro di governance economica dell'Unione, al fine di tenere maggiormente conto della crescente eterogeneità delle posizioni di bilancio e del debito pubblico, nonché delle sfide economiche e di altre vulnerabilità tra gli Stati membri. La forte risposta politica alla pandemia di COVID-19 si è dimostrata molto efficace nell'attenuare le conseguenze economiche e sociali della crisi causata dalla pandemia, ma ha determinato un aumento significativo degli indici relativi al rapporto tra debito pubblico e PIL e tra debito privato e PIL, sottolineando l'importanza di far scendere tali indici e i disavanzi a livelli prudenti in modo graduale, realistico, duraturo e favorevole alla crescita, di garantire un margine di manovra per politiche anticicliche e di sanare gli squilibri macroeconomici, prestando la dovuta attenzione agli obiettivi occupazionali e sociali. Al contempo è opportuno adattare il quadro di governance economica dell'Unione, affinché quest'ultima possa meglio affrontare le sfide a medio e lungo termine che le si presentano».

è il risultato di un calcolo. Per i paesi soggetti al braccio preventivo (tutti quelli con debito superiore al 60 per cento del PIL o disavanzo superiore al 3 per cento, i Paesi giornalisticamente "coi conti in disordine"), la Commissione trasmette allo Stato una «traiettoria di riferimento» della spesa netta «basata sul rischio, specifica per paese e ancorata alla sostenibilità del debito», calcolata a partire da un'analisi di sostenibilità del debito (DSA) che proietta scenari ventennali[47] sul rapporto debito/PIL sotto ipotesi specifiche di crescita potenziale, di tasso di interesse implicito, di moltiplicatore fiscale, di elasticità delle entrate al PIL, di aggiustamento stock-flusso. Ciascuna di queste ipotesi è discrezionale, e ciascuna ha effetti significativi sul risultato finale: la letteratura economica recente ha mostrato che variazioni anche piccole nei parametri della DSA producono traiettorie di spesa netta sensibilmente diverse e che la metodologia tende a sottostimare gli effetti recessivi del consolidamento fiscale[48].

A ciò si aggiunga che la traiettoria viene poi tradotta in un vincolo concreto attraverso una formula tecnica che lega l'aggiustamento del saldo primario strutturale alla crescita della spesa netta – una formula che, paradossalmente, continua a richiedere il calcolo del PIL potenziale e dell'output gap, ora collocati a monte del sistema anziché al suo centro operativo. L'output gap non è scomparso dall'architettura della *governance* fiscale europea: è stato semplicemente spostato sotto un altro indicatore.

Al contempo, nell'ordinamento italiano ci sono alcuni problemi che vale la pena menzionare: il primo riguarda la l. 243/2012, il secondo l'art. 81 Cost.

L'Ufficio parlamentare di bilancio, nelle sue audizioni parlamentari del 2024, ha osservato: «Attualmente la L. 243/2012 stabilisce che l'equilibrio di bilancio sia rappresentato dall'OMT [obiettivo di medio termine] ovvero dal percorso di

[47] Meriterebbe uno studio a parte – anche interdisciplinare tra scienze economiche e diritto – il tema delle "previsioni", anche solo per rispondere alle seguenti domande: quante delle previsioni macroeconomiche ufficiali (soprattutto a medio-lungo termine) si sono rivelate puntuali e precise? Quanto le previsioni (anche eventualmente errate) hanno impattato sulle scelte di bilancio?

[48] Il riferimento principale è P. HEIMBERGER, L. WELSLAU, B. SCHÜTZ, S. GECHERT, D. GUARASCIO, F. ZEZZA, *Debt Sustainability Analysis in Reformed EU Fiscal Rules: The Effect of Fiscal Consolidation on Growth and Public Debt Ratios*, in *Intereconomics*, 5/2024, p. 276 ss. Gli autori replicano la metodologia ufficiale della DSA della Commissione europea e mostrano, con simulazioni quantitative riferite alle quattro maggiori economie dell'eurozona che «the debt sustainability framework in reformed EU fiscal rules is sensitive to changes in assumptions and may underestimate the negative growth effects of fiscal adjustment». Convergenti, sebbene da angolazione differente, le analisi condotte da Z. DARVAS, L. WELSLAU, J. ZETTELMEYER, *The Implications of the European Union's New Fiscal Rules*, Bruegel Policy Brief 10/2024, p. 1 ss.; N. E. BOIVIN, Z. DARVAS, *The European Union's New Fiscal Framework: A Good Start, but Challenges Loom*, Bruegel Policy Brief 06/2025, dove si osserva che «macroeconomic assumptions in MTFSPs frequently deviate from the Commission's guidance, often reflecting optimistic growth projections» (p. 1), e si conclude che le ipotesi macroeconomiche alla base della DSA «could undermine the framework's credibility». Per un'analisi di taglio specifico sui moltiplicatori italiani, che mostra come essi siano risultati significativamente più elevati di 0,75 nella fase di crisi 2008-2014, si veda Ufficio parlamentare di bilancio, S. DE NARDIS, C. PAPPALARDO, *Fiscal Multipliers in Abnormal Times: the Case of a Model of Italian Economy*, Nota di lavoro n. 1/2018.

ISSN 2036-7821

avvicinamento all'OMT, il cui valore viene individuato rimandando ai criteri stabiliti dall'ordinamento della UE. Il nuovo quadro di regole europee elimina i riferimenti sia all'OMT sia al sentiero di convergenza del saldo strutturale di bilancio verso l'OMT e ciò dovrebbe riflettersi sulla normativa interna». E ancora, con un'affermazione sconcertante sotto il profilo della chiarezza e della consistenza del sistema delle fonti, affermazione che giustificabile solo con una fortissima base valoriale e politica, aggiunge che «sarebbe opportuno eliminare dalla legge 243 del 2012 i riferimenti all'OMT e rafforzare il rinvio "mobile" delle norme all'ordinamento europeo, mentre il concetto di equilibrio dei bilanci delle Amministrazioni pubbliche potrebbe fare riferimento agli obiettivi di finanza pubblica del Piano che sono definiti attraverso la traiettoria della spesa primaria netta finanziata con risorse nazionali»[49].

Anche il Ministro dell'economia e delle finanze, nell'audizione parlamentare di aprile 2024, ha riconosciuto che «la legge rinforzata (n. 243 del 2012), in particolare nei primi Capi in cui ricalca il dettato dei regolamenti europei in corso di revisione, e la legge di contabilità e finanza pubblica (n. 196 del 2009) necessiteranno di importanti interventi di modifica e aggiornamento»[50]. Il Documento programmatico di finanza pubblica - Anno 2025 dà atto di essere «in attesa della riforma del quadro della normativa contabile»[51].

Il meccanismo complessivo sembra preda della stessa riforma che l'ha strutturato[52]. Innanzitutto, la l. 234/2012 è una legge rinforzata ai sensi dell'u.c. dell'art. 81 Cost., e dunque richiede la «maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei princìpi definiti con legge costituzionale». Tralasciando i contenuti e l'eventuale maggiore rinvio a meccanismi esterni (che, a parere di scrive, andrebbe a svuotare di significato la fonte interna), la modifica è concretamente già intervenuta, superando radicalmente il meccanismo rinforzato, e non per ripensamenti di un

[49] Così il Comunicato stampa *Audizione dell'UPB su riforma della governance UE: gli impatti per l'Italia*, p. 3, reperibile https://www.upbilancio.it/wp-content/uploads/2024/05/Com_stampa-aud_gov_eur.pdf.

[50] Audizione del Ministro dell'economia e delle finanze on. Giancarlo Giorgetti del 3 aprile 2024 nel contesto dell'Indagine conoscitiva sulle prospettive di riforma delle procedure di programmazione economica e finanziaria e di bilancio, in relazione alla riforma della governance economica europea (il testo è rintracciabile in https://www.mef.gov.it/)

[51] https://www.rgs.mef.gov.it/VERSIONE-I/attivita_istituzionali/previsione/contabilita_e_finanza_pubblica/documento_di_economia_e_finanza/

[52] Paradossalmente, «proprio la relativa esiguità e l'elevata elasticità dei contenuti normativi presenti nell'articolo in commento hanno fin qui [2006] scoraggiato la formulazione di ipotesi di revisione dell'art. 81, essendosi preferito giocare sull'aggiramento dei suoi disposti (specie relativamente al suo 3° co.) o sulla loro specificazione e precisazione attraverso l'intervento del legislatore ordinario (soprattutto riguardo il suo 4° co.)» N. LUPO, *art. 81*, cit., p. 1613. Proprio il desiderio di irrigidire l'art. 81 ha portato a una sua precoce senescenza, mentre in precedenza «è stato il legislatore ordinario ad attuare e ad integrare in modo variegato le scarne indicazioni del Costituente, adeguandole, attraverso una valorizzazione dei diversi significati normativi desumibili dall'articolo in commento, alle numerose "stagioni" della politica economica e finanziaria» N. LUPO, *art. 81*, cit., p. 1581.

legislatore italiano ribelle ai vincoli di spesa[53].
Al contempo, il co. 2° dell'art. 81 Cost. rimane identico[54] – perlomeno fino a nuova revisione – e continua a prevedere che «il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico».
Pur nel nuovo quadro, le modalità per determinare il ciclo economico non sono venute meno. E, se prima erano rimesse totalmente all'esterno, adesso sono sostanzialmente marginalizzate.

6. Conclusioni: la clausola ciclica e gli artt. 1 e 11 Cost.

Il percorso argomentativo svolto nelle pagine precedenti consente ora di formulare alcune conclusioni che risultano comunque problematiche e possono solo valere di contributo a una discussione che merita sicuramente maggiore approfondimento.
La prima conclusione riguarda la struttura della nozione che qui ha interessato. L'analisi testuale dell'art. 81 Cost. ha mostrato che la nozione costituzionale di "ciclo economico" non discende da alcuna norma giuridica poiché né la Costituzione né la legge né altre fonti ne danno una definizione, né una descrizione e persino nemmeno dei canoni. Non è fattuale, osservabile, misurabile in senso oggettivo, verificabile "a doppio cieco", non è una grandezza su cui due o più osservatori indipendenti possano giungere allo stesso risultato o pressoché allo stesso risultato anche al netto delle sempre concedibili difformità dovute a metodologie di ricerca e a strumenti di misurazioni. Detto ciò che non è, è complesso ma necessario dire ciò che è: è una grandezza dipendente nella sua essenza da teorie economiche e nella sua quantificazione da modelli statistici ed econometrici nonché da scelte tecniche dovute a così tanti fattori da risultare non comprensibili a sguardo sintetico[55].
La scelta del rinvio mobile ai criteri dell'Unione europea ha delegato alla

[53] Scriveva autorevole dottrina ben prima della l. cost. 1/2012: «il fatto è – semmai – che dottrine e strategie economico-finanziarie sono assoggettate a tempi di logoramento o, quanto meno, di revisione ben più stretti che per il passato, sicché la lettura delle disposizioni costituzionali deve restare – nei limiti consentiti dalle espressioni verbali usate dal legislatore costituente – aperta (per così dire) alle recezioni ed agli adeguamenti che quelle modifiche richiedono e consentono. Cioè, non si tratta soltanto di dare all'articolo in esame una interpretazione che tenga conto (e ragguagli l'operatore) dei mutamenti intervenuti, a livello della politica economica-finanziaria, nella transizione dal suffragio ristretto a quello universale, ma bisognerà anche considerare la possibilità che a quella disposizione sia data attuazione in un contesto di superamento delle dottrine keynesiane, ovvero almeno di revisione di alcune direttive delle politiche ispirate al principio del deficit-spending»: S. BARTOLE, *art. 81*, cit., p. 199.

[54] A dimostrazione che, come rilevato, sia stata una revisione affrettata: A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, cit.

[55] «Il modello econometrico ITEM (Italian Treasury Econometric Model) è stato sviluppato presso il Dipartimento del Tesoro del Ministero dell'economia e delle finanze ed è ampiamente utilizzato nelle attività di analisi e programmazione economica. ITEM descrive il comportamento dei principali aggregati dell'economia italiana a livello macroeconomico ed è un modello di medie dimensioni. Include 371 variabili, di cui 247 endogene, e si basa su 36 equazioni comportamentali e 211 identità» *Documento programmatico di bilancio 2026*, presentato dal Ministro dell'economia e delle finanze Giancarlo Giorgetti al Consiglio dei ministri il 14 ottobre 2025, in *www.mef.gov.it*, p. 31.

ISSN 2036-7821

Commissione europea la determinazione concreta della fase ciclica rilevante ai fini dell'applicazione della norma costituzionale. Questa scelta, forse comprensibile nella sua logica di coordinamento[56], produce una conseguenza che merita di essere nominata con chiarezza: la condizione di applicazione di una clausola costituzionale è determinata da un soggetto esterno all'ordinamento costituzionale italiano, attraverso metodologie che non sono sottoposte ad alcun controllo democratico interno e che, se convince ciò che si è argomentato nelle pagine precedenti, hanno solo l'apparenza di una oggettività scientifica.

Ciò non può non interrogare gli artt. 1 e 11 Cost. proprio in uno dei punti chiave della teoria statale, la sovranità[57].

In particolare, sono due gli aspetti di interesse: il primo è la norma di cui all'art. 1 Cost. che vuole la sovranità non solo appartenere al popolo ma che chiede a quest'ultimo di esercitarla «nelle forme e nei limiti della Costituzione». È il popolo che esercita la sovranità in tema di indebitamento se esso è sottratto persino ad una definizione giuridica?[58] È la Costituzione che appone "forme e limiti" quando essa

[56] Ci si permette di aggiungere "forse" all'aggettivo comprensibile poiché si è già visto che si tratta di un ragionamento circolare: l'art 81 Cost. è stato modificato per venire incontro alle regole internazionali. Posto che si voleva maggiore rigore e decisione esternalizzata, si è ottenuta decisione esternalizzata e minore spazio per il legislatore nazionale. *Quod erat demonstrandum*. Ad esempio, si osserva che il nuovo art. 81 Cost. rappresenta «un fondamentale snodo del processo di rafforzamento dei controlli, al fine di garantire il consolidamento delle finanze pubbliche, soprattutto sotto la spinta dei vincoli europei. In questo ambito bisogna sottolineare come gli obblighi comunitari, che hanno come responsabile di ultima istanza lo Stato, vengono espressamente qualificati dalla Costituzione come fonte di possibili limiti all'autonomia finanziaria che il legislatore può imporre agli enti territoriali, i quali sono espressamente chiamati a concorrere al rispetto dei medesimi vincoli comunitari e dunque degli obiettivi economico-finanziari, anche in termini di saldo individuale o di comparto che il legislatore statale riterrà, a tal fine, di imporre» C. EQUIZI, *I rapporti finanziari fra Stato e Regioni: supremazia o collaborazione?*, in *Gruppo di Pisa la Rivista*, 1/2022, p. 24-25. Bisogna aggiungere che è proprio la Costituzione modificata secondo il *Fiscal Compact* a volere quell'effetto che si attribuisce alla Costituzione medesima.

[57] «Non c'è dubbio che sottraendo questa decisione alla rappresentanza politica nazionale si svilisce indirettamente il significato politico del voto popolare, cioè la sua capacità di contribuire effettivamente alla determinazione della politica nazionale con riguardo alle questioni cruciali della politica economica» O. CHESSA, *Meglio tardi che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in *Forumcostituzionale.it*, 2016, p. 3 in nota, richiamando O. CHESSA, *Il pareggio di bilancio*, cit., 2016.

[58] Leggendo, non in filigrana, bensì semplicemente in serie la dottrina si raggiungono alcune conclusioni problematiche ma d'interesse. Si domandava P. DE IOANNA, *Categorie economiche e vincoli giuridici: un medium cognitivo di difficile composizione*, in *Democrazia e diritto*, 1/2015, p. 69 «Come è potuto avvenire che tutto un ceto politico ha modificato con sorprendente rapidità la Costituzione, intervenendo su un nesso di grande delicatezza e complessità, il cd. Pareggio di bilancio, con una soluzione che sembra voler predeterminare e irrigidire i confini giuridici della decisione di bilancio». La prima risposta, di metodo, è la «forsennata pressione delle istituzioni europee» di cui parlava F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, cit., p. 2, ma la risposta di merito è più articolata: «L'Italia, in particolare, ha adottato a tal fine la c.d. regola del pareggio di bilancio (come qualificata nel *Fiscal Compact*), che è stata introdotta nell'art. 81 Cost. al fine di assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese del bilancio nazionale […] con l'auspicio di poter conseguire una (maggiore) stabilità finanziaria ed economica, a beneficio della società»: F. BERTOCCHI, *Riflessioni critiche sulla rinnovata (e crescente) rilevanza del c.d. equilibrio di bilancio alla luce di recenti sviluppi giurisprudenziali*, in *Rivistadidirittotributario.it*, 8 aprile 2025. Il "beneficio della società" dovrebbe rispondere al benessere dei cittadini, ma non è necessariamente così perché «l'avvenuta costituzionalizzazione del principio dell'equilibro finanziario ed i più stringenti vincoli europei, imposti alle politiche nazionali di bilancio sin dal Trattato di Maastricht del 1992, [fanno dubitare che] residui ancora una

rinvia tutto, definizione, sostanza, quantificazione all'esterno del diritto e del circuito democratico nazionale?

Le questioni che investono l'art. 11 Cost. sono di simile tenore. La Repubblica «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo»: ebbene, si tratta di limitazioni di sovranità? o di cessione, sia pure surrettizia? E, ancora, si tratta di una limitazione (se si trattasse di cessione sarebbe problematica[59]) volta alla "pace e alla giustizia"? può una questione economica garantire di per sé pace e giustizia (o, ad esempio, garantisce attraverso interessi economici tali valori, con la possibile conseguenza che il fallimento degli interessi economici porterebbe a instabilità e scontri)?

A tutta questa serie non facile di domande si può rispondere in senso positivo o negativo. Una risposta positiva (sì, la Costituzione può farlo e anzi è bene che l'abbia fatto) è una risposta innanzitutto valoriale, non tecnica, che interroga i rapporti tra Unione europea e Repubblica italiana in senso ovviamente positivo, vedendo nell'UE la soluzione e non il problema. La risposta negativa (no, la Costituzione non può farlo e la riforma dell'art. 81 Cost. ha messo in discussione il concetto di sovranità

---

flessibilità della norma costituzionale, dato che la duttilità è il solo modo per evitare che regole di bilancio troppo rigide producano (…) il rischio di indiscriminata compressione dei diritti fondamentali a causa delle limitazioni di bilancio», E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali*, cit., p. 6. Detto in altri termini, non c'è garanzia, anzi si può dubitare, che più stringenti limiti siano favorevoli a più ampia garanzia dei diritti sociali, anzi «perseguire specifiche politiche di finanza pubblica, volte soprattutto a ridurre la spesa pubblica o ad aumentare il prelievo fiscale», non è certo favorevole al cittadino comune: A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)*, cit., 178. E allora «a questo proposito mi viene in mente il famoso articolo di Kydland e Prescott di oltre trent'anni fa, dal titolo *Rules Rather than Discretion*: la tesi era che le "regole" siano preferibili alla "discrezionalità" quando si ha a che fare con le politiche fiscali e monetarie, nel senso che con riguardo a questi ambiti della politica economica occorrerebbe che gli automatismi impersonali di regole neutrali si sostituissero alla libera scelta politica» O. CHESSA, *Il pareggio di bilancio tra ideologie economiche*, cit., p. 3. Se il ragionamento fila, si tratta di una compressione dello spazio decisorio del decisore politico non in funzione dei cittadini o dei loro diritti sociali o del loro benessere, bensì degli interessi delle stesse istituzioni che, in ultima istanza, hanno voluto la riforma costituzionale. Se ciò fosse vero, sarebbe addirittura aggravato negli effetti dalla riforma del 2024. Si può argomentare che questo vada comunque a favore dei cittadini ma si tratta di un passaggio logico in più che è onere di chi sostiene quest'ultima tesi dimostrare (cioè che il *favor* verso i mercati, la finanza, l'«ineffabile piano della "psicologia dei mercati"» F. BILANCIA, *Note critiche*, cit., p. 1, gli interessi di gruppi internazionali ecc. sia automaticamente o anche solo sostanzialmente e persino incidentalmente a favore dei cittadini).

[59] L'on. Duilio, nella seduta n. 555 di mercoledì 30 novembre 2011 alla Camera dei deputati, durante la discussione della l.cost. 1/2012, osservava: «certamente siamo in una fase di passaggio, di transizione e di cessione di sovranità. Ahimè, il tutto sta accadendo a spizzico, senza un discorso complessivo rispetto ad una prospettiva, laddove ci si comporta come se l'Italia fosse l'Illinois piuttosto che non la California ma senza aver messo a punto un'architettura istituzionale, aver assunto decisioni politiche e aver conseguentemente disciplinato anche la materia economica e finanziaria. Mi sembra che si voglia fare un po' gli americani senza aver costruito un'impalcatura complessiva. Pertanto sono ben consapevole che bisogna cedere sovranità però non ci facciamo prendere da un sacro furore che, agendo sui piccoli particolari e dettagli, rischia poi di determinare conseguenze più negative di quanto ci si auguri (Applausi dei deputati del gruppo Partito Democratico)». In dottrina, cfr. A. BARAGGIA, *La condizionalità come strumento di governo negli Stati compositi. Una comparazione tra Stati Uniti, Canada e Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2023.

statale) è una risposta innanzitutto valoriale, che nega alla radice la bontà sostanziale dei meccanismi UE, e richiederebbe l'applicazione della teoria dei controlimiti[60].
Si è argomentato che la riforma della governance europea del 2024 ha marginalizzato la logica dell'output gap. Eppure, il testo dell'art. 81 Cost. non è cambiato. A meno di voler concludere che un concetto costituzionale sostanzialmente "accantonato" non sia più un problema di cui discorrere, l'intervenuta modifica dei regolamenti europei non ha risolto il problema del significato della clausola del "ciclo economico" e anzi ha aggravato il problema della sua utilizzabilità.
La Costituzione continua a fare riferimento alle «fasi avverse e favorevoli del ciclo» come fondamento della flessibilità di bilancio. Se l'Italia finisse nel meccanismo di controllo del percorso di spesa concordato e costruito su un orizzonte pluriennale e questo ignorasse completamente il ciclo o fosse addirittura anticiclico, tale piano resterebbe compatibile con la Costituzione? La risposta oltremodo giusrealista sarebbe forse persino positiva, in quanto la Costituzione non ha né dà un significato alla clausola ciclica, ma sarebbe un sostanziale svuotamento di una norma costituzionale. Seguendo la *realpolitik* citata sopra dell'Ufficio parlamentare di bilancio, sarebbe persino più coerente inserire un rinvio totale alla disciplina dell'Unione europea nell'art. 81 Cost. Salvo poi, come ovvio, tornare al tema della sovranità, poiché uno Stato che non ha spazio di manovra nel decidere le sue spese manca di una componente importante per definirsi sovrano, e compromette il *no taxation without representation*.
Il punto decisivo, in conclusione sembra proprio essere la politicità della risposta che si può dare alle questioni sopra poste. Sia consentita una parziale semplificazione: l'euro-entusiasta risponderà in un modo[61], l'euro-scettico nell'altro[62], salve eventuali

[60] D. MONE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale vulnus alla teoria dei controlimiti*, in *Rivista AIC*, 3/2014,

[61] Senza voler attribuire tale qualifica valoriale, una posizione più articolata in dottrina è la seguente: «appare riduttivo considerare il pareggio del bilancio una ingiustificata consacrazione a livello costituzionale di una dottrina economica tra le altre ed occorrerebbe invece valutarla con riferimento ai mutamenti degli scenari economici europei e internazionali da tempo in corso, nonché quale elemento di una più ampia riforma delle politiche degli Stati membri e dell'Unione europea volta a realizzare uno scatto del processo di integrazione al fine di garantire la sopravvivenza dell'euro e della stessa costruzione europea» D. CABRAS, *Su alcuni rilievi critici al c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, 2/2012, p. 2. Impressione che si tratti di tutelare la moneta comune anche a scapito dei bilanci statali è confermata in A. ANTONELLI, *L'introduzione del "pareggio di bilancio" nella Costituzione: nuove prospettive per la governance della finanza pubblica*, in *Federalismi*, 26/2016, p. 4: «L'eventualità poi che, a livello eurounitario, questo si traducesse in un gravissimo elemento di instabilità per la tenuta dell'Eurozona (e, più in generale, dell'Unione) ha spinto le Istituzioni europee e gli Stati membri ad intervenire sulle discipline comunitarie e nazionali in direzione di un maggior irrigidimento delle procedure di bilancio e di un più stringente controllo sulla gestione delle finanze pubbliche».

[62] Di nuovo, senza attribuire tale qualifica valoriale, si veda in dottrina: «se è certamente troppo azzardato sostenere che il regime parlamentare è stato originariamente concepito per garantire il principio del pareggio di bilancio, è innegabile che fin dagli albori del parlamentarismo il controllo del bilancio dello Stato ad opera delle assemblee legislative è stato innanzitutto utilizzato ai fini di un contenimento della espansione delle attività finanziarie pubbliche e della connessa determinazione di bassi livelli fiscali» S. BARTOLE, *art. 81*, cit., p. 198. "Bassi livelli fiscali" significa uno Stato meno "pesante" sulle spalle dei cittadini: non è da dimostrare che nella storia

e sempre possibili soluzioni intermedie. A questo punto si deve fermare l'analisi tecnica perché non spetta al metodo costituzionale rispondere a domande impostate in senso valoriale. Spetta, invece, anche alla tecnica sollevare questo genere di questioni, quale che siano le risposte, poiché solo nella consapevolezza nascono le decisioni, comprese quelle di campo, che non possono essere scientificamente necessitate.

molte rivolte contro i poteri costituiti sono state generate da malcontento fiscale. Cfr. D. CABRAS, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio*, cit. p. 112, il quale ritiene che l'equilibrio dei bilanci sia il mezzo per raggiungere il fine ultimo, ovvero il pareggio e, per un impatto sui diritti sociali, E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Nomos, le attualità nel diritto*, 1/2017, p. 1 ss.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La tutela cautelare spagnola oltre il paradigma sospensivo. Profili critici alla luce dell´esperienza italiana

di **Eduardo Marcos Martínez**

(Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Internacional de Valencia VIU)

Sommario

1. La funzione della tutela cautelare nel sistema della giustizia amministrativa: tra effettività della protezione giurisdizionale e provvisorietà della decisione. 2. La tutela cautelare nel diritto dell'Unione europea dal pluralismo procedurale al principio di effettività. 3. Il bilanciamento costituzionale della tutela cautelare tra diritto di difesa ed effettività della giustizia. 4. I presupposti tradizionali della tutela cautelare: dalla tipizzazione del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* alla loro reinterpretazione sostanziale. 5. Il bilanciamento degli interessi come terzo parametro del giudizio cautelare: dalla comparazione al controllo di proporzionalità. 6. Considerazioni conclusive.

Abstract

This article examines interim relief in Spanish administrative proceedings through the tension between the broader statutory framework introduced by Ley 29/1998 and the continuing reluctance to grant certain forms of relief, particularly positive or anticipatory measures. Although the general clause in Article 129 LJCA formally ended the exclusive reliance on suspension of the administrative act, this change does not appear to have been matched by a corresponding shift in how courts identify and use the interim measures available to them. The analysis begins with the constitutional and European foundations of interim relief before examining the particular structure of the requirements under Spanish law: the risk that the appeal may lose its legitimate purpose and the balancing of competing interests. It distinguishes this structure from the more clearly defined relationship between *fumus boni iuris* and *periculum in mora* in Italian law. The comparison with Italy calls into question the equation, still found in some judicial practice, of a positive measure with an improper anticipation of the decision on the merits.The article argues that provisionally granting some of the effects sought in the final judgment is not, in itself, incompatible with the function of interim relief, provided that the measure remains ancillary, proportionate and reversible. From this perspective, proportionality is treated as a method for exercising judicial discretion in selecting the measure needed in the particular case, rather than as an additional, independent requirement for interim relief. This leads to a critical reading of the Spanish system, in which the move from a formally recognised *numerus apertus* to one applied in practice still appears incomplete.

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

1. La funzione della tutela cautelare nel sistema della giustizia amministrativa: tra effettività della protezione giurisdizionale e provvisorietà della decisione.

Il presente lavoro intende occuparsi della tutela cautelare. Lo studio della tutela cautelare è un ambito di approfondimento classico propio della giustizia amministrativa ed è stato oggetto di un interesse tradizionale sia da parte della dottrina spagnola[1] e sia dalla italiana[2]. Tuttavia la staticità per parte del contenzioso amministrativo spagnolo alla ora del scegliere le misure " tipiche" consente un marigini di analisi e di riflessioni se viene studato con il metodo compatato.

Nell'esperienza spagnola tale problema si è manifestato, per lungo tempo, attraverso la centralità della sospensione dell'atto amministrativo. Sotto la vigenza della *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del 1956*, la tutela cautelare rimaneva essenzialmente ricondotta alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, secondo una concezione coerente con la struttura prevalentemente impugnatoria del processo. La dottrina aveva già evidenziato, tuttavia, come una tutela provvisoria circoscritta alla sola sospensione risultasse insufficiente ogniqualvolta la conservazione dell'utilità della futura sentenza richiedesse un intervento diverso, e in particolare una misura di contenuto positivo.

La trasformazione maturata tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta deve essere letta in questo quadro. La riflessione sviluppata da García de Enterría nella sua nota «battaglia» per le misure cautelari non rimase confinata sul piano dottrinale, ma contribuì a una più ampia rilettura costituzionale della tutela

[1] Si veda, tra i contributi fondamentali della dottrina spagnola in materia di tutela cautelare, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, Civitas, 1992; C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991; M. J. SARMIENTO ACOSTA, *Nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el contencioso español*, in *Revista de Administración Pública*, n. 129, 1992, pp. 385 ss.; J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Suspensión del acto y medidas cautelares (Comentarios al Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990)*, in *Poder Judicial*, n. 21, 1991, pp. 145 ss.; J. SUAY RINCÓN, *La suspensión de la expropiación. El «fumus boni iuris» como criterio determinante para la adopción de una medida cautelar (Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 19 de noviembre de 1990)*, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 251, 1991, pp. 659 ss.; M. BACIGALUPO SAGGESE, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo. Antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998*, Madrid, Marcial Pons, 1999; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La aparente bondad del sistema de numerus apertus de las medidas cautelares*, in *Boletín del Ministerio de Justicia*, a. LXIX, n. 2178, 2015, pp. 1 ss

[2] Si veda A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1999, p. 372 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, Il Mulino, 2002; M. ANDREIS, *La tutela cautelare*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, Zanichelli, 2010, p. 335 ss.; A. POLICE, *Istruzione preventiva e processo amministrativo: riflessioni a margine di una recente pronuncia*, in *Foro amm.*, 1998, p. 1531 ss.; F. G. SCOCA, *Prospettive della tutela cautelare*, in S. RAIMONDI – R. URSI (a cura di), *La riforma della giustizia amministrativa in Italia e in Spagna*, 2002, p. 229 ss.; ID., *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 310 ss.; F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 58 ss.; M. RICCIARDO CALDERARO, *La comparazione degli interessi nel giudizio cautelare amministrativo. Un nuovo modo di valutare i presupposti processuali*, in *Federalismi.it*, n. 27, 2020, pp. 223–266.

ISSN 2036-7821

interinale[3]. Il riferimento alla "battaglia" elaborato da García de Enterría non deve essere inteso in senso conflittuale, bensì come espressione della costante dialettica tra l'esigenza di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale e la tendenza dell'amministrazione a preservare uno spazio di autonomia funzionale rispetto al controllo del giudice amministrativo.[4] La forza espansiva dell'art. 24.1 della *Constitución*, insieme all'influenza esercitata dalla giurisprudenza europea e in particolare dalla vicenda *Factortame*, favorì il progressivo superamento della concezione secondo cui l'esecutività dell'atto amministrativo avrebbe costituito un limite pressoché naturale all'intervento cautelare del giudice[5].

Per quanto riguarda al marco normativo, la *Ley 29/1998* ha recepito normativamente una parte essenziale di questa evoluzione. Il passaggio dalla disciplina della «sospensione» alla più generale categoria delle «misure cautelari» non costituisce una semplice modifica terminologica. L'art. 129.1 LJCA consente agli interessati di richiedere, in qualsiasi fase del processo, «*cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*», abbandonando così il monopolio legale della sospensione e predisponendo, almeno sul piano normativo, un sistema aperto anche a misure di contenuto positivo. La funzione della tutela cautelare non viene pertanto definita dal contenuto tipico della misura, ma dal risultato che essa deve assicurare: conservare l'utilità della tutela che potrà essere accordata con la sentenza.

È precisamente su questo punto, tuttavia, che emerge la questione che giustifica una nuova riflessione sull'istituto. L'apertura normativa realizzata dalla LJCA del 1998 non sembra aver determinato, con la stessa intensità, il superamento del paradigma sospensivo nella prassi applicativa tale come osserva González-Varas Ibáñez, nell'ambito della quale si confrontano diverse concezioni del processo: da un lato, quella tradizionale o mista, collocata tra dimensione soggettiva e oggettiva; dall'altro, quella più marcatamente soggettiva del processo, tipica degli ordinamenti giuridici tedesco e italiano, nel tentativo di superare l'impostazione soggettiva del contenzioso amministrativo spagnolo, storicamente incentrata sull'atto, orientandosi verso un

[3] Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, 1995.

[4] Si veda: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2009, p. 36:«*En el largo debate, casi cotidiano, interviene Robespierre en persona, en el momento mismo de la dictadura jacobina: "Contando con la facilidad con la cual se gobierna a los hombres por las palabras [los enemigos de la Revolución], han intentado tendernos una trampa publicando, por la expresión nueva de ciudadano pasivo, la violación más manifiesta de los derechos del hombre... No cesaré de reclamar contra esa locución insidiosa y bárbara, que ensuciaría a la vez nuestro código y nuestra lengua". Todo intento de "abusar de las palabras", dice en otra ocasión, es el de "apoderarse de todo el poder social". Pocas veces se habrá expresado tan contundentemente y en medio de una dura y cruel batalla por el poder la significación de la palabra como instrumento político directo. El poderoso ostenta el "poder de lenguas", el derecho de expresar las nuevas realidades políticas. Así las palabras juegan un papel decisivo a lo largo de todo el proceso revolucionario, prestándole un dinamismo peculiar*».

[5] Gli *Autos del Tribunal Supremo* del 20 dicembre 1990 e del 17 gennaio 1991 rappresentano, sotto questo profilo, un passaggio significativo: la tutela cautelare viene ricondotta alla garanzia costituzionale della tutela giurisdizionale effettiva e la necessità del processo non può tradursi in un pregiudizio per chi chiede tutela.

ISSN 2036-7821

modello più ampio, desunto dalle esperienze giuridiche europee[6].
La distinzione assume particolare rilievo in un processo amministrativo che non può più essere ricostruito esclusivamente attorno all'impugnazione di un provvedimento. La tutela nei confronti dell'inattività amministrativa, della via di fatto e, più in generale, delle posizioni che richiedono un comportamento positivo dell'Amministrazione pone esigenze alle quali la sola sospensione non è strutturalmente in grado di rispondere. In questa prospettiva, il problema della tutela cautelare finisce per riflettere una questione più generale relativa all'oggetto e alla funzione del processo amministrativo: quanto più la tutela definitiva si apre a contenuti diversi dal mero annullamento, tanto meno la tutela interinale può rimanere vincolata allo schema della sospensione.
Nonostante le differenze che caratterizzano le tradizioni giuridiche del contenzioso amministrativo e gli assetti istituzionali dei due ordinamenti considerati – Spagna e Italia – il presente lavoro si propone di analizzare la fase cautelare nell'ordinamento spagnolo, assumendo quale riferimento interpretativo il sistema della giustizia amministrativa italiana. Prima di procedere in tale direzione, tuttavia, si impone una precisazione di metodo: l'analisi comparata, in questo ambito, non può limitarsi a un raffronto meramente descrittivo delle rispettive discipline processuali, ma richiede, in via preliminare, la ricostruzione della struttura e della funzione del giudizio cautelare nel sistema spagnolo, al fine di individuarne le categorie operative e i presupposti applicativi, nonché di verificare se e in quale misura tali assetti siano suscettibili di essere posti in comparazione. Come avvertiva Mario Nigro, in assenza di tale operazione ricostruttiva, la comparazione rischia di ridursi a mera giustapposizione di dati normativi, priva di effettivo spessore scientifico[7].
La prospettiva comparata non sarà dunque utilizzata per ricercare una corrispondenza tra categorie formalmente identiche. L'esperienza italiana sarà impiegata quale riferimento interpretativo per verificare in che modo un sistema di tutela amministrativa possa conciliare la strumentalità e la provvisorietà della decisione cautelare con l'adozione di misure che, quando necessario, anticipino provvisoriamente alcuni effetti della tutela finale. Il punto decisivo non consiste, infatti, nell'escludere ogni anticipazione, ma nel distinguere l'anticipazione interinale necessaria a preservare l'effettività della sentenza da una decisione irreversibile che esaurisca anticipatamente l'oggetto del giudizio.

[6] S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de Derecho administrativo*, t. III, *Contencioso-administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2013; ID., *La aparente bondad del sistema de numerus apertus de las medidas cautelares*, in *Boletín del Ministerio de Justicia*, a. LXIX, n. 2178, 2015, spec. pp. 12-13 e 19-21, ove l'Autore contrappone la concezione tradizionale o mista del processo contenzioso-amministrativo spagnolo, incentrata sull'atto, a quella più marcatamente soggettiva, conforme all'art. 24 CE, propria dell'esperienza tedesca.

[7] M. NIGRO, *L'appello*, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 90 e 93.L'Autore individua nel metodo comparativo come uno strumento di conoscenza giuridica che presuppone, per la sua fecondità, una base di omogeneità tra gli ordinamenti confrontati. Egli avverte, tuttavia, che tale metodo «*non può produrre risultati utili quando si verta in presenza di radicale eterogeneità tra i sistemi*»

ISSN 2036-7821

L'indagine muove pertanto da una specifica ipotesi: la *Ley 29/1998* ha realizzato il superamento normativo del monopolio della sospensione, senza che a tale trasformazione sia necessariamente corrisposta una piena normalizzazione applicativa delle misure cautelari positive. Occorre allora verificare se la persistente difficoltà nell'adozione di tali misure dipenda dai limiti propri della funzione cautelare o, piuttosto, dalla sopravvivenza di categorie elaborate all'interno del tradizionale processo impugnatorio. Da questa distinzione dipende la possibilità di ricostruire il giudizio cautelare non come eccezione all'esecutività amministrativa, ma come componente necessaria della tutela giurisdizionale effettiva.

2 La tutela cautelare nel diritto dell'Unione europea dal pluralismo procedurale al principio di effettività

Non occorre in questa sede ripercorrere l'*iter* teorico del diritto di difesa sancito dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, comunemente nota come Carta di Nizza, nè la sua effettiva proiezione applicativa[8].È tuttavia opportuno ricordare che la tutela dei diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico dell'Unione spetta in primo luogo ai tribunali nazionali[9], i quali, in quanto giudici degli Stati membri, sono tenuti a garantire la protezione richiesta dalle parti per assicurare la piena effettività di tali diritti[10].

Il diritto dell'Unione europea non ha proceduto a una generale armonizzazione delle forme di tutela giurisdizionale offerte dagli ordinamenti nazionali. In assenza di una disciplina unionale specifica, spetta pertanto agli Stati membri individuare i giudici competenti e definire le modalità processuali attraverso le quali possono essere fatti valere i diritti derivanti dall'ordinamento europeo[11]. Tale autonomia procedurale non costituisce, tuttavia, uno spazio sottratto ai vincoli del diritto dell'Unione, ma opera entro i limiti tradizionalmente individuati dalla Corte di giustizia nei principi di

[8] Si veda D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 683 ss.; E. KLEIN, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, p. 683 ss.

[9] Cfr. F. J. ROLDÁN BARBERO, *La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, a. VII, n. 16, 2003, pp. 943-992.; G. DELLEDONNE, *Carta di Nizza e Corti costituzionali nazionali. Quali prospettive?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 2013, pp. 449-467.; G. Pleuger, *Der Vertrag von Nizza: Gesamtbewertung der Ergebnisse*, in *Integration*, vol. 24, n. 1, 2001, pp. 1-7.; M. ELLIOTT, *The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law*, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 58, n. 1, 1999, pp. 129-158

[10] M. LÓPEZ ESCUDERO, *El juez nacional como juez de la Unión Europea y la aplicación del Derecho de la UE en los Derechos internos*, in *Derecho procesal europeo*, Madrid, Iustel, 2019, pp. 69-102.

[11] Corte di giustizia, causa C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS*, 14 dicembre 1995, EU:C:1995:437, punto 14, ove la Corte ha precisato che «ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali».

equivalenza e di effettività.[12]

Nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, fondato sui Trattati, l'autonomia procedurale nazionale assume un rilievo particolare, in quanto consente a ciascuno Stato membro di definire, secondo le proprie tradizioni istituzionali, l'assetto della giurisdizione e delle procedure interne[13]. Nondimeno, tale autonomia non può essere interpretata come un potere sovrano e illimitato. Tale funzione è prettamente strumentale, in quanto orientata al perseguimento degli obiettivi comuni dell'integrazione europea. Di conseguenza, si evince un limite intrinseco nell'esigenza di assicurare che ogni individuo disponga di una protezione giurisdizionale effettiva dei propri diritti e interessi legittimi, come stabilito dalle sentenze *Rewe* e *Comet*, la Corte ha infatti chiarito che le modalità processuali nazionali non possono essere meno favorevoli di quelle previste per situazioni analoghe fondate sul diritto interno e non possono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione[14] tale costruzione, successivamente precisata dalla giurisprudenza, trova oggi un più ampio inquadramento sistematico nell'art. 19, par. 1, TUE, che impone agli Stati membri di stabilire i rimedi necessari ad assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, e nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali.[15].

In tale prospettiva, l'autonomia procedurale degli Stati membri non implica una discrezionalità illimitata nella configurazione delle regole processuali, ma deve

[12] G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *La tutela judicial cautelar en el Derecho comunitario*, in *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, a cura di G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS e D. J. LIÑÁN NOGUERAS, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 633 ss.

[13] Corte di giustizia, causa C-268/06, *Impact*, 15 aprile 2008, EU:C:2008:223, punti 46-47, ove si afferma che «le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)», precisando inoltre che tali esigenze «valgono anche quanto alla designazione dei giudici competenti a conoscere delle azioni fondate su tale diritto».

[14] Su questa base si fondano i due noti arresti che hanno segnato la costruzione del diritto processuale europeo: la sentenza Rewe (causa 33/76), nella quale la Corte ha affermato che, in assenza di norme procedurali dell'Unione, spetta all'ordinamento interno determinare le modalità di esercizio dei diritti conferiti dal diritto europeo, a condizione che esse non ne compromettano l'effettività; e la successiva decisione Comet (causa 45/76), che ha ribadito la necessità di un equilibrio tra autonomia nazionale e tutela effettiva dei diritti, estendendo la portata applicativa del principio.Los efectos de la sentencia Rewe vinieron intensificados una vez adoptada la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con el mismo valor juridicio que los Tratados (artículo 6.1 TUE), y que el propio TUE obliga a los Estados miembros a establecer las vísa de recursos necesarias para garantizar tal tutela.

[15] Le norme che regolano gli strumenti processuali per la tutela dei diritti derivanti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, messi a disposizione dei justiziabili dal legislatore nazionale, non possono essere meno favorevoli rispetto a quelle previste per rimedi analoghi di natura interna.

essere esercitata nel rispetto degli obblighi derivanti dall'ordinamento dell'Unione[16]. Si evidenzia, pertanto, che tale principio non può essere considerato esclusivamente come un'enunciazione programmatica. Essa risulta strutturalmente condizionata dal principio di leale cooperazione sancito dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE[17], che impone agli Stati membri di adottare tutte le misure necessarie a garantire l'effettività del diritto dell'Unione e di astenersi da comportamenti idonei a comprometterne l'applicazione. In tale quadro, l'autonomia nazionale assume natura funzionale, in quanto orientata alla realizzazione degli obiettivi dell'integrazione europea.

Tale principio, proiettandosi sul piano processuale, impone ai legislatori e ai giudici nazionali l'obbligo di predisporre e applicare regole procedurali che non ostacolino o rendano eccessivamente difficoltoso l'esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione Europea[18]. La Corte di giustizia ha progressivamente consolidato tale orientamento, trasformando i principi di effettività ed equivalenza da mere clausole generali a criteri operativi di controllo sull'autonomia processuale nazionale[19].

In virtù dei principi menzionati, ai giudici nazionali - in quanto giudici dell'Unione spetta il dovere di garantire che le pretese fondate sul diritto europeo siano effettivamente tutelabili, anche in assenza di una disciplina processuale specifica predisposta dal legislatore interno.Alla luce delle suddette decisioni, emerge come la Corte di giustizia abbia progressivamente delineato un modello europeo di tutela giurisdizionale effettiva, nel quale il giudice nazionale assume un ruolo attivo e

[16] Sul recente *Proyecto de Ley de modificación parcial de las Leyes 39/2015 y 40/2015*, pubblicato il 17 ottobre 2024, volto a riformare il regime di responsabilità patrimoniale dello Stato legislatore per violazione del diritto dell'Unione europe. La riforma nasce quale risposta alla sentenza della *Corte di giustizia*, 28 giugno 2022, causa C-278/20, che aveva dichiarato incompatibile con il principio di effettività il sistema spagnolo di riparazione dei danni derivanti da atti legislativi contrari al diritto dell'Unione. Il nuovo art. 32 bis della *Ley 40/2015* introduce tre vie di reclamazione distinte e attribuisce al *Tribunal Supremo* la competenza a dichiarare la violazione del diritto dell'Unione, ma lascia irrisolti — come si osserva criticamente — i profili relativi alla competenza del *Consejo de Ministros* e alla limitazione dei danni risarcibili nella "vía de revisión", con possibili tensioni rispetto al principio di effettività sancito dalla giurisprudenza del TJUE.

[17] Si veda, inoltre, M. A. SANDULLI – G. TERRACCIANO, *La semplificazione delle procedure amministrative a seguito dell'attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein*, in *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. extra 12, 2010 (numero monografico dedicato a *El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo*), pp. 47-80.

[18] Come osserva S. de la Sierra, le modalità e la stessa denominazione della tutela giurisdizionale cautelare nel diritto dell'Unione europea si ispirano a formule proprie delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, da cui traggono legittimazione e contenuto. Cfr. S. DE LA SIERRA, *Provisional Court Protection in Administrative Disputes in Europe: The Constitutional Status of Interim Measures Deriving from the Right to Effective Court Protection. A Comparative Approach*, in *European Law Journal*, vol. 10, n. 1, 2004, pp. 42-60.

[19] Il percorso giurisprudenziale ha successivamente trovato ulteriore sviluppo nella pronuncia Factortame (cause riunite C-46/93 e C-48/93), in cui la Corte ha affermato che la garanzia di effettività richiede la possibilità per il giudice nazionale di adottare misure cautelari atte a preservare la piena efficacia del diritto dell'Unione. Sulla fondazione, nel diritto dell'Unione, della competenza dei giudici nazionali a concedere misure cautelari a tutela dei diritti riconosciuti dall'ordinamento europeo, si veda TJUE, *Factortame*, causa C-213/89, EU:C:1990:257, parr. 21-22, e *Zuckerfabrik*, cause riunite C-143/88 e C-92/89, EU:C:1991:65, parr. 19-21.

responsabile nella garanzia di effettività, anche mediante l'adozione di misure cautelari adeguate[20]. La lettura congiunta di tali sentenze consente di identificare la concretizzazione applicativa dei principi di effettività ed equivalenza, che costituiscono attualmente la struttura portante dell'intero sistema di tutela giurisdizionale nell'Unione europea[21].

In tale prospettiva, il principio di equivalenza stabilisce che le modalità procedurali applicabili alle azioni fondate sul diritto dell'Unione non siano meno favorevoli rispetto a quelle previste per azioni analoghe di diritto interno. Il principio di effettività, d'altro canto, richiede che tali regole non rendano eccessivamente difficile, o impossibile, l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento europeo[22]. Tali criteri, che non sono meramente teorici, trovano un riscontro costante nella prassi giurisprudenziale europea e nazionale, dove la Corte di giustizia ha progressivamente imposto un modello di cooperazione funzionale tra ordinamenti, al fine di garantire una tutela uniforme e pienamente efficace.

Alla luce di tale evoluzione, non si ritiene necessario soffermarsi sulla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'adozione, da parte dei giudici nazionali, di misure cautelari dirette ad assicurare l'applicazione del diritto dell'Unione[23]. L'attenzione sarà rivolta all'esame della giurisprudenza europea di natura cautelare, formatasi attraverso le ordinanze adottate in via monocratica dai Presidenti dei rispettivi tribunali dell'Unione, competenti a pronunciarsi sulle misure cautelari in tutti i procedimenti.Tale prospettiva, di natura prevalentemente operativa, permette di comprendere come il principio di effettività si manifesti in un equilibrio dinamico tra l'esecutività dell'atto amministrativo e la necessità di garantire una tutela immediata e concreta ai soggetti interessati dalla sua applicazione.[24]

---

[20] L'insegnamento desumibile da tali pronunce è evidente: il diritto dell'Unione non si limita a enunciare principi astratti, ma impone agli ordinamenti nazionali di istituire strumenti giurisdizionali efficaci, capaci di prevenire la frustrazione dei diritti riconosciuti ai singoli individui

[21] M. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, *A propósito de los sesenta años de los Tratados de Roma: el impacto del sistema jurídico comunitario en el ordenamiento jurídico español tras treinta años de pertenencia a la Unión Europea*, in *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 37, 2017, pp. 117-149.

[22] J. FUENTETAJA PASTOR, *Equivalencia y efectividad en la revisión de los actos administrativos nacionales contrarios al Derecho europeo*, in *Documentación Administrativa*, Nueva Época, n. 5, 2018, pp. 93–106, spec. pp. 97–99, ove si sottolinea come il principio di equivalenza imponga l'applicazione indifferenziata delle norme nazionali ai procedimenti fondati sul diritto dell'Unione e su quello interno, ma non richieda l'estensione automatica delle regole interne proprie dei casi europei a situazioni meramente analoghe; mentre il principio di effettività opera come criterio correttivo volto a garantire la piena realizzazione materiale delle norme dell'Unione.

[23] M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2003, pp. 91-125

[24] Corte di giustizia, 6 ottobre 2005, *Commissione europea c. Spagna*, causa C-204/03, EU:C:2005:588. Con tale decisione, la Corte ha dichiarato che la Spagna **non** era venuta meno agli obblighi derivanti dal diritto comunitario in materia di IVA, ritenendo compatibile con le direttive europee la disciplina nazionale che prevedeva un sistema di prorrata di deduzione del tributo per i soggetti passivi che effettuavano esclusivamente operazioni imponibili, nonché una norma speciale limitativa del diritto alla detrazione. La pronuncia è

Sul piano applicativo, il principio di effettività della tutela giurisdizionale trova una delle sue manifestazioni più significative nel regime di esecuzione delle decisioni sanzionatorie adottate dalle istituzioni dell'Unione, in particolare dalla Commissione europea in materia di concorrenza[25]. In tale ambito, l'esigenza di garantire al contempo l'efficacia dell'azione amministrativa dell'Unione e la salvaguardia dei diritti dei destinatari delle decisioni sanzionatorie ha condotto, nel corso del tempo, alla formazione di un sistema equilibrato di garanzie di natura tanto finanziaria quanto processuale [26].

Nel caso in cui la decisione sanzionatoria della Commissione venga impugnata dinanzi al Tribunale o alla Corte di giustizia, l'ordinamento dell'Unione non prevede una sospensione automatica della sua esecutività. In tali circostanze, tuttavia, la Commissione, in conformità con il principio di buona gestione finanziaria stabilito dal Regolamento (UE, Euratom) 2018/1046, può autorizzare l'impresa ricorrente a posticipare gli effetti economici della decisione mediante la presentazione di una garanzia bancaria di importo equivalente alla sanzione applicata, oppure attraverso il pagamento provvisorio della stessa.Tale prassi amministrativa, particolarmente diffusa nel settore del diritto della concorrenza, non altera formalmente l'efficacia giuridica della decisione, ma ne sospende l'attuazione economica, al fine di preservare l'interesse del destinatario a evitare un danno irreparabile derivante dall'immediato esborso, senza comprometterne la tutela finanziaria.[27]

---

significativa poiché chiarisce che le modalità nazionali di attuazione delle norme unionali restano ammissibili purché non compromettano il principio di effettività e l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione.

[25] In merito alla discrezionalità della Commissione nella determinazione e nell'applicazione delle sanzioni, la giurisprudenza unionale ha stabilito che l'autorità amministrativa dispone di un ampia discrezionalità, che le consente di valutare la situazione economica effettiva dell'impresa soggetta a sanzione e di adottare, quando necessario, parametri di riferimento diversi dall'esercizio sociale immediatamente precedente, al fine di garantire che la sanzione abbia un carattere dissuasivo e sia proporzionata alla violazione commessa. Tale potere discrezionale è funzionale anche alla prevenzione di condotte elusive delle imprese volte ad alterare artificialmente la propria capacità contributiva o a ridurre la base di calcolo della sanzione. La Corte di giustizia ha stabilito che la Commissione ha il diritto di escludere l'anno contabile precedente come base di riferimento quando si verifica che la situazione economica dell'impresa sia stata modificata in modo anomalo o artificioso. Si prenda in considerazione, in particolare, la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-76/10 P, Telefónica SA c. Commissione, EU:C:2011:277, punti 16-17, dove si sancisce che la discrezionalità della Commissione non può essere interpretata come arbitrio, ma piuttosto come strumento necessario per garantire l'efficacia, la proporzionalità e la funzione preventiva del diritto della concorrenza. Si veda: Per un'analisi pionieristica della discrezionalità amministrativa nel diritto spagnolo, si veda F. GARRIDO FALLA, *El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa*, in *Revista de Administración Pública*, n. 13, 1954, pp. 143-152.

[26] Corte di giustizia, ordinanza 14 luglio 2021, *Commissione europea c. Polonia*, causa C-204/21 R, EU:C:2021:593, adottata ai sensi dell'art. 279 TFUE. La Corte ha disposto misure provvisorie nei confronti della Polonia, sospendendo l'applicazione di disposizioni nazionali relative alla competenza della Camera disciplinare della Corte suprema, ritenute idonee a compromettere l'indipendenza dei giudici. La pronuncia ribadisce che il potere di adottare misure cautelari rappresenta uno strumento essenziale per garantire l'effettività del diritto dell'Unione e la tutela giurisdizionale effettiva ex art. 19, par. 1, TUE e art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

[27] Sul primo consolidarsi della prassi sanzionatoria della Commissione in materia di concorrenza e sull'emergere delle problematiche connesse al potere discrezionale nell'applicazione delle regole antitrust, si veda

La logica sottesa a tale disciplina si ispira chiaramente al principio di effettività della tutela giurisdizionale, nella misura in cui mira a scongiurare che l'esecuzione immediata della sanzione privi di utilità la successiva decisione del giudice dell'Unione sul merito della controversia. La bilancia tra l'esigenza di garantire l'efficacia dell'azione amministrativa dell'Unione e quella di preservare la piena utilità del ricorso trova il suo fondamento negli articoli 278 e 299 TFUE. Tali disposizioni conferiscono al giudice dell'Unione il potere di sospendere l'esecuzione dell'atto impugnato o di adottare le misure provvisorie necessarie a garantire l'effettività della tutela, nel rispetto dei presupposti del fumus boni iuris e del periculum in mora[28].

In tale prospettiva, il rimedio cautelare giurisdizionale e la facoltà amministrativa della Commissione di differire la riscossione della sanzione si collocano su piani distinti ma complementari: il primo opera come strumento giurisdizionale di garanzia dei diritti, il secondo come meccanismo di buona amministrazione volto a prevenire pregiudizi economici sproporzionati[29]. Il modello di cooperazione funzionale tra potere esecutivo e potere giurisdizionale, che emerge da tale analisi, si caratterizza per una tutela effettiva che si realizza attraverso un bilanciamento dinamico tra l'autorità dell'atto e la protezione del diritto[30].

Nel suo complesso, il sistema — frutto di una prassi amministrativa consolidata sin dagli anni Ottanta — configura una forma peculiare di *autotutela cautelare* dell'Unione. Essa si innesta sul principio generale di effettività e traduce, in chiave

C.H. FULDA, *The First Antitrust Decisions of the Commission of the European Economic Community*, in *Columbia Law Review*, vol. 65, n. 4, 1965, pp. 625-645, ove si analizzano le prime decisioni della Commissione nel quadro del Trattato di Roma, evidenziando le tensioni tra l'esigenza di effettività del controllo e la costruzione di un modello amministrativo autonomo di enforcement europeo.

[28] Corte di giustizia, causa C-301/19 P, Commissione / Printeos, EU:C:2021:39, punti 68, 84 ss., 94 e 104, ove la Corte ha affermato che, in caso di annullamento di una decisione sanzionatoria, la Commissione è tenuta, ai sensi dell'art. 266 TFUE, a rimborsare integralmente l'importo dell'ammenda versata a titolo provvisorio, corredato dagli interessi moratori per il periodo intercorrente tra il pagamento e il rimborso. La Corte ha specificato che tale obbligo non rientra nella discrezionalità della Commissione, la quale non può stabilire unilateralmente le condizioni per la corresponsione degli interessi, e che la garanzia bancaria o il pagamento provvisorio costituiscono strumenti di tutela effettiva, idonei a evitare pregiudizi economici irreversibili e a garantire la restitutio in integrum del ricorrente.

[29] Si veda, sulla buona amministrazione, per l'Italia, A. POLICE – E. TEDESCHI, *La class action pubblica. L'interesse individuale e collettivo alla buona amministrazione e la sua giustiziabilità*, in *Amministrativ@mente*, n. 3, 2021, pp. 1-56; per la Spagna, J. PONCE SOLÉ, *El derecho a una buena administración, su exigencia judicial y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos: a propósito de la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo 1421/2020, de 28 de mayo de 2020, recurso de casación 5751/2017*, in *Revista de Administración Pública*, n. 221, 2023, pp. 163-182. *2020, recurso de casación 5751/2017*, in *Revista de Administración Pública*, n. 221, 2023, pp. 163-182.

[30] La giurisprudenza recente ha ulteriormente precisato la portata di tale equilibrio. Nelle cause Printeos (C-301/19 P) e Deutsche Telekom (C-221/21 P), la Corte di giustizia ha riconosciuto il diritto delle imprese al rimborso integrale e alla corresponsione degli interessi in caso di annullamento della decisione sanzionatoria, sottolineando che la tutela effettiva esige la piena restitutio in integrum. Tali pronunce confermano che la garanzia bancaria o il pagamento provvisorio non costituiscono meri strumenti contabili, bensì meccanismi di garanzia sostanziale, finalizzati a salvaguardare la parità delle parti nel processo e a mantenere integro l'equilibrio tra effettività della sanzione e effettività della tutela.

operativa, la logica di bilanciamento propria del diritto amministrativo europeo: da un lato, la Commissione è chiamata ad assicurare l'applicazione uniforme e immediata del diritto dell'Unione; dall'altro, a garantire che il ricorso giurisdizionale non sia svuotato di contenuto da un'esecuzione prematura e potenzialmente irreversibile.

Va tuttavia chiarito che la sospensione dell'operatività della decisione non discende automaticamente dalla presentazione del ricorso o dalla richiesta di garanzia, ma rimane subordinata alla valutazione dei giudici dell'Unione nell'ambito delle misure provvisorie disciplinate dall'articolo 278 TFUE[31]. Solo l'organo giurisdizionale, infatti, è legittimato a disporre la sospensione degli effetti di un atto dell'Unione, qualora sussistano i presupposti cumulativi del *fumus boni iuris*[32] e del *periculum in mora*[33]. La garanzia bancaria costituisce uno strumento di natura finanziaria, distinto dalla tutela cautelare in senso stretto ma ad essa funzionalmente connesso, in quanto consente al destinatario di evitare l'esborso immediato della sanzione e, al tempo stesso, salvaguarda l'interesse dell'Unione alla conservazione del credito fino alla decisione definitiva.

Sotto questo profilo, il ricorso alla garanzia bancaria non equivale a una sospensione *ex officio* della decisione, ma costituisce una tecnica di bilanciamento funzionale all'attuazione del principio di effettività.Essa non sospende formalmente l'atto, ma ne mitiga gli effetti economici, assicurando al contempo che, qualora il ricorso venga accolto, il diritto dell'impresa trovi una protezione concreta e non meramente teorica. In tal modo, il diritto processuale dell'Unione realizza una forma di autotutela cautelare indiretta, che non invade la sfera giurisdizionale ma si coordina con essa, rafforzando il nesso strutturale tra esecutività amministrativa e tutela giurisdizionale effettiva.

In particolare, l'impresa interessata deve dimostrare l'esistenza di un rischio concreto di gravi difficoltà finanziarie qualora fosse obbligata a versare immediatamente l'importo della sanzione; inoltre, essa è tenuta a provare di aver effettivamente proposto ricorso giurisdizionale dinanzi al Tribunale dell'Unione e a fornire, a

[31] S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *La construcción jurisprudencial del principio de responsabilidad del Estado desde la autonomía procesal y sus límites (equivalencia y efectividad). Un modelo agotado tras la sentencia "Comisión/España" (C-278/20)*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 74, 2023, pp. 111-146.

[32] Si veda, in ambito spagnolo, J. SUAY RINCÓN, *La suspensión de la expropiación: El "Fumus Bonis Iuris" como criterio determinante para la adopción de una medida cautelar (Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 19/11/1990)*, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 251, 1991, pp. 659-674,

[33] M. C. CHINCHILLA MARÍN, *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, cit., p. 172: «*La base determinante de las medidas cautelares es, en mi opinión, el denominado periculum in mora, ya que la finalidad de aquéllas es evitar el peligro que para el derecho puede suponer la existencia misma de un proceso con la lentitud propia e inevitable del mismo. La amenaza de que se produzca un daño irreversible en la demora del juicio está en la propia definición de las medidas cautelares que, como dijo Calamandrei, "son una anticipación provisional de ciertos efectos de la decisión definitiva dirigidas a prevenir el daño que podría derivarse del retraso de la misma"*».

garanzia del risultato finale del processo, un'idonea fideiussione bancaria[34]. Tale prassi, benché di natura amministrativa, riflette chiaramente l'influenza del principio di effettività, poiché mira a evitare che l'esecuzione immediata dell'atto renda priva di utilità la successiva decisione giurisdizionale sul merito.In tali casi, il principio di effettività della giustizia trova la propria concreta manifestazione nell'equilibrio tra l'esecutività dell'atto e la necessità di assicurare una tutela cautelare efficace sino alla decisione definitiva.

A tal riguardo, la giurisprudenza sovranazionale evidenzia come il principio di effettività costituisca attualmente il fondamento etico del sistema di tutela giurisdizionale europeo, influenzando sia la giurisprudenza della Corte di giustizia che le prassi amministrative delle istituzioni dell'Unione. Dalla dialettica tra autonomia procedurale nazionale e vincoli di effettività emerge un modello integrato di giustizia amministrativa, in cui la tutela cautelare, nelle sue espressioni giurisdizionali e amministrative, opera come strumento essenziale di equilibrio tra l'autorità dell'atto e la protezione del diritto.Tale equilibrio, raggiunto a livello sovranazionale, rappresenta il punto di partenza necessario per esaminare, nella dimensione costituzionale interna, la genesi e l'evoluzione del diritto alla tutela effettiva nei singoli ordinamenti nazionali.

3. Il bilanciamento costituzionale della tutela cautelare tra diritto di difesa ed effettività della giustizia.

Esaminata la tutela cautelare atipica maturata nella prassi della Commissione europea, occorre ora rivolgere l'attenzione ai principi costituzionali che regolano la tutela cautelare a livello nazionale. La loro analisi ne rivela la natura intrinseca, collocata a un crocevia tra il principio del diritto di difesa e l'esigenza di effettività della giustizia. Entrambi i valori, di natura costituzionale, si confrontano nel momento in cui l'amministrazione esercita il proprio potere di autotutela esecutiva e il giudice amministrativo è chiamato a garantirne il controllo. In tale tensione tra esecutività dell'atto e garanzia giurisdizionale si definisce la funzione sistematica del processo amministrativo, nel cui ambito la misura cautelare opera quale strumento di bilanciamento tra interesse pubblico e posizione soggettiva del ricorrente.

La riflessione sul bilanciamento tra potere e garanzia non può prescindere dal riferimento ai principi costituzionali che ne costituiscono il fondamento[35]. È sul

[34] C. SENÉS MOTILLA, *La orden europea de retención de cuentas: una apuesta decidida para la tutela cautelar del crédito en asuntos transfronterizos*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, n. 2, 2017, pp. 309-316.

[35] Nel panorama giuridico spagnolo, il dibattito sulla qualificazione del procedimento cautelare rimane ancora oggi ampiamente aperto. In particolare, si discute sulla sua natura giuridica: da un lato, se debba essere considerato un processo autonomo rispetto al giudizio principale, e dall'altro, se piuttosto, debba essere considerato una fase meramente accessoria e strumentale rispetto al giudizio di merito. La suddetta dissertazione, sviluppatasi nell'ambito della dottrina e della giurisprudenza amministrativa, trova il proprio fondamento normativo nella *Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (LJCA), la quale dedica agli strumenti cautelari gli articoli 129-136, raccolti nel Capítulo II, intitolato "*Medidas cautelares*". L'articolo 131.1 della

ISSN 2036-7821

terreno costituzionale, infatti, che tale rapporto trova la propria giustificazione giuridica e la sua traduzione in criteri di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa. In tale prospettiva, come già rilevato nel punto precedente, gli articoli 24 della Costituzione spagnola e 24 della Costituzione italiana riconoscono, in termini sostanzialmente analoghi, il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. Tuttavia, la portata effettiva di tale riconoscimento si misura non nella mera proclamazione del diritto, ma nella capacità dell'ordinamento di garantirne l'attuazione concreta, anche nella fase interinale del processo[36].

Dal punto di vista del diritto pubblico, la Spagna e l'Italia condividono una comune matrice costituzionale, che riconosce il diritto fondamentale alla tutela

Legge sul Processo Civile (LJCA) stabilisce che: "L'istanza cautelare sarà trattata separatamente, con l'audizione delle parti interessate, e il segretario giudiziario emetterà un'ordinanza per un periodo massimo di dieci giorni. La decisione sarà presa mediante un'ordinanza entro cinque giorni lavorativi successivi. Nel caso in cui la Administración demandada non si sia ancora presentata, l'udienza si considera tenuta con l'organo che ha emesso l'atto impugnato.Dalla suddetta disposizione emerge con chiarezza che, sebbene l'incidente cautelare presenti un'autonomia procedurale formale, in quanto viene svolto in una pieza separada, mantiene una connessione funzionale con il processo principale. Tale connessione è un meccanismo di garanzia volto a garantire l'utilità futura della decisione di merito. Il procedimento in esame può pertanto essere qualificato come un procedimento speciale di carattere strumentale, volto a prevenire l'inefficacia della tutela giurisdizionale derivante dal decorso del tempo.L'articolo 136.2 LJCA amplia ulteriormente il quadro, consentendo la richiesta di misure cautelari anche prima della proposizione del ricorso principale, purché l'attore provveda alla relativa ratifica entro dieci giorni dalla notifica della loro adozione.Il sistema delineato dagli articoli 129-136 della LJCA delinea così una concezione evolutiva dell'istituto cautelare, che, pur mantenendo la propria natura ancillare rispetto al giudiziario, si evolve in un strumento di protezione del diritto in attesa della definizione del giudizioIn questa prospettiva, il procedimento cautelare spagnolo si presenta quale concreta espressione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, principio che, in chiave comparata ed europea, rappresenta oggi uno degli assi portanti della giustizia amministrativa contemporanea. Si veda: A. CALONGE VELÁZQUEZ, *Las medidas cautelares de especial urgencia en el proceso contencioso-administrativo español (Un análisis doctrinal y jurisprudencial del artículo 135 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*, in *Rivista Amministrativamente*, n. 1, 2023, p. 5 e ss

[36] Analogamente a quanto accaduto in Italia, anche in Spagna la "battaglia" per il riconoscimento e la progressiva definizione delle misure cautelari si è sviluppata inizialmente sul terreno dottrinale, per poi consolidarsi attraverso l'elaborazione giurisprudenziale. In Spagna, la giurisprudenza degli anni Ottanta e Novanta ha segnato una fase di consolidamento dell'istituto cautelare, con pronunce che riflettono l'influenza della dottrina europea sull'effettività della tutela giurisdizionale. Tra le decisioni più significative si segnalano gli *Autos* del *Tribunal Supremo* del 20 dicembre 1990 (RJ 10412, relatore F. GONZÁLEZ NAVARRO) e del 17 gennaio 1991 (RJ 503, relatore J. DELGADO BARRIO), nei quali si afferma con chiarezza la necessità di garantire una protezione cautelare effettiva e proporzionata, in linea con i principi elaborati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Si veda, in proposito, la giurisprudenza costituzionale italiana che, a partire dagli anni Settanta, ha progressivamente affrontato il tema dell'assenza di poteri cautelari in capo al giudice tributario e amministrativo. In particolare, dopo le aperture manifestate dalle sentenze n. 227 del 1975 e n. 8 del 1982, la Corte costituzionale, con la decisione n. 63 del 1982 — resa in materia di contenzioso tributario — ha ritenuto conforme a Costituzione la riserva al solo Intendente di Finanza del potere di sospendere la riscossione coattiva, valorizzando l'esigenza di tutela dell'interesse pubblico alla percezione dei tributi. La Corte ha ritenuto che tale assetto normativo, completato dal meccanismo della riscossione graduale previsto per legge, garantisse un equilibrio sufficiente tra le ragioni dell'Erario e la posizione del contribuente, pur non riconoscendo al giudice un potere cautelare pieno. (*Corte cost.*, sent. 1 febbraio 1982, n. 8; sent. n. 63 del 1982, in *Giur. cost.*, 1982, 41 ss.; cfr. F. G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1983, p. 311 ss.

giurisdizionale effettiva. In Spagna, l'articolo 24.1 della Constitución de 1978[37] garantisce in termini pressoché analoghi "il diritto a ottenere la tutela effettiva dei giudici e dei tribunali nell'esercizio dei propri diritti e interessi legittimi, senza che in nessun caso possa verificarsi una situazione di difetto di difesa"[38]. Mentre in Italia, l'articolo 24 della Costituzione[39] garantisce a ogni individuo il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, affermando che "la difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento".

Nonostante l'elemento positivo menzionato, se si considera la giustizia amministrativa nei due ordinamenti da una prospettiva negativa, emerge uno sviluppo disomogeneo e asincrono[40]. In Italia, senza entrare nel merito, tale

[37] J. TORNOS MAS – J. SALAS, *Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona*, in *Revista de Administración Pública*, n. 93, 1980, pp. 29-66. Gli Autori sottolineano come l'articolo 24 della *Constitución Española* rappresenti «*sin lugar a duda el artículo más complejo de la parte dogmática*» della Costituzione, in quanto diritto che «*más demandas de recurso de amparo constitucional genera*». La tutela judicial efectiva — affermano — protegge primariamente «*a los individuos, personas físicas, nacionales o extranjeras, titulares de derechos e intereses legítimos, y frente a los poderes públicos*», ma il *Tribunal Constitucional* ne ha esteso la titolarità anche «*a las personas jurídicas (STC 19/1983) y, excepcionalmente, a las personas jurídico-públicas*», purché «*no gocen de privilegios procesales*» (SSTC 19/1983, 91/1991, 100/2000, 175/2001, 11 y 28/2008).

[38] Si precisa che le traduzioni dei testi dottrinali e normativi spagnoli riportate nel presente lavoro sono frutto di elaborazione autonoma dell'autore.

[39] A. POLICE, *Commento all'art. 24*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione della Repubblica italiana*, vol. I, Torino, UTET, 2006, p. 502 ss.

[40] In Spagna non si è registrato uno sviluppo paragonabile a quello del concetto di *interesse legittimo* maturato nella giustizia amministrativa italiana di tradizione tedesca, non essendo questo il luogo per approfondire in modo sistematico tale istituto. Si può tuttavia ricordare che l'evoluzione della categoria dell'*interés legítimo* nel diritto amministrativo spagnolo trova le sue origini nella *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* del 1956, la quale, pur segnando un decisivo passo avanti verso una giustizia amministrativa indipendente e di tipo giurisdizionale, conservava ancora tratti dell'impostazione oggettivista. Il sistema distingueva infatti tra diritto soggettivo e interesse legittimo, riservando solo al primo la possibilità di ottenere un ristabilimento pieno, mentre al secondo era concesso un rimedio meramente demolitorio (artt. 28.1, 41 e 42 LJCA 1956). L'azione contenziosa richiedeva inoltre un "interesse diretto" (art. 28.1 a), e talune categorie di atti – come quelli relativi alla disciplina militare o alla stampa – restavano escluse dal sindacato giurisdizionale (art. 40). Questo impianto fu gradualmente superato in tre direzioni: in primo luogo, attraverso la disapplicazione giurisprudenziale della distinzione rigida tra diritto soggettivo e interesse diretto; in secondo luogo, mediante la riconduzione dell'*interés legítimo* al concetto processuale di interesse ad agire, caratteristica propria del diritto amministrativo spagnolo degli anni Cinquanta; e infine, grazie alla teoria delle "situazioni attive dell'amministrato" elaborata da Eduardo García de Enterría, secondo la quale ogni vincolo giuridico imposto all'amministrazione genera un diritto soggettivo correlativo in capo al cittadino inciso nella propria sfera individuale. Da ciò deriva che la "legge oggettiva" si articola in una pluralità di diritti soggettivi riflessi, corrispondenti ai doveri giuridici dell'amministrazione (di motivare, di non agire arbitrariamente, di rispettare la tipicità delle sanzioni, ecc.). In tale prospettiva, l'*interés legítimo* perde la sua tradizionale subordinazione rispetto al diritto soggettivo, assumendo la fisionomia di una posizione giuridica di tutela piena, radicata nel principio di Stato di diritto e nel diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. Sul punto, si vedano: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre los derechos públicos subjetivos*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 6, 1975, pp. 427-448.; L. MEDINA ALCOZ, *El interés legítimo como situación activa del administrado. Razones para no importar la teoría italiana*, in E. CARBONELL PORRAS, R. CABRERA MERCADO (a cura di), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 257-292;L. MEDINA ALCOZ – J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (prol.), *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo: derecho subjetivo e interés legítimo, una revisión*, Marcial Pons, Madrid, 2016.;A. NIETO, *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*, in *Revista de Administración Pública*, n. 50, 1966, pp. 27-50, e *Sobre*

giurisdizione è configurata come speciale[41], dotata di propri organi e di un Codice del processo amministrativo autonomo[42]. In Spagna[43] invece, rientra nell'ambito della giurisdizione ordinaria, con sezioni contenzioso-amministrative[44]. Tuttavia, le

la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo, in *Revista de Administración Pública*, n. 57, 1968, pp. 9-33.;R. PARADA VÁZQUEZ, *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, in *Revista de Administración Pública*, n. 55, 1968, pp. 41-70.

[41] Cfr. A. POLICE, *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in P. L. PORTALURI (a cura di), *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa. Il percorso delle riforme. Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016. L'autore confuta la concezione "speciale" della giustizia amministrativa, sostenendo che essa costituisce parte integrante dell'unità funzionale della giurisdizione delineata dalla Costituzione. Il giudice amministrativo, terzo e indipendente, è il giudice naturale del potere pubblico nelle controversie sull'esercizio o sull'omissione dell'azione amministrativa. La "specialità" non è un'anomalia ma una specificità funzionale coerente con l'art. 103 Cost., che ammette un sistema duale di giurisdizione in particolari materie; la vera sfida risiede nel perfezionamento delle tutele, non nella soppressione del dualismo.

[42] Il processo amministrativo italiano, come noto, ha ad oggetto l'esercizio dell'azione pubblica, dalla quale possono derivare posizioni soggettive di interesse legittimo meritevoli di tutela giurisdizionale. Non essendo questa la sede per ricostruire in modo analitico la complessa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale del concetto di *interesse legittimo*, è tuttavia opportuno ricordare che esso non si presenta come una nozione astratta, bensì come una posizione giuridica concreta, intrinsecamente collegata all'esercizio del potere amministrativo e alla necessità di garantirne la conformità all'ordinamento. È significativo che, pur menzionando espressamente gli "interessi legittimi" all'art. 24, comma 1, Cost., quale oggetto di tutela al pari dei diritti soggettivi, il legislatore non ne abbia mai fornito una definizione positiva, lasciandone alla giurisprudenza e alla dottrina il compito di delinearne i confini concettuali e funzionali.Il diritto dell'Unione europea, com'è noto, non conosce la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo; eppure, proprio tale distinzione rappresenta uno dei cardini strutturali del sistema italiano di garanzie nei confronti dell'esercizio del potere pubblico, influenzando tanto la configurazione delle situazioni giuridiche soggettive quanto il riparto di giurisdizione.Gli articoli 103 e 113 della Costituzione definiscono infatti un assetto giurisdizionale di tipo duale: alla giurisdizione amministrativa è attribuita la tutela degli interessi legittimi — nonché, in specifiche materie, anche dei diritti soggettivi —, mentre alla giurisdizione ordinaria spetta la protezione dei diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione. L'articolo 113, a sua volta, sancisce il principio dell'incondizionata accessibilità alla giurisdizione, escludendo che la tutela contro gli atti amministrativi possa essere limitata da vincoli di forma o da particolari categorie di atti. Nella sua configurazione tipica di giudizio impugnatorio, il processo amministrativo mira a garantire al soggetto leso un vantaggio effettivo e concreto: questo può consistere nel recupero della propria sfera giuridica originaria (*interessi legittimi oppositivi*) oppure nel conseguimento — o nella possibilità di conseguire — un ampliamento di tale sfera mediante l'esercizio del potere amministrativo (*interessi legittimi pretensivi*). La natura vincolata o discrezionale del potere incide sulla certezza del risultato. Si veda: M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro italiano*, 1987.; F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Torino, Giappichelli, 1990; Id., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017.

[43] S. MUÑOZ MACHADO, *Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Exposición de motivos*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 100, 1998 (numero monografico dedicato ai *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*), pp. 23-42.

[44] A differenza dell'Italia, dove la questione della giurisdizione amministrativa ha rappresentato – e continua a rappresentare – un terreno di intenso dibattito dottrinale e istituzionale, l'ordinamento spagnolo offre un modello di configurazione più lineare. In tale prospettiva, la giurisdizione contenzioso-amministrativa si presenta come il giudice naturale dei poteri pubblici, competente a verificare la legittimità delle loro attività soggette al diritto amministrativo.Il suo ambito materiale di cognizione è definito dagli articoli 24 della *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ) e 1 della *Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (LJCA), che stabiliscono la competenza dei giudici e tribunali spagnoli sui ricorsi relativi ad atti, disposizioni e comportamenti delle pubbliche amministrazioni o di altri organi statali che esercitano funzioni di natura amministrativa.Il sistema delineato si fonda su una *cláusula general* di attribuzione, la quale assume come criterio soggettivo la provenienza

differenze strutturali tra i due modelli di giustizia amministrativa non impediscono di individuare una sostanziale convergenza[45] quanto alla funzione della tutela cautelare.

Inoltre, in entrambi gli ordinamenti, infatti, il giudizio cautelare si configura come lo strumento attraverso cui il giudice amministrativo assicura, in via interinale, l'effettività della tutela giurisdizionale, mediante un bilanciamento tra l'interesse pubblico sotteso all'esecutività dell'atto amministrativo e la posizione soggettiva del ricorrente, al fine di preservare l'utilità concreta della decisione finale.[46] Il giudice amministrativo, in sede cautelare, può anticipare gli effetti della decisione finale ovvero assicurare che la situazione del cittadino o privato non venga modificata in attessa della conclusione del processo. Pertanto si colloca in entrambi gli ordinamenti l'istituto della tutela cautelare, quale strumento volto a preservare l'utilità concreta della decisione finale[47].

---

dell'atto da un ente qualificato come amministrazione pubblica, senza richiedere ulteriori specificazioni competenziali. L'estensione della giurisdizione a organi non formalmente amministrativi – quali il *Tribunal Constitucional*, le *Cortes Generales* o il *Consejo General del Poder Judicial* – trova giustificazione nel principio di pienezza della garanzia giurisdizionale sancito dagli articoli 24.1 e 106.1 della *Constitución Española*.Sia la LOPJ sia la LJCA ribadiscono, infine, il carattere essenzialmente "revisorio" della giurisdizione contenziosa, poiché l'accesso al giudice presuppone l'esistenza di un previo atto o disposizione amministrativa, in coerenza con la tradizione del controllo di legalità sull'azione pubblica. Sul punto si v. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Ámbito y extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa. La formación, el desarrollo y la transformación radical en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa*, in *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 73, 2009, pp. 11-26; per un inquadramento sistematico più recente, cfr. J. J. MONTERO PASCUAL, *Introducción a la jurisdicción contencioso-administrativa*, in M. BACIGALUPO SAGGESE, S. DEL SAZ CORDERO, C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. A. FUENTETAJA PASTOR, S. MEDINA GONZÁLEZ, J. J. MONTERO PASCUAL, *Introducción a la jurisdicción contencioso-administrativa*, Open Ediciones Universitarias, Madrid, 2014, pp. 37-52; sul processo di modernizzazione e digitalizzazione della giustizia amministrativa spagnola, v. L. M. GARCÍA LOZANO, *La gestión electrónica de los expedientes judiciales*, in L. M. GARCÍA LOZANO (coord.), S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, J. A. TARDÍO PATO (dir.), *La Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa: sus cuestiones más actuales*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 603-614.

[45] Sul significato concettuale del termine *Homogenität* nella dottrina costituzionalistica tedesca, cfr. F. HANSCHMANN, *Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft. Zur These von der Notwendigkeit homogener Kollektive unter besonderer Berücksichtigung der Homogenitätskriterien „Geschichte" und „Sprache"*, Nomos, Baden-Baden, 2008, pp. 4-5. L'autore evidenzia che la *Homogenität*, concetto traducibile come "omogeneità" o "uniformità", non denota una qualità assoluta, ma una relazione comparativa fondata su un criterio comune (*tertium comparationis*), che permette di individuare in quale aspetto due o più entità possano considerarsi affini. Il termine, di derivazione greca (homós – uguale, comune; genos – origine, specie), rinvia quindi a un'idea di unità nella pluralità, di coesione costruita sul riconoscimento di elementi condivisi. In ambito giuridico e costituzionale, tale concetto assume rilevanza per la definizione del grado di coesione interna necessario alla legittimazione di un ordine politico o normativo fondato sulla sovranità del popolo.

[46] Non è questa la sede per ripercorrere la complessa evoluzione storica e dogmatica dell'istituto dell'interesse legittimo. È tuttavia opportuno richiamare, quale riferimento imprescindibile della dottrina pubblicistica italiana, l'opera di F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 30 e ss. Nella quale l'autore ricostruisce con rigore sistematico la genesi, la trasformazione e la funzione garantistica dell'interesse legittimo all'interno dell'esperienza giuridico-amministrativa italiana.

[47] Per una panoramica sulla teoria generale dell'oggetto del giudizio amministrativo in Italia, cfr. A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, Cedam, vol. II, parte II; nonché Id., *Giurisdizione piena e trasformazione della tutela cautelare*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche*

La giustizia amministrativa, infatti, non potrebbe dirsi effettiva se la durata del processo vanificasse la protezione dei diritti, ne deriva la necessità di un meccanismo in grado di assicurare una tutela provvisoria ma tempestiva, capace di neutralizzare gli effetti pregiudizievoli dell'atto impugnato prima della sentenza di merito[48]. In questa prospettiva, la riflessione di A. Police secondo cui "*il giudizio amministrativo, anche quello generale di legittimità, non si limita (o non si dovrebbe più limitare) al sindacato di un singolo atto, ma dovrebbe investire l'attività complessiva dell'Amministrazione in relazione ad un determinato assetto di interessi*"[49]offre una chiave di lettura sistemica della tutela giurisdizionale. Essa consente di interpretare il processo amministrativo e, particolarmente, la funzione cautelare non come un mero strumento di controllo puntuale, ma come un mezzo di equilibrio dinamico tra il potere e la garanzia, volto a preservare la coerenza complessiva dell'azione amministrativa con i principi di legalità ed effettività.

Pertanto, sia nell'ordinamento spagnolo che in quello italiano, il giudizio cautelare si confronta con la medesima esigenza: assicurare l'effettività della protezione giurisdizionale anche durante la fase interinale del processo, attraverso strumenti diversi ma convergenti nella finalità di mantenere integro l'assetto degli interessi in gioco[50]. A tale senso, il giudice amministrativo è chiamato a un esercizio

soggettive (Atti della tavola rotonda in memoria di L. Migliorini, Perugia, 7 dicembre 2001), Torino, Giappichelli, 2003, p. 231 ss.

[48] Sul principio di efficacia, inteso come presupposto dell'unità del mercato giuridico ed economico nazionale, cfr. J. TORNOS MAS, *El principio de eficacia supone que cualquier operador legalmente establecido, o cualquier bien legalmente producido y puesto en circulación, podrá ejercer la actividad económica o circular en todo el territorio nacional sin que quepa en principio exigir nuevas autorizaciones o trámites adicionales por parte de otras autoridades diferentes*, in *Estudios sobre la eficacia administrativa*, Civitas, Madrid, 2015, p. 150. L'autore sottolinea come il principio di efficacia, oltre a esprimere una dimensione funzionale dell'azione amministrativa, assuma una valenza sistemica nell'ordinamento spagnolo, poiché garantisce la libera circolazione dei beni e dei soggetti economici all'interno dello Stato, evitando duplicazioni procedimentali e ostacoli territoriali ingiustificati. Tale principio, quindi, si collega strutturalmente al principio di effettività della tutela, poiché entrambi concorrono a realizzare un'amministrazione orientata ai risultati e alla semplificazione giuridica. Per quanto riguarda gli effetti delle sentenze nel processo contenzioso-amministrativo, la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), dedica gli articoli 67–77 (Sección 8.ª "Sentencia") alla disciplina del regime di efficacia e dell'esecuzione delle decisioni giurisdizionali. Sebbene la materia appaia oggi di trattazione pacifica, la dottrina non è stata sempre unanime nel valutarne la portata sistematica. Come ricorda J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, 2ª ed., Madrid, 1975, p. 297, il principio di efficacia delle sentenze non può essere ridotto a una mera conseguenza formale della pronuncia giudiziale, ma costituisce l'espressione di un potere di controllo sostanziale sulla legalità dell'azione amministrativa. Tale impostazione anticipa l'odierna visione della giustizia amministrativa come garante non solo della legittimità, ma anche dell'effettività e della stabilità degli effetti giuridici derivanti dalla decisione.

[49] A. Police, *Amministrazione di risultati e processo amministrativo*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 39 e ss.

[50]La sentenza del Tribunal Constitucional n. 148/1993, del 29 de abril, afferma che «el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 CE».In tale prospettiva — come osserva la dottrina italiana — la "creatura" delle misure cautelari (G. SCOCA) si inserisce nel più ampio dibattito circa la possibilità che le sanzioni amministrative siano esecutive prima di acquisire piena definitività. La questione riguardava, in particolare, se agli atti sanzionatori si dovessero applicare i medesimi criteri di esecutività previsti per gli altri atti amministrativi non

particolarmente delicato di ponderazione, che non si esaurisce nella valutazione dei presupposti cautelari in senso stretto, ma investe l'intero equilibrio tra l'autorità dell'amministrazione e la garanzia dei diritti individuali. Nel contesto della giurisdizione amministrativa, infatti, il fattore tempo assume una rilevanza più intensa che in altri ordini di giurisdizione: esso non rappresenta soltanto la misura cronologica del processo, ma diviene una dimensione sostanziale dell'effettività della tutela, in quanto spazio di equilibrio tra potere e garanzia[51].

Da ciò si ricava che le misure cautelari e l'esecuzione delle sentenze costituiscono i due poli complementari di un medesimo sistema di garanzie: la prima assicura la conservazione dell'utilità della decisione finale, la seconda ne garantisce la piena attuazione. Entrambe concorrono a tradurre il diritto di difesa da principio meramente formale a strumento operativo di giustizia effettiva, realizzando così il nesso funzionale tra tutela provvisoria e tutela definitiva che caratterizza l'intero modello di giustizia amministrativa[52].

La fase cautelare, pur collocandosi in un momento preconoscitivo rispetto al merito, racchiude già in sé la sintesi di un risultato giuridicamente significativo: essa opera come una garanzia anticipata, volta a preservare l'utilità concreta della decisione finale. La suddetta esigenza di effettività, intrinseca alla funzione delle misure cautelari, rappresenta una costante strutturale di tutti i regimi di giustizia amministrativa, alimentando una copiosa elaborazione giurisprudenziale[53].

---

sanzionatori. La giurisprudenza costituzionale spagnola, a differenza di quella iniziale del Tribunal Supremo (sentenze del 17 e 21 luglio 1982), che considerava l'esecuzione anticipata delle sanzioni contraria al diritto alla tutela giudiziale effettiva, ha affermato un principio opposto. Con la STC 66/1984, del 6 de junio, il Tribunal Constitucional ha dichiarato che l'efficacia immediata degli atti sanzionatori non è contraria alla tutela giudiziale effettiva, poiché tale diritto si realizza garantendo la possibilità che la parte interessata chieda al giudice la sospensione dell'atto e che quest'ultimo si pronunci, in contraddittorio, sulla misura cautelare richiesta.Tale decisione è stata determinante, poiché sembrava escludere che l'Amministrazione potesse eseguire le sanzioni prima della loro definitività in via amministrativa, come precedentemente ritenuto da parte della giurisprudenza (SSTS 26 marzo, 11 e 20 junio 1986; ATS 5 enero 1998).In conseguenza di ciò, le sanzioni amministrative non possono essere eseguite sino a quando il giudice o il tribunale contencioso-amministrativo non si sia pronunciato sulla richiesta di misure cautelari, in conformità a quanto oggi previsto dall'art. 138.3 della Ley 39/2015 (già art. 138.3 della LRJ-PAC), secondo cui *"la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa"*."

[51]Il processo amministrativo deve essere strutturato in modo da garantire forme di tutela effettiva delle posizioni soggettive dedotte in giudizio, a cominciare da quella cautelare: sul punto, cfr. S. FOÀ, *Giustizia amministrativa, atipicità delle azioni ed effettività della tutela*, Napoli, Jovene, 2012, p. 74 ss.; nonché Id., *Giustizia amministrativa e pandemia: il processo amministrativo tra emergenza e principio di legalità*, in *Gestione nazionale della pandemia. Misure giuridiche tra Costituzione e CEDU. Profili critici*, a cura di S. FOÀ, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 105-124.

[52] L. COSCULLUELA MONTANER, *Título Primero. Del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Capítulo II. Órganos y Competencias: Artículo 10 y 11*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 100, 1998 (Ejemplar dedicado a *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*), pp. 160-171; A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205/2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *La riforma della giustizia amministrativa in Italia ed in Spagna. Atti del Convegno di studi italo-spagnolo (Palermo, 19-20 marzo 2001)*, a cura di S. RAIMONDI, R. URSI, M. IMMORDINO e F. SALVIA, Palermo, 2002, pp. 37-68.

[53] Con l'ordinanza del *Tribunal Supremo* (Sala Tercera) del 12 luglio 2004, la giurisprudenza spagnola ha ulteriormente delineato il punto di equilibrio tra il privilegio di autotutela esecutiva dell'Amministrazione e il

Alla luce di quanto precede, la riflessione sull'effettività della tutela e sul fattore tempo del processo conduce inevitabilmente a confrontarsi con la dimensione opposta, ma strutturalmente complementare, del potere amministrativo. In tale prospettiva, l'effettività della tutela giurisdizionale trova il proprio contrappunto naturale nel principio di esecutività degli atti amministrativi, che rappresenta la forma giuridica attraverso la quale si manifesta la pretesa dell'Amministrazione di assicurare l'immediata efficacia della propria azione, in attesa del controllo giurisdizionale.

Il fondamento sistematico della suddetta regola va rintracciato nell'istituto dell'autotutela amministrativa, espressione tipica della potestà pubblica delineata dall'articolo 103 della *Constitución Española*, che legittima l'Amministrazione a dare esecuzione ai propri atti senza la necessità di preventiva convalida giudiziale[54]. Tale prerogativa, tuttavia, non si configura come potere assoluto o illimitato, ma trova un limite necessario nel diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva: una volta instaurato il giudizio e proposta la domanda cautelare, l'Amministrazione non può procedere all'esecuzione dell'atto la cui legittimità sia oggetto di contestazione. Un esercizio improprio dell'autotutela, in tal senso, finirebbe per svuotare di contenuto la funzione stessa del controllo giurisdizionale, pregiudicando la parità delle parti e il principio di effettività della giustizia[55].

---

diritto alla tutela cautelare del cittadino. In tale decisione, il Tribunal Supremo ha ribadito che il privilegio di esecutività degli atti amministrativi si mantiene, ma è sempre soggetto al controllo giudiziale, che si concretizza nella decisione giudiziaria sulla sospensione dell'esecuzione. La sospensione cautelare, pertanto, opera come limite funzionale all'autotutela amministrativa, in quanto la tutela cautelare non può anticipare il contenuto della decisione definitiva, ma deve garantire l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale. Il suddetto principio trova espresso riconoscimento negli articoli 94, 57.1 e 111 della Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, e nella *Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, che disciplinano il regime dell'esecutività e la possibilità di sospensione giudiziale degli atti amministrativi.

[54] Si veda M. SÁNCHEZ MORÓN, *Artículo 103*, in M. E. CASAS BAAMONDE – M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer – Ministerio de Justicia, 2008, pp. 1682-1699.

[55] In merito alla rilettura del principio di esecutività degli atti amministrativi in presenza di un ricorso amministrativo pendente, si rimanda alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 28 maggio 2020, n. 5751/2017, che, facendo riferimento all'auto di ammissione del 14 marzo 2018, stabilisce che l'Amministrazione non può avviare il procedimento di appello finché non abbia risolto espressamente il ricorso (anche se meramente potestativo), poiché il silenzio rappresenta solo una fiction legal utile ad aprire la via impugnatoria, ma non legittima l'esecuzione forzata del provvedimento. La soluzione proposta si discosta dal tenore dell'art. 117.1 della Ley 39/2015, che stabilisce il principio generale di non sospensività del ricorso amministrativo, e si fonda invece su una lettura sistematica degli artt. 21-24 e 38 LPAC, nonché degli artt. 9.1, 9.3, 103 e 106 CE e del principio di buona amministrazione, anche per contrastare prassi amministrative di "*silencio-ejecución*". Si veda, in proposito, l'evoluzione della disciplina e della giurisprudenza spagnola in materia di sospensione dell'esecutività degli atti amministrativi a seguito della proposizione del ricorso contenzioso-amministrativo. Con la legislazione del 1956 (artt. 122 ss. della *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*), la regola generale era la non sospensione, salvo prova di un pregiudizio grave o irreparabile; mentre la Ley 29/1998, pur attenuando tale rigidità, ha mantenuto la sospensione come misura eccezionale, subordinata alla ponderazione tra interesse pubblico e privato. In precedenza, la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de 1978 prevedeva invece la

La suddetta limitazione trova un espresso riconoscimento nell'articolo 117.4 della *Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (LPAC), il quale dispone che l'Amministrazione non possa dare esecuzione a un atto impugnato qualora il ricorrente abbia richiesto l'adozione di misure cautelari. Tale disposizione, tuttavia, solleva delicate questioni interpretative circa la portata della sospensione automatica, e in particolare se essa debba permanere per tutto il periodo intercorrente tra la proposizione del ricorso e la decisione del giudice in sede cautelare[56].

---

sospensione automatica dell'esecuzione degli atti impugnati quando fossero in gioco diritti fondamentali, salvo motivata opposizione per ragioni di interesse generale. Sul punto, la STC 238/1992 riafferma la regola della non sospensione automatica, precisando tuttavia che il diritto alla *tutela judicial efectiva* (art. 24.1 CE) impone al legislatore e ai giudici di disporre di strumenti cautelari idonei a garantire l'effettività della decisione, poiché — come già affermato nella STC 14/1992 — «non esiste tutela giudiziale effettiva senza misure cautelari che assicurino l'effettivo adempimento della sentenza». In tale prospettiva, la tutela cautelare si configura come componente essenziale della tutela giurisdizionale effettiva, la cui assenza renderebbe illusoria la protezione dei diritti e degli interessi legittimi del cittadino.Come osserva Rodríguez-Arana Muñoz, la potestà di *ejecutividad y ejecutoriedad*, nella sua lettura costituzionale, non ha carattere assoluto ma relativo, soggetto a limiti e a un costante esercizio di ponderazione ed equilibrio in vista dell'obiettivo servizio dell'interesse generale. .J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Ejecutividad y suspensión del acto administrativo en el Derecho administrativo español: especial referencia a los actos sancionadores*, in *Derecho & Sociedad*, n. 49, 2017, pp. 429-445.

[56] L'articolo 117, paragrafo 4, della Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, stabilisce che: «Nel disporre la sospensione, possono essere adottate le misure cautelari necessarie a garantire la tutela dell'interesse pubblico o dei terzi, nonché l'efficacia della decisione o dell'atto impugnato. Nel caso in cui la sospensione possa dar luogo a pregiudizi di qualsivoglia natura, essa produrrà effetti unicamente previa prestazione di una cauzione o garanzia sufficiente a coprirli, secondo quanto stabilito dal regolamento. La sospensione si estenderà oltre l'esaurimento della via amministrativa quando, su preventiva richiesta dell'interessato, sia stata concessa una misura cautelare i cui effetti si protraggano nel giudizio contenzioso-amministrativo. Nel caso in cui l'interessato proponga un ricorso contenzioso-amministrativo per ottenere la sospensione dell'atto oggetto del processo, tale sospensione rimarrà efficace fino alla decisione giudiziale sulla relativa richiesta. La suddetta disposizione, in correlazione con l'articolo 90 della medesima legge, concernente le resoluciones sancionadoras, ha dato luogo a un significativo dibattito dottrinale riguardo alla natura automatica o discrezionale della sospensione della sanzione amministrativa quando il soggetto sanzionato comunica all'amministrazione la propria intenzione di proporre ricorso contenzioso-amministrativo con richiesta cautelare. Secondo l'interpretazione predominante, tale comunicazione determina ipso iure la sospensione dell'esecutività della sanzione, in quanto risulta essere la lettura più coerente con la giurisprudenza costituzionale, in particolare con le sentenze del Tribunal Constitucional nn. 66/1984, 238/1992 e 14/1992. Tali sentenze riconoscono nella tutela cautelare una componente imprescindibile del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, come previsto dall'articolo 24.1 della Costituzione spagnola. a dottrina ha inoltre precisato che l'uso del termine «podrá» nel precetto non indica una facoltà discrezionale, ma piuttosto una competenza obbligatoria condizionata. Di conseguenza, la pubblica amministrazione è obbligata a sospendere l'esecuzione della sanzione una volta ricevuta la comunicazione del ricorrente, configurandosi una «competencia permisiva» e non una «discrecionalidad permisiva».Questa impostazione trova conferma anche nell'ambito tributario: l'articolo 29.2 del Reglamento General del Régimen Sancionador Tributario, approvato con Real Decreto 2063/2004, stabilisce che gli organi di riscossione non possono avviare l'esecuzione forzata finché non sia decorso il termine per proporre ricorso contenzioso-amministrativo e, qualora l'interessato comunichi di averlo interposto con richiesta di sospensione, questa si manterrà fino alla decisione giudiziale sulla misura cautelare. Sulla portata e l'evoluzione del principio di esecutività delle sanzioni amministrative dopo la *Ley 39/2015*, v. M. REBOLLO PUIG, *La ejecutividad de las sanciones tras la Ley 39/2015*, in *Derecho administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, a cura di J. C. LAGUNA DE PAZ, Í. SANZ RUBIALES, I. DE LOS MOZOS TOUYA, vol. II, tomo 2, Madrid, Civitas, 2017, pp. 1343-1366; C. CHINCHILLA

In tale quadro, il fattore temporale assume una valenza decisiva, il tempo dell'esecuzione incide direttamente sull'efficacia del rimedio e sulla capacità del processo di prevenire il danno, divenendo esso stesso una garanzia sostanziale dell'effettività della tutela giurisdizionale. Il giudizio cautelare si configura, pertanto, come un vero e proprio esercizio di ponderazione da parte del giudice amministrativo, chiamato a bilanciare — in termini di proporzionalità e ragionevolezza — l'interesse pubblico all'immediata esecuzione dell'atto con l'interesse del privato alla sospensione dei suoi effetti.

Tale operazione di natura ermeneutica e discrezionale costituisce la proiezione processuale del bilanciamento costituzionale tra potere e garanzia, che rappresenta il nucleo dinamico della giustizia amministrativa contemporanea[57]. È opportuno, tuttavia, precisare che la tutela cautelare non comporta in alcun modo un'anticipazione del giudizio di merito. La misura cautelare, infatti, non può né deve influenzare la decisione finale, come più volte affermato dal *Tribunal Supremo*, il quale distingue con chiarezza tra il merito della controversia e la fase cautelare[58].

MARÍN, *Ejecutividad y prescripción de las sanciones administrativas en las Leyes 39/2015 y 40/2015*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 110-I, 2018, pp. 91-92; O. MIR PUIGPELAT, *El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional*, in *Revista de Administración Pública*, n. 162, settembre-dicembre 2003, pp. 47-53.

[57] Il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), dedica l'intero Titolo II, dagli articoli 55 a 62, ai procedimenti cautelari, a conferma della centralità della tutela interinale nel sistema processuale amministrativo italiano. I presupposti del provvedimento cautelare restano quelli tradizionali del periculum in mora e del fumus boni iuris. Il primo — inteso come pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario per la definizione del giudizio — è esplicitamente richiamato dal comma 1 dell'art. 55; il secondo, pur non menzionato espressamente, è implicitamente riconosciuto dal comma 9, che impone all'ordinanza cautelare di motivare in ordine alla valutazione del pregiudizio e di indicare i profili che, a un sommario esame, inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso. Ne risulta che la funzione della tutela cautelare si radica non nell'accertamento dell'esistenza del diritto, ma nella sua apparenza, configurandosi come un giudizio di probabilità e verosimiglianza. La diversa intensità del periculum — qualificato come "estrema" o "eccezionale" gravità e urgenza nei casi di decreto monocratico o di tutela ante causam — mostra una modulazione del rimedio in funzione del grado di interferenza sull'atto amministrativo e del valore sostanziale della garanzia. Un'analoga logica di bilanciamento informa anche l'ordinamento spagnolo, dove la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha conferito alla tutela cautelar un rilievo sistematico del tutto paragonabile a quello italiano. L'art. 129 della Ley del 1998 recepisce la costruzione pretoria maturata sotto il vigore della Ley del 1956, ammettendo la sospensione dell'atto impugnato quando la sua esecuzione possa arrecare pregiudizio irreparabile, e subordinandola a un giudizio di apariencia de buen derecho.

[58] Un primo significativo riferimento si rinviene nell'*Auto* dell'*Audiencia Nacional* del 10 novembre 2005 (procedimiento ordinario n. 0000461/2005, *Endesa S.A.* c/ *Comisión Nacional del Mercado de Valores*), ove la Sala de lo Contencioso-Administrativo riconosce che la sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo richiede un bilanciamento attento tra il rischio di pregiudizio irreparabile e l'interesse pubblico alla pronta esecuzione, valorizzando il principio di effettività della tutela giudiziale. Tale orientamento è stato successivamente consolidato e sistematizzato dall'*Auto* del *Tribunal Superior de Justicia de Madrid* del 27 aprile 2015, che, richiamando la *Sentencia del Tribunal Supremo* del 27 marzo 2014, ha ricondotto la decisione sulla misura cautelare a un "alto grado de ponderación conjunta de criterios". In particolare, la pronuncia enuclea cinque parametri fondamentali, destinati a orientare il giudizio cautelare:a) la necessità di un principio di prova, anche indiziario, delle circostanze di fatto idonee a giustificare la sospensione, non essendo sufficiente la mera allegazione di un pregiudizio generico;b) il divieto di pregiudicare il merito della controversia, secondo la giurisprudenza costituzionale (STC 148/1993), che definisce l'incidente cautelare come giudizio di cognizione limitata;c) la

La decisione sul fondo deve essere adottata nella sentenza definitiva, a conclusione di un procedimento nel quale entrambe le parti abbiano avuto piena possibilità di esercitare i propri mezzi di difesa, consentendo al giudice di acquisire una conoscenza esaustiva della materia del contendere. Nella fase cautelare, al contrario, la cognizione del giudice è necessariamente sommaria e limitata, circoscritta alla verifica dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, con la conseguenza che ogni valutazione anticipata del merito si rivelerebbe inammissibile e contraria alla funzione propria della misura provvisoria[59].

La prerogativa di autotutela amministrativa non si presenta più come un attributo di autonomia assoluta dell'atto amministrativo, ma come un potere relativo e condizionato, soggetto al sindacato di proporzionalità e di ragionevolezza esercitato dal giudice. Il controllo giurisdizionale sull'immediata esecuzione dell'atto, fondato sull'equilibrio tra diritto di difesa ed effettività della giustizia, costituisce il punto d'incontro tra potere e garanzia, traducendo sul piano processuale quel bilanciamento che la Costituzione prescrive sul piano dei principi.

Il sindacato del giudice amministrativo non si esaurisce, pertanto, in un controllo formale, ma assume una funzione sostanziale di riequilibrio tra l'esigenza di certezza dell'azione amministrativa e la protezione effettiva delle posizioni soggettive. Attraverso questo delicato bilanciamento, il processo amministrativo spagnolo realizza, sul piano procedurale, l'armonia tra potere e garanzia che informa l'intero sistema di giustizia pubblica.

È in questa prospettiva che si inserisce l'intervento del legislatore, volto a tradurre in norme positive le condizioni e i limiti dell'azione cautelare. La *Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, disciplina infatti in modo

centralità del *periculum in mora*, inteso non soltanto come rischio di danno irreparabile, ma anche come pericolo di vanificare la finalità legittima del processo;d) la ponderazione degli interessi pubblici e privati in conflitto, graduata in funzione dell'intensità dell'interesse pubblico all'esecuzione dell'atto;e) la *apariencia de buen derecho* (*fumus boni iuris*), introdotta dalla giurisprudenza e non prevista espressamente nella *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* del 1998, ma riconosciuta in via pretoria nei casi di nullità manifesta, di reiterazione giurisprudenziale consolidata o di evidente resistenza amministrativa.La stessa Sala avverte, tuttavia, i rischi insiti in un'applicazione eccessivamente estensiva di tale criterio, poiché un ricorso improprio al *fumus boni iuris* finirebbe per anticipare il giudizio di merito, vulnerando il diritto al processo con piene garanzie, sancito dall'art. 24 della Costituzione spagnola.In tal modo, la giurisprudenza spagnola perviene a una concezione della tutela cautelare come strumento di equilibrio dinamico tra effettività della giustizia e rispetto dell'autorità dell'atto amministrativo, espressione di un principio comune ai moderni sistemi europei di giustizia amministrativa.

[59] Corte costituzionale, 21 ottobre 1998, n. 359, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, ove, richiamando la precedente sentenza n. 326 del 1997, si è precisato che «i provvedimenti cautelari adottati dal giudice civile (ed il discorso può essere esteso integralmente al giudizio amministrativo) costituiscono espressione del principio secondo il quale ogni situazione giuridica deve poter trovare un suo momento cautelare, componente essenziale della stessa tutela giurisdizionale», affermando altresì l'illegittimità delle disposizioni che escludono o comprimono la tutela cautelare nel processo amministrativo;Consiglio di. Stato, sez. VI, 2 luglio 2024, n. 5727, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con nota redazionale, ove si precisa che la presunzione di dipendenza economica introdotta dall'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, come modificato dall'art. 33, l. 5 agosto 2022, n. 118, ha natura relativa, ammettendo prova contraria, e che la rimozione del repertorio SIAE dall'Audio Library di Meta non integra un abuso idoneo a ledere la concorrenzialità del mercato né a determinare un pregiudizio irreparabile.

ISSN 2036-7821

espresso i presupposti giuridici per l'adozione delle misure cautelari, configurando un modello procedimentale coerente con la logica dell'effettività del controllo giurisdizionale[60].Tale positivizzazione, tuttavia, non presenta carattere uniforme, poiché la tipologia e la funzione delle misure variano a seconda che si tratti di un ricorso contro un atto amministrativo ovvero di un'azione diretta a censurare l'inattività dell'Amministrazione.In ciascuna di queste ipotesi, l'intervento cautelare risponde a una ratio propria: da un lato, evitare che l'esecuzione di un atto illegittimo determini effetti irreversibili; dall'altro, impedire che l'inerzia amministrativa svuoti di significato la decisione giudiziaria di merito.

4. I presupposti tradizionali della tutela cautelare: dalla tipizzazione del fumus boni iuris e del periculum in mora alla loro reinterpretazione sostanziale.

La *Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, in vigore da oltre venticinque anni, ha rappresentato un notevole ampliamento rispetto alla precedente *Ley de 1956*[61], formalizzando per la prima volta, in modo espresso, la prospettiva della giustizia cautelare nel processo contenzioso-amministrativo. Essa ha infatti conferito riconoscimento positivo a una prassi giurisprudenziale che, sotto il vigore della normativa del 1956, si era già sviluppata in via pretoria.

Dalla spinta dottrinale maturata negli anni precedenti emerge la sfumatura con cui la Ley 29/1998 ha introdotto, nel sistema processuale spagnolo, la disciplina delle misure *cautelarísimas*, riconoscendo al giudice il potere di adottarle *inaudita parte* in

[60] L'evoluzione della giurisprudenza spagnola ha progressivamente delineato una concezione costituzionale della tutela cautelare, intesa come contrappeso alle prerogative dell'autotutela amministrativa. Emblematica, in tal senso, è l'*Auto* n.º 155/2023 del *Tribunal Superior de Justicia de Madrid*, Sección Octava, che, richiamando un consolidato orientamento del *Tribunal Constitucional* (SSTC 22/1984, 66/1984, 238/1992, 148/1993 e 218/1994), afferma che «el principio de autotutela administrativa […] se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión».La pronuncia chiarisce che la potestà giurisdizionale di sospendere l'esecuzione dell'atto amministrativo non costituisce una deroga all'autorità dell'amministrazione, bensì un limite fisiologico al suo esercizio, finalizzato ad assicurare l'effettività della futura decisione di merito e a garantire la parità processuale tra cittadini e pubblici poteri (artt. 24.1 e 106.1 CE).Il *Tribunal Superior* evidenzia altresì che la misura cautelare nel processo amministrativo possiede una valenza costituzionale propria: rappresenta uno strumento di riequilibrio rispetto alle prerogative "exorbitantes" della pubblica amministrazione e concretizza il principio di uguaglianza delle parti dinanzi ai giudici. La decisione sulla sospensione deve, pertanto, basarsi su una ponderazione complessiva delle circostanze, in funzione della finalità di tutela effettiva che la misura è chiamata a garantire.Questo approccio, fondato sulla nozione di *efectividad de la tutela judicial*, si collega idealmente alla costruzione già delineata negli *autos* del *Tribunal Superior de Justicia de Madrid* del 27 aprile 2015 e dell'*Audiencia Nacional* del 10 novembre 2005, nei quali la giurisprudenza aveva già individuato, tra i criteri di decisione, la *apariencia de buen derecho*, la ponderazione degli interessi pubblici e privati e la preservazione della finalità legittima del processo.Il parallelismo con l'esperienza italiana è evidente. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 359 del 1998, ha riconosciuto che la tutela cautelare è parte integrante del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, affermando che "ogni situazione giuridica deve poter trovare un proprio momento cautelare". Entrambi gli ordinamenti, pur muovendo da modelli procedurali diversi, convergono così verso una comune concezione della giustizia amministrativa come sistema di bilanciamento tra l'efficacia dell'azione pubblica e la protezione dei diritti individuali.

[61] J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Veinticinco años de aplicación de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: balance y perspectivas*, in *Revista de Administración Pública*, n. 95, 1981, pp. 125-154.

presenza di circostanze eccezionali[62].Tale facoltà rappresentava un rimedio necessario, considerata la regola generale di non sospensione automatica dell'atto amministrativo per il solo fatto della proposizione del ricorso[63]. Tuttavia, tali ampliamenti rispetto alla legge anteriore non furono completi. Come afferma J. María Baño León[64], «*è un errore ritenere che la Ley 29/1998 abbia modificato la concezione tradizionale del processo contenzioso-amministrativo, riducendola a un semplice riconoscimento della misura cautelare nei soli casi in cui ricorra il periculum in mora e*

[62] L'articolo 135 della *Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* disciplina, con particolare minuzia, il procedimento volto a richiedere e, se del caso, ad adottare o rigettare le misure cautelarísimas, vale a dire le misure cautelari urgentissime che possono essere concesse *sin audiencia previa* quando ricorrano «circunstancias de especial urgencia en el caso».Nel sistema spagnolo, la decisione su tali misure comporta la considerazione di due distinti profili: da un lato, la valutazione strettamente procedimentale, relativa alla possibilità di pronunciare la misura senza previa audizione della parte contraria; dall'altro, la verifica dei presupposti sostanziali propri di ogni misura cautelare, in particolare il *peligro por la demora* e la *apariencia de buen derecho*.Tanto in Spagna quanto in Italia, la progressiva valorizzazione del principio di effettività ha condotto al riconoscimento di una tutela cautelare immediata e d'urgenza, affidata, in casi eccezionali, a un giudice unico. In Italia, la legge n. 205 del 2000, recependo le sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa, ha introdotto la figura del provvedimento monocratico presidenziale, originariamente concepito *inaudita altera parte*. Tale modello è confluito, con significative correzioni, nell'attuale art. 56 del Codice del processo amministrativo, che consente l'adozione di misure cautelari provvisorie "in caso di estrema gravità e urgenza", tali da non consentire la dilazione fino alla camera di consiglio per la trattazione collegiale. Rispetto alla disciplina previgente, la riforma ha attenuato il carattere eccezionale del provvedimento *inaudita parte*, introducendo un principio di contraddittorio attenuato: il presidente o il magistrato da lui delegato devono verificare che la notificazione del ricorso si sia perfezionata almeno nei confronti della parte pubblica e di uno dei controinteressati. Solo qualora l'urgenza sia tale da impedire tale accertamento per cause non imputabili al ricorrente, il decreto può essere comunque adottato, restando ferma la possibilità di successiva revoca. È inoltre previsto che, se possibile, il presidente possa sentire informalmente le parti prima dell'adozione della misura. Ne deriva un sistema nel quale la tutela monocratica mantiene un carattere straordinario ma non isolato, inserendosi in un modello processuale volto a conciliare la celerità dell'intervento giudiziale con il rispetto del contraddittorio. Nella prassi, tuttavia, la partecipazione effettiva del resistente e dei controinteressati resta, il più delle volte, solo potenziale. Un'evoluzione del tutto analoga si riscontra in Spagna, dove le *medidas cautelarísimas* dell'art. 135 LJCA rappresentano la manifestazione più intensa della tutela cautelare d'urgenza: anche qui, l'intervento *inaudita parte* è ammesso solo in presenza di "especial urgencia", con l'obbligo per il giudice di comunicare immediatamente la misura alle parti e di consentire loro di essere sentite nella successiva fase di conferma o revoca. Entrambi gli ordinamenti mostrano, così, una medesima tensione verso la ricomposizione dell'equilibrio tra urgenza e garanzia: la prontezza dell'intervento giurisdizionale non si pone in alternativa al contraddittorio, ma ne rappresenta un momento funzionale, coerente con il principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dalle Carte costituzionali e dal diritto dell'Unione europea.

[63] Sulla nuova disciplina della tutela cautelare introdotta dalla *Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, si vedano: M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1999;M.ª C. CHINCHILLA, *La tutela cautelar*, in *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, a cura di J. LEGUINA e M. SÁNCHEZ MORÓN, Valladolid, Lex Nova, 1999, pp. 563 ss.;nonché J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, vol. II, pp. 2019 ss.;S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, pp. 552 ss. ; si veda inoltre E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?*, in *Revista de Administración Pública*, n. 151, 2000, pp. 251 ss.

[64] J. M. BAÑO LEÓN, *Medidas cautelares y ejecución de sentencias. Balance de la Ley 29/1998*, in J. CUDERO BLAS – J. PONCE SOLÉ (a cura di), *Balance y perspectivas de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su XX aniversario*, Madrid, Reus, 2019, p. 106 e ss.

manchi un interesse pubblico prevalente»[65]. Su questo punto, vale la pena soffermarsi.
Negli anni immediatamente precedenti alla promulgazione della legge del 1998, si era infatti sviluppato un movimento dottrinale favorevole all'ampliamento della tutela cautelare, in quanto gli stessi organi della giurisdizione contenzioso-amministrativa avevano progressivamente superato i limiti della LJCA del 1956, facendo ricorso in via suppletiva alla *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC). Ciò aveva consentito, in casi particolari, di ordinare misure cautelari di tipo positivo o addirittura cautelarissime, colmando un vuoto normativo che limitava l'effettività della protezione giudiziale.Da tale prospettiva, il ricorrente deve poter contare su un adeguato grado di certezza giuridica circa la soluzione processuale che intende sottoporre al giudice, disponendo dei necessari strumenti per far valere una concreta pretesa cautelare. A tal fin, l'articolo 130.1 LJCA stabilisce che:
"Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso."[66]
Dalla lettura autentica di tale disposizione si evince la presenza di una clausola limitativa, rappresentata dall'avverbio "*únicamente*", che condiziona l'adozione della misura alla sussistenza di un presupposto non esplicitamente nominato ma chiaramente implicito: il *periculum in mora*. Tuttavia, questo elemento non è sufficiente da solo. Il giudice amministrativo, nel suo processo valutativo, deve procedere a un bilanciamento tra l'interesse generale e quello del ricorrente o di eventuali terzi, come riflette lo stesso secondo comma della disposizione, secondo cui:
"La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada."[67]
Ne deriva che l'interesse del ricorrente può ritenersi prevalente solo qualora egli dimostri che non può attendere la decisione sul merito senza subire un pregiudizio

[65] Art. 55, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (*Codice del processo amministrativo*), rubricato *Misure cautelari collegiali*, che disciplina la domanda e l'adozione delle misure cautelari in sede collegiale, definendone presupposti (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), forme procedimentali e contenuti motivazionali. La norma prevede che il collegio si pronunci con ordinanza in camera di consiglio, motivando in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato e indicando «i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso» (comma 9); consente inoltre, per gravi ed eccezionali ragioni, di subordinare la concessione della misura a cauzione, salvo che la domanda riguardi diritti fondamentali o beni di primario rilievo costituzionale (comma 2), e collega l'adozione della misura alla sollecita fissazione dell'udienza di merito (commi 10-11).

[66] «Previa una valutazione circostanziata di tutti gli interessi in conflitto, la misura cautelare potrà essere disposta solo quando l'esecuzione dell'atto o l'applicazione della disposizione possano far perdere al ricorso la sua legittima finalità.»

[67] «La misura cautelare potrà essere negata qualora da essa possa derivare una grave perturbazione degli interessi generali o di quelli di terzi, che il giudice o il tribunale valuterà in modo circostanziato.»

ISSN 2036-7821

irreparabile, diversamente, il suo diritto verrebbe irrimediabilmente frustrato[68]. Tale logica si ricollega direttamente al principio di tutela giurisdizionale effettiva, sancito dall'articolo 24.1 della Costituzione spagnola.

Tuttavia — come si è già osservato — non è sufficiente la sola dimostrazione del *periculum*. Occorre che la misura richiesta sia concretamente idonea e proporzionata allo scopo perseguito, e che si tratti di un rimedio specifico, poiché la misura cautelare e non altro strumento processuale costituisce il mezzo adeguato di protezione. Da ciò discende il carattere speciale ed eccezionale del rimedio cautelare: esso trova applicazione soltanto quando i mezzi processuali ordinari non siano in grado di assicurare un'effettiva tutela dei diritti dell'interessato[69]. Inoltre, la misura deve presentare un carattere preciso e determinato, evitando richieste meramente ipotetiche o speculative. L'interessato deve, pertanto, specificare in cosa consista il pregiudizio temuto e fornire elementi che ne dimostrino la concretezza[70].

In questo passaggio si può cogliere una sorta di traslatio della dottrina civilistica nell'ambito contenzioso-amministrativo, che comporta però un rischio sistemico: la confusione tra il conflitto di natura privatistica, tipico del diritto civile, e quello di natura pubblicistica, proprio del diritto amministrativo, soprattutto nei casi in cui l'Amministrazione limiti o incida su posizioni soggettive di diritto. Come è noto, la pubblica amministrazione non necessita di adire i giudici per il riconoscimento dei propri diritti (*autotutela dichiarativa*) né per ottenere l'esecuzione forzata dei propri atti (*autotutela esecutiva*), poiché essa stessa è titolare di tali potestà, che si manifestano come prerogative di carattere eccezionale rispetto al diritto comune. Ne consegue che spetta al soggetto inciso dall'atto amministrativo attivarsi in sede giurisdizionale per contestarne la legittimità, ponendosi così in una posizione

[68] Art. 58, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (*Codice del processo amministrativo*), rubricato *Revoca o modifica delle misure cautelari collegiali e riproposizione della domanda cautelare respinta*, che consente alle parti di chiedere la revoca o la modifica del provvedimento cautelare — ovvero di riproporre la domanda respinta — in presenza di mutamenti delle circostanze o di fatti preesistenti conosciuti successivamente. L'istante è tenuto a provare il momento della sopravvenuta conoscenza; la revoca può altresì essere domandata nei casi previsti dall'art. 395 c.p.c.

[69] Art. 59, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (*Codice del processo amministrativo*), rubricato *Esecuzione delle misure cautelari*, introdotto con l'Allegato 1 al Codice ed entrato in vigore il 16 settembre 2010. La norma attribuisce al tribunale amministrativo regionale i poteri necessari a garantire l'attuazione dei provvedimenti cautelari non eseguiti, consentendo all'interessato di presentare istanza motivata e notificata alle parti. In tale sede, il tribunale esercita i poteri propri del giudizio di ottemperanza (Titolo I, Libro IV), potendo altresì provvedere in ordine alle spese, indipendentemente da quelle relative al giudizio di merito.

[70] In sintesi, la giurisprudenza ha stabilito che, nel contesto di un'impugnazione di un atto amministrativo sanzionatorio, la violazione della presunzione di innocenza non può essere invocata come un pregiudizio irreparabile, poiché tale principio trova la sua applicazione nel giudizio principale e non nella fase incidentale relativa alle misure cautelari.Il pregiudizio può invece considerarsi irreparabile nei casi di atti amministrativi che comportano, ad esempio, la demolizione di edifici, la distruzione di beni o l'espulsione dal territorio nazionale in materia di immigrazione, qualora la persona interessata abbia un radicamento stabile in Spagna.Per quanto concerne gli atti di contenuto economico, di norma — salvo circostanze eccezionali, quali la compromissione della continuità dell'impresa — non si ritiene che sussista un danno irreparabile.Il concetto di irreversibilità è strettamente correlato a quello di irreparabilità, in quanto si manifesta quando l'azione intrapresa conduce a situazioni che impediscono il ripristino dello stato iniziale (STC 238/1992, de 17 de diciembre).

ISSN 2036-7821

strutturalmente asimmetrica rispetto all'amministrazione[71].
In tale contesto, il procedimento cautelare assume la funzione di strumento di equilibrio dinamico tra l'efficacia e l'esecutività dell'atto amministrativo, assicurando che la prevalenza dell'interesse pubblico non si traduca in una negazione della tutela giurisdizionale effettiva. In questa prospettiva, il *periculum in mora* non prevale sul *fumus boni iuris*: i due presupposti assumono pari rilievo nel giudizio cautelare, di modo che la ponderazione del giudice amministrativo non si risolva né in uno svuotamento dell'esecutività dell'atto né in un sacrificio irreversibile della posizione del ricorrente.

5. Il bilanciamento degli interessi come terzo parametro del giudizio cautelare: dalla comparazione al controllo di proporzionalità.

In considerazione del principio generale secondo cui gli atti delle amministrazioni pubbliche sottoposte alla giurisdizione del diritto amministrativo godono, in linea di massima, di immediata esecutività, la proposizione del ricorso contenzioso-amministrativo non comporta automaticamente la sospensione dell'efficacia degli atti stessi. [72]Al fine di prevenire che, al momento della decisione definitiva, la situazione giuridica derivante dall'atto impugnato diventi irreversibile, ovvero che il diritto o l'interesse legittimo leso non possa essere pienamente ripristinato, l'ordinamento giuridico prevede la tutela cautelare. Tale strumento giuridico conferisce alla parte interessata, in qualunque fase del procedimento giudiziario, la facoltà di richiedere l'adozione di misure adeguate volte a preservare l'efficacia pratica della futura sentenza e, di conseguenza, a garantirne l'esecuzione concreta[73].

---

[71] Sul punto v. ATS, Sez. III, 19 dicembre 2025, RC 6165/2025, che, in applicazione *dell'Acuerdo del Pleno no jurisdiccional della Sala Tercera del Tribunal Supremo* del 26 novembre 2025, ha dichiarato la propria incompetenza a conoscere della domanda cautelare proposta nell'ambito di un *recurso de casación* contencioso-administrativo, affermando che la competenza per l'adozione, il mantenimento o la modifica delle misure cautelari durante la pendenza del giudizio di cassazione spetta al giudice di istanza. Il Pleno ha distinto tra sentenze estimative, per le quali trova applicazione l'art. 91 LJCA in materia di esecuzione provvisoria, e sentenze desestimatorie, rispetto alle quali, non essendo configurabile un'esecuzione provvisoria della decisione giudiziale, eventuali misure dirette a evitare pregiudizi irreparabili devono essere richieste al tribunal a quo, ai sensi degli artt. 83 e 132 LJCA. La decisione del 2025 assume particolare rilievo sistemico in quanto chiarisce che la natura nomofilattica del recurso de casación (art. 87 bis LJCA) mal si concilia con una cognizione cautelare che implichi valutazioni fattuali e ponderazioni in ordine al periculum in mora, riservate al giudice di merito. La pronuncia si pone in linea con i precedenti ATS 30 luglio 2020, rec. 2118/2020, e ATS 27 luglio 2021, rec. 4735/2021. Per un primo commento in dottrina v. D. FIERRO RODRÍGUEZ, *Los acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre las medidas cautelares durante la tramitación del recurso de casación*, in *Actualidad Administrativa*, n. 5, 2026.

[72] L. MÍGUEZ MACHO, *Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 38, 2015, p. 9.

[73] *Tribunal Supremo*, *Autos* 2 novembre 2000, 5 febbraio, 21 marzo e 25 giugno 2010, ove si afferma che «la adopción de la medida exige, de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles que harían ineficaz la sentencia que se dicte». La Corte sottolinea altresì che «la ponderación de las circunstancias y de todos los intereses en conflicto ex art. 130.1 LJCA, y la posibilidad de denegar la medida cautelar cuando pueda seguirse un grave

Nella prassi contenziosa, è "naturale" per il giudice che la misura cautelare principale consista nella sospensione della validità, dell'efficacia o dell'esecutività dell'atto o della disposizione impugnata. Tuttavia, la disciplina vigente prevede un "*numerus apertus*" di misure innominate, come affermato dalla Sentenza del Tribunal Supremo del 14 dicembre 2016, ampliando il ventaglio di strumenti di tutela a disposizione del giudice[74]. È fondamentale sottolineare che i principi costituzionali del principio generale di proporzionalità rappresentano un'esigenza fondamentale per l'attività di tutti i poteri pubblici che incide sulla sfera giuridica dei cittadini, non solo nell'ambito penalistico in senso stretto. Tale principio si configura, infatti, come un parametro fondamentale di legalità dell'azione amministrativa nel diritto amministrativo contemporaneo.

Il rispetto del principio di legalità non deve essere interpretato in senso meramente formale o tipizzato, ma piuttosto come sottomissione alla proporzionalità della decisione adottata[75]. In tale prospettiva, le misure cautelari si fondano su alcune caratteristiche essenziali: strumentalità, omogeneità, temporaneità, provvisorietà, variabilità e giurisdizionalità, che ne delineano la funzione di garanzia effettiva della futura decisione giudiziale.

Nel momento in cui l'autorità giudiziaria o il tribunale procede alla scelta proporzionata della misura cautelare, è tenuto a valutarne attentamente le caratteristiche intrinseche, affinché essa risulti pienamente conforme al principio di proporzionalità. In altre parole, la strumentalità della misura si manifesta nel fatto che essa è concepibile unicamente in connessione con la proposizione di un ricorso contenzioso-amministrativo, come previsto dall'articolo *129 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*.[76]

Come stabilito dal Tribunal Constitucional nella sentenza n. 148/1993, il procedimento cautelare comporta un giudizio di cognizione limitata, nel quale l'autorità giudiziaria non è tenuta a pronunciarsi su questioni riservate alla fase di

---

peligro para los intereses generales o de terceros (art. 130.2 LJCA), constituye el criterio esencial y determinante para la adopción de medidas cautelares».

[74] In senso critico sulla reale portata innovativa del sistema di *numerus apertus* v. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La aparente bondad del sistema de numerus apertus de las medidas cautelares*, cit., il quale osserva che, al di là dell'apertura formale degli artt. 129 e 130 LJCA, la prassi giurisprudenziale continua a ricondurre le misure cautelari positive al paradigma impugnatorio-sospensivo della LJCA del 1956, sicché la cautelare dell'art. 136 LJCA finisce per operare quasi come un elemento decorativo del sistema processuale e le misure positive vengono di frequente negate in quanto ritenute anticipatorie del merito.

[75] Art. 61, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (*Codice del processo amministrativo*), rubricato *Misure cautelari anteriori alla causa*, che disciplina l'adozione, in casi di eccezionale gravità e urgenza, di misure interinali e provvisorie "indispensabili" nelle more della proposizione del ricorso di merito. Il presidente del tribunale amministrativo regionale o un magistrato da lui delegato può provvedere con decreto, anche in assenza del perfezionamento della notificazione, purché per cause non imputabili al ricorrente, fatto salvo il potere di revoca. Il provvedimento perde efficacia in ogni caso decorso il termine di sessanta giorni dalla sua emissione, salvo conferma o sostituzione con misure cautelari adottate in corso di causa.

[76] Artt. 135 (medidas cautelarísimas inaudita parte) e 136.2 LJCA.

ISSN 2036-7821

merito. In merito alla temporaneità, è generalmente accettato che la misura cautelare possieda un carattere provvisorio e non definitivo, al fine di prevenire qualsiasi anticipazione del giudizio di merito. Una volta che l'interesse o la funzione per cui è stata disposta non sussiste più, la misura deve cessare di produrre effetti. Tale concetto è dunque intrinsecamente legato al risultato che si intende conseguire.[77]

Un'ulteriore caratteristica fondamentale è la variabilità, intesa come possibilità di modificare o revocare la misura in funzione del mantenimento o meno dei presupposti che ne hanno giustificato l'adozione[78]. Un ultimo profilo, di particolare rilievo, è quello dell'omogeneità: secondo la dottrina, le misure che anticipano in parte o provvisoriamente gli effetti della sentenza rispondono alla funzione di garantirne l'effettività. Tuttavia, si è discusso se la misura cautelare implichi un test anticipato di legalità dell'atto o della norma impugnata. A nostro avviso, tale impostazione snaturerebbe l'istituto della tutela cautelare, che non deve ridursi a un giudizio anticipato sul merito.

Il processo cautelare non può essere ristretto ai soli criteri tradizionali del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*, ma deve tenere conto del carattere afflittivo dell'atto amministrativo, che pur godendo di una presunzione di legittimità, non è ancora definitivo. Proprio per questo, in uno Stato di diritto, la restrizione dei diritti da parte dell'amministrazione, pur legittima, trova il suo necessario contrappeso nella possibilità per il giudice di adottare misure cautelari ogniqualvolta l'interesse pubblico non imponga diversamente.L'istituto della tutela cautelare non configura dunque un processo pre-decisorio né una forma di anticipazione del giudizio di merito: le misure adottate non hanno valore di cosa giudicata, pena la denaturalizzazione del loro stesso carattere strumentale e provvisorio. La misura cautelare, come sottolinea Baño León, deve sempre superare un test di necessità, ma non può essere impiegata in modo strumentale come mezzo di anticipazione del processo principale.[79]

Il carattere strumentale e variabile della misura cautelare trova, da ultimo, una significativa conferma nella più recente giurisprudenza del Tribunal Supremo. Con l'*Acuerdo del Pleno no jurisdiccional* della Sala Tercera del 26 novembre 2025 si è infatti chiarito che la competenza ad adottare, mantenere o modificare le misure cautelari durante la pendenza del *recurso de casación* spetta al giudice di istanza e non al

[77] J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Ejecutividad y suspensión del acto administrativo*, cit., p. 140.

[78] A. CANOVA GONZÁLEZ, *Criterios de procedencia de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo*, in *Revista de Derecho Público*, nn. 61-62, 1995, p. 507. L'Autore sostiene che, in virtù del principio di omogeneità tra la misura cautelare e la decisione di merito, sia possibile anticipare, attraverso il provvedimento interinale, alcuni effetti della sentenza definitiva, in particolare quando il *periculum in mora* derivi dal ritardo nella pronuncia. Tale impostazione, tuttavia, appare discutibile nella prospettiva della funzione propriamente strumentale della tutela cautelare, che deve mirare a preservare l'utilità della decisione finale senza trasformarsi in una forma di esecuzione anticipata della pretesa sostanziale, ponendo così a rischio l'equilibrio tra *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

[79] J. M. BAÑO LEÓN, *Medidas cautelares y ejecución de sentencias. Balance de la Ley 29/1998*, cit., p. 113.

ISSN 2036-7821

Tribunal Supremo, poiché la natura nomofilattica del giudizio di cassazione mal si concilia con valutazioni fattuali e ponderazioni di interessi riservate al giudice di merito. La soluzione ribadisce, sul piano sistematico, che la sorte della misura cautelare resta ancorata al giudizio nel quale è stata adottata e che la possibilità di invocare la tutela cautelare costituisce parte integrante della tutela giurisdizionale effettiva anche nella fase di impugnazione[80].

La lettura congiunta degli artt. 129 e 130 LJCa consente, pertanto, di proporre una ricostruzione del potere cautelare fondata non sulla distinzione preventiva tra misure sospensive e positive, ma sulla proporzionalità dell´intervento richiesto rispetto alla finalità della tutela. Una volta accertato il rischio che il ricorso principale perda la propia utilità, il giudice dovrebbe individuare la misura idonea a neutralizzarlo, verificare l´assenza di alternative ugualmente efficacci ma meno invasive e pondarare, infine, il sacrificio imposto agli interessi pubblici e dei terzi. Il carattere anticipatorio della misura costituirebbe, in tale schema, non una causa autonoma di inammissibilità, ma un elemento da considerare nella valutazione della sua necessità, proporzionalità e reversibilità.

6. Considerazioni conclusive

L'analisi svolta consente di formulare alcune considerazioni conclusive sulla funzione attuale della tutela cautelare nel processo contenzioso-amministrativo spagnolo. La trasformazione avviata dalla giurisprudenza nei primi anni Novanta e successivamente recepita dalla Ley 29/1998 ha certamente superato, sul piano normativo, il precedente monopolio della sospensione dell'atto amministrativo. La formulazione dell'art. 129.1 LJCA, che consente l'adozione di «*cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*», esprime una concezione funzionale della tutela cautelare nella quale il contenuto della misura non è predeterminato dal legislatore, ma deve essere individuato in relazione all'utilità concreta che la futura decisione è chiamata a preservare. Sotto questo profilo, la "battaglia" per le misure cautelari ha prodotto risultati indiscutibili: la tutela interinale non rappresenta più una deroga eccezionale all'esecutività dell'atto, ma una componente della tutela giurisdizionale effettiva. La stessa evoluzione era già stata individuata dalla dottrina precedente alla LJCA del 1998, che collegava l'espansione dei poteri cautelari all'art. 24 CE e all'influenza esercitata dalla giurisprudenza europea.

Il superamento normativo del paradigma sospensivo non sembra, tuttavia, essersi tradotto con la medesima intensità sul piano applicativo. È precisamente in questo scarto che si colloca il problema principale esaminato nel presente lavoro. Come ha rilevato González-Varas Ibáñez, la previsione di un sistema formalmente costruito

[80] *Acuerdo del Pleno no jurisdiccional* della Sala Tercera del Tribunal Supremo del 26 novembre 2025, applicato dall'ATS, Sez. III, 19 dicembre 2025, RC 6165/2025, in linea con i precedenti ATS 30 luglio 2020, rec. 2118/2020, e ATS 27 luglio 2021, rec. 4735/2021; sul punto v. più ampiamente quanto osservato *supra*, al § 4.

ISSN 2036-7821

secondo un *numerus apertus* non ha eliminato le difficoltà che emergono quando la protezione richiesta assume un contenuto positivo o prestazionale; in tali ipotesi continua talvolta ad affiorare una concezione del processo cautelare modellata sulla sospensione dell'atto e sulla tradizionale struttura impugnatorio-annullatoria del contenzioso. La questione, pertanto, non riguarda più principalmente l'esistenza astratta del potere cautelare, quanto le categorie attraverso le quali tale potere viene concretamente esercitato.

Il diritto dell'Unione europea conferma la necessità di affrontare il problema in termini funzionali. Il principio di effettività non impone agli Stati membri l'adozione di una determinata tipologia di misura, né produce un modello uniforme di tutela cautelare; richiede, però, che le regole processuali nazionali non impediscano al giudice di preservare l'effetto utile della posizione giuridica fatta valere. La tutela provvisoria deve pertanto essere valutata in relazione alla sua capacità di impedire che il tempo del processo trasformi una futura sentenza favorevole in una pronuncia priva di utilità concreta. In questa prospettiva, la distinzione tra misura sospensiva e misura positiva perde parte della propria rilevanza classificatoria: ciò che assume carattere decisivo è l'idoneità della misura a garantire l'effettività della tutela definitiva.

Una conclusione analoga emerge dal piano costituzionale. L'esecutività dell'azione amministrativa e la tutela giurisdizionale effettiva non costituiscono principi reciprocamente escludenti. Nell'ordinamento spagnolo, la giurisprudenza costituzionale ha ricondotto il privilegio di autotutela al principio di efficacia sancito dall'art. 103.1 CE, sottoponendolo tuttavia al controllo giurisdizionale richiesto dagli artt. 24.1 e 106.1 CE. Nell'esperienza italiana, la Corte costituzionale ha analogamente riconosciuto che ogni situazione giuridica deve poter disporre di un proprio momento cautelare, quale componente della tutela giurisdizionale. Ne deriva un nucleo comune: l'esecutività amministrativa è costituzionalmente ammissibile proprio in quanto non sottragga al giudice la possibilità di intervenire tempestivamente quando l'esecuzione rischi di rendere illusoria la successiva decisione.

La comparazione ha inoltre mostrato che non è corretto sovrapporre i presupposti cautelari dei due ordinamenti. Nel sistema italiano la struttura *fumus boni iuris-periculum in mora* trova una formalizzazione normativa particolarmente riconoscibile nell'art. 55 c.p.a. Nel sistema spagnolo, invece, il legislatore del 1998 ha posto al centro del giudizio la possibile perdita della finalità legittima del ricorso e la ponderazione circostanziata degli interessi in conflitto, mentre l'*apariencia de buen derecho* conserva una matrice essenzialmente giurisprudenziale e una funzione complementare. Il *periculum* può dunque essere ricostruito, nel diritto spagnolo, in termini prevalentemente funzionali: non coincide necessariamente con l'esistenza di un danno materialmente irreparabile, ma riguarda il rischio che la durata del

ISSN 2036-7821

giudizio impedisca alla futura sentenza di produrre il risultato utile per il quale il ricorso è stato proposto. González-Varas evidenzia precisamente come una futura sentenza estimatoria possa risultare sostanzialmente inservibile quando la finalità del ricorso sia ormai venuta meno.

È proprio la nozione di *periculum funzionale* a mostrare l'insufficienza di un modello costruito esclusivamente sulla conservazione dello *status quo*. In determinate controversie, soprattutto quando la pretesa principale ha contenuto positivo o prestazionale, non intervenire significa produrre esattamente quel risultato che la tutela cautelare dovrebbe evitare. L'ammissione provvisoria a un corso, l'erogazione temporanea di una prestazione, l'adozione di una determinata condotta amministrativa o la rimozione provvisoria di un impedimento possono costituire, a seconda delle circostanze, l'unica forma concretamente idonea a preservare la futura utilità della sentenza.

Da ciò deriva una distinzione essenziale giacchè l'anticipazione provvisoria degli effetti della tutela non coincide con l'anticipazione definitiva del giudizio di merito. Il carattere positivo o anticipatorio di una misura non può costituire, di per sé, una ragione sufficiente per dichiararne l'inammissibilità. Ciò che deve essere escluso è che il procedimento cautelare esaurisca irreversibilmente la pretesa sostanziale o trasformi la cognizione sommaria in una decisione definitiva sulla legittimità dell'azione amministrativa. La coincidenza, anche significativa, tra gli effetti della misura e quelli richiesti nel giudizio principale costituisce piuttosto un elemento da valutare nella verifica della necessità, della proporzionalità e della reversibilità dell'intervento. La difficoltà segnalata dalla dottrina spagnola deriva precisamente dal fatto che, in taluni orientamenti, il carattere positivo della misura ha finito per assumere autonomamente valore ostativo, riproponendo sotto altra forma la tradizionale regola secondo cui, in presenza di un atto negativo, non vi sarebbe nulla da sospendere.

È su questo terreno che il principio di proporzionalità può assumere una funzione ulteriore rispetto alla generica ponderazione degli interessi prevista dall'art. 130 LJCA. La proporzionalità non dovrebbe essere intesa come un nuovo requisito cautelare da aggiungere a quelli stabiliti dal legislatore, bensì come metodo di esercizio del potere cautelare. Accertato il rischio di perdita della finalità legittima del ricorso, il giudice dovrebbe individuare l'utilità concreta che la sentenza è chiamata a preservare; verificare l'idoneità della misura richiesta; accertare l'eventuale esistenza di alternative altrettanto efficaci ma meno incisive; ponderare il sacrificio imposto agli interessi pubblici e dei terzi; e, soprattutto quando la misura abbia contenuto anticipatorio, valutarne la provvisorietà e la reversibilità. L'*apariencia de buen derecho* può inserirsi in tale schema quale elemento di valutazione sommaria della consistenza della pretesa, senza acquisire il ruolo di presupposto legale autonomo né trasformarsi in una decisione anticipata sul merito.

ISSN 2036-7821

In questa prospettiva, la questione del *numerus apertus* assume un significato diverso da quello puramente classificatorio. Un sistema non può dirsi effettivamente aperto soltanto perché la legge rinuncia a elencare tassativamente le misure disponibili. Il *numerus apertus* diviene effettivo quando all'apertura normativa corrisponde una reale capacità del giudice di individuare la misura concretamente necessaria, indipendentemente dalla sua natura sospensiva, conservativa o positiva. È precisamente questo passaggio —dal *numerus apertus* formale al *numerus apertus* effettivo— che appare ancora incompiuto nel sistema spagnolo e che costituisce, in definitiva, il risultato principale della presente indagine.

Non sembra quindi necessario, almeno in prima battuta, invocare una nuova moltiplicazione legislativa delle figure cautelari. La formulazione dell'art. 129.1 LJCA contiene già una clausola sufficientemente ampia per consentire una tutela adattata alle esigenze del caso concreto. Più che un problema di quantità normativa, emerge un problema di metodo della decisione cautelare. Una lettura coordinata degli artt. 129 e 130 LJCA, orientata dall'art. 24.1 CE e dal principio europeo di effettività, consente di ricostruire un sistema nel quale la tutela cautelare non sia predeterminata dalla tipologia dell'atto impugnato, ma dalla necessità di assicurare che la futura decisione conservi una reale capacità satisfattiva. In tale ricostruzione, la proporzionalità rappresenta il criterio capace di conciliare l'apertura delle forme di tutela con la necessaria preservazione dell'interesse pubblico, della posizione dei terzi e della provvisorietà propria della cognizione cautelare.

La tutela cautelare torna così alla propria funzione essenziale: non sostituire la decisione di merito, ma impedire che il tempo necessario per adottarla ne renda inutile il contenuto. È in questo equilibrio tra effettività, provvisorietà e proporzionalità che può individuarsi la direzione verso la quale orientare l'evoluzione della giustizia cautelare amministrativa spagnola.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Tutela e valorizzazione dei beni culturali nel quadro dell'autonomia differenziata: profili costituzionali, istituzionali e applicativi

di Maria Camilla Spena

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

Sommario

I. Premessa e oggetto dell'indagine. II. Il quadro costituzionale e la ripartizione delle competenze nella materia dei beni culturali. III. Il regionalismo differenziato: genesi e sviluppi normativi. IV. La sentenza della Corte Costituzionale n. 192/2024: il sindacato sull'art. 3 tra legalità, criteri direttivi e "funzioni". V. Le richieste di attribuzione delle competenze legislative e amministrative in materia di beni culturali ai sensi dell'art. 116, comma 3, Cost.: le proposte di Lombardia e Veneto e la posizione dell'Emilia-Romagna. VI. Regionalismo differenziato e patrimonio culturale: potenzialità e criticità. VII. Considerazioni conclusive e prospettive sistematiche.

Abstract

The reform of Title V of Part II of the Constitution, introduced by Constitutional Law No. 3 of 18 October 2001, led to a profound redefinition of the division of legislative powers between the State and the Regions, significantly impacting the area of cultural heritage. The new constitutional framework, further clarified by the adoption of the Code of Cultural Heritage and Landscape (Legislative Decree No. 42 of 2004, as amended), found its main point of reference in Article 117 of the Constitution, establishing a clear distinction between the functions of protection and enhancement of cultural heritage. This distinction is reflected in the system of powers, divided into exclusive legislative competence of the State, concurrent competence, and residual regional competence, outlining a complex framework of institutional attributions and responsibilities..

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

I. Premessa e oggetto dell'indagine.

La riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, introdotta con la legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, ha determinato una profonda ridefinizione del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, incidendo in modo significativo anche sulla materia del patrimonio culturale[1]. Il nuovo assetto costituzionale, ulteriormente precisato dall'adozione del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42 del 2004 s.m.), ha trovato nell'art. 117 Cost. il suo principale punto di riferimento, sancendo una netta distinzione tra le funzioni di tutela e quelle di valorizzazione dei beni culturali. Tale distinzione si riflette nel sistema delle competenze, articolato tra competenza legislativa esclusiva dello Stato, competenza concorrente e competenza residuale regionale, delineando un quadro complesso di attribuzioni e responsabilità istituzionali.[2] La tutela dei beni culturali è

Il presente contributo è destinato al Trattato dei Beni culturali diretto da Gerardo Villanacci, Lefebvre Giuffré, Milano.

[1] La letteratura sul tema è piuttosto vasta, *ex multis* si veda G. SCIULLO, *Beni culturali e riforma costituzionale*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, 2001, 1; P. STELLA RICHTER - E. SCOTTI, *Lo statuto dei beni culturali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, vol. XXXIII, Padova, Cedam, 2002; T. GROPPI - M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo* V, Torino, Giappichelli, 2002; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2002; S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, Giappichelli, 2002; F. PIZZETTI, *Il nuovo ordinamento italiano fra riforme amministrative e riforme costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2002; A. POGGI, *La difficile attuazione del Titolo V: il caso dei beni culturali*, in *Federalismi*, 2003, 8; P. CARETTI, *Stato, Regioni, enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2003; L. CHIEFFI - G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione,* Torino, Giappichelli, 2004; A. MANSI, *La tutela dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, Giappichelli, 2004; C. BARBATI, *I rapporti con le autonomie territoriali*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2005, 1. Sulle sovrapposizioni fra competenze, B. BALDI, *Regioni e federalismo. L'Italia e l'Europa*, Bologna, CLUEB, 2006, 101; C. TUBERTINI, *La disciplina delle attività culturali nella legislazione regionale: un "nuovo" bilancio*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2007, 1; R. TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici: Guida ragionata, Quarta edizione riveduta e corretta*, Milano, Lefebvre Giuffré, 2009; S. MABELLINI, *La potestà legislativa in materia di beni culturali tra Stato e Regioni speciali*, in *Diritto e Società*, 2010, 3-4; P. CHIRULLI, *Il governo multilivello del patrimonio culturale*, in Diritto amministrativo, 2019, 4.

[2] Per una nozione "aperta" di bene culturale si veda M.S. GIANNINI, *I beni culturali,* in *Riv. trim.dir. pubbl.*, 1976, 5 ss.. Ampia è la dottrina in tema di valorizzazione: S. CASSESE, *I beni culturali dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 67; T. ALIBRANDI, *Valorizzazione e tutela dei beni culturali: il ruolo dello Stato*, in *Foro Amm.*, 1998, 5; M. AINIS - M. FIORILLO, *I beni culturali*, in S. CASSESE(a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Lefebvre Giuffrè, 2000; G. PASTORI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazione in atto e tendenze*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line,* 2004, 3; G. SCIULLO, *La tutela del patrimonio culturale*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2004, 1; M. CAMMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, Il Mulino, 2007; G. LEONE - A.L. TARASCO (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio,* Padova, Cedam, 2006; M. AINIS - M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali,* II ed., Milano, Giuffré, 2008; M. MACCHIA, *La tutela del patrimonio culturale mondiale: strumenti, procedure, controlli*, in L. CASINI (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, Il Mulino, 2010; AA. VV., *Codice dei beni culturali e del paesaggio* (a cura di) M.A. SANDULLI, Milano, Giuffré, 2012, 3; S. MABELLLINI, *La tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multilivello,* Torino, Giappichelli, 2016; G. SCIULLO, *I beni culturali quale risorsa collettiva da tutelare - una spesa, un investimento*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line,* 2017, 3; P. CHIRULLI, *Il governo multilivello del patrimonio culturale*, in *Diritto amministrativo*, 2019, 4; S. FRANZONI, *Costituzione e patrimonio culturale*, in M.C. FREGNI, M.GESTRI, M.C.SANTINI (a cura di), *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale. Realtà territoriale e contesto giuridico globale,* Torino, Giappichelli, 2021.

attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. s), mentre la valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali rientra nella competenza concorrente (art. 117, comma 3). Questa distinzione non è meramente terminologica, ma riflette una diversa funzione: la tutela è volta alla conservazione e protezione del bene in quanto portatore di un valore identitario e collettivo, mentre la valorizzazione mira a favorirne la fruizione, la conoscenza e l'inserimento nel contesto socioeconomico.[3] In questo scenario si colloca il vivace dibattito politico e giuridico sulla valorizzazione dei beni culturali[4], materia che ha progressivamente assunto una posizione strategica nell'assetto costituzionale delle competenze, fino a divenire uno snodo centrale nella

[3] Nel dibattito successivo al Codice dei beni culturali e del paesaggio, si ritiene che la valorizzazione culturale e quella economica debbano essere lette come dimensioni tra loro complementari. L'attivazione di strumenti economici non deve essere considerata, di per sé, in contrasto con la tutela, ma può costituire un mezzo efficace per rafforzarla e per ampliare le opportunità di fruizione del patrimonio culturale. Resta tuttavia imprescindibile che ogni intervento orientato alla valorizzazione economica sia coerente con le esigenze di conservazione e non pregiudichi né l'integrità né la funzione pubblica del bene culturale. A. MORRONE, *Elementi di diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, Giuffrè, 2014, 132, ritiene che il Codice dei beni culturali concepisca la valorizzazione come accrescimento del valore complessivo del bene, non riducibile alla sua commerciabilità. Essa produce un'utilità sia culturale, ampliando conoscenze ed esperienze dei fruitori, sia economica, attraverso effetti indiretti sul territorio. Questa impostazione incide sul riparto di competenze tra Stato e Regioni e sul dibattito sull'autonomia differenziata in quanto l'eventuale ampliamento delle competenze regionali deve restare coerente con la funzione statale di tutela, garantendo standard omogenei e unità del patrimonio culturale.

[4] Sul concetto e la funzione della valorizzazione**:** S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 673 ss.; L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, 3, 651; C. BARBATI, *La valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2004,1; L. CASINI, *La valorizzazione e fruizione dei beni culturali*, in *Giorn. di Dir. Amm.*, 2004, 5; P. BILANCIA, *La valorizzazione dei beni culturali tra pubblico e privato. Studio dei modelli di gestione integrata*, Franco Angeli, Milano, 2005; L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali tra pubblico e privato*, in V. PIERGIGLI - A. L. MACCARI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi,* Milano, Giuffrè, 2006; C. BARBATI, *Articolo 6. Valorizzazione del patrimonio culturale*, in M.CAMMELLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, Il Mulino, 2006; G. LEONE - A.L.TARASCO (a cura di), *Art. 6,* in Id. (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali*, Padova, Cedam, 2006; P. MICHIARA, *Sulla nozione di valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*,, 2007, 1; M. DUGATO, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio di pubblica utilità*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2007, 2; D.VAIANO, *La valorizzazione dei beni culturali,* Torino, Giappichelli, 2011; G.M. GOLINELLI (a cura di), *Patrimonio culturale e creazione di valore. Verso nuovi percorsi,* Padova, Cedam, 2011; G.SEVERINI, Art. 6. *Valorizzazione del patrimonio culturale*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio,* Milano, Lefebvre Giuffrè, 2012; G. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione,* in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line,* 2012, 1-2; G. SEVERINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2013, 3; B. ACCETTURA, *Valorizzazione del patrimonio culturale e nuovi modelli per lo sviluppo dei territori,* Napoli, ESI, 2015; V. GASTALDO, *La valorizzazione dei beni culturali tra mecenatismo e sponsorizzazioni,* in *Diritto dell'economia*, 2016, 2; F. MOROLLO, *Valorizzazione del patrimonio culturale: sussidiarietà orizzontale e prospettive di "democrazia diretta" per lo sviluppo dei territori,* atti del Convegno dell'AIPDA *"Arte, cultura e ricerca scientifica. Costituzione e Amministrazione"*, Reggio Calabria, 4/6 ottobre 2018; F. LIGUORI, I *servizi culturali come servizi pubblici,* in *Federalismi,* 2018, 1, 3 ss.; P. CARPENTIERI, *Digitalizzazione, banche dati digitali* e *valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line,* 2020, 3; M.C. SPENA, *La gestione indiretta dei servizi di valorizzazione,* in *Rivista Giuridica Europea*, 2021, 177; F. CAPORALE, *La valorizzazione dei beni culturali,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2024.

discussione sull'autonomia differenziata.[5] In questa prospettiva, il presente contributo muove dall'idea che, nella materia dei beni culturali, l'autonomia differenziata non possa tradursi in trasferimenti ampi di ambiti materiali, ma soltanto nell'eventuale attribuzione di funzioni specifiche, compatibili con il carattere unitario della tutela e con l'esigenza di garantire standard omogenei di protezione del patrimonio culturale sull'intero territorio nazionale. Muovendo da tali premesse, il tema dell'autonomia differenziata nella materia dei beni culturali deve essere affrontato a partire da una premessa sistematica imprescindibile: la tutela del patrimonio culturale costituisce una funzione unitaria, intrinsecamente connessa a valori di rango costituzionale che travalicano la dimensione territoriale. Ne deriva che l'eventuale ampliamento degli spazi di autonomia regionale non può risolversi in una frammentazione degli ambiti materiali di intervento, pena il rischio di compromettere l'omogeneità delle garanzie di protezione e, in ultima analisi, l'integrità stessa del patrimonio culturale nazionale. In un simile contesto, l'autonomia differenziata appare configurabile non già come trasferimento pieno e generalizzato di competenze, bensì come possibile attribuzione mirata di funzioni amministrative o gestionali, purché queste risultino compatibili con il nucleo indefettibile della tutela, che resta ancorato a una dimensione unitaria. Ciò implica che lo Stato debba continuare a esercitare un ruolo centrale nella definizione dei livelli essenziali di protezione, nonché nella fissazione di standard uniformi, idonei a garantire che il patrimonio culturale sia salvaguardato secondo criteri coerenti su tutto il territorio nazionale. L'eventuale differenziazione, pertanto, può trovare spazio solo in relazione a profili che non incidano sul contenuto sostanziale della tutela, ma che riguardino piuttosto modalità organizzative, strumenti di valorizzazione o specifiche funzioni di gestione, rispetto alle quali le Regioni possono offrire un contributo più aderente alle peculiarità dei contesti locali. Anche in tali ipotesi, tuttavia, la legittimità dell'attribuzione funzionale è subordinata al rispetto di un vincolo di coerenza con l'interesse unitario, che si traduce nella necessità di evitare disomogeneità tali da determinare disparità nei livelli di protezione. In

[5] Il Codice dei Beni culturali all'articolo 6, comma 1, chiarisce che la valorizzazione *"consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso"*. F. BENELLI, *La costruzione delle materie e le materie esclusive statali*, in *Le Regioni*, 2011, 2-3, 251-286; N. AICARDI, *Recenti sviluppi sulla distinzione tra tutela e valorizzazione dei beni culturali e sul ruolo del ministero per i beni culturali in materia di valorizzazione del patrimonio culturale di appartenenza statale*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2003,1; A. POGGI, *La difficile attuazione del Titolo V: il caso dei beni culturali*, in *Federalismi*, 2003, 8; S. PARISI, *Argomentare e "centralizzare": patterns (giurisprudenziali) in tema di competenza residuale e spinte (legislative) verso il regionalismo duale*, in *Osservatorio costituzionale*, 8 giugno 2016; M. CAMMELLI, *Regionalismo differenziato e patrimonio culturale: quello che resta*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2019; A. NAPOLITANO, *L'irrinunciabile funzione del Parlamento per una equilibrata e funzionale attuazione del procedimento di autonomia differenziata*, *Rivista giuridica on-line* - ISSiRFA CNR, 2023, 2. Sulle materie trasversali, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti delle autonomie*, in *Diritto Costituzionale*, 2022, 432- 433.

definitiva, il modello che emerge è quello di un regionalismo cooperativo[6] e "vincolato", nel quale l'autonomia differenziata opera entro confini ben delineati: da un lato, il riconoscimento di spazi di intervento calibrati e funzionalmente giustificati; dall'altro, la permanenza di un forte presidio statale volto a garantire l'unitarietà della tutela e l'eguaglianza sostanziale nella fruizione e conservazione del patrimonio culturale. Tale equilibrio rappresenta la condizione necessaria per coniugare le istanze autonomistiche con la salvaguardia di un bene che, per sua natura, appartiene alla collettività nazionale nel suo complesso. La valorizzazione, di poi, non si esaurisce in una dimensione gestionale o amministrativa, ma si inserisce in una visione complessiva dell'ordinamento, poiché incide sul rapporto tra Stato e Regioni, sulla distribuzione delle funzioni legislative e amministrative e sull'equilibrio tra unità e pluralismo territoriale. Essa rappresenta un ambito paradigmatico in cui si confrontano esigenze di tutela unitaria del patrimonio culturale, quale espressione dell'identità nazionale ai sensi dell'art. 9 Cost., e istanze di differenziazione e prossimità amministrativa, valorizzate dall'art. 116, terzo comma, Cost. Ne deriva che la disciplina della valorizzazione dei beni culturali non può essere considerata in modo settoriale, ma deve essere letta all'interno di una più ampia riflessione sistematica sul regionalismo italiano, sulle forme di cooperazione tra livelli di governo e sulla garanzia dei diritti culturali come componenti essenziali della cittadinanza. La possibilità, prevista dal terzo comma dell'art. 116 della Costituzione che consente alle Regioni a statuto ordinario di ottenere forme di autonomia anche nelle materie riconducibili alla valorizzazione dei beni culturali, nasce come risposta alle spinte autonomistiche emerse in alcune aree del Paese, ma è costituzionalmente vincolata al rispetto «dell'unità e indivisibilità della Repubblica», nonché dei principi di solidarietà e di coordinamento della finanza pubblica. Inoltre, la separazione concettuale e funzionale tra le finalità di tutela e quelle di valorizzazione del patrimonio culturale, così come delineata dal nuovo quadro costituzionale, ha contribuito a creare un ambito particolarmente sensibile al sorgere di conflitti di attribuzione tra i diversi livelli di governo. Difatti, le difficoltà emerse nell'attuazione del riparto di competenze hanno reso imprescindibile l'intervento chiarificatore della giurisprudenza costituzionale che ha svolto un ruolo essenziale di supplenza e di razionalizzazione del sistema, intervenendo a chiarire la portata della distinzione tra tutela e valorizzazione dei beni culturali e a prevenirne

[6] Sul regionalismo cooperativo, cfr. G. AMATO, *Il regionalismo cooperativo. Una risorsa delle democrazie*, in BIN R., FERRARI F. (a cura di), *Il futuro delle Regioni*, Napoli, Ed. Scientifica, 2023, 15 ss.; GARDINI G., *Il regionalismo differenziato di fronte alla Consulta: "hanno tutti ragione"?*, in Giorn. Dir. Amm., 2025, 240 ss. Sul dibattito sulla trasformazione strutturale del modello di articolazione per livelli territoriali, G. GARDINI, C. TUBERTINI, *Le prospettive del regionalismo: idee per una rifondazione*, Astrid Rassegna, 2023, 43 ss. F. CORTESE, *Le regioni co-legislatori e co-amministratori: ambizioni originarie, oscillazioni attuative, potenziali traguardi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2023, 355 ss., evidenzia criticamente come la Corte costituzionale, pur in modo comprensibile, tenda ad attribuire allo Stato la responsabilità ultima e la funzione di sintesi degli interessi unitari e indivisibili.

ISSN 2036-7821

interpretazioni eccessivamente rigide o confliggenti.[7] Le pronunce della Corte costituzionale hanno infatti contribuito a definire il contenuto sostanziale delle due funzioni, evidenziandone il carattere distinto ma al contempo complementare, nonché ad individuare criteri utili per la corretta allocazione delle competenze legislative e amministrative tra Stato e Regioni, nel rispetto dei principi di unità della tutela e di leale collaborazione.[8] Le coordinate interpretative elaborate dalla Corte costituzionale assumono particolare rilievo anche con riferimento al tema dell'autonomia differenziata di cui all'art. 116, terzo comma, Cost. L'eventuale attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia alle Regioni in materia di beni culturali deve sempre misurarsi con i limiti tracciati dalla giurisprudenza costituzionale, che ha costantemente ribadito la centralità della funzione di tutela quale competenza esclusiva dello Stato e la necessità di garantire standard uniformi di protezione del patrimonio culturale sull'intero territorio

[7] Sul ruolo di supplenza della Corte, cfr. F.S.MARINI, *La tutela e la valorizzazione dei beni culturali come materie-attività nelle più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost*., 2004, 1; A. POGGI, *La Corte torna sui beni culturali (brevi osservazioni in margine alla sentenza n. 26/04)*, in *Federalismi*, 2004, 6; R. BIFULCO, A. CELOTTO, *Corte costituzionale e materie*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, *Le materie dell'art. 117 della Costituzione nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001 - Analisi sistematica della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze fra Stato e Regioni 2001-2014*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; M. PICCHI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Verso un progressivo accentramento delle competenze?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2017,10; D. NARDELLA, *Un nuovo indirizzo giurisprudenziale per superare le difficoltà nell'attuazione del Titolo V in materia di beni culturali?* (Nota a sentenza 26/2004) in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2004, 2. Nella sentenza della Corte costituzionale n. 407/2002 (Considerato, 3.2.) vi è una chiara descrizione di "materia-attività", definizione attribuita ai beni culturali e all'ambiente, ai sensi dell'art 117, comma 2. In particolare, la Consulta afferma che « (…) non tutti gli ambiti materiali specificati nel secondo comma dell'art. 117 possono, in quanto tali, configurarsi come « materie" in senso stretto, poiché, in alcuni casi, si tratta più esattamente di competenze del legislatore statale idonee ad investire una pluralità di materie (cfr. sentenza n. 282 del 2002) ». Nella sentenza n. 13 del 13 gennaio 2004, la Corte costituzionale, dopo aver ribadito la competenza esclusiva statale in relazione alla tutela, precisa che la valorizzazione «è diretta soprattutto alla fruizione del bene culturale, sicché anche il miglioramento dello stato di conservazione attiene a quest'ultima nei luoghi in cui avviene la fruizione ed ai modi di questa». Il presidente emerito della Corte costituzionale prof. G. Maria Flick in suo contributo (*L'archeologia pubblica: ovvero come attuare concretamente l'articolo 9 della Costituzione, in A.I.C. 2015 n. 4)* osserva che: "*La Corte è stata assai impegnata per dare concreta attuazione alla modifica del Titolo V della Costituzione, introdotta nel 2001 e non accompagnata da una pur necessaria legge di attuazione (che è sopraggiunta tardivamente); per precisare, tra le altre cose, quella distinzione tra la tutela e valorizzazione cui ho accennato. L'aver affidato la prima allo Stato e la seconda alle Regioni ha creato però una prateria senza confini precisi, dove imperversavano la 'cavalleria' e gli 'indiani' - rappresentati rispettivamente dall'uno e dalle altre - rivendicando ciascuno le proprie competenze e soprattutto la gestione delle risorse economiche per farvi fronte. Ha affermato che il patrimonio culturale è espressione e testimonianza delle vicende storiche; che la distinzione tra tutela, valorizzazione e gestione di quel patrimonio non può risolversi in una contrapposizione e in una falsa antinomia; che non ci può essere soluzione di continuità tra tutela e valorizzazione. Si deve lavorare nella direzione di una leale collaborazione non solo tra realtà pubbliche - Stato, Regione, Enti Locali - ma anche fra esse ed il privato, per cercare di fare non già una economia di cultura (con i famigerati tagli lineari alla spesa) ma una economia della cultura*". Sul principio di leale collaborazione e sulla importanza di incrementare le forme di cooperazione tra gli enti anche in materia di patrimonio culturale, cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 140 del 9 luglio 2015.

[8] Sul carattere non sempre lineare né realmente paritario del paradigma cooperativo nella giurisprudenza costituzionale, e sul ruolo spesso residuale della cooperazione rispetto al criterio della prevalenza, v. S. PARISI, *Materie, interferenze ed equivoci: "prevalere" e "cooperare" nel regionalismo giurisprudenziale*, in *Le Regioni*, 6/2025, 1307 ss., spec. §§ 4-5.

ISSN 2036-7821

nazionale.[9] Alla luce di ciò, l'autonomia differenziata, pur potendo astrattamente configurarsi come un modello di differenziazione funzionale compatibile con l'unitarietà dei valori costituzionali sottesi alla protezione e alla valorizzazione del patrimonio culturale, presenta rilevanti profili di criticità se applicata a un settore che riveste un peculiare rilievo sistemico.[10] Il patrimonio culturale costituisce, infatti, un ambito nel quale emerge con particolare intensità una tensione strutturale tra le istanze di valorizzazione territoriale e la salvaguardia di interessi unitari di rango costituzionale, riconducibili all'art. 9 Cost. e alla concezione del patrimonio culturale come bene della collettività nazionale.[11] In tale contesto, l'eventuale ampliamento delle competenze regionali previste dalla legge n. 86 del 2024 rischia di accentuare fenomeni di frammentazione della disciplina e di disomogeneità nella protezione dei beni, sollevando questioni di rilievo sistemico in ordine alla garanzia di livelli uniformi di tutela sull'intero territorio nazionale e alla preservazione dell'unitarietà del patrimonio culturale quale valore costituzionalmente protetto. Il nodo problematico che attraversa la disciplina dei beni culturali concerne il delicato coordinamento tra la funzione di valorizzazione, quale espressione delle autonomie territoriali e delle dinamiche di sviluppo locale, e l'esigenza di garantire un livello uniforme e inderogabile di tutela del patrimonio culturale, riconosciuto dall'art. 9 Cost. come principio fondamentale dell'ordinamento e interesse primario della Repubblica. La tensione tra queste due dimensioni non si esaurisce in un conflitto di competenze, ma investe la stessa configurazione costituzionale del patrimonio culturale, quale bene unitario nella sua rilevanza identitaria e, al contempo, radicato nei contesti territoriali che ne esprimono il valore storico e sociale. Ne deriva la necessità di un assetto normativo e istituzionale capace di comporre, in chiave sistematica, le istanze di differenziazione e prossimità con la salvaguardia dell'unità sostanziale del patrimonio culturale nazionale. Il modello delineato dalla legge 26 giugno 2024, n. 86 rende tale equilibrio particolarmente delicato, facendo emergere

[9] M. BARBATO, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Diritto Pubblico - Deiustitia*, 2023.

[10] C. BARBATI, *Decentramento e beni culturali tra tutela e valorizzazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 1997, 2; G. MANFREDI, *Il riparto delle competenze in materia di beni culturali e la leale collaborazione*, in *Ist. fed.*, 2017; A.M.A. CABIDDU, *La favola brutta dell'autonomia differenziata*, in *Democrazia e diritto*, 2023, 39 ss.

[11] Sull'inquadramento costituzionale dell'art. 9: F. MERUSI, Art. 9, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione, art. 1-12. Principi fondamentali,* Bologna-Roma, Zanichelli - Il Foro italiano, 1975, 455-456; sempre dello stesso Autore, *Significato e portata dell'art. 9 della Costituzione, in Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore* di C. MORTATI, III, Milano, Giuffrè, 1977, 806 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *Commento all'art. 9*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario alla Costituzione*, Padova, 1990; 1; A. CROSETTI, *La tutela ambientale dei beni culturali,* Padova, Cedam, 2001; E. MICHETTI, *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*: commento, giurisprudenza, modulistica e legislazione, CEL, Gorle, 2006, 10 ss; M. CECCHETTI, *Art.9*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, *I*, Torino, UTET, 2007; AA. VV., *I beni culturali nel diritto: problemi e prospettive, a* cura di G. ALPA, Napoli, ESI, 2010.

ISSN 2036-7821

fattori strutturali di potenziale disfunzionalità, tra cui il pericolo di una disomogenea applicazione delle misure di tutela, le diseguaglianze strutturali nelle capacità finanziarie e amministrative regionali e le complessità procedurali connesse all'attribuzione e all'esercizio delle nuove competenze. Il riconoscimento dell'autonomia territoriale comporta, inevitabilmente, la presenza di assetti normativi e amministrativi differenziati all'interno dell'ordinamento, incidendo anche sulle modalità di governo del patrimonio culturale.[12] La sfida per un sistema costituzionale fondato sul pluralismo istituzionale consiste nella capacità di garantire la coerenza complessiva e l'unitarietà della tutela, condizioni imprescindibili per la salvaguardia del patrimonio culturale, e al contempo di promuovere le specificità locali come risorsa per una valorizzazione diffusa e partecipata. La legge n. 86 del 2024 impone una lettura particolarmente rigorosa dei limiti costituzionali all'autonomia differenziata in materia culturale, richiedendo che ogni forma di ampliamento delle competenze regionali sia accompagnata da adeguati meccanismi di coordinamento e di garanzia, idonei a preservare livelli uniformi di tutela e a scongiurare processi di frammentazione del sistema nazionale di protezione del patrimonio culturale. Tali esigenze risultano ulteriormente rafforzate dalla qualificazione, operata dal legislatore, delle attività di tutela, valorizzazione e fruizione del patrimonio culturale come livelli essenziali delle prestazioni. Con il decreto-legge 20 settembre 2015, n. 146, convertito dalla legge 12 novembre 2015, n. 182, tali attività sono state ricondotte all'ambito dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., assumendo una valenza che trascende la dimensione meramente amministrativa e si colloca sul piano dei diritti sociali e culturali, la cui garanzia uniforme sul territorio nazionale costituisce un limite invalicabile all'esercizio dell'autonomia differenziata. Tale qualificazione consente di inquadrare le funzioni in esame come espressione di veri e propri diritti sociali, e più precisamente di diritti culturali, la cui garanzia uniforme sull'intero territorio nazionale è rimessa alla responsabilità dello Stato.[13] In questo contesto, la disciplina normativa rafforza il legame tra patrimonio culturale e funzione sociale della cultura, imponendo un livello minimo e inderogabile di prestazioni a tutela dell'interesse generale e della fruizione collettiva dei beni culturali. Pur riconoscendo le potenzialità insite nella funzione di valorizzazione dei beni culturali, che l'ordinamento costituzionale colloca nell'ambito della competenza

[12] L. D'ANDREA, *Brevi notazioni critiche sull'autonomia differenziata, Diritti regionali*, in *Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 2025, 1, 31.

[13] G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, in *Le Regioni*, Bologna, Il Mulino, 1987, 53 -71; dello stesso Autore, *Beni culturali e funzione sociale*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, II, 561 ss. Sui beni culturali quale risorse collettiva da tutelare: M. ROVERSI MONACO, ***Tutela e utilità collettiva del patrimonio pubblico e del patrimonio culturale: alcune considerazioni critiche***, in ***Riv. Giur. Urb.***, 2016, 2, 80; F. SALMONI, *Riflessioni minime sul concetto di stato sociale e vincoli comunitari. Selezione dei diritti o selezione dei soggetti da tutelare?*, in *Rivista A.I.C.*, 2016, 2; A. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'unione europea*, in *Rivista A.I.C.*, 2017, 1; B. ACCETTURA, *Politiche di valorizzazione e funzione sociale dei beni culturali. Pratiche di cittadinanza attiva*, in *Federalismi*, 2019.

ISSN 2036-7821

legislativa concorrente, l'attuazione dell'autonomia differenziata attraverso l'ampliamento delle competenze regionali solleva rilevanti questioni di ordine sistemico. Questo processo, infatti, non può essere considerato unicamente sotto il profilo dell'efficienza amministrativa o del rafforzamento delle autonomie territoriali, ma richiede una valutazione condotta alla luce dei principi costituzionali che presidiano la salvaguardia del patrimonio culturale quale bene unitario della collettività nazionale. Ne derivano interrogativi di ordine costituzionale, amministrativo e istituzionale, concernenti in particolare il rischio di disomogeneità nella protezione dei beni, l'alterazione degli equilibri tra i livelli di governo e la tenuta del sistema delle garanzie volte ad assicurare livelli uniformi di tutela e fruizione sull'intero territorio nazionale, che rendono necessaria un'analisi sistematica e approfondita della compatibilità dell'autonomia differenziata con il quadro costituzionale di riferimento. L'ipotesi di un trasferimento alle Regioni di competenze riconducibili alla tutela solleva rilevanti dubbi di costituzionalità, soprattutto laddove possa comportare un abbassamento dei livelli di protezione o una disomogeneità nella disciplina applicabile ai beni culturali. Il rischio principale è quello di una progressiva frammentazione del sistema di gestione del patrimonio culturale, con conseguenti disparità tra Regioni dotate di maggiori risorse finanziarie e amministrative e Regioni strutturalmente più deboli. L'esperienza applicativa ha evidenziato come, negli ultimi trent'anni, le politiche pubbliche in tale ambito siano state caratterizzate da scelte strutturali discutibili, tra cui, in particolare, il ricorso sistematico all'esternalizzazione dei cosiddetti servizi aggiuntivi presso gli istituti culturali statali e la trasformazione degli enti lirico-sinfonici in fondazioni di diritto privato. A tali indirizzi si sono affiancati fenomeni persistenti di sottofinanziamento del settore, nonché pratiche organizzative che hanno fatto ampio affidamento su forme di lavoro precario o non adeguatamente remunerato.[14] Tali dinamiche hanno inciso in modo significativo sulla capacità complessiva del sistema pubblico di garantire una gestione efficace e sostenibile del patrimonio culturale, contribuendo a indebolire, sul piano strutturale, tanto le funzioni di tutela quanto quelle di valorizzazione.

Proprio l'intreccio di molteplici interessi rende la materia particolarmente sensibile all'applicazione del regionalismo differenziato, imponendo un'analisi attenta dei limiti e delle condizioni entro cui l'ampliamento dell'autonomia regionale può ritenersi compatibile con l'assetto constituzionale. In continuità con le premesse

[14] S. SETTIS, *Italia S.p.A. L'assalto al patrimonio culturale*, Torino., Giulio Einaudi editore, 2002; G. SCIULLO, *Diritto e gestione dei beni culturali*, Torino, Giappichelli, 2018. Sulle fondazioni liriche: **S. CINCIMINO, S. MILAZZO, A. SIGILLÒ MASSARA, *Le fondazioni lirico sinfoniche: criticità e profili di attualità giuridica ed economica*, in G. CORSO, F.G. SCOCA, A. RUGGERI, G. VERDE (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 711-726.**

Sul precariato nel settore culturale: C. D'ORTA - F. PIRAINO, *Il lavoro nei beni culturali*, Roma, Carocci Editore, 2019; ISTAT - MiC, *Rapporti annuali su cultura e occupazione.*

ISSN 2036-7821

esposte, l'analisi del rapporto tra tutela e valorizzazione dei beni culturali alla luce dell'art. 116, comma 3, Cost. pone in evidenza le potenzialità e le principali questioni sistemiche connesse all'autonomia differenziata nel delicato equilibrio tra unità della Repubblica e differenziazione territoriale e si colloca nel solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale, con particolare riferimento alla sentenza n. 192 del 2024, che rappresenta un passaggio centrale nella definizione dei confini costituzionali del regionalismo differenziato in ambiti caratterizzati da un elevato grado di unitarietà, quali la tutela e la valorizzazione dei beni culturali e "sintomo di una faticosa coesistenza del modello di regionalismo duale, delineato in Assemblea costituente, con il modello di regionalismo differenziato introdotto dall'art. 116, III co., Cost."[15]

Muovendo dalla distinzione costituzionale tra tutela e valorizzazione dei beni culturali, va evidenziato come tale dicotomia assuma una valenza decisiva nel contesto dell'autonomia differenziata, incidendo sulla distribuzione delle competenze legislative e amministrative e sugli equilibri tra centro e periferia. Il coinvolgimento delle Regioni e degli enti territoriali risulta non solo legittimo, ma spesso funzionale a una gestione più efficiente e aderente alle specificità locali. Le politiche di valorizzazione culturale sono, infatti, strettamente connesse allo sviluppo territoriale, al turismo, alla promozione delle identità locali e alla partecipazione delle comunità. L'autonomia differenziata potrebbe consentire ad alcune Regioni di sperimentare modelli innovativi di governance del patrimonio culturale, rafforzando la cooperazione tra istituzioni pubbliche e soggetti privati e favorendo l'integrazione tra tutela culturale e sviluppo economico sostenibile. Nonostante le potenzialità evidenziate, il rapporto tra tutela e valorizzazione dei beni culturali nel quadro dell'autonomia differenziata rappresenta una delle sfide più complesse del regionalismo italiano contemporaneo. Se da un lato l'autonomia può costituire un'opportunità per rafforzare le politiche di valorizzazione e rendere più efficiente la gestione del patrimonio culturale, dall'altro lato essa non può mettere in discussione il carattere unitario della tutela, né il valore costituzionale primario della cultura. In questo contesto, la funzione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) costituisce strumento di garanzia dell'uniformità dei diritti culturali sull'intero territorio

[15] L. D'ANDREA, Op. cit., 40. Sui primi rilievi relativi alla sentenza n. 192/2024 della Corte costituzionale, cfr. C. BUZZACCHI, *Pluralismo, differenze, sussidiarietà ed eguaglianza: dalla sentenza n. 192 del 2024 il modello per il sistema regionale «differenziato»*, in *Astrid Rassegna*, 2024, 18; R. MANFRELLOTTI, *La sent. n. 192 del 2024 della Corte Costituzionale e gli atti amministrativi generali a contenuto normativo*, in *Le costituzionaliste*, 2024, 1; L. VIOLINI, *Alcune considerazioni sulla sentenza nr. 192/2024 della Corte Costituzionale*, in *Le costituzionaliste*, 2024; A. SPADARO, *La "Quadratura del cerchio" o della Sent. Cost. n. 192/2024*, in *Diritti Regionali*, 2025; I. LA GROTTA, *La pars costruens della sentenza della Corte costituzionale n. 192/2024 in materia di autonomia differenziata*, in Judicium, 2025, 1-9. Una lettura della sent. n. 192/2024 che ne valorizza l'ambizione sistematica ma ne evidenzia anche alcune persistenti tensioni, specie con riguardo alla rappresentazione del regionalismo italiano come modello cooperativo, v. S. PARISI, *Tra virtù seminali e sviluppi futuri: la costellazione del diritto regionale a partire dalla sent. 192/2024*, in *Le Regioni*, 3, 2025, 579 ss.

nazionale, nonché sui limiti strutturali che derivano dai principi di unità e solidarietà, quali clausole di coesione dell'ordinamento repubblicano.[16] La chiave di volta risiede, dunque, in un equilibrio dinamico tra istanze autonomistiche regionali e salvaguardia dell'interesse culturale nazionale, tra unità e differenziazione, nel quale lo Stato mantenga un ruolo forte di garanzia e indirizzo, mentre le Regioni possano esercitare responsabilmente le proprie competenze, nel rispetto dei principi costituzionali e dell'interesse generale della Repubblica.[17]

Attraverso l'esame delle fonti, della giurisprudenza costituzionale e delle implicazioni sistemiche della riforma, si mira a valutare se l'attuale assetto normativo sia effettivamente idoneo a conciliare le istanze di differenziazione territoriale con la salvaguardia dell'unità sostanziale del patrimonio culturale e con la garanzia uniforme dei diritti culturali, individuando eventuali profili di tensione o di incoerenza nel modello delineato dal legislatore.

II. Il quadro costituzionale e la ripartizione delle competenze nella materia dei beni culturali

La disciplina giuridica del patrimonio culturale si radica su un doppio fondamento: costituzionale e normativo. Da un lato, l'art. 9 della Costituzione sancisce il principio secondo cui la Repubblica ha il compito di tutelare e promuovere la cultura (comma 1), il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione, riconoscendone il valore collettivo e identitario[18]. Dall'altro, il Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42), noto anche come Codice Urbani, costituisce il principale strumento legislativo di attuazione di tale principio, disciplinando in maniera organica la tutela, la conservazione e la valorizzazione dei beni culturali[19], e venendo costantemente aggiornato per rispondere alle nuove esigenze di gestione e fruizione del patrimonio.

La riforma del Titolo V della Costituzione del 2001 ha, poi, delineato un complesso

[16] S. CAVALIERE, *I livelli essenziali delle prestazioni e i nuovi "diritti"* in *Rivista A.I.C.*, 2017, 3.

[17] M. DE DONNO, *Gli insegnamenti della Corte costituzionale nella sentenza n. 192/2024. Quale lezione per le riforme locali?*, in ***Istituzioni del Federalismo*, 2025**; V. GASTALDO, *Regioni e beni culturali. Il contesto attuale e le prospettive del regionalismo differenziato*, in *Diritto Pubblico Europeo, Rassegna Online*, 2025, 1, 1-11.

[18] Sul valore collettivo e identitario del patrimonio culturale: A.M. SANDULLI, *Scritti giuridici*, Vol. II, *Diritto Costituzionale,* Napoli, Jovene, 1990, 279 ss.; S. CATTANEO, *Cultura e patrimonio culturale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, XXXIII, a cura di A. CATELANI e S. CATTANEO, diretto da G. SANTANIELLO, Padova, Cedam, 2002; M. SERIO, *Istituzioni e politiche per i beni culturali. Materiali per una storia*, Bologna, Bononia University Press, 2004.

[19] Ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), la valorizzazione consiste nelle attività volte a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e a garantirne la fruizione pubblica, anche per le persone con disabilità, favorendo lo sviluppo della cultura. Comprende il sostegno alla conservazione e, per il paesaggio, interventi di conservazione, riqualificazione e creazione di nuovi valori coerenti con il contesto e con il coinvolgimento dei privati. L'art. 111 del Codice precisa che la valorizzazione si realizza attraverso un'organizzazione di risorse, strutture e reti nonchè mediante l'impiego di competenze e risorse finanziarie funzionali alle finalità indicate dall'art. 6 del Codice medesimo. Tali attività possono essere promosse da soggetti pubblici oppure da privati, quali iniziative di rilevanza sociale ispirate a finalità solidaristiche.

ISSN 2036-7821

sistema di competenze legislative 'distribuite' fra lo Stato e le Regioni: allo Stato il comma 2, lettera s, dell'art.117 Cost. 'riserva' la competenza legislativa esclusiva in materia di tutela dei beni culturali, mentre la valorizzazione dei beni culturali è materia di legislazione concorrente tra Stato e Regioni ai sensi del comma 3 dell'art. 117, Cost.

Nel qualificarne i contenuti, Il Codice dei beni culturali distingue tra tutela e valorizzazione, definendo la prima (art. 3) come l'insieme delle funzioni e delle attività dirette all'individuazione, protezione e conservazione dei beni costituenti il patrimonio culturale ai fini della loro fruizione pubblica, e la seconda (art. 6) come l'insieme delle attività volte a promuoverne la conoscenza e a garantirne le migliori condizioni di utilizzazione e accesso. Si è così sancita normativamente la distinzione tra tutela - volta a proteggere l'integrità materiale dei beni culturali - e valorizzazione - volta a promuoverne la conoscenza e la fruizione pubblica.[20] Questa distinzione, pur chiara sul piano normativo, si attenua nella prassi applicativa, ove le due funzioni risultano strutturalmente interdipendenti: la valorizzazione presuppone e al contempo condiziona la tutela, dovendo svolgersi in forme compatibili con le esigenze di conservazione del bene. Proprio questa interdipendenza ha reso frequenti, soprattutto dopo la riforma del Titolo V del 2001, i conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni dovuti al "naturale intreccio tra le materie" e alle continue sovrapposizioni tra competenze statali e regionali in questo settore. La giurisprudenza costituzionale ha quindi chiarito che la tutela, in quanto finalizzata a garantire livelli uniformi di protezione sull'intero territorio nazionale, assume il carattere di competenza statale "trasversale," idonea a incidere su ambiti materiali diversi. In altre parole, la tutela - pur avendo un proprio oggetto materiale - è una funzione di carattere che permea ogni contesto in cui vi siano beni culturali, analogamente alla tutela dell'ambiente, con cui condivide la collocazione nell'art. 117, comma 2, lett. s). La valorizzazione, invece, pur restando contigua alla tutela, perseguendo lo scopo di favorire la conoscenza e la fruizione del patrimonio culturale, presenta una maggiore attitudine ad adattarsi alle specificità territoriali. In ragione di questo intreccio tra le due funzioni, la Corte costituzionale ha escluso la praticabilità di un riparto rigido delle competenze, individuando nel principio di leale collaborazione il criterio guida nei rapporti tra Stato e Regioni per poter risolvere ogni interferenza in materia di beni culturali. La Corte costituzionale ha ribadito che, quando competenze statali e regionali si intrecciano, occorre un "contemperamento dei rispettivi interessi" tramite strumenti cooperativi, anziché una visione gerarchica dei livelli di governo.

Già prima della riforma del 2001, del resto, l'ordinamento prevedeva forme di coordinamento: ad esempio, l'art. 118, comma 3, della Costituzione (introdotto nel

[20] L. DE POLI, *Il regionalismo differenziato dei beni culturali*, in Rivista *Pausania, Rivista di Diritto Urbanistico*, 2019. V. GASTALDO, Op.cit., 2025, 1-11.

2001) richiede espressamente che la legge statale disciplini forme di intesa e coordinamento nella tutela dei beni culturali, riconoscendo la necessità di una *governance* condivisa[21]. In attuazione di tale principio, il Codice dei beni culturali include diverse norme sulla cooperazione tra livelli di governo: l'art. 5, comma 3, consente di attribuire mediante accordi specifiche funzioni di tutela alle Regioni per beni librari e archivistici (manoscritti, incunaboli, etc.); il comma 4 dello stesso articolo prevede che ulteriori forme di coordinamento nella tutela possano essere individuate, sempre sulla base dei principi di differenziazione e adeguatezza, con le Regioni che ne facciano richiesta. Inoltre, l'art. 112, comma 4, del Codice prevede accordi tra Stato, Regioni ed enti locali per definire strategie e obiettivi comuni di valorizzazione dei beni culturali pubblici, con la predisposizione di piani strategici condivisi.[22] Perfino il trasferimento della gestione di musei o siti culturali statali può avvenire attraverso intese: l'art. 102, comma 5, del Codice consente al Ministero di trasferire alle Regioni o ad altri enti territoriali la disponibilità di istituti e luoghi della cultura statali, in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, per assicurare una fruizione e valorizzazione più efficiente di quei beni.[23] Questo ventaglio di strumenti indica che l'ordinamento vigente già offre margini di cooperazione[24] e flessibilità notevoli senza bisogno di alterare il quadro

[21] In quest'ambito, peraltro, secondo S. PARISI, *Materie, interferenze*...cit., spec. 1338, vi sarebbero "due forme di interazione tra legislatori (...), riconducibili sia all'art. 118, comma 3, che al rapporto tra competenza esclusiva (art. 117, comma 2, lett. s), sulla tutela) e concorrente (art. 117, comma 3, sulla valorizzazione)". Quindi, forme di *interferenza materiale* coesisterebbero con profili di *separazione* delle competenze. Dall'esame della giurisprudenza costituzionale sul punto, secondo l'A., emergerebbe, riguardo ai beni culturali, «uno statuto spurio che, a seconda della disciplina in questione, privilegia ora la componente collaborativa ora quella incentrata sulla separazione tra le competenze» (1339).

[22] L'art. 112, comma 4, del d.lgs. n. 42 del 2004 prevede che Stato, Regioni ed enti pubblici territoriali definiscano, mediante accordi, strategie condivise di valorizzazione dei beni culturali pubblici, predisponendo i relativi piani strategici e programmi di sviluppo culturale. Tali intese, stipulate su base regionale o sub-regionale in relazione a specifici ambiti territoriali, mirano anche a integrare nel processo di valorizzazione le infrastrutture e i settori produttivi connessi, potendo estendersi - previo consenso - ai beni di proprietà privata. Per lo Stato, gli accordi sono conclusi dal Ministero della cultura, eventualmente d'intesa con altre amministrazioni competenti. La previsione assume particolare rilievo nel contesto dell'autonomia differenziata, poiché delinea un modello di governance cooperativa fondato su strumenti pattizi e su una programmazione condivisa tra livelli di governo. La valorizzazione si configura come ambito privilegiato di esercizio delle competenze regionali, ma entro un quadro di leale collaborazione che preserva l'unitarietà dell'indirizzo culturale nazionale e il coordinamento strategico assicurato dallo Stato.

[23] Sulla riforma museale italiana: L.CASINI, Il *"nuovo" statuto giuridico dei musei italiani*, in Aedon, Rivista di arti e diritto on line., 3, 2014; C. BARBATI, M. CAMMELLI, L.CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, il Mulino, 2019, 216-220; L. CASINI, *Le metamorfosi del ministero della Cultura e le incongruenze dell'organizzazione amministrativa*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2, 2024, 105-109. In ottica comparatistica sulla riforma dei musei: L. FERRARA, *Il trentennale della legge della Sassonia sulle aree culturali ed il modello tedesco di federalismo culturale*, in *Amministrativ@*mente, 2025, 4, 1613 ss.

[24] Lo stesso Codice dei beni culturali definisce un modello nel quale coesistono principi statali, normative regionali di attuazione e strumenti cooperativi, con una disciplina che incide anche sulla distribuzione delle funzioni in relazione alla titolarità o disponibilità dei beni, oltre che sul ruolo degli istituti e luoghi della cultura. In questo quadro, la leale collaborazione non rappresenta un semplice canone di stile istituzionale, ma una tecnica necessaria per governare intrecci che, per loro natura, attraversano più livelli di governo e più categorie di beni,

costituzionale delle competenze.[25]

Sul piano amministrativo, l'attuale assetto vede il Ministero della Cultura titolare delle funzioni di tutela, esercitate attraverso una rete di organi periferici - le Soprintendenze - presenti in ogni Regione.[26] Le Soprintendenze Archeologia, Belle Arti e Paesaggio sono uffici decentrati dello Stato responsabili della protezione del patrimonio storico-artistico e paesaggistico a livello territoriale. Ad esse si affiancano le Soprintendenze Archivistiche e Bibliografiche, competenti per la tutela dei beni archivistici e librari. Queste strutture, dotate di autonomia tecnico-scientifica, rappresentano "l'amministrazione decisionale più prossima al territorio" per la materia dei beni culturali, fungendo da collegamento tra centro e periferia. Le Regioni e gli enti locali, dal canto loro, operano principalmente nel campo della valorizzazione: gestiscono musei e biblioteche locali, promuovono attività culturali, finanziano il restauro e la fruizione dei beni presenti sul proprio territorio, nel rispetto degli standard e dei vincoli posti dalla normativa statale di tutela. In virtù del principio di leale collaborazione, numerose competenze sono esercitate in forma coordinata o partecipata: ad esempio, nelle commissioni per le dichiarazioni di interesse culturale dei beni (vincoli) siedono rappresentanti regionali accanto a quelli statali e molti progetti di valorizzazione sono co-progettati e co-finanziati attraverso accordi di programma quadro e intese istituzionali. Si può dunque affermare che, prima ancora di ogni ipotesi di autonomia differenziata, la *governance* dei beni culturali in Italia si basa su una coesistenza di competenze e sulla necessità di continuo coordinamento tra il livello centrale - garante dell'interesse unitario alla tutela - e i livelli territoriali - portatori delle istanze locali di fruizione e sviluppo culturale.[27] Su questo equilibrio delicato è intervenuto il dibattito sull'autonomia

---

con effetti immediati sui procedimenti e sulle responsabilità. Cfr. A.G. ARABIA, *Valorizzazione dei beni culturali e promozione e organizzazione di attività culturali, in Italian Papers on Federalism* (ISSIRFA-CNR), 2020, 3; A. SAU, *Beni e attività culturali tra Stato e Regioni: ciò che resta della stagione della regionalizzazione. Guardando alla prossima, Aedon, Rivista di arti e diritto on line,* 2023.

[25] Sul ruolo dei privati nella gestione e valorizzazione del patrimonio culturale, cfr. M.C. SPENA, *La complessa relazione tra valorizzazione dei beni culturali e forme di intervento privato: contratto di sponsorizzazione e digitalizzazione,* in *Riv. Giuridica dell'edilizia,* 2022, 139 ss..

[26] M. C. PANGALLOZZI, *L'istituzione museale: effetti e prospettive di una conquistata autonomia*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto online*, 2019, 1; S. ANTONIAZZI, *Musei pubblici. Modelli giuridici di gestione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022. Con il D.P.C.M. 15.3.2024 n. 57, è stato adottato il nuovo Regolamento di organizzazione del Ministero della Cultura che reintroduce il modello per Dipartimenti e abolisce la figura centrale del Segretario Generale. Questa scelta nasce dall'esigenza politica e gestionale di snellire i processi decisionali. Il nuovo contesto, quindi, prevede quattro Dipartimenti. G. COSENZA, *La riforma del Ministero della cultura. Punti di forza e di debolezza,* in *Economia della Cultura*, 2024,1, 158 ss.; L. CASINI, *Le metamorfosi del ministero della Cultura e le incongruenze dell'organizzazione amministrativa,* in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2024, 105 ss.; D. PAGANO, *La riorganizzazione del ministero della Cultura e il ruolo delle amministrazioni periferiche: un confronto con la Regione Siciliana,* in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2025, 2, 298 ss.

[27] La Camera dei deputati, in data 21 ottobre 2025, ha approvato la proposta di legge n. 2606 recante delega al Governo per la revisione del Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. n. 42/2004 e altre disposizioni concernenti la valorizzazione sussidiaria dei beni culturali e l'istituzione del circuito "Italia in scena" (AC 1521-A). Proposta ora all'esame del Senato della repubblica (AS 1695). Il nuovo articolo 121-bis, composto da

differenziata, sollevando interrogativi circa le possibili riconfigurazioni dei poteri in gioco.[28]

III. Il regionalismo differenziato: genesi e sviluppi normativi

L'idea di un regionalismo "asimmetrico" ha radici nella stessa riforma costituzionale del 2001. L'art. 116, comma 3, della Costituzione stabilisce che, mediante legge approvata a maggioranza assoluta delle Camere, si possono attribuire a una Regione a statuto ordinario "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia", sulla base di un'intesa fra lo Stato e la Regione interessata. In sostanza, la Carta costituzionale offre uno strumento di flessibilità istituzionale: le Regioni possono - su iniziativa propria - ottenere competenze aggiuntive in determinate materie. Fin dalla sua introduzione, tuttavia, il regionalismo differenziato è stato accompagnato da cautele e condizionamenti a tutela dell'unità nazionale: la stessa disposizione costituzionale impone che la legge che concede maggiore autonomia valuti la compatibilità con i principi costituzionali e con l'unità e indivisibilità della Repubblica, per evitare che si creino divari eccessivi fra territori. Il Parlamento, in sede di approvazione finale della legge che recepisce l'intesa Stato-Regione, ha il compito di garantire che l'autonomia differenziata non si traduca né in una rottura della coesione nazionale né in una lesione dell'autonomia locale garantita agli altri enti territoriali.
I primi tentativi di attuare l'art. 116, comma 3, risalgono ai primi anni Duemila. Già nel 2003 la Regione Toscana presentò una richiesta di maggiore autonomia - peraltro limitata proprio al settore dei beni culturali - aprendo la strada a questa nuova forma di regionalismo. Successivamente, tra il 2006 e il 2007, furono Lombardia e Veneto ad avviare procedure per ottenere ulteriori competenze, seguite nel 2008 dal Piemonte. Queste iniziative non ebbero esito concreto immediato e il percorso verso l'autonomia differenziata conobbe un periodo di stasi. Il tema è tornato di attualità circa un decennio dopo: nel 2017 la Lombardia e il Veneto hanno tenuto referendum consultivi popolari che hanno registrato un forte sostegno alla richiesta di maggiori autonomie regionali. Contestualmente anche l'Emilia-Romagna, senza passare per un referendum, si è fatta promotrice di un negoziato con il Governo centrale per ottenere competenze aggiuntive. Entro fine 2017, le tre Regioni settentrionali (Veneto, Lombardia, Emilia Romagna) hanno così formalizzato al Governo le proprie piattaforme di richieste, includendo una vasta gamma di materie - dall'istruzione ai trasporti, dalla sanità ai beni culturali. Tali iniziative hanno riacceso "uno dei temi più caldi del dibattito istituzionale e politico del Paese," alimentando sia aspettative

5 commi, è dedicato a istituire una nuova "Anagrafe digitale degli istituti, dei luoghi della cultura e dei beni culturali di appartenenza pubblica", mentre l'articolo 121-ter, composto da quattro .commi, reca disposizioni in materia di "Albo digitale della sussidiarietà orizzontale" .

[28] L. DE POLI, Op. cit, 2023, 1 ss.

ISSN 2036-7821

di riforma sia timori di spaccatura tra Nord e Sud.
Dopo un iter politico-legislativo travagliato e protrattosi per più legislature, si è giunti all'approvazione di una legge quadro nazionale per l'attuazione dell'autonomia differenziata. Si tratta della legge 26 giugno 2024 n. 86, recante "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario". Entrata in vigore il 13 luglio 2024, questa legge fornisce la cornice procedurale e i princìpi generali per dare attuazione all'art. 116, comma 3, della Costituzione in modo uniforme per tutte le Regioni richiedenti. [29] In altri termini, la legge 86/2024 definisce il percorso da seguire e alcune condizioni da rispettare, evitando negoziazioni estemporanee caso per caso, e funge da cornice unitaria entro cui inserire le future intese, rimandando, tuttavia molte scelte cruciali alla fase attuativa. Essa, infatti, enuncia principi più che dettagli operativi: la concreta allocazione di funzioni e risorse dipenderà dai contenuti delle intese bilaterali tra Stato e singole Regioni e dalle successive leggi di approvazione. [30]
Dal punto di vista procedurale, la legge n. 86/2024, all'art. 2, modifica il processo di negoziazione e approvazione delle intese Stato-Regione. E' la Regione interessata (sulla base di una propria iniziativa giustificata alla luce del principio di sussidiarietà) che avvia il procedimento, presentando una formale richiesta al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro per gli affari regionali. Il Governo, sentiti il MEF per i profili finanziari e i Ministeri competenti per materia, avvia il negoziato con la Regione; tale negoziato deve concludersi entro 60 giorni con un'intesa preliminare contenente l'elenco delle specifiche funzioni da attribuire. Prima di sottoscrivere l'intesa preliminare, il Governo deve informarne le Camere e acquisire il parere della Conferenza Stato-Regioni. L'intesa definitiva, dopo eventuali modifiche richieste in sede di Conferenza Unificata, viene tradotta in un disegno di legge che il Governo trasmette al Parlamento. Come richiesto dall'art. 116 della Costituzione, il Parlamento ha l'ultima parola: la legge di approvazione dell'intesa deve essere approvata a maggioranza assoluta e può anche emendare o respingere il contenuto dell'accordo, nel caso lo ritenga in contrasto con i principi costituzionali o lesivo dell'unità nazionale. L'autonomia differenziata, pur pattuita bilateralmente, è quindi soggetta a un controllo parlamentare rafforzato, garanzia dell'equilibrio

[29] Sulla legge n.86/2024: M. BERTOLISSI, *Testi normativi e contesti istituzionali. Cose vere e meno vere a proposito dell'autonomia differenziata*, in *Consulta Online*, 2023, 2, 495 ss.; M. CARLI, *L'attuazione dell'autonomia differenziata*, in *Oss. sulle fonti*, 1, 2023, 5 ss.; M. PODETTA, *Il tentativo di attuazione dell'autonomia differenziata: dal disegno di legge Calderoli alla legge di bilancio per il 2023*, in *Consulta Online*, 2023, 2, 353 ss.; L. SPADACINI, *L'autonomia differenziata: considerazioni a margine del disegno di legge Calderoli e delle disposizioni della legge di bilancio per il 2023*, in *Federalismi*, 2023, 10, 219; anche A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, in *Federalismi*, 2024, 3; G. STARRANTINO, *Prime considerazioni a margine della legge Calderoli: un'occasione di riforma perduta*, in *Consulta Online*, 2024, 2, 861 ss.

30 G. PISAURO, *L'autonomia differenziata e i limiti della riforma del Titolo V*, in *Diritto pubblico*, 2023, 2, 565-580; R. ARCANO, A. CAPACCI, G. GALLI, *Cosa prevede davvero la legge sull'autonomia differenziata e perché è tanto controversa?*, in *Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani* (OCPI), 2024, 1 ss.

ISSN 2036-7821

unitario.

Un elemento cardine - e altamente dibattuto - introdotto dalla legge n. 86/2024 è la stretta correlazione tra autonomia differenziata e Livelli Essenziali delle Prestazioni (LEP). I LEP sono definiti dall'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione come le prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale. La legge stabilisce che in nessun caso l'autonomia differenziata possa compromettere l'uniforme godimento dei diritti fondamentali: pertanto, l'attribuzione di nuove competenze in ambiti attinenti a diritti civili e sociali è espressamente subordinata alla preventiva determinazione dei relativi LEP. In altri termini, prima di trasferire funzioni a una Regione in materie delicate (sanità, istruzione, tutela ambientale, beni culturali, ecc.), lo Stato deve fissare i livelli essenziali che quelle prestazioni devono garantire ovunque. I LEP costituiscono «la soglia costituzionalmente necessaria» di garanzie e rappresentano «il nucleo invalicabile per rendere effettivi tali diritti su tutto il territorio nazionale». Essi fungono da standard nazionali uniformi: la loro determinazione da parte statale è vincolante per le Regioni ed è accompagnata dall'obbligo per lo Stato di assicurarne il finanziamento. I LEP rappresentano un vincolo che il legislatore statale pone (tenendo conto delle risorse disponibili) e che impegna sia il legislatore regionale sia la pubblica amministrazione; una volta fissati, nasce in capo allo Stato il dovere di finanziarli adeguatamente, in modo da garantire in tutta Italia «uno standard uniforme di godimento del relativo diritto». Questa logica risponde al principio di eguaglianza sostanziale: l'autonomia locale non può tradursi in disparità di trattamento nei diritti fondamentali dei cittadini.[31] Le nuove attribuzioni conferite a Regioni ed enti autonomi nella salvaguardia dei diritti di cittadinanza, civili e sociali, richiedono un'attenta riflessione, soprattutto con riferimento ai beni culturali, settore nel quale potrebbe altrimenti verificarsi una compressione delle garanzie e una lesione del principio di eguaglianza dei cittadini all'interno di ogni singola Regione e fra le diverse regioni.

Nel settore dei beni culturali, questa impostazione ha conseguenze immediate. Il riparto delle competenze tra tutela e valorizzazione, pur ancorato all'art. 117 della Costituzione e alla tradizionale distinzione tra funzione conservativa e funzione di promozione della fruizione, non esaurisce la dimensione dei diritti che si proiettano sul patrimonio culturale. Quando la fruizione di servizi culturali, l'accesso a istituti e

[31] F. SAITTO, *La legge delega sul "federalismo fiscale": i livelli essenziali delle prestazioni come misura economica dell'eguaglianza*, in *Giur. Cost.*, 2010, 3, 2817-2842; S. MANGIAMELI, *Regionalismo e uguaglianza*, in *Italian Papers on Federalism*, 2019,1, 1 ss.; V.P. GROSSI, *L'evoluzione del ruolo della legge quadro nel sistema dell'art. 116, co. 3, Cost.: posizioni dottrinarie e funzione politica*, in *Italian Papers on Federalism*, 2023, 2, 46 ss.; G. COMAZZETTO, *I livelli essenziali delle prestazioni tra processi di differenziazione ed esigenze di eguaglianza*, Napoli, Jovane, 2024; G. RIVOSECCHI, *Regioni, finanza, livelli essenziali e principio democratico*, in *LeCostituzionaliste.it*, 11 ottobre 2024; V.P. GROSSI, *Equilibri impossibili? Regionalismo differenziato e livelli essenziali delle prestazioni dopo la sentenza della Corte costituzionale*, n. 192 del 2024, in *Osservatorio costituzionale*, 2025, 4, 173 ss.; F. MASCI, *I livelli essenziali delle prestazioni: appunti per una ricostruzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2025, 66 ss; M. DE DONNO, Op.cit., 2025.

luoghi della cultura, o la garanzia di standard minimi di conservazione e sicurezza diventano presupposto per l'effettivo esercizio di diritti civili e sociali, la determinazione dei LEP agisce come cornice unitaria che attraversa la pluralità delle competenze. Non si tratta di "centralizzare" la gestione, ma di impedire divari territoriali nel godimento delle prestazioni legate alla cultura.[32] In tale cornice sistematica, non sarebbe sufficiente richiamare il solo divieto di discriminazioni personali di cui all'art. 3, primo comma, Cost.: il rischio, è quello di legittimare diseguaglianze fondate sul territorio, in un Paese ancora segnato da un rilevante divario socio-economico tra Nord e Sud. Proprio la persistente "questione meridionale" impone l'adozione di adeguate misure perequative e di riequilibrio, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 119, quinto comma, Cost., affinché l'attribuzione di maggiori competenze non si traduca in un ampliamento delle disparità territoriali. Ne consegue che è rimessa al legislatore, statale e regionale, nonché all'intero sistema delle autonomie territoriali, nell'esercizio delle rispettive potestà normative di rango costituzionale e in attuazione dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione, la responsabilità di rendere effettiva l'unità giuridica ed economica della Repubblica, quale valore costituzionale primario e limite all'esercizio delle competenze differenziate.

La legge n. 86/2024, all'art. 3 (prima della sentenza della Corte Costituzionale n. 192/2024) aveva previsto che, entro 24 mesi dall'entrata in vigore (dunque entro luglio 2026) fossero individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio i LEP in una serie di materie chiave. Il compito era demandato a una Commissione tecnica insediata presso la Presidenza del Consiglio, i cui schemi di decreto avrebbero dovuto acquisire l'intesa della Conferenza Stato-Regioni e il parere delle Commissioni parlamentari. Ai sensi del terzo comma dell'art. 3 della legge n. 86/2024 (rimasto in vigore [33] dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 192/2024), i LEP sono determinati per le "specifiche funzioni concernenti" la salute, l'istruzione (comprese le norme generali sull'istruzione), la tutela del lavoro, la ricerca scientifica, la tutela dell'ambiente ed ecosistema, nonché entrambe le componenti del settore

[32] Sul riparto delle competenze fra Stato ed enti locali: M. CAMMELLI, *Il decentramento difficile*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 1998, 1; S. AMOROSINO, *Riflessioni sul futuribile ministero per le attività ed i beni culturali e sul riparto di funzioni tra Stato, regioni ed enti locali*, in *La cultura e i suoi beni giuridici*, a cura di V. CAPUTI JAMBRENGHI, Milano, Giuffrè, 1999; L. ELIA, *Introduzione* a *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, a cura di T. GROPPI e M. OLIVETTI, Torino, Giappichelli, 2001; S. CASSESE, *Problemi attuali dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001; A. POGGI, *Dopo la revisione costituzionale: i beni culturali e gli scogli del « decentramento possibile »*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2002, 1; A. Poggi, *La difficile attuazione del Titolo V: il caso dei beni culturali*, in Federalismi, 2003, 8; S.MABELLINI, *La tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multilivello*, Torino, Giappichelli, 2016; M.BARBATO, Op.cit, 2023, 3.

[33] Il comma 11 dell'art. 3 della Legge n. 86/2024 (rimasto in vigore unitamente al comma 3 dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 192/2024) prevede che "*Qualora, successivamente alla data di entrata in vigore della legge di approvazione dell'intesa, in materie oggetto della medesima, i LEP, con il relativo finanziamento, siano modificati o ne siano determinati ulteriori, la Regione e gli enti locali interessati sono tenuti all'osservanza di tali LEP nel rispetto dell'articolo 119, quarto comma, della Costituzione*".

ISSN 2036-7821

culturale, cioè la tutela dei beni culturali (materia di competenza statale ex art.117 comma 2) e la valorizzazione dei beni culturali e ambientali e la promozione/organizzazione di attività culturali (materia concorrente). In altri termini, il legislatore ha ricompreso espressamente la cultura nell'ambito dei LEP: sia la protezione del patrimonio culturale sia la sua fruizione rientrano tra quelle prestazioni essenziali che devono essere garantite ovunque in modo uniforme. Da ciò discende che qualunque trasferimento di specifiche funzioni in materia culturale non potrà prescindere dall'aver prima fissato i livelli essenziali relativi (ad esempio, standard minimi di tutela, criteri uniformi per l'accesso ai beni culturali, ecc.).

Non a caso, un principio fondamentale sancito dalla legge è "Prima i LEP": il trasferimento di competenze alle Regioni richiedenti può avvenire soltanto dopo che siano stati determinati i LEP nella materia e quantificati i relativi costi e fabbisogni standard. Inoltre, se dalla determinazione dei LEP emergono oneri aggiuntivi per la finanza pubblica, il trasferimento è condizionato anche allo stanziamento delle necessarie risorse finanziarie da parte statale. In base all'art. 4, comma 1, della legge n. 86/2024, infatti, le "specifiche funzioni" possono essere effettivamente devolute alla Regione solo dopo l'entrata in vigore dei provvedimenti legislativi che assegnino le risorse atte ad assicurare il raggiungimento dei LEP su tutto il territorio nazionale, incluse le Regioni che non abbiano richiesto maggiore autonomia. Questa clausola - dal significato inequivoco, sebbene tecnicamente complessa - ha l'obiettivo dichiarato di «scongiurare disparità di trattamento tra Regioni» in seguito alla differenziazione. In pratica, finché non si garantisce che i servizi essenziali siano finanziati adeguatamente ovunque, le funzioni non possono essere trasferite.

Sempre per presidiare l'unità nazionale e la solidarietà interregionale, la legge prevede strumenti di perequazione finanziaria. L'art. 9 stabilisce che, all'esito del trasferimento di nuove funzioni, lo Stato assicura alle Regioni richiedenti le risorse umane, finanziarie e strumentali corrispondenti, secondo criteri concordati nell'intesa e nei limiti delle risorse determinate con la legge di bilancio. Al contempo, l'art. 10 impone allo Stato di stanziare risorse aggiuntive per garantire che l'autonomia differenziata non accentui i divari: si devono tutelare "l'unità nazionale, nonché la promozione dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale, […] la rimozione degli squilibri economici e sociali". Questa previsione riecheggia il quinto comma dell'art.119 della Costituzione - non a caso richiamato - il quale autorizza interventi speciali e risorse aggiuntive a favore di determinati territori per finalità di perequazione e coesione. Si riconosce così esplicitamente che i LEP, da soli, potrebbero non bastare a superare le disuguaglianze territoriali esistenti. Lo Stato dovrà, quindi, farsi carico di misure compensative e investimenti straordinari laddove necessario, per evitare che concedere maggiore autonomia alle Regioni più efficienti o ricche penalizzi indirettamente le Regioni più deboli. D'altro canto, la legge non chiarisce del tutto come saranno redistribuite le eventuali

"eccedenze" finanziarie: un nodo controverso è se le Regioni più virtuose nel fornire i servizi essenziali con costi inferiori possano trattenere sul territorio le risorse risparmiate. Su questo punto la normativa rinvia alle intese bilaterali e alle commissioni paritetiche Stato-Regione che dovranno definire i criteri finanziari. È ovvio che, se tali risparmi rimanessero nelle casse delle Regioni già avvantaggiate, vi sarebbe un effetto di sottrazione di risorse a danno del bilancio statale o delle altre Regioni meno prospere. Proprio per questo, un tassello cruciale dell'architettura disegnata è il mantenimento in capo allo Stato delle leve della finanza: la legge afferma chiaramente che la determinazione dei costi e fabbisogni standard per i LEP e la perequazione finanziaria restano di competenza statale (sentito un organismo tecnico e la Conferenza Stato-Regioni) e che "le chiavi della cassaforte" restano in mano al centro. In definitiva, il modello delineato dalla legge n. 86/2024 cerca di bilanciare autonomia e unità predisponendo una serie di contrappesi: prima i LEP (con coperture finanziarie assicurate) e poi le nuove funzioni; se necessario, interventi statali straordinari per colmare gap; controllo parlamentare in sede di approvazione; rimodulazione periodica dell'intesa (che avrà durata massima decennale, rinnovabile ma anche revocabile in caso di esito negativo).[34]

IV. La sentenza della Corte Costituzionale n. 192/2024: il sindacato sull'art. 3 tra legalità, criteri direttivi e "funzioni"

Durante l'iter di approvazione della legge attuativa, il dibattito giuridico sul regionalismo differenziato è stato segnato da un pronunciamento di portata storica: la sentenza n. 192/2024 della Corte Costituzionale. Questa decisione si è espressa sulla legittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge n. 86/2024 e, più in generale, ha affrontato in maniera organica i principi e i limiti che governano la materia. La Corte ha colto l'occasione per una ricostruzione sistematica dei rapporti tra unità nazionale e autonomie territoriali, chiarendo che l'art. 116, comma 3, va letto in armonia con l'intero impianto costituzionale.[35] In apertura di motivazione, i

[34] A. COMINO, A. DE MARCO, A. NATALINI, *La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*, in L. TORCHIA (a cura di), *Welfare e federalismo*, Bologna, Il Mulino, 2005, 93 ss.; C. PINELLI, *I livelli essenziali delle prestazioni*, in G. CORSO, V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo la riforma costituzionale*, parte speciale, I, Milano, Giuffrè, 2006, 189 ss.; E.A. FERIOLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia ed eguaglianza*, in *Le Regioni*, 2006, 2, 564 ss; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista A.I.C.*, 2016, 3, 1-18; S. CAVALIERE, *I livelli essenziali delle prestazioni e i nuovi "diritti culturali"*, in *Rivista AIC*, 2017, 3; R. ARCANO, A. CAPACCI, G. GALLI, *Autonomia differenziata: profili e nodi critici*, in *Osservatorio CPI*, 2024.

[35] Tra le analisi critiche che si sono susseguite dopo la decisione: E. CHELI, *La forma dello Stato regionale in una storica sentenza della Corte costituzionale*, in *Astrid-online*, 2024; R. CALVANO, *Una "sentenza monumento" sul regionalismo italiano (già obliata da Camere distratte e ministri riottosi?)*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2025,1; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nella sentenza della Corte Costituzionale n. 192/2024*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2025,1; M. MASSA, *Sotto la spada di Damocle. Problemi costituzionali e applicativi del regionalismo differenziato in Italia*, in *Economia italiana*, 2025,1; V.P. GROSSI, *Principi e incertezze. Quale effettività per la*

giudici costituzionali individuano una serie di principi cardine che assicurano il bilanciamento tra unità e pluralismo nel nostro sistema. In primo luogo, viene posto al centro il principio di sussidiarietà, inteso come criterio guida per allocare le funzioni al livello di governo più adeguato (prossimo ai cittadini, salvo casi in cui è necessario il livello più alto). Accanto ad esso, in maniera sistematica, la Corte richiama i principi di adeguatezza e differenziazione, da un lato, e quelli di equità, solidarietà, leale collaborazione e responsabilità, dall'altro. Si delinea così la "struttura portante" della Repubblica delle autonomie: ogni pilastro è indispensabile e il venir meno anche di uno solo rischierebbe di comprometterne la stabilità. La sussidiarietà, in particolare, viene descritta con la metafora dell'ascensore: per ogni specifica funzione occorre individuare il livello territoriale più idoneo in base alla natura delle funzioni e al contesto, potendo la competenza salire o scendere "di piano" a seconda delle circostanze. La Corte sottolinea che non si tratta di un gioco di potere tra enti politici, né di mere valutazioni di opportunità politica: la differenziazione deve essere giustificata guardando all'interesse dei cittadini e all'efficacia dell'azione pubblica, non alle convenienze degli apparati. Da ciò discende un monito: l'attribuzione di nuove funzioni a un livello sub-statale deve mirare a migliorare l'efficacia, l'efficienza e la rispondenza alle esigenze locali, e non a soddisfare aspirazioni di potere fine a sé stesse. Un passaggio cruciale della sentenza n. 192/2024 riguarda il comma 1 dell'art. 3.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della delega per violazione dell'art. 76 della Costituzione, rilevando l'insufficienza dei principi e criteri direttivi. Il problema non è la scelta dello strumento del decreto legislativo in sé, ma il fatto che la legge pretende di orientare per relationem, con criteri generici e non modulati per settore, una determinazione dei LEP che implica scelte politiche delicate. Nella motivazione, la Corte insiste su un punto che, per i beni culturali, assume particolare rilievo: fissare i LEP significa bilanciare diritti e risorse, eguaglianza e autonomia, e persino diversi diritti fra loro. Una determinazione "plurisettoriale" di criteri direttivi, priva di modulazione per i diversi ambiti, è destinata alla genericità e non soddisfa lo standard costituzionale di guida parlamentare dell'azione governativa.[36]

L'effetto non resta circoscritto alla delega. Proprio perché i commi successivi sono costruiti come articolazioni operative della delega, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale consequenziale dei commi 2, 4, 5 e 6, che disciplinavano

sent. C. Cost. 192 del 2024?, in *Diritti regionali*, 2025, 2; A. MORRONE, *Lo stato regionale dopo la sent. n. 192 del 2024*, in *Giustizia Insieme*, 28 gennaio 2025; A. SAITTA, *Quale futuro per l'autonomia differenziata? La risposta è nella sentenza n. 192 del 2024*, e P. TORRETTA, *La disciplina dei LEP per l'autonomia differenziata (ma non solo) al vaglio della Corte costituzionale. Note a margine della sentenza n. 192/2024*, in *Federalismi*,2025,13; G.M. SALERNO, *La sentenza n. 192 del 2024 sull'autonomia differenziata: qualche riflessione sulla questione delle "specifiche funzioni"*, in *Nomos*, 2025, 3; A. SPADARO, *La "Quadratura del cerchio"… o della Sent. Cost. n. 192/2024*, in *Diritti Regionali*, 2025, 1.

[36] Corte cost., *sent. n. 192/2024*, dichiarazione di illegittimità dell'art. 3, comma 1, e motivazione su art. 76 Cost., 95-96.

ISSN 2036-7821

il procedimento e il monitoraggio della garanzia dei LEP. In altri termini, viene meno l'intera "catena" che, nella legge n. 86/2024, avrebbe dovuto assicurare che la determinazione dei LEP non rimanesse meramente nominale e che fosse seguita da strumenti di verifica dell'effettiva erogazione delle prestazioni. [37]

Per i beni culturali, il passaggio più incisivo in chiave sistematica è quello relativo al comma 3.[38] Nel dispositivo, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima la formula secondo cui "i LEP sono determinati nelle materie o negli ambiti di materie seguenti", sostituendola con l'affermazione che "i LEP sono determinati per le specifiche funzioni concernenti le materie seguenti". La correzione lessicale è, in realtà, una correzione concettuale. La sentenza esclude una devoluzione "per materie" e impone una costruzione "per funzioni": se l'autonomia differenziata non può tradursi nel trasferimento integrale di una materia, ma solo nell'attribuzione di specifiche funzioni[39], allora anche la determinazione dei LEP non deve essere predicata "per materie" in senso astratto, bensì costruita in relazione alle funzioni concretamente devolvibili e alle prestazioni che, in rapporto a quelle funzioni, devono restare garantite in modo uniforme.[40]

Applicata al binomio tutela e valorizzazione, la distinzione tra "materia" e "funzione" evita un equivoco ricorrente: l'idea che l'individuazione dei LEP in un settore autorizzi una devoluzione "a pacchetto" dell'intero ambito. Coerentemente con il principio di sussidiarietà, la devoluzione deve riguardare specifiche funzioni legislative o amministrative nell'ambito di una data materia. Secondo la Coret é escluso un approccio omnicomprensivo: la determinazione dei LEP non apre la strada a devoluzioni "a pacchetto", non diventa una porta d'ingresso per regionalizzare la tutela, ma un vincolo che accompagna ed eventualmente limita, il conferimento di specifiche funzioni connesse a prestazioni qualificabili come essenziali.[41] Nella valorizzazione, che per sua natura si presta a politiche

[37] Corte cost., *sent. n. 192/2024*, illegittimità consequenziale dell'art. 3, commi 2, 4, 5 e 6, ex art. 27 l. n. 87/1953, 95-96; Corte cost., *sent. n. 192/2024*, passaggi sulla funzione non meramente cartolare dei LEP e sul monitoraggio,106-107.

[38] A seguito della sentenza della Corte cost. n. 192/2024, il terzo comma dell'art. 3 della legge n. 86/2024 statuisce che "*Nelle materie di cui all'art. 116, terzo comma, della Costituzione, i LEP sono determinati per le specifiche funzioni concernenti le materie seguenti: a) norme generali sull'istruzione; b) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali; c) tutela e sicurezza del lavoro; d) istruzione; e) ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; f) tutela della salute; g) alimentazione; h) ordinamento sportivo; i) governo del territorio; l) porti e aeroporti civili; m) grandi reti di trasporto e di navigazione; n) ordinamento della comunicazione; o) produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; p) valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali*".

[39] Corte cost., *sent. n. 192/2024*, dispositivo: illegittimità dell'art. 3, comma 3, nella parte "materie", con sostituzione "specifiche funzioni", 124.

[40] Corte cost., *sent. n. 192/2024*, dispositivo: correzioni parallele su art. 1, comma 2, e art. 2, comma 1, che confermano l'impostazione "per funzioni", 124.

[41] La Corte esplicitamente critica l'idea di devolvere interi settori o ambiti integrali di una materia, avvertendo che ciò travalicherebbe il dettato costituzionale. Sul progressivo slittamento da una concezione statica delle materie a tecniche giurisprudenziali di composizione degli intrecci competenziali, nelle quali il lessico della

ISSN 2036-7821

differenziate, la logica dei LEP serve, invece, a impedire che l'asimmetria delle capacità amministrative e finanziarie produca, per effetto della differenziazione, diseguaglianze non più tollerabili nel godimento di servizi culturali fondamentali.[42]
Questa lettura era stata sostanzialmente disattesa nelle richieste formulate da Lombardia e Veneto (come si dirà infra), le quali miravano ad assorbire pressoché tutte le funzioni oggi svolte dallo Stato in materia di beni culturali a livello regionale. Secondo la Consulta, invece, l'autonomia differenziata va "ritagliata" su misura: la legge di attribuzione potrà ben riguardare solo funzioni amministrative, oppure solo legislative, oppure entrambe, ma sempre limitatamente a uno specifico oggetto. Questa impostazione segna un argine contro derive di "mini-Stati" regionali: l'autonomia aggiuntiva deve inserirsi nel mosaico delle competenze senza svuotare interamente i poteri statali in un settore. [43]
La sentenza n. 192/2024 sottolinea la natura derogatoria ed eccezionale dell'art. 116, comma 3, della Costituzione rispetto all'ordinario riparto delle funzioni. Proprio perché introduce un'asimmetria, la norma va applicata con giustificazioni puntuali. La Corte esige che ogni trasferimento sia motivato in base alle caratteristiche della funzione da allocare e al contesto territoriale di riferimento (contesto sociale, amministrativo, economico, demografico, geografico, etc.). In pratica, la richiesta regionale dovrà dimostrare i motivi per cui attribuire quella data funzione al livello locale porterebbe vantaggi in termini di efficacia, efficienza, equità e anche responsabilità amministrativa. Si tratta di un onere motivazionale stringente: non basta l'aspirazione generica ad avere più poteri, ma occorre evidenziare i benefici concreti attesi (miglior rendimento dell'azione pubblica, maggiore rispondenza ai bisogni locali, etc.). Questo criterio è intrinsecamente legato al principio di adeguatezza delle funzioni: la Corte invita a collocare ogni competenza al livello in cui essa risulti svolta in modo più adeguato agli scopi da raggiungere. Ad esempio, in linea generale, saranno funzioni da mantenere in capo allo Stato quelle la cui cura coinvolge l'intera collettività nazionale o richiede unità di gestione (la Corte fa l'esempio di funzioni che, se frammentate, comprometterebbero l'efficienza o l'unità della comunità nazionale). Al contrario, sono funzioni da allocare al livello regionale o locale quelle che beneficiano della prossimità al territorio: quando la conoscenza ravvicinata delle peculiarità locali, la possibilità di adattarsi meglio alle preferenze dei cittadini, di monitorare gli effetti e correggere rapidamente le politiche, di sperimentare soluzioni innovative, costituiscono un valore aggiunto rispetto all'azione centralizzata. Per la Corte, il principio di sussidiarietà verticale comporta

cooperazione si accompagna spesso a soluzioni sostanzialmente centripete, v. S. PARISI, *Materie, interferenze ed equivoci…*, cit., spec. §§ 2, 4 e 5.

[42] Legge n. 86/2024, art. 3, co. 3, lett. b) e lett. p), e Corte cost., *sent. n. 192/2024*, dispositivo su art. 3, comma 3, 124. Cfr. S. PARISI, *Eguaglianza tra chi? Territori e cittadini alla prova di un welfare asimmetrico,* in *Le Regioni*, 2023, 2-3.

[43] M. DE DONNO, Op.cit., 2025.

ISSN 2036-7821

che l'allocazione delle funzioni amministrative al livello di governo superiore sia giustificata soltanto in presenza di comprovate ragioni funzionali, quali esigenze di esercizio unitario o istanze di solidarietà nazionale; viceversa, le medesime funzioni possono essere attribuite ai livelli territoriali inferiori qualora il decentramento risulti idoneo a garantire un esercizio più efficace ed efficiente delle stesse. [44]

Applicando questi principi generali al caso dei beni culturali, si possono intravedere alcuni orientamenti: la tutela del patrimonio culturale - toccando interessi identitari nazionali e richiedendo uniformità di standard - rientra in quelle funzioni la cui frammentazione potrebbe compromettere l'efficacia complessiva e l'interesse unitario. La valorizzazione e gestione culturale, invece, presentano profili dove la dimensione locale (conoscenza del contesto, coinvolgimento delle comunità, differenziazione delle strategie di promozione) può rappresentare un vantaggio in termini di adeguatezza e innovazione. Non a caso, la Corte costituzionale, pur non entrando nello specifico della materia culturale nella sentenza n.192/2024, ha citato con favore la propria giurisprudenza precedente secondo cui "ognuno di questi enti è competente ad espletare la funzione di valorizzazione nei riguardi di quei beni culturali di cui è titolare". Si tratta del principio cosiddetto "dominicale" affermato già nella sentenza n. 26/2004: in materia di beni culturali, i poteri di valorizzazione spettano all'ente proprietario del bene (lo Stato per i musei statali, il Comune per i musei civici, ecc.), sebbene entro i limiti dei principi fondamentali e fatti salvi gli obblighi di tutela. Questo principio era rilevante nelle richieste di Lombardia e Veneto, che aspiravano a diventare titolari di beni statali per esercitarne la valorizzazione: come si dirà infra, quelle proposte puntavano proprio a circoscrivere l'intervento statale facendosi trasferire la titolarità (e quindi la competenza valorizzativa) sui beni culturali presenti in Regione.

In sintesi, la sentenza n. 192/2024 rappresenta una "lezione" per le riforme locali: essa non ha fermato l'autonomia differenziata, giudicando nel merito infondate molte censure, ma ne ha tracciato rigorose condizioni e ne ha "aggiornato" la cornice costituzionale. Le Regioni e lo Stato - ammonisce la Corte - dovranno tenere conto di questi insegnamenti nel portare avanti i negoziati. Particolarmente per un settore delicato come i beni culturali, dove l'intreccio di competenze è complesso, il rispetto di tali principi sarà determinante per evitare forzature incostituzionali e assicurare che l'eventuale differenziazione avvenga in modo equilibrato, senza detrimento dell'interesse culturale nazionale.

Accanto alla delega e alla correzione "per funzioni", la sentenza n. 192/2024 ha affrontato un ulteriore profilo che incide sulla certezza delle regole. L'art. 3, comma

[44] S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nella sentenza della Corte Costituzionale n. 192/024*, , in *Istituzioni del Federalismo*, 2025; A. MORRONE, *Lo stato regionale dopo la sent. n. 192 del 2024*, in *Giustizia Insieme*, 2025, 8.

ISSN 2036-7821

9, prevedeva, nelle more dell'entrata in vigore dei decreti legislativi, la continuità applicativa della procedura introdotta con la legge di bilancio 2023, che faceva ampio richiamo al nesso tra LEP e corrispondenza tra ricorso a decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 9 e, conseguentemente, delle norme cui esso faceva rinvio, nonché del comma 10 e di parti del comma 8, nella misura in cui risultavano strettamente connessi alla medesima architettura transitoria.[45] Resta fermo, precisa la Corte, il lavoro istruttorio e ricognitivo svolto, ma viene meno la pretesa di tenere in vita un regime di determinazione dei LEP che, nel disegno della legge n. 86/2024, conviveva in modo contraddittorio con la delega legislativa.[46]

La ricaduta, per i beni culturali, è duplice. Da un lato, la determinazione dei LEP che potessero riguardare prestazioni culturali essenziali non può essere affidata a un impianto di fonte secondaria privo di sufficiente guida legislativa sostanziale. Dall'altro lato, l'esigenza di coerenza delle fonti e di certezza del procedimento diventa parte della garanzia stessa. In un sistema nel quale tutela e valorizzazione implicano catene amministrative complesse, la disciplina dei LEP deve essere costruita in modo tale da evitare che la differenziazione avanzi "in assenza di pavimento comune" o su basi procedurali instabili, con effetti di trascinamento sull'allocazione delle risorse e sulle responsabilità di governo.[47]

La sentenza non costruisce LEP "di settore" per i beni culturali, né potrebbe farlo in un giudizio in via principale sulla legge quadro. Tuttavia, i principi affermati orientano con chiarezza il perimetro entro cui potranno essere definiti, in futuro, eventuali livelli essenziali riconducibili a prestazioni culturali. In primo luogo, l'idea di LEP come standard uniforme, non riducibile a mero minimo, invita a considerare con attenzione la qualità delle prestazioni culturali che devono essere garantite ovunque. In secondo luogo, l'impostazione "per funzioni" suggerisce che, quando si discute di tutela o di valorizzazione in chiave differenziata, si debba partire da funzioni puntuali e da prestazioni verificabili, evitando enunciazioni generali che rischiano di rimanere prive di contenuto operativo.[48]

Questi criteri possono essere letti, nel campo dei beni culturali, come una doppia garanzia.[49] Sul versante della tutela, impediscono che l'autonomia differenziata si traduca in una dispersione delle responsabilità là dove sono in gioco funzioni che incidono sulla conservazione e sulla protezione del patrimonio. Sul versante della valorizzazione, impediscono che la differenziazione produca divari irreversibili di

[45] Corte cost., *sent. n. 192/2024*, illegittimità dell'art. 3, comma 9, e conseguenze su commi 8 e 10 e sul rinvio alla legge n. 197/2022,102-103.

[46] Corte cost., *sent. n. 192/2024*, chiarimento sulla permanenza del lavoro istruttorio svolto, 102.

[47] Corte cost., *sent. n. 192/2024*, passaggi sul carattere politico delle scelte LEP e sulla necessità di guida parlamentare, 95-96.

[48] Corte cost., *sent. n. 192/2024*, sui LEP come standard uniforme e non meramente "minimo", 102-104.

[49] Corte cost., *sent. n. 192/2024*, dispositivo e motivazione sull'approccio per "specifiche funzioni", 124.

ISSN 2036-7821

accesso e fruizione, poiché i LEP operano come limite esterno alla competizione tra territori. Ne consegue che l'eventuale devoluzione di funzioni in materia culturale dovrà essere accompagnata da una definizione legislativa sostanziale dei livelli essenziali, da una quantificazione coerente dei costi e dei fabbisogni standard e da una architettura di garanzie che resti compatibile con i principi di eguaglianza[50] e solidarietà.[51]

Considerata dal solo punto di vista dei LEP, la sentenza n. 192/2024 svolge una funzione di "messa in sicurezza" dell'autonomia differenziata. Per i beni culturali, ciò significa che la tutela e la valorizzazione, pur potendo essere attraversate da forme di differenziazione, non possono essere sganciate da un sistema di prestazioni essenziali definito con strumenti e criteri costituzionalmente adeguati. La Corte non ha chiuso la strada all'attuazione dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione. Ha reso però chiaro che, senza una disciplina dei LEP capace di reggere il vaglio dell'art. 76 della Costituzione e senza una determinazione costruita per funzioni, la differenziazione rischia di trasformarsi in un meccanismo di frammentazione. Nel campo dei beni culturali, dove l'unità del patrimonio e la continuità delle garanzie sono parte dell'identità costituzionale della Repubblica, questa indicazione appare destinata a pesare in modo decisivo tanto nella futura legislazione statale sui LEP quanto nella negoziazione delle intese.[52] Nel contesto sopra delineato, si colloca il disegno di legge delega n. 1623/2025, rubricato [53] "Delega al Governo per la

[50] Corte cost., *sent. n. 192/2024*, richiamo al nesso tra LEP e corrispondenza tra funzioni e risorse ex art. 119, comma 4, e potere sostitutivo ex art. 120, comma 2,. 106-107. Secondo la Corte, venendo meno la distinzione tra materie LEP e materie non-LEP, qualora anche in queste ultime siano coinvolti diritti civili e sociali, è necessaria la determinazione dei relativi livelli essenziali delle prestazioni. Tale opzione si colloca nella medesima logica funzionale delineata dalla Corte in materia di sussidiarietà: come non è ammissibile devolvere alle Regioni intere materie, ma soltanto specifiche funzioni, così anche i LEP devono essere parametrati alle singole funzioni e non alla materia nel suo complesso. In tal senso, A. ZANARDI, *Meccanismi di finanziamento dell'autonomia differenziata*, in *Le Regioni*, 2025, 1, 109 ss. Si osserva, tuttavia, che la mera determinazione dei LEP, in ogni caso, risulta insufficiente in assenza della contestuale definizione dei costi standard connessi alla loro erogazione. Solo attraverso la quantificazione di tali costi è possibile assicurare un finanziamento uniforme tra le Regioni e, conseguentemente, garantire l'effettiva erogazione delle medesime prestazioni sull'intero territorio nazionale.

[51] Legge n. 86/2024, art. 1, comma 2, e art. 4, comma 1, nel testo e nel dispositivo della sentenza (correzione "specifiche funzioni"), 124.

[52] Corte cost., *sent. n. 192/2024*, dispositivo e passaggi conclusivi sui LEP e sulle condizioni per il conferimento di autonomia, 124-125. Sulle difficoltà nell'individuare una definizione compiuta: V. TONDI DELLA MURA, *I LEP sulle montagne russe. Primi rilievi sul «Rapporto finale» del Comitato per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Nuove Autonomie*, 2024, 1, 2 ss. Per numerose Regioni, il nodo centrale del regionalismo differenziato non attiene tanto ai profili di governance, quanto piuttosto agli equilibri di finanza pubblica; di qui la particolare rilevanza attribuita alla questione dei LEP. Non a caso, le pre-intese hanno privilegiato, in una fase iniziale, ambiti riconducibili alle cd. materie non-LEP - quali la protezione civile, le professioni, la previdenza complementare, il commercio con l'estero e i rapporti internazionali - rinviando il confronto sulle funzioni incidenti sui diritti civili e sociali. Si tratta, infatti, di settori che non implicano direttamente la necessità di garantire livelli essenziali uniformi sull'intero territorio nazionale.

[53] Ossia all'individuazione - mediante l'adozione di decreti legislativi - delle prestazioni da garantire in modo uniforme sull'intero territorio nazionale a tutela dei diritti civili e sociali, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost.

ISSN 2036-7821

determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni", approvato in data 19.5.2025 dal Consiglio dei Ministri. Il provvedimento attualmente in esame conferisce al Governo una delega per la determinazione dei LEP, con l'obiettivo di dare piena attuazione all'articolo 116, terzo comma, Cost. e alla sentenza n. 192/2024. L'iniziativa legislativa è presentata quale passaggio funzionale al completamento del percorso attuativo dell'art. 116, terzo comma, Cost., ma al contempo, si propone di rimuovere i profili di illegittimità costituzionale evidenziati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 192/2024 in relazione a talune disposizioni della legge n. 86/2024, con particolare riguardo alla disciplina dei LEP e ai criteri di determinazione dei fabbisogni standard. Secondo l'impostazione governativa, il conferimento della delega legislativa consentirebbe una compiuta e sistematica definizione dei livelli essenziali, dei relativi costi e dei correlati fabbisogni finanziari, così da assicurare la preventiva individuazione delle condizioni giuridiche e delle necessarie coperture economiche per l'eventuale attribuzione alle Regioni di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia nell'ambito del regionalismo differenziato. Tuttavia, la lettura del provvedimento ha suscitato diffuse perplessità giuridiche, istituzionali e finanziarie, risultando non pienamente coerente con i profili di legittimità evidenziati dalla Corte costituzionale e con le sue indicazioni interpretative circa la netta distinzione dei ruoli tra Governo e Parlamento nei procedimenti di differenziazione[54]. La stessa Corte costituzionale, nella pronuncia n. 192 /2024, ha puntualizzato che la determinazione dei LEP costituisce una fase preliminare e indefettibile del procedimento volto all'attuazione dell'autonomia differenziata, configurandosi quale necessario elemento di compensazione rispetto all'asimmetria delle competenze. Le criticità rilevate concernono, in particolare, la disciplina dell'approvazione delle intese tra Stato e singole Regioni, il trasferimento di funzioni relative a materie qualificate come "non LEP", nonché i criteri di finanziamento delle competenze eventualmente attribuite. Su quest'ultimo punto, la Corte costituzionale ha chiarito che l'individuazione delle risorse non può fondarsi sulla spesa storica, ma deve essere ancorata a costi e fabbisogni standard, secondo parametri di efficienza e nel rispetto degli equilibri complessivi di finanza pubblica, del ciclo economico e degli obblighi euro-unitari, specie con riferimento alla clausola di invarianza finanziaria. In base a tali premesse, l'adozione dei LEP in condizioni di sostanziale neutralità finanziaria può produrre effetti contrari a quelli dichiarati: anziché ridurre le disparità territoriali, rischia di consolidarle o accrescerle. Ancora più problematica appare l'ipotesi di definire LEP anche in ambiti riservati alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, quasi a prefigurare un successivo trasferimento di potestà alle Regioni: una soluzione che solleva seri dubbi di coerenza costituzionale. Il

[54] C. BUZZACCHI, *L'invarianza dei costi dei Lep e non solo: alcune note critiche al ddl n. 1623 per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *AIC Osservatorio costituzionale*, 2026, 1, 102-112.

ISSN 2036-7821

provvedimento normativo presenta inoltre, un profilo di evidente ambiguità[55]. Se, sul piano formale, esso si limita a regolare l'esercizio della competenza esclusiva statale nella determinazione dei LEP concernenti i diritti civili e sociali, sul piano sostanziale sembra assumere una diversa funzione sistemica. La definizione dei LEP viene, infatti, configurata non solo come strumento di garanzia dell'eguaglianza sostanziale, ma anche come passaggio preliminare volto a rendere praticabile l'estensione delle future intese di autonomia differenziata alle cosiddette "materie LEP". In tal modo, l'intervento legislativo rischia di trasformarsi da misura di attuazione costituzionale in snodo strategico per ampliare l'ambito della differenziazione regionale, con conseguenze che incidono direttamente sull'equilibrio complessivo tra unità e autonomia. Riguardo alla materia ambientale e dei beni culturali, l'articolo 26 prevede che il Governo possa definire i LEP sia in ambiti di legislazione esclusiva statale - come la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. - sia in settori di legislazione concorrente**,** come la valorizzazione dei beni culturali e ambientali prevista dall'art. 117, terzo comma, Cost. Il punto critico, e potenzialmente pericoloso, è che il testo ammette la definizione dei LEP anche per materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato, apparentemente in vista di un successivo trasferimento di poteri alle Regioni. Questa previsione non solo appare illogica, ma solleva gravi dubbi di costituzionalità, perché potrebbe compromettere l'equilibrio tra competenze statali e regionali e anticipare di fatto un passaggio di poteri legislativi non previsto dalla Costituzione. Inoltre, il disegno di legge presenta criticità significative sul piano procedurale e sostanziale. Innanzitutto, la possibilità per il Governo di procedere anche senza il parere parlamentare entro 30 giorni (15 per le Commissioni finanziarie) riduce il ruolo delle Camere in un ambito complesso e strategico, come la definizione dei LEP, che incidendo sull'effettività dei diritti civili e sociali, richiedono accurate valutazioni tecniche, finanziarie e sistemiche e un'ampia condivisione per garantire l'eguaglianza sostanziale sul territorio. Ridurre i tempi del confronto parlamentare e permetterne di fatto l'elusione rischia di indebolire il ruolo delle Camere, soprattutto in un ambito delicato come quello dei LEP, che richiede valutazioni accurate e un'ampia condivisione per garantire l'eguaglianza sostanziale su tutto il territorio nazionale. In secondo luogo, sorprende l'esclusione della tutela della salute dall'intervento, nonostante il settore sanitario richieda aggiornamenti periodici alla luce dei cambiamenti demografici, della mobilità sociale e dei progressi scientifici. L'ultima definizione organica dei LEA risale al 2017 e, considerata la sua adozione tramite normativa secondaria, l'attuale

[55] C. BUZZACCHI, Op. cit, 103 ss.; F. GIGLIONI, *Osservazioni in merito al d.d.l. n. 1623 (Delega al Governo per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni)*, in *Astrid-online*, 2026, 1-6; C. TUBERTINI, *Prime osservazioni sul disegno di legge recante delega al Governo per la determinazione dei livelli essenziali*, in *Astrid Rassegna*, 2025, 6; V. TONDI DELLA MURA, *La «GNOSI», i LEP e i fabbisogni standard: quando il sincretismo metodologico "genera mostri"*, in *Bilancio, Comunità, Persona*, 2025, 2, 49 ss.

ISSN 2036-7821

riforma avrebbe rappresentato un'opportunità per una revisione complessiva mediante fonte primaria, garantendo maggiore certezza e coerenza del sistema sanitario.

V. Le richieste di attribuzione delle competenze legislative e amministrative in materia di beni culturali ai sensi dell'art. 116, comma 3, Cost.: le proposte di Lombardia e Veneto e la posizione dell'Emilia-Romagna.

Nel quadro del regionalismo differenziato, il percorso volto all'acquisizione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia nel settore dei beni culturali ha conosciutuo finora tre soli precedenti regionali di effettivo rilievo, quelli di Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna che, tuttavia, possono essere rielaborati solo come casi storici non omogenei tra loro, da rileggere alla luce del nuovo quadro apertosi dopo la legge n. 86/2024 e, soprattutto, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 192/2024 che ha chiarito come l'art. 116, terzo comma, della Costituzione non consenta trasferimenti di intere materie, ma soltanto l'attribuzione di specifiche funzioni, legislative ed amministrative, sorrette da adeguata istruttoria e da una motivazione coerente con il principio di sussidarietà. Le proposte delle predette Regioni, formulate tra il 2018 e il 2019 in bozze di intesa col Governo, presentavano approcci e ambizioni sensibilmente diversi.
Secondo la bozza d'intesa negoziata nella scorsa legislatura, la Regione Lombardia mirava a ottenere la piena competenza legislativa e amministrativa anche in materia di tutela dei beni culturali presenti nel proprio territorio, ivi inclusi quelli di proprietà statale, dei quali aspirava a divenire titolare e gestore. Tale impianto poteva considerarsi come il tentativo di sostituire, nel territorio regionale, l'amministrazione statale della tutela con un nuovo centro decisionale regionale. Da qui l'impressione che la richiesta lombarda eccedesse la logica di una differenziazione funzionale e tendesse piuttosto a un riassetto generale del modello di amministrazione culturale.[56] Questa rivendicazione - di portata amplissima - non ha trovato accoglimento: durante le trattative, il Governo non l'ha avallata e, infatti tale trasferimento generale di tutela non si è realizzato.
Anche in tema di valorizzazione la proposta lombarda si collocava su un piano molto avanzato, perché puntava non solo a una più intensa partecipazione regionale, ma a un trasferimento di funzioni legislative e amministrative che avrebbe inciso direttamente sugli istituti e sui luoghi della cultura appartenenti allo Stato. In sostanza, ciò avrebbe comportato che musei statali, aree archeologiche e biblioteche

[56] Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie, intesa con Regione Lombardia, parte generale concordata, 15.2.2029, art. 2; LORENZO DE POLI, Op. cit; FRANCESCO PALLANTE, *Ancora nel merito del regionalismo differenziato: le nuove bozze di intesa tra Stato e veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna*, in *Federalismi.it*, 20, 2019.

ISSN 2036-7821

statali in Lombardia venissero valorizzati (gestiti, promossi, aperti al pubblico, ecc.) secondo la normativa e l'amministrazione regionale, anziché nazionale. Questa richiesta, tuttavia, è stata espressamente respinta dal Governo, perché troppo invasiva della sfera statale: la valorizzazione dei beni statali è materia di competenza concorrente, ma resta un campo in cui allo Stato spetta definire standard e principi fondamentali. Da ultimo, la Lombardia proponeva un riassetto degli organi periferici statali operanti sul proprio territorio. In particolare, chiedeva il trasferimento alla Regione delle funzioni esercitate dalle Soprintendenze statali - sia le Soprintendenze Archeologia, Belle Arti e Paesaggio, sia la Soprintendenza Archivistica e Bibliografica - presenti in Lombardia, con il contestuale passaggio alla Regione dei relativi dipendenti, fondi e mezzi. In pratica, la Lombardia intendeva "regionalizzare" le soprintendenze, creando propri uffici regionali di tutela al posto di quelli statali. Già prima dell'intervento della Corte costituzionale un simile assetto appariva problematico, poichè finiva per comprimere l'esigenza di un esercizio unitario della tutela e per mettere in discussione il ruolo della Soprintendenze quali organi tecnici statali. Ciò spiega il motivo per cui l'intesa preliminare con il Governo non ha registrato passi in avanti e il trasferimento delle Soprintendenze non è stato accettato.
In sintesi, la Lombardia ha interpretato l'autonomia differenziata nel settore culturale in senso massimamente estensivo, aspirando a controllare sia la tutela sia la valorizzazione del patrimonio culturale regionale, statale e non statale, acquisendo gli organi e i beni oggi statali. Questa impostazione, di fatto, avrebbe configurato un sistema in cui gran parte delle funzioni ministeriali sarebbero state assorbite dalla Regione Lombardia, delineando un modello centralistico alternativo - a livello regionale - contrapposto al centralismo nazionale. Un simile approccio sarebbe stato difficilmente conciliabile con i principi affermati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 192/2024, secondo cui l'autonomia differenziata va calibrata su funzioni specifiche e circoscritte, non sull'intera materia.
La Regione Veneto aveva avanzato richieste paragonabili per ampiezza a quelle lombarde, ma con una accentuazione ancora più netta sul piano identitario e istituzionale. La proposta prevedeva espressamente l'attribuzione alla Regione della competenza legislativa e amministrativa con riferimento a tutti i beni culturali - mobili e immobili - presenti sul territorio regionale. In pratica, anche il Veneto ambiva a esercitare in autonomia la tutela su qualsiasi bene culturale situato entro i propri confini, subentrando allo Stato. Analogamente alla Lombardia, ciò avrebbe incluso i beni di proprietà statale nel Veneto (musei, monumenti, siti archeologici) e implicato un trasferimento di poteri assai vasto. Nella bozza d'intesa veneta era, inoltre, presente la richiesta (art. 46 del testo negoziale) di competenza regionale in materia di valorizzazione dei beni culturali e paesaggistici e di promozione di attività culturali: tuttavia, la richiesta non è stata accolta nei negoziati col Governo. Dunque lo Stato ha, sin dall'inizio, escluso di cedere completamente alla regione Veneto la

regolazione della valorizzazione, ritenendo sufficiente la competenza concorrente già esistente[57]. È interessante notare che la bozza veneta delineava, comunque, come conseguenza della competenza in tutela, un forte ruolo regionale nella valorizzazione. In particolare, prevedeva che la competenza legislativa del Veneto comprendesse la disciplina della valorizzazione di tutti i beni culturali presenti in regione (statali, regionali, locali) e dell'organizzazione di attività culturali e di spettacolo, nonché la facoltà di intervenire a favore del patrimonio culturale veneto all'estero. Inoltre, al Veneto sarebbe spettata la competenza amministrativa di valorizzazione di tutti i beni (compresi quelli paesaggistici) sul territorio regionale, nonché la promozione e organizzazione di attività culturali e di spettacolo, inclusa la gestione del Fondo Unico per lo Spettacolo (FUS). In sostanza, la Regione puntava a gestire direttamente anche i finanziamenti e le programmazioni nel campo dello spettacolo dal vivo, oggi distribuiti dallo Stato. Per rendere effettivo questo quadro, l'accordo prevedeva che venissero trasferite alla Regione Veneto le funzioni attualmente esercitate dalle Soprintendenze statali operanti nel territorio regionale, comprese sia le Soprintendenze Archeologia, Belle Arti e Paesaggio sia la Soprintendenza Archivistica e Bibliografica, con il relativo personale e risorse. Anche il Veneto, dunque, mirava a "regionalizzare" gli uffici periferici statali della cultura, inglobandoli nella propria struttura amministrativa. Questa impostazione, come già osservato per la Lombardia, configurava una vera e propria rifondazione dell'assetto istituzionale: si sarebbe passati a un sistema integrato in cui Stato e Regione quasi si sarebbero sovrapposti, con il rischio di confondere il confine delle rispettive competenze.

Nel merito, le aspirazioni venete replicavano in larga parte quelle lombarde quanto a estensione dei poteri richiesti. Una peculiarità del Veneto era l'attenzione rivolta ai beni culturali di origine veneta collocati all'estero (es. collezioni, patrimoni storici frutto della Serenissima dispersi in musei stranieri): la bozza prevedeva che la Regione potesse attivare interventi per tutelare e valorizzare tali beni lontani dal territorio regionale. Questa previsione sottolineava come la spinta autonomistica veneta avesse anche una motivazione identitaria: la volontà di prendersi cura del patrimonio culturale veneto ovunque esso si trovasse, a testimonianza dell'eredità storica della Regione. Di fatto, l'impianto proposto avrebbe sostituito all'amministrazione statale un'amministrazione regionale che avrebbe esercitato in modo accentrato nel proprio ambito ciò che prima era esercitato in modo decentrato dallo Stato. Sotto questo profilo, si sarebbe profilato un nuovo centralismo regionale, incompatibile con la logica originaria dell'autonomia differenziata che avrebbe dovuto promuovere piuttosto governance multilivello e partecipazione locale. Si trattava, anche in questo caso, di un modello largamente sostitutivo dell'apparato statale, difficilmente conciliabile con l'orientamento successivamente affermato dalla

[57] L. De Poli, *Il regionalismo differenziato dei beni culturali*, in *Pausania Rivista di Diritto Urbanistico*, 2019,5 ss..

Corte costituzionale contro i trasferimenti per blocchi di materie.
Diversa era l'impostazione dell'Emilia-Romagna che, pur dentro il medesimo quadro dell'art. 116, terzo comma, Cost., si era mossa con un approccio sensibilmente diverso rispetto alla Lombardia e al Veneto, rivelando una filosofia di fondo meno antagonistica e più cooperativa. Nella bozza d'intesa negoziata con il Governo, le finalità dichiarate della Regione erano di migliorare il coordinamento e l'efficacia delle politiche culturali sul territorio regionale, senza stravolgere il quadro istituzionale esistente. In particolare, l'Emilia-Romagna indicava tra i suoi obiettivi: ricomporre il sistema delle competenze sui beni librari, fornendo supporto agli enti locali e ai proprietari di tali beni; costituire un sistema museale regionale integrato per rendere più efficaci ed efficienti gli interventi di valorizzazione dei musei presenti sul territorio (compresi quelli statali), migliorando la conservazione, la conoscenza e la fruizione delle collezioni; garantire un governo unitario e coordinato delle risorse nazionali, regionali e comunali nel campo dello spettacolo dal vivo e del cinema, ottenendo maggiori competenze nella programmazione e gestione di strumenti quali il FUS (Fondo Unico per lo Spettacolo) e il Fondo per il cinema. Questi obiettivi rivelano che l'Emilia-Romagna mirava soprattutto a colmare le frammentazioni esistenti tra livello statale e locale, cucendo insieme le diverse competenze in un disegno organico. Più che trasferire poteri per una rivendicazione di principio, sembrava puntare a "ricucire" le funzioni attualmente condivise in modo da assicurarne un esercizio più unitario e coordinato. L'idea, insomma, era di superare la separatezza tra tutela statale e valorizzazione regionale in alcuni ambiti operativi, creando strutture o programmi condivisi, nell'ottica di migliorare il servizio al pubblico. L'Emila.Romagna aveva formalmente chiesto (art. 61 della bozza) ulteriori competenze legislative e amministrative in materia di tutela dei beni culturali, di valorizzazione dei beni culturali e di promozione/organizzazione di attività culturali, richiamando espressamente le norme costituzionali di riferimento (art. 117, co.2 lett. s e co.3). In prima battuta, sembrerebbe la stessa ampia triade rivendicata dalle altre due Regioni. Tuttavia, la portata concreta di tale richiesta era più limitata e mirata, e soprattutto non era stata accolta integralmente. Anche per l'Emilia-Romagna, infatti, non vi era stato accordo sul trasferimento della funzione di tutela in senso pieno né sulla concessione di potestà legislative esclusive in materia culturale: tali aspetti erano rimasti in sospeso, analogamente ai casi lombardo e veneto. Inoltre - e qui sta una differenza importante - l'Emilia-Romagna non aveva chiesto affatto di assumere la gestione delle Soprintendenze statali né di acquisire la titolarità dei beni culturali statali. La sua impostazione era quella di operare insieme allo Stato, non in sua vece. Emblematico è il fatto che la bozza dell'Emilia-Romagna non prevedeva alcun passaggio di proprietà o personale statale alla Regione, ma puntava piuttosto a formalizzare forme di cogestione e coordinamento strutturato.
Uno dei punti qualificanti dove l'Emilia-Romagna aveva ottenuto effettivamente un

ISSN 2036-7821

risultato (unico caso finora) riguardava la valorizzazione del patrimonio museale statale presente sul territorio regionale. L'intesa preliminare con lo Stato aveva convenuto di attribuire alla Regione le funzioni di valorizzazione dei musei e luoghi della cultura statali in Emilia-Romagna. Più precisamente, veniva stabilito che, nel rispetto dei princìpi fondamentali fissati dal Codice dei beni culturali e dei livelli minimi uniformi di qualità delle attività di valorizzazione (ai sensi dell'art. 114 del Codice), alla Regione Emilia-Romagna spettassero la potestà legislativa e le funzioni amministrative in materia di valorizzazione degli istituti e luoghi della cultura appartenenti allo Stato e dei beni culturali ivi presenti. Ciò significava che, pur mantenendo ferma la cornice nazionale (norme di principio e standard qualitativi uniformi), la Regione avrebbe potuto legiferare e agire per valorizzare musei statali, biblioteche statali, aree archeologiche statali sul suo territorio. Era un precedente significativo: per la prima volta una Regione a statuto ordinario avrebbe ottenuto competenza diretta su funzioni prima riservate allo Stato in ambito culturale. Va sottolineato che questo trasferimento riguardava la valorizzazione, non la tutela: restavano vigenti i vincoli di tutela statale, ma la Regione avrebbe potuto occuparsi di gestione, orari, servizi aggiuntivi, promozione culturale dei siti statali, investendo risorse proprie e adottando normative attuative in materia.

Ancora più innovativo era il modello amministrativo previsto: all'Emilia-Romagna erano state attribuite anche funzioni amministrative da esercitare congiuntamente con lo Stato per la valorizzazione degli istituti e luoghi di cultura statali. In altri termini, anziché una separazione netta di competenze, si era concordato un sistema co-gestito Stato-Regione. Complessivamente, la filosofia della proposta emiliano-romagnola si distaccava nettamente da quella lombardo-veneta, muovendosi in tutt'altra logica: non prevedeva trasferimenti di apparati statali (nessuna soprintendenza da regionalizzare) e le funzioni richieste erano pensate per migliorare il coordinamento e l'integrazione delle azioni. In tal senso, l'Emilia-Romagna sembrava aver interpretato l'autonomia differenziata come strumento per rafforzare la cooperazione Stato-Regione, rendendola strutturale e stabile, più che per affermare una separatezza. Ciò si era tradotto in richieste più circoscritte e sofisticate rispetto a quelle di Lombardia e Veneto. L'Emilia-Romagna, infatti, pur perseguendo come le altre due maggiori spazi di autonomia, lo aveva fatto in forma e non nella sostanza diversa - volendo costruire un assetto differenziato ma non autonomistico, almeno nel settore dei beni culturali.

Con riferimento alla proposta di autonomia differenziata dell'Emilia-Romagna, va rilevato che il 19 febbraio 2025, intervenendo in assemblea legislativa, il Presidente della Regione ne ha annunciato il ritiro formale, sul presupposto che quel percorso non corrispondesse più al contesto politico e istituzionale maturato nel frattempo. L'accento è stato così spostato da una logica di autonomia differenziata legislativa a una diversa ottica di rafforzamento dell'autonomia amministrativa, di valorizzazione

ISSN 2036-7821

degli enti di prossimità e di riapertura di un confronto volto alla revisione del Titolo V della Costituzione, al fine di ridefinire in modo organico il riparto delle competenze tra Stato e Regioni, anche attraverso eventuali interventi di riaccentramento o di ulteriore devoluzione. Per questa ragione, l'Emilia-Romagna non può essere descritta come una Regione ancora in attesa di attuazione della propria proposta del 2019, ma come il caso di un'esperienza negoziale ormai formalmente chiusa.[58]

Il confronto tra le richieste di Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna mette in luce due approcci antitetici all'autonomia differenziata in campo culturale. Da un lato, vi era la strategia di tipo espansivo di Lombardia e Veneto, fondato su un decentramento integrale e sull'idea di un sostanziale trasferimento di intere strutture e catene decisionali dallo Stato alla Regione, con quest'ultima che sarebbe diventata il nuovo centro propulsore. Dall'altro lato, vi era la strategia collaborativa dell'Emilia-Romagna, volta a ritagliare spazi di autonomia all'interno di un quadro di gestione condivisa, senza smantellare gli assetti esistenti, ma piuttosto riempiendo i vuoti e raccordando le competenze in modo più coerente. Lombardia e Veneto avevano interpretato le possibilità aperte dall'art. 116, comma 3, della Costituzione quasi come l'occasione di esercitare in via esclusiva ciò che altrove rimane di competenza statale. In tal modo, però, avevano finito per chiedere di derogare non solo all'ordinario riparto di competenze, ma di alterare lo stesso modello di politica pubblica nel settore culturale. Un modello che, finora, in tutto il territorio nazionale è basato sulla presenza di un'autorità statale di tutela indipendente (le Soprintendenze) e su standard uniformi di protezione del patrimonio. L'idea di sostituirlo con venti modelli regionali distinti (o anche solo due o tre, iniziando dal Nord) non può che sollevare perplessità sia giuridiche che pratiche: giuridiche, perché in contrasto con il principio di uniformità nella tutela e con la configurazione della tutela come materia trasversale di interesse nazionale; pratiche, con l'introduzione di disparità e potenziali conflitti di competenza difficilmente gestibili nel lungo termine. Al contrario, la proposta emiliano-romagnola non incideva sul ruolo statale di tutela, ma cercava di armonizzarlo con l'azione regionale sul terreno della valorizzazione. Essa appariva più coerente con quanto la stessa Corte costituzionale auspicava fin dal 2004: forme di coordinamento e coinvolgimento delle Regioni nell'esercizio delle funzioni di tutela, "sulla base dei principi di differenziazione ed adeguatezza", come recita l'art. 5, comma 4, del Codice dei beni culturali. In altre parole, l'Emilia-Romagna non aveva "forzato" gli strumenti costituzionali esistenti, bensì li aveva utilizzati per dare corpo a quelle stesse idee di cooperazione differenziata che erano già presenti nell'ordinamento.

Da questa comparazione, emerge chiaramente che l'autonomia in materia di beni

culturali può essere concepita in modo antagonista (Stato vs Regione, competenze esclusive, sostituzione di apparati), oppure in modo sinergico (Stato e Regione insieme, competenze condivise, rafforzamento reciproco). Le vicende di Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna mostrano che la seconda via era più promettente sul piano della compatibilità costituzionale e dell'effettività, mentre la prima – perseguita da Veneto e Lombardia, dava luogo a seri dubbi di tenuta nel disegno della Carta costituzionale.

Va, in ogni caso, rimarcato che, lette alla luce del diritto vigente, le tre suddescritte proposte di autonomia differenziata sopravvivono ormai come materiali preparatori e come casi di studio, più che come testi trapiantabili nel nuovo procedimento di autonomia differenziata.[59]

Un cenno, infine, va fatto agli schemi di intesa preliminare tra il Governo e le Regioni Liguria, Lombardia, Piemonte e Veneto approvati dal Consiglio dei Ministri il 18.2.2026. Tali schemi sono rilevanti come segnale politico e istituzionale, in quanto segnano l'avvio di una nuova fase procedurale dell'autonomia differenziata dopo la legge n. 86/2024 e la sentenza della Corte costituzionale n. 192/2024, anche se non riguardano i beni culturali. La sintesi ufficiale pubblicata dal Dipartimento per gli affari regionali indica, infatti, come oggetto degli schemi, la protezione civile, le professioni, la previdenza complementare e integrativa, la salute e il coordinamento della finanza pubblica.[60] Il loro richiamo va, quindi, visto solo quale aggiornamento del quadro generale, non come prova di una riattivazione o approvazione delle vecchie richieste lombarde e venete in materia di beni culturali. Quanto al contenuto di tali intese preliminari, mentre la sentenza n. 192/2024 della Corte costituzionale ha sottolineato l'esigenza di riconoscere al Parlamento un ruolo centrale nella definizione e nell'approvazione delle intese, la procedura seguita sembra, invece, ridimensionarne la funzione, poiché le Camere sono chiamate a esprimere un parere e, in sede finale, a votare la legge di recepimento senza poter intervenire con emendamenti su ambiti che rientrano nella loro competenza legislativa. Inoltre, le materie oggetto delle pre-intese interessano settori in cui il rapporto tra autonomia regionale e sostenibilità finanziaria è particolarmente sensibile. L'operazione non consiste semplicemente nell'attribuzione di nuove competenze, ma nella definizione del quadro di esercizio di tali funzioni. A tal riguardo, i LEP rappresentano il principale strumento di equilibrio, definendo la soglia minima dei diritti da garantire uniformemente sul territorio nazionale. Tuttavia, l'assenza di una quantificazione

[59] M. DE DONNO, P. MESSINA, *Regionalismo differenziato e ordinamento locale: le richieste di Emilia-Romagna, Veneto e Lombardia. Quale idea di autonomia regionale?*, in *Istituzioni del Federalismo* , 2, 2018, 471 ss.; G. CAPORALI, *La legge quadro sull'autonomia differenziata: un'analisi delle criticità e delle prospettive*, in *Italian Papers on Federalism*, 3, 2024.

[60] Gli schemi devono essere prima sottoposti al parere della Conferenza Unificata e successivamente trasmessi alle Camere, dove saranno esaminati dagli organi parlamentari competenti. Solo al termine di questo iter procedurale sarà possibile determinare con precisione l'effettiva estensione delle nuove competenze regionali, comprese quelle relative alle professioni.

ISSN 2036-7821

rigorosa dei costi standard dei servizi e il ricorso persistente alla spesa storica come parametro rischiano di compromettere la sostenibilità finanziaria e di generare disomogeneità nell'erogazione dei servizi, trasformando l'autonomia differenziata in un potenziale veicolo di inefficienza e disparità territoriali. In questo contesto, l'autonomia differenziata non si limita al trasferimento di funzioni, ma impone di tradurre i diritti costituzionali in standard operativi misurabili e finanziariamente sostenibili.[61] In assenza di LEP puntualmente definiti e adeguatamente finanziati, il rischio è che il decentramento si risolva in un mero spostamento di responsabilità, con effetti negativi quali disomogeneità nell'erogazione dei servizi, squilibri finanziari tra territori e compressione sostanziale dei diritti. L'autonomia come evidenziato, non attenua il rilievo dei vincoli di finanza pubblica, ma ne ridefinisce le modalità di applicazione: il controllo non si concentra più esclusivamente sulla verifica preventiva dei capitoli di spesa, bensì sulla valutazione dei risultati conseguiti e sulla capacità delle amministrazioni di garantire, in condizioni di equilibrio finanziario, i livelli essenziali delle prestazioni. Solo in tale assetto l'autonomia può divenire strumento di responsabilizzazione, comparabilità tra amministrazioni e maggiore trasparenza nell'impiego delle risorse pubbliche.

VI. Regionalismo differenziato e patrimonio culturale: potenzialità e criticità.

Nel quadro del regionalismo differenziato, il dibattito sulla distribuzione delle competenze tra Stato e Regioni si concentra sull'equilibrio tra autonomia territoriale e coerenza delle politiche nazionali.
In tale contesto, i sostenitori del regionalismo differenziato ne sottolineano il potenziale valore democratico, ritenendo che l'attribuzione di ulteriori competenze a livello regionale possa rafforzare la partecipazione dei cittadini alle scelte pubbliche. La prossimità istituzionale rafforzerebbe, infatti, la responsabilità politica dell'ente regionale, chiamato ad assumere decisioni maggiormente aderenti alle scelte pubbliche e alle esigenze delle comunità territoriali. La conoscenza diretta del contesto consente di individuare i beni maggiormente identitari e di calibrare politiche culturali mirate nonchè di favorire il coinvolgimento degli attori locali, di monitorare con continuità lo stato dei beni e intercettare tempestivamente gli interessi culturali emergenti. La stessa Corte costituzionale ha riconosciuto che il decentramento consente spesso di "conoscere più attentamente le peculiarità dell'ambiente in cui la funzione è svolta" e di "adeguarsi meglio alle preferenze dei cittadini" nonché di sperimentare innovazioni amministrative. Dunque, un primo argomento a favore dell'autonomia differenziata è la maggiore sensibilità e capacità

[61] Al fine di garantire l'uniforme tutela dei diritti su tutto il territorio nazionale, è necessario che i meccanismi di perequazione, i criteri di finanziamento e i relativi parametri di riparto siano strutturati in modo trasparente, oggettivo e coerente con gli equilibri di finanza pubblica.

di adattamento che la gestione locale può garantire nel campo culturale, rispetto a una burocrazia centrale più lontana e uniforme. [62]

Un ulteriore profilo favorevole al regionalismo differenziato viene individuato sotto il versante dell'efficienza e della semplificazione amministrativa. L'attribuzione alla Regione di una funzione di coordinamento unitario in materia di tutela e valorizzazione potrebbe contribuire a ridurre sovrapposizioni di competenze e conflitti di attribuzione che, nell'assetto vigente, possono incidere negativamente sulla tempestività e sull'efficacia degli interventi. In contesti territoriali caratterizzati dalla compresenza di istituti culturali afferenti a diversi livelli di governo (ad es. museo archeologico locale), una regia regionale integrata potrebbe favorire forme di gestione coordinata - mediante l'armonizzazione di orari, sistemi di accesso e percorsi di visita - con potenziali benefici in termini di razionalizzazione delle risorse, economie di scala e migliore fruizione da parte dell'utenza. La sperimentazione di modelli regionali differenziati può generare meccanismi di concorrenza virtuosa tra territori, incentivando le Regioni più dinamiche a migliorare l'efficienza e l'efficacia delle proprie strutture amministrative. Nell'ambito del regionalismo differenziato, l'attribuzione di maggiore autonomia comporta una responsabilizzazione diretta degli enti regionali, favorendo l'innovazione gestionale e la sperimentazione di soluzioni organizzative più aderenti ai bisogni delle comunità locali.

Tale approccio trova applicazione anche nella gestione del patrimonio culturale, dove l'autonomia differenziata può permettere interventi più mirati, una valorizzazione dei beni più efficace e un miglioramento dei servizi culturali, in linea con i Livelli Essenziali delle Prestazioni[63].

Va evidenziato, inoltre, che il regionalismo differenziato contribuisce al rafforzamento del principio di responsabilità politico-amministrativa, in coerenza con il nesso tra attribuzione di competenze e imputazione dei risultati. L'assunzione diretta di funzioni in materia di beni culturali comporta, infatti, non solo l'esercizio di poteri decisionali, ma anche la piena assunzione dell'onere finanziario e della responsabilità verso il corpo elettorale regionale. In tale configurazione, l'ampliamento dell'autonomia riduce le aree di sovrapposizione e attenua le dinamiche di deresponsabilizzazione istituzionale, poiché rende più trasparente il

[62] A. MORRONE, *Lo stato regionale dopo la sent. n. 192 del 2024*, in *Giustizia insieme*, 2025; G. RIVOSECCHI, *L'art. 119 cost. e le implicazioni finanziarie del regionalismo differenziato: la quadratura del cerchio*, in *Istituzioni del federalismo*, 2024, 255 ss.; C. TUBERTINI, L. CASTELLI (2025); G. AMATO, F. BASSANINI, G. MACCIOTTA (a cura di), *Regioni sì, ma non così. Riflessioni e proposte in memoria di Valerio Onida*, Bologna, Il Mulino, 2025, 403 ss.; M. DE DONNO, Op. cit., 2025.

[63] Alcune Regioni potrebbero sviluppare *best practice* - ad esempio partenariati pubblico-privati per la valorizzazione, reti museali digitali all'avanguardia, modelli di coinvolgimento dei giovani nella tutela - che servirebbero da laboratorio anche per altre. La possibilità di adattare le norme amministrative alle peculiarità locali potrebbe eliminare vincoli e procedure percepite come eccessivamente centralistiche, liberando energie creative sul territorio.

ISSN 2036-7821

rapporto tra scelte adottate e risultati conseguiti. Ne deriverebbe, secondo questa impostazione, un incentivo all'adozione di modelli gestionali basati sulla programmazione strategica, sulla valutazione delle performance e sull'efficienza allocativa delle risorse, favorendo il progressivo superamento di logiche assistenziali e di dipendenza dal livello centrale. Parimenti rilevante in questo modello gestionale è la partecipazione della comunità locale attraverso strumenti di codecisione, che consentono ai cittadini di intervenire nei processi decisionali, contribuendo alla definizione delle priorità, alla verifica dei risultati e alla distribuzione delle risorse. In questo contesto, l'efficienza gestionale si integra con la responsabilità sociale, garantendo che le decisioni amministrative promuovano concretamente e tutelino i diritti culturali della collettività.

In continuità con i profili di efficienza e responsabilizzazione già evidenziati, la differenziazione delle politiche culturali regionali può rappresentare anche un fattore di innovazione istituzionale. Il regionalismo differenziato, infatti, consente di sperimentare soluzioni normative e modelli organizzativi su scala territoriale limitata, secondo una logica incrementale di verifica empirica dei risultati. Nel settore dei beni culturali ciò potrebbe tradursi nell'adozione, da parte di singole Regioni, di assetti gestionali integrati, nella razionalizzazione degli istituti culturali e nell'introduzione di strumenti tecnologici avanzati, valutandone l'impatto prima di un'eventuale estensione ad altri contesti. L'autonomia configurerebbe così uno spazio di adattamento e sperimentazione, volto a rendere più tempestivi ed efficaci gli interventi - ad esempio nei procedimenti di restauro - pur nel rispetto degli standard essenziali fissati a livello nazionale.

Le potenzialità dell'autonomia differenziata nel settore dei beni culturali possono essere ricondotte a quattro direttrici principali: la prossimità decisionale, che consente politiche maggiormente aderenti alle specificità territoriali; la flessibilità organizzativa e la capacità di innovazione; la semplificazione dei livelli amministrativi, con possibili effetti di maggiore efficienza; la più chiara imputazione della responsabilità politica e finanziaria in capo alle Regioni. L'esperienza dell'Emilia-Romagna evidenzia come forme strutturate di cooperazione tra Stato e Regione possano rafforzare la gestione del patrimonio culturale, senza pregiudicare l'unitarietà della tutela, ma anzi integrando le risorse statali con un più incisivo intervento territoriale. Un regionalismo differenziato adeguatamente disciplinato potrebbe contribuire a una più efficace valorizzazione del patrimonio culturale diffuso, nel rispetto della funzione unitaria di tutela e dell'interesse nazionale.

Accanto ai potenziali vantaggi, occorre valutare le criticità legate alla differenziazione delle competenze in materia di patrimonio culturale, che può accentuare le disparità territoriali, generando effetti sfavorevoli sulle aree

economicamente più svantaggiate.[64] Se le Regioni economicamente più strutturate e con maggiore capacità amministrative ricevessero ulteriori competenze in materia culturale, potrebbero gestirle in modo da consolidare un vantaggio territoriale, trattenendo risorse eccedenti rispetto a quanto necessario per garantire i LEP. In tale scenario, pur in presenza della garanzia di uno standard minimo uniforme, nulla impedirebbe alle Regioni con maggiore capacità fiscale di offrire servizi culturali significativamente più avanzati, incrementando investimenti, qualità delle strutture e programmazione degli eventi. Ciò determinerebbe un potenziale ampliamento del divario tra territori, con possibili tensioni rispetto al principio di solidarietà e all'esigenza di coesione nazionale che informano l'assetto costituzionale delle autonomie.

La legge n. 86/2024 ha tentato di mitigare tale rischio imponendo la copertura integrale dei LEP e l'adozione di misure perequative tra territori. Tuttavia, permane l'incertezza relativa alla gestione dei cd. residui fiscali, ossia delle eccedenze di gettito rispetto alle quote di spesa trasferite. In Regioni come la Lombardia o il Veneto, caratterizzate da un saldo negativo tra entrate fiscali e spesa pubblica (ossia territori che contribuiscono più di quanto ricevono), si profila il rischio che l'autonomia fiscale si traduca in un trattenimento delle risorse eccedenti, motivato da una gestione più efficiente della spesa. Tale dinamica è incompatibile con il principio perequativo, corollario del principio di uguagianza sostanziale e di solidarietà interterritoriale (ex artt. 3 e 119 Cost), e con l'equilibrio verticale tra Stato e Regioni delineato dalla giurisprudenza costituzionale, che ha più volte ribadito l'esigenza che i meccanismi di perequazione e di finanziamento dei diritti fondamentali, inclusi i LEP, non vengano svuotati di efficacia dalla mancata attuazione di strumenti finanziari adeguati, in ossequio al disegno costituzionale del federalismo cooperativo teso ad evitare che l'attuazione dell'autonomia differenziata produca disparità di trattamento che compromettano l'effettività dei LEP e la coesione territoriale.[65]

Un rischio correlato al processo di frammentazione normativa e gestionale è quello di dar luogo ad una "Repubblica a macchia di leopardo" o a "vestito di Arlecchino"[66]

[64] Sulle fratture economiche, sociali e territoriali cfr. T.E. FROSINI, ***Il diritto costituzionale all'insularità***. *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2023, vol. 37, 1, 41-57; F. ZAMMARTINO, ***La differenziazione dei poteri regionali nella prospettiva del progetto Calderoli: alcuni spunti di riflessione***, in Diritto pubblico europeo, in *Rassegna online*, 2023, 2, 112-134; L. RONCHETTI, ***Differenziazione e diseguaglianze: il regionalismo asimmetrico nella Repubblica una e indivisibile***, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2020, 1, 19-36.

[65] In tal senso, Cort. Cost. n. 192/2024 in Corte Costituzionale. La legge n. 86/2024 richiama il principio dell'unitarietà delle politiche pubbliche, ma non prevede strumenti vincolanti per la sua attuazione. Tale carenza comporta una discrepanza tra principio normativo e realtà applicativa, con effetti potenzialmente regressivi sull'effettività dei LEP, sulla perequazione orizzontale e verticale e sulla coesione territoriale. In assenza di meccanismi efficaci di coordinamento, monitoraggio e controllo, il richiamo all'unitarietà resta essenzialmente programmatico, incapace di garantire la coerenza complessiva dell'azione pubblica e la corretta allocazione delle risorse.

[66] In tal senso, R. ARCANO, A CAPACCI, G. GALLI, Op. cit, 2024; G. VIESTI, *Contro la secessione dei ricchi. Autonomie regionali e unità nazionale*, Roma - Bari, Editori Laterza, 2023.

ISSN 2036-7821

con il moltiplicarsi di sistemi amministrativi e normativi differenti in ogni territorio, con evidenti svantaggi non solo per i cittadini e le imprese del Mezzogiorno[67]. L'attribuzione di competenze differenziate potrebbe dar luogo a discipline regionali divergenti anche in materia di beni culturali, di circolazione delle opere, dei requisiti professionali, con conseguenti aggravi per gli operatori attivi su più territori e possibili disomogeneità per l'utenza. Sul piano costituzionale, un'eccessiva eterogeneità rischierebbe di compromettere il coordinamento e l'unitarietà del patrimonio culturale, valore che la Corte costituzionale ha più volte richiamato quale limite alla disarticolazione delle competenze tra i diversi livelli di governo. L'assenza di una visione strategica nazionale potrebbe comportare la perdita di significative opportunità di coordinamento e sviluppo del patrimonio culturale. In assenza di linee guida comuni, iniziative di portata sovraregionale rischierebbero di incontrare difficoltà operative e organizzative, dovendo confrontarsi con regolamenti e procedure regionali eterogenei. Un approccio frammentato rischierebbe di ridurre la condivisione di risorse e competenze, compromettendo l'efficacia di progetti nazionali e la capacità dello Stato di promuovere strategie culturali coerenti e uniformi.

Un rischio aggiuntivo concerne il possibile indebolimento dell'autonomia tecnica nella gestione e nella tutela del patrimonio culturale e delle competenze tecnico-scientifiche del personale. Il trasferimento alle Regioni di funzioni oggi affidate alle soprintendenze statali - concepite come organi indipendenti e gerarchicamente rispondenti al Ministero della Cultura - comporterebbe l'esposizione delle scelte di tutela alle logiche politiche locali. In tale scenario, i dirigenti regionali potrebbero essere soggetti a pressioni volte a privilegiare interventi di immediata visibilità o consenso, a scapito della salvaguardia tecnica dei siti e delle opere, con possibili conflitti tra interesse pubblico di lungo periodo e sollecitazioni politiche territoriali[68]. Le soprintendenze statali dispongono di personale specializzato reclutato su base nazionale, mentre le Regioni non possiedono strutture equivalenti e dovrebbero crearle *ex novo* o assorbire quelle esistenti. Tale trasferimento potrebbe non realizzarsi pienamente qualora i funzionari statali rifiutassero di transitare nei ruoli regionali,

[67] A. SPADARO, *Appunti sul "regionalismo differenziato": una buona idea che può diventare un disastro*, in *Federalismi*, 2019, 19, 6 ss; M. VILLONE, *Italia, divisa e diseguale. Regionalismo differenziato o secessione occulta*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019. E. BALBONI, *Per scongiurare la "secessione dei ricchi" basterebbe la buona amministrazione*, in *forumcostituzionale*, 2019, 1 ss.; M. BELLETTI, *Un regionalismo differenziato cooperativo e perequativo quale strumento di razionalizzazione dell'assetto istituzionale*, in *Diritti regionali, Rivista di diritto delle autonomie territoriali* 2024, 1, 21 ss.;

[68] Il conflitto di interessi è evidente quando le autorità locali privilegiano interventi di trasformazione del territorio con impatto economico a rischio della tutela dei beni culturali. In tal senso, Regioni come Lombardia e Veneto, con tassi di consumo di suolo tra I più elevate in Italia, dimostrano come sia delicata la gestione del territorio. M. GORLANI, *Regionalismo differenziato e materie oggetto di trasferimento: valutazioni politiche e criticità tecniche, organizzative e finanziarie*, in *Italian papers on federalism*, 2023, 1, 54 -55; G.L. CONTI, *Alla ricerca del significato della espressione «governo del territorio» nella riforma del Titolo V della Costituzione e dei principi fondamentali «impliciti» di questa materia*, in *osservatoriosullefonti*, 2002, 404.

ISSN 2036-7821

con conseguente perdita di know-how tecnico-scientifico. Anche laddove le Regioni acquisissero il personale, l'autonomia rischierebbe di frammentare le professionalità, generando corpi tecnici regionali separati e privi della capacità operativa sufficiente e delle sinergie oggi garantite a livello nazionale, con possibili effetti negativi sulla formazione, sulla condivisione delle esperienze e sugli standard qualitativi. [69] L'autonomia differenziata proposta da Regioni come Lombardia e Veneto potrebbe non determinare un reale snellimento amministrativo, ma piuttosto generare una duplicazione dei livelli burocratici. Il trasferimento di competenze dal centro alle Regioni comporterebbe la creazione di nuove strutture regionali, senza necessariamente ridurre la presenza statale, necessaria almeno a fini di controllo e coordinamento. Un tale assetto rischierebbe di incrementare complessità e spesa pubblica, creando parallelismi tra organi statali e regionali e vanificando gli obiettivi di efficienza. Esperienze pregresse di decentramento hanno mostrato come, in alcuni casi, il rafforzamento delle strutture centrali sul territorio sia stato addirittura maggiore, confermando che il semplice trasferimento di competenze non garantisce automaticamente riduzione della burocrazia né risparmi di spesa. Se da un lato l'autonomia differenziata può offrire opportunità di gestione, innovazione e responsabilizzazione regionale, dall'altro non comporta automaticamente dei vantaggi, in quanto sussistono rischi concreti di frammentazione, duplicazione burocratica e dispersione delle competenze che possono vanificare i presunti benefici. Particolarmente rilevanti sono le tensioni politiche e identitarie che possono emergere da un'eccessiva regionalizzazione: il patrimonio culturale, simbolo dell'identità nazionale condivisa, potrebbe essere percepito come "proprietà locale", generando conflitti tra Regioni e tra cittadini di diverse aree e minando la coesione culturale e la narrativa storica unitaria. Qualsiasi modello di autonomia differenziata deve essere attentamente calibrato, in modo da conciliare l'efficienza gestionale e la sperimentazione regionale con la salvaguardia dei principi superiori di tutela unitaria e solidarietà nazionale, prevenendo derive politiche o identitarie che possano compromettere l'integrità e la fruizione condivisa del patrimonio culturale italiano. Il nodo centrale consiste nel bilanciare l'esigenza di autonomia regionale con la salvaguardia dell'unità del patrimonio culturale e dei principi costituzionali. L'autonomia differenziata non può tradursi in una frammentazione arbitraria delle tutele, ma va intesa come uno strumento di flessibilità motivata, volto a migliorare l'efficacia gestionale senza intaccare i fondamenti dell'ordinamento.

Come evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale sull'art. 116, comma 3, le deroghe devono rispettare i principi di adeguatezza, sussidiarietà, leale cooperazione e proporzionalità rispetto agli obiettivi dichiarati. Sotto questo profilo, le richieste regionali dovrebbero essere valutate in maniera graduale e cooperativa,

ISSN 2036-7821

privilegiando modelli sperimentali e circoscritti, come dimostra l'esperienza dell'Emilia-Romagna, che combina innovazione gestionale e compatibilità costituzionale, evitando pretese eccessivamente generalizzate e riducendo i rischi di frammentazione normativa e identitaria. Un principio guida fondamentale è quello di unità e solidarietà nazionale, sancito dall'art. 5 della Costituzione, che riconosce le autonomie locali, ma ne subordina l'esercizio alla coesione e all'eguaglianza tra cittadini. Tale principio, rafforzato dall'art. 119, comma 5, della Costituzione sulla perequazione territoriale, assume particolare rilevanza nel settore culturale: i diritti culturali - accesso al patrimonio storico-artistico, fruizione del paesaggio, partecipazione alla vita culturale - devono essere garantiti uniformemente su tutto il territorio nazionale, indipendentemente dalla Regione di residenza.
In questo contesto, i LEP in materia culturale, da definire secondo la legge n. 86/2024, rappresentano uno strumento essenziale per fissare standard minimi condivisi di tutela, come aperture annuali dei musei o spesa pro capite per la cultura, costituendo un "nucleo invalicabile" di garanzie comuni.[70] Parallelamente, le misure di perequazione e gli interventi speciali ex art. 119 Cost. dovranno sostenere le Regioni meno dotate di risorse, colmando le disuguaglianze e tutelando i beni culturali nei territori più fragili.
Il regionalismo differenziato impone di superare una visione dicotomica Stato-Regioni, adottando invece un approccio unitario e plurale, in cui lo Stato coordina e integra le articolazioni territoriali per il perseguimento di fini comuni. L'art. 9 Cost., nella formulazione voluta dai Costituenti, conferma questa impstazione: la Repubblica tutela il patrimonio storico e artistico della Nazione attraverso il concorso di tutti i livelli di governo - statale, regionale e locale - secondo le rispettive competenze, in spirito di collaborazione. Il fine ultimo è garantire la trasmissione alle future generazioni di un patrimonio culturale integro e vitale. A tal fine, lo Stato assicura la visione unitaria, i principi generali e le risorse, intervenendo dove necessario, mentre le Regioni contribuiscono con la conoscenza del territorio, la capacità gestionale locale e il coinvolgimento delle comunità, realizzando così un equilibrio tra tutela nazionale e gestione regionale.

VII. Considerazioni conclusive e prospettive sistematiche.

Alla luce della ricostruzione condotta, l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. in materia di beni culturali non può risolversi in un trasferimento indistinto "per materie", ma deve configurarsi come attribuzione selettiva di funzioni puntualmente delimitate e verificabili. La distinzione non è meramente terminologica. Incide sulla

[70] La Corte costituzionale, già con la sentenza n. 220/2021, aveva affermato la natura dei LEP quale nucleo essenziale e invalicabile di garanzie, ribadendone la funzione primaria di assicurare l'accesso uniforme ai diritti fondamentali ex art. 117, 2° comma, Cost.

ISSN 2036-7821

tenuta complessiva del riparto di competenze e, soprattutto, sulla possibilità di preservare l'unità del sistema di garanzie che la Costituzione appresta in materia di tutela.

La tutela del patrimonio culturale, strettamente connessa all'art. 9 Cost, costituisce, infatti, interesse primario e unitario della Repubblica e richiede condizioni di protezione omogenee e non regressive sull'intero territorio nazionale. Ne deriva che, anche quando si ritenga opportuno ampliare spazi di autonomia regionale, l'assetto della tutela deve restare ancorato a standard uniformi, a presìdi tecnici dotati di indipendenza e continuità e a strumenti di indirizzo e coordinamento idonei a evitare disallineamenti applicativi tra territori. In coerenza al quadro costituzionale delineato, la determinazione dei LEP assume un valore strutturale: essi rappresentano il parametro sostanziale di ammissibilità della differenziazione e devono garantire non solo livelli minimi di fruizione, ma anche adeguate capacità tecnico-amministrative. In assenza di standard operativi e finanziariamente presidiati, l'autonomia differenziata rischierebbe di produrre diseguaglianze nella qualità della tutela, con effetti sull'eguaglianza sostanziale e sulla coesione territoriale.

Le prospettive future, sul piano sistematico, richiedono quindi una cornice di condizioni non eludibili. In primo luogo, la selezione delle funzioni devolvibili deve essere guidata da criteri di adeguatezza, proporzionalità e sussidiarietà, con oggetti circoscritti e compatibili con la permanenza di una regia unitaria sulla tutela. In secondo luogo, deve essere rafforzata la leale collaborazione attraverso procedure stabili e non episodiche, capaci di assicurare coordinamento tecnico-amministrativo, interoperabilità dei dati conoscitivi, uniformità dei criteri autorizzativi e condivisione delle responsabilità. In terzo luogo, ogni trasferimento funzionale deve essere accompagnato da meccanismi di monitoraggio, valutazione e revisione, con indicatori di risultato e clausole di salvaguardia che consentano di intervenire in caso di scostamento dagli standard o di effetti distorsivi. La governance del patrimonio culturale costituisce ambito paradigmatico di emersione delle tensioni tra unità e differenziazione nell'assetto costituzionale multilivello. L'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia non può tradursi in una frammentazione del sistema di tutela e valorizzazione, né determinare un ampliamento dei divari territoriali nella garanzia dei diritti culturali. L'esercizio delle competenze differenziate deve, pertanto, inscriversi entro una cornice unitaria, idonea ad assicurare livelli adeguati e omogenei di protezione del patrimonio sull'intero territorio nazionale, in coerenza con i principi di unità giuridica ed economica della Repubblica e di coesione territoriale. In tale ottica, occorre superare assetti meramente settoriali o rigidamente gerarchici, promuovendo forme di governance cooperativa capaci di coniugare differenziazione organizzativa e uniformità delle garanzie sostanziali. Una gestione conforme ai parametri costituzionali deve

ISSN 2036-7821

perseguire la sostenibilità economico-finanziaria, ambientale e sociale delle politiche di tutela e valorizzazione; l'equità nell'accesso e nella fruizione dei beni, quale declinazione del principio di uguaglianza sostanziale; la coerenza con il carattere dinamico e plurale del patrimonio culturale; il rispetto dei principi di legalità, imparzialità, trasparenza, responsabilità e buon andamento dell'amministrazione. L'azione pubblica in materia di beni culturali abbraccia l'intero ciclo di vita del patrimonio[71], configurandosi come un sistema unitario e integrato. Proprio questa visione complessiva e coordinata, che richiede l'intervento congiunto e armonizzato di tutti i livelli di governo secondo il quadro costituzionale delle competenze, rende evidente la difficoltà di attuazione del regionalismo differenziato in campo culturale. La frammentazione delle funzioni e delle responsabilità comprometterebbe, infatti, l'esigenza di uniformità nella protezione del patrimonio culturale, che costituisce un valore unitario della Repubblica e non può essere oggetto di discipline territorialmente differenziate senza pregiudicarne l'effettiva tutela. Alla luce della sentenza n. 192 del 2024 della Corte Costituzionale, la materia del patrimonio culturale conferma la propria natura unitaria e funzionalmente integrata: l'autonomia differenziata incontra un limite nei principi fondamentali che presidiano la tutela del patrimonio quale interesse pubblico primario, che impone coerenza sistemica, coordinamento e garanzia uniforme dei valori culturali su base nazionale. A ciò si aggiunge un profilo decisivo, che impone di leggere il tema oltre la dimensione interna. Pur volendo riconoscere spazi di autonomia differenziata, il patrimonio culturale implica responsabilità e garanzie che trascendono il livello statale. La qualificazione di ampie porzioni del patrimonio come "patrimonio dell'umanità", e più in generale la rete di obblighi derivanti da convenzioni internazionali e dall'ordinamento sovranazionale, richiedono continuità di garanzie, affidabilità degli strumenti di protezione e capacità di assicurare livelli elevati di conservazione e trasmissione alle generazioni future. In questo senso, l'autonomia può operare come leva organizzativa e gestionale solo entro un quadro che impedisca arretramenti nella tutela e che mantenga riconoscibile il centro di responsabilità pubblica, poiché l'adempimento degli obblighi di protezione è imputato, in ultima istanza, alla Repubblica come soggetto unitario. Il punto di equilibrio, pertanto, non è tra "unità" e "autonomia" intese come alternative, ma tra unitarietà della tutela e differenziazione funzionale controllata, orientata a migliorare le prestazioni senza produrre diseguaglianze territoriali[72]. La valorizzazione può conoscere margini più ampi di adattamento e sperimentazione, purché resti

[71] Dalla individuazione e catalogazione, alla programmazione degli interventi di tutela e conservazione, fino alla regolamentazione della fruizione e alle strategie di valorizzazione.

[72] M. CALAMO SPECCHIA, *L'autonomia differenziata e la solidarietà interterritoriale: spunti di riflessione per una riforma costituzionalmente sostenibile*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 5, 2023, suggerisce di rinviare l'autonomia differenziata, privilegiando, grazie ai fondi PNRR, il riequilibrio economico del Paese e la revisione del Titolo V in senso più coerente con il principio di solidarietà.

compatibile con i principi e gli standard che presidiano la tutela. Ne consegue che l'eventuale autonomia differenziata in materia culturale, per risultare costituzionalmente sostenibile e amministrativamente efficace,, non può assumere la forma di un trasferimento esteso di ambiti materiali, ma solo quella di attribuzioni puntuali di funzioni, sorrette da LEP rigorosi, da adeguate risorse finanziarie e da strumenti di coordinamento idonei a preservare l'unitarietà della tutela del patrimonio culturale e a garantirne la tenuta anche sul piano sovranazionale

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Processo amministrativo e risultato dell'azione amministrativa: dalle 'precomprensioni' di giurisprudenza e dottrina, al problema

di Paolo Cotza

(Ricercatore di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Cagliari)

Sommario

Introduzione. - 1. Ridefinizione dell'ambito attuale della 'giurisdizione oggettiva' del giudice amministrativo. - 2. Punto di vista dal quale muove la dottrina sottoposta a confronto. - 3. Processo amministrativo ed interesse pubblico particolare. Equivoci ingenerati da certa ambivalenza concettuale assegnata al sintagma 'interesse pubblico concreto'. - 3.1. Interesse pubblico e sua tipologia (generale, particolare, concreto): da mero "requisito" dell'atto a complemento dell'interesse legittimo; verso una nozione epistemologicamente "matura". - 3.2. Giudice amministrativo ed interesse pubblico concreto. - 4. Confutazione sul piano del metodo. - 5. Orientamento del regime processuale al 'risultato' dell'azione amministrativa e riti speciali, con particolare riguardo al contenzioso dei contratti pubblici. - 6. Prospettive di un riposizionamento dei termini di confine tra giurisdizione amministrativa di legittimità e merito amministrativo. - 6.1. Approdo ad una nozione (epistemologicamente) aggiornata di discrezionalità amministrativa (come correlata all'operazione interpretativo-applicativa) … - 6.2. … e di merito amministrativo. Implicazioni concettuali.

Abstract

The reading of an interesting article, recently published in an authoritative magazine, has 'provided the opportunity' to grapple with the question of a so-called pervasiveness (albeit sectoral) which, in the decisions of the administrative judge, is supposed to acquire a certain 'logic of the result' referred to the action of the public authorities..

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

Introduzione.

La lettura di un interessante articolo, comparso recentemente su autorevole Rivista[1], ha 'prestato il destro' per cimentarsi con la questione di una sedicente pervasività (sia pur settoriale) che, nelle decisioni del giudice amministrativo, andrebbe acquistando certa 'logica del risultato' riferita all'azione dei pubblici poteri.

Segnatamente, quel che ha catalizzato l'attenzione è la circostanza per cui il menzionato scritto (al pari di numerosi altri) avrebbe condotto ad emersione una variegata fenomenologia, dalla crescente diffusione, in corrispondenza della quale il processo amministrativo:

pare discostarsi dalla vocazione, impressagli dalle novità introdotte dalla Carta repubblicana e della quale si è ormai andata acquisendo consapevolezza, di giurisdizione in senso soggettivo, pur entro la soglia di una pronuncia 'conformativa' come usualmente intesa (in quanto influente sul solo piano della legittimità di quell'azione);

fino ad assumere una 'colorazione' di tipo 'oggettivante', per via dell'insinuarsi di istanze all'insegna dell'efficacia dell'agire della pubblica amministrazione (conseguimento del risultato), sul cui altare finirebbe col venir parzialmente sacrificato l'interesse (divenuto così secondario) del privato all'altro corno della legalità amministrativa, come costituzionalmente garantita anche in punto di (effettività della) tutela giurisdizionale.

Rilevate incidentalmente le correlate implicazioni, di un così pronunciato 'sconfinamento' della sensibilità delle pronunce giudiziali per il risultato dell'azione amministrativa, sul versante della 'tenuta' del principio di separazione dei poteri dello Stato (assegnando al giudice una "funzione sostanziale"[2]); l'A. paventa il delinearsi di uno scenario allarmante, per via del «rischio che si affermi una pericolosa deriva, anche sul piano culturale, volta a ritenere sempre e comunque lecito sacrificare l'effettività della tutela giurisdizionale qualora l'intervento del giudice possa frenare o rallentare l'azione amministrativa, ovvero compromettere il raggiungimento dei risultati perseguiti tramite la stessa.

Si teme, soprattutto, che le deroghe emergenziali al principio di effettività si trasformino in regole generali, vanificando in tal modo il lungo e tortuoso cammino verso una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione»[3].

Nella circostanza, l'A. offre una rappresentazione esauriente di quello 'spaccato' del dato di esperienza processuale; a fronte del quale non si può non convenire su almeno due considerazioni: per un verso, quanto alla disciplina sostanziale, non si rinvengono elementi tali da autorizzare un'ipervalutazione del principio del risultato (nel suo ampio 'gradiente' della tempestività, dell'efficienza economica, della qualità,

[1] G. TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, p. 511 s.
[2] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 540.
[3] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 564.

etc.) ed il suo affermarsi senz'altro su di ulteriori (legalità, trasparenza)[4]; per altro verso, «a destare le maggiori perplessità è la tendenza rinvenibile nelle recenti riforme legislative a sostituire la tutela caducatoria con una tutela meramente risarcitoria»[5].

Nondimeno, va rilevato che: nel momento in cui tale fenomenologia viene inquadrata in termini di soluzioni 'volontaristiche' (*voluntas legis et iudicis*) al bilanciamento di un'antinomia tra principi, a partire da quelli di tutela (delle situazioni giuridiche soggettive) e di buon andamento (dell'azione amministrativa)[6]; pare condotta un'analisi inconferente del problema, rimettendone la soluzione, quando non alla matrice giurisprudenziale del 'diritto vivente' (con quel che ne consegue in termini di deficit di riconduzione a sistema dei singoli responsi interpretativi), alla politica della legislazione (cui corrispondente una inevitabile invarianza delle complementarizzazioni). Si conclude, infatti, non in termini propositivi, ma con un monito: «il futuro e la stessa esistenza della giustizia amministrativa dipendono … dalla sua capacità di coniugare una efficace tutela soggettiva con l'interesse pubblico al raggiungimento del risultato, non perdendo mai di vista le fondamentali esigenze di legalità, il cui soddisfacimento non può prescindere da un effettivo controllo giurisdizionale sull'esercizio del potere»[7].

Laddove, col presente scritto, si ritiene di procedere secondo una trattazione più 'strutturata' che, muovendo dai limiti così accusati dai menzionati 'formanti' giuridici[8], innanzitutto circoscriva ed al contempo estenda i termini di confine del problema, restituendolo ad una dimensione dogmaticamente matura, in modo da coinvolgere le questioni 'a monte' (e correlate). Ci si riferisce:

per un verso, all'emersione di "collisioni apparenti" fra principi fondamentali, in corrispondenza dei quali si registra un'ideologizzazione di valori, tale da renderli prevaricanti su altri in ambiti che non gli competono (in ragione di un deficit di analisi dogmatica)[9];

per altro verso, sia all'attuale fase evolutiva, nel senso di certa convergenza, degli studi sull'interesse pubblico e sull'interesse legittimo, tale da assecondarne la complementarità; sia alla prospettiva di estensione di una giurisdizione di legittimità

---

[4] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 559.

[5] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 565.

[6] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 561-565.

[7] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 565.

[8] R. SACCO, *Formante*, in *Dig. disc. priv.* – sez. civ. –, VIII, Torino, 1992, p. 438 s.: agli "insiemi di regole, coesistenti in un unico ordinamento" può darsi il nome di "formanti" (legale, giurisprudenziale, dottrinale, etc.). Questi non sono tra loro equivalenti: mutando nel tempo e rispetto ai diversi ordinamenti, essi innanzitutto danno luogo a fenomeni d'interazione; inoltre, si modificano nella loro importanza comparativa (maggiore o minore capacità di ciascuno di essi di influire sugli altri).

[9] Preziosi spunti di riflessioni vengono offerti da L. MENGONI, *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, in *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1993, p. 47 s., ora anche in *Scritti I – Metodo e teoria giuridica* (a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi), Milano, 2011: p. 255 s., segn. pp. 259-260.

ISSN 2036-7821

in relazione a profili, di costruzione dell'ordine degli interessi coinvolti, ascrivibili esclusivamente all'azione dei pubblici poteri solo in ragione di certe preclusioni ancora legate alla pregiudiziale di una 'riserva di amministrazione' sull'intero ambito delle 'valutazioni di opportunità' quali sindacabili nelle sole 'materie' di 'giurisdizione di merito'.

Su tali basi, l'obiettivo ultimo è quello di formulare un discorso in grado di assicurare 'dominio concettuale e di sistema' alla fenomenologia in esame, che consenta di canalizzare, le soluzioni (legislative e giurisprudenziali) che avrebbero dato l'abbrivo alla menzionata anomalia in punto di effettività della tutela giurisdizionale, secondo un aggiornato protocollo di metodo, idoneo a neutralizzarne (almeno in parte) il potenziale 'eversivo'. Può anticiparsi fin d'ora che le 'leve' sulle quali s'interverrà (a differenza dello scritto che ha fornito l'occasione di studio, per l'appunto limitatosi a farne una 'questione di principi') saranno evidentemente quelle di un compiuto riferimento all'interesse pubblico concreto e di una 'rivisitazione' della giurisdizione amministrativa di legittimità; sì da perorare la causa di una valutazione, del sedicente problema, di più ampio respiro, da esperire non in astratto (per 'materie' del contenzioso), ma (di volta in volta) avuto riguardo alla singola fattispecie con la quale l'interprete si trovi a confrontarsi.

1. *Ridefinizione dell'ambito attuale della 'giurisdizione oggettiva' del giudice amministrativo.*

Preliminarmente pare doversi formulare una puntualizzazione concettuale, dal momento che lo studio col quale ci si confronta: sembra ricondurre, la casistica di prevalenza del principio del risultato amministrativo su quello di tutela, entro i confini della 'giurisdizione oggettiva'; verosimilmente mutuando certo orientamento di giurisprudenza[10]. Così, facendo della medesima una categoria generale: comprendente l'intera fenomenologia processuale corrispondentemente alla quale, a vario titolo (nell'interesse della legge - in nome dell'interesse pubblico generale / all'insegna dell'interesse pubblico particolare), non si registra l'esclusivo perseguimento dello scopo di effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive[11]. Quest'ultimo esito, quale andato delineandosi lungo un percorso: tortuoso, benché segnato dal riconoscimento delle nature, giurisdizionale del

[10] Cfr.: Cons. Stato, sez. VII, 28 marzo 2022, n. 2246 («La giurisdizione amministrativa di legittimità si caratterizza quale giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo, ma che si manifestano in precisi, limitati ambiti come, per esempio, nella estensione della legittimazione ovvero nella valutazione sostitutiva dell'interesse pubblico in sede di giudizio di ottemperanza o in sede cautelare, ovvero ancora nella esistenza di regole speciali, quali quelle contenute negli artt. 121 e 122 del D.Lgs. n. 104/2010, che, riguardo alle controversie in materia di contratti pubblici, permettono al giudice di modulare gli effetti della inefficacia del contratto»); Cons. Stato, sez. VII, 23 marzo 2022, n. 2140.

[11] A partire da tale nucleo, reso 'negativamente', valga di ricordare che storicamente la prima menzione di processi a contenuto oggettivo si rinviene in E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *I problemi del diritto*, I, Milano, 1957, p. 116 s.

Consiglio di Stato e sostanziale dell'interesse legittimo (a partire dagli artt. 24, 111, 113 Cost.[12]); culminato con la duplice affermazione contenuta negli artt. 1 e 2, c.p.a., per cui (rispettivamente) «la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo», scopo che va perseguito mediante un "giusto processo" (con osservanza del contraddittorio e del principio di difesa).

Laddove la locuzione in esame: una volta superata la fase storica che aveva visto dominare la concezione del processo amministrativo come volto al ristabilimento del diritto oggettivo ossia, della legalità violata e della legittimità dei pubblici poteri (complici l'originaria funzione consultiva riconosciuta al Consiglio di Stato, e comunque la natura giuridica non autonoma dell'interesse legittimo, 'occasionalmente protetto' in quanto coincidente con l'interesse pubblico); prima che emergesse la fenomenologia in discorso, generalmente è stata riferita al giudice speciale, con riguardo ad un ben più circoscritto ambito di esperienza.

In tale contesto 'primordiale' assume rilievo paradigmatico l'istituto per cui (attualmente in forza dell'art. 99 c.p.a., comma 5) all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: quando ritenga la questione "di particolare importanza", al contempo dovendo definire il ricorso dichiarandone l'irricevibilità, l'inammissibilità o l'improcedibilità, altrimenti trattandosi di dichiarare l'estinzione del giudizio; spetti la prerogativa di decidere, enunciando comunque il "principio di diritto nell'interesse della legge", dunque senza che ciò produca effetti sul provvedimento impugnato[13]. Evidentemente, assumendo a termine di confronto tale 'archetipo' (onde verificare la plausibilità del discostarsene), dovrebbe (diversamente) concludersi che la giurisdizione del giudice amministrativo sia propriamente qualificabile come 'di diritto oggettivo' solo nell'ipotesi in cui la pronuncia rivesta una portata (effettuale) esorbitante rispetto al contenzioso che ne ha rappresentato

[12] Chiarisce Corte cost., 18 dicembre 2019, n. 271 che i menzionati parametri configurano «la giurisdizione amministrativa, nelle controversie tra amministrati e pubblico potere, [quale] primariamente rivolta alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e solo mediatamente al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, legalità che pertanto può e deve essere processualmente perseguita entro e non oltre il perimetro dato dalle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini».

[13] L'esercizio di tale prerogativa è rimesso alla valutazione di opportunità da parte della stessa Ad. Plen. Peraltro, la giurisprudenza ha ritenuto di estendere tale previsione anche alle ipotesi: di rinuncia all'appello (Cons. Stato, ad. plen., 28 gennaio 2012, n. 1); nonché, in cui la decisione del merito della controversia dipenda da un altro punto di diritto logicamente pregiudiziale rispetto a quello che ha giustificato il deferimento, benché non si tratti di un profilo processuale in senso stretto, dal momento che la disposizione «manifesta l'intento del legislatore di consentire l'esercizio del potere nomofilattico dell'Adunanza Plenaria anche nei casi in cui l'esito della controversia prescinda, in concreto, dalla soluzione delle questioni di diritto deferitele» (Cons. Stato, ad. plen., 28 luglio 2011, n. 14).

La configurazione in termini di 'giurisdizione di tipo oggettivo' recentemente emerge anche in: M.A. SANDULLI, *Profili oggettivi e soggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in M.A Sandulli – F. Francario (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017, segn., p. 341; R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in *federalismi.it*, 2/2017; A. ANGIULI, *L'Adunanza plenaria e l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge*, in *Dir. Soc.*, 2017, p. 173 s.

ISSN 2036-7821

l'occasione, di là dalla precipua connotazione funzionale (e, correlativamente, dall'incidenza su quest'ultimo). Così, nella modalità 'pura' testé menzionata: per via di un compito nomofilattico sommamente riconosciuto al Consiglio di Stato (stavolta, non in quanto giudice d'appello, ma stante l'autorevolezza di cui gode quel suo consesso in punto di composizione) in funzione delle istanze generali di certezza del diritto e dell'azione amministrativa[14]. Salvo puntualizzare che quella prerogativa andrebbe propriamente riconosciuta come enunciazione: di "principi" cioè, di direttive di ottimizzazione di un comando di attuazione (nella maggior misura consentita dalle possibilità di fatto e giuridiche), ogniqualvolta i medesimi (siano essi deduttivi o di argomentazione dialettica) presuppongano il riferimento a (più o meno ampie) fattispecie astratte; altrimenti, di "clausole generali", quando si tratti di misure, direttive (quali la buona fede) da impartire al giudice per la ricerca della norma di decisione, con riguardo ad un problema giuridico non identificato da una fattispecie[15]. Resta comunque che quell'enunciato, eccezion fatta per il suo associarsi a fattispecie costruite (non con strutture linguistiche 'aperte' bensì) secondo elementi quantitativi e numerici (sì da condurre ad un giudizio puramente sussuntivo), attinge il proprio significato operativo solo "reagendo" direttamente col "caso" (lo stato di fatto dato dal concreto atteggiarsi degli interessi) al medesimo sottoposto eppertanto, non può prescindere dal complementare momento applicativo come, a sua volta, esigente la mediazione di giudizi di valore ricavati dai dati reali del caso da decidere. Per cui, quel rapporto fornisce all'argomentazione giuridica informazioni e punti di vista extratestuali per un adeguamento del significato normativo alle aspettative emergenti dalla realtà sociale che della disposizione rappresenta l'ambito applicativo.

Lungo la medesima falsariga potrebbe concludersi, corrispondentemente ravvisando una 'giurisdizione parzialmente oggettiva', anche laddove, pur incidendo sul

[14] Perplessità sono state mosse da E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008, p. 467 s.: trattandosi di attribuzione della funzione nomofilattica ad un giudice di secondo grado, dotato di cognizione piena; laddove coerenza di sistema suggerirebbe di preferire la soluzione di istituire una sorta di "Cassazione amministrativa".

[15] L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 s., ora anche in *Scritti I – Metodo e teoria giuridica* (a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi), Milano, 2011, p. 165 s., segn. pp. 169-171.

Diversamente G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1987, vol. I, p. 105; ID., *Il diritto mite*, Torino, 1992, pp. 147 s., 149 s., segn. p. 150, laddove (rispetto alle regole, quali precetti immediatamente e rigorosamente vincolanti la condotta degli individui) si sostiene che i principi: sono espressione di valori (politici, economici, etici, etc.) che hanno assunto rilievo nella comunità sociale, coerentemente ai quali forniscono «criteri per prendere posizione di fronte a situazioni a priori indeterminate quando vengano a determinarsi concretamente»; privi di fattispecie, quelli si dotano di un significato operativo solo nel momento in cui vengono fatti reagire con la realtà materiale. Accade, così, che: mentre le regole esprimono soluzioni di tipo esclusivo, reciprocamente confrontandosi secondo il criterio di non contraddizione; i principi involgono "promesse multiple per il futuro", risolvendo le reciproche collisioni all'insegna del bilanciamento; mentre il conflitto fra regole comporta l'abrogazione (totale o parziale) di quelle giudicate soccombenti; il contrasto fra principi si risolve nel prevalere (non caducante) dell'uno sugli altri, corrispondentemente ai valori espressi da ciascuno di quelli rispetto alle istanze di cui è portatore il caso concreto.

ISSN 2036-7821

contenzioso che l'ha originata, la decisione assuma portata più ampia. È il caso di accoglimento del ricorso che (s'intende, entro i limiti della domanda) determini l'annullamento con efficacia (non solo fra le parti in causa, bensì) *erga omnes*, essendone investiti atti a contenuto generale inscindibile, ovvero atti a contenuto normativo (quali sono i regolamenti), in corrispondenza dei quali gli effetti dell'annullamento non si possono dispiegare fra i soli ricorrenti, trattandosi di un tipo di determinazioni sostanzialmente e strutturalmente unitario, che «non può esistere per taluni, e non esistere per altri»[16].

Dunque, poiché nelle 'ipotesi aggiunte', tale (precipua) connotazione effettuale non sarebbe rinvenibile, quantomeno si dovrebbe verificare se condividano effettivamente l''anomalia' di una funzione processuale di tipo non puramente soggettivo. Ciò implica sia d'imprimere una rigorosa impostazione al discorso concettuale di riferimento (soggettività/oggettività della giurisdizione), sia di articolare in termini espliciti la diversa *ratio* per il momento sottesa 'in negativo' al regime di quell'ulteriore fenomenologia. Diversamente, non ci si discosterebbe da una trattazione succube dei pregiudizi radicatisi nell'ambiente giuridico 'specialistico', che: così esposta alla censura d'"inversione di metodo" (cioè, d'introduzione surrettizia di principi di "giudizi determinativi" avvalendosi di concetti – tradendo la loro vocazione di "meri" strumenti orientativi, d'impostazione dei problemi –)[17]; finirebbe col pregiudicare la corretta posizione del problema circa i suoi "contesti", sia "di scoperta" (emersione, di volta in volta, degli argomenti pratici integranti ipotesi di soluzione razionalmente fondate) che "di giustificazione" (argomenti dogmatici volti ad integrare la soluzione prescelta nel sistema concettuale del diritto vigente), ed alle relative interazioni[18]. Oltretutto, con una 'deriva' ancor più biasimevole, in termini di ideologizzazione del valore, rispetto a quella paventata in ambito privatistico quando ci si è confrontati con i portati giudiziali di una più rigorosa 'analisi economica del diritto', di proposizione del principio dell''efficienza' (quale omologo di quello pubblicistico del 'risultato') come luogo dell'argomentazione giuridica[19].

---

[16] *Ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2009, n. 7023.

[17] La locuzione "inversione di metodo" è ripresa da PH. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübigen, 1932, p. 92 s. Cfr. pure L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 50 ove, con terminologia ricavata dalla teoria del giudizio, così si osserva: «In quanto hanno un'origine empirica, essendo derivati per induzione dai concetti legali, i concetti ordinatori formati dalla dogmatica non possono fornire principî di giudizi determinativi – sussuntivi di casi particolari sotto una regola data –, ma soltanto principî di riflessione su casi che devono essere tematizzati ai fini della ricerca della soluzione *secundum ius*».

[18] Valga di rinviare a L. MENGONI, *Scritti I – Metodo e teoria giuridica* (a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi), Milano, 2011: p. 223 s., segn. pp. 226-227; p. 229 s., segn. p. 232.

[19] Osserva, infatti, L. MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, 2004, VI, p. 4173 s., ora anche in *Scritti I – Metodo e teoria giuridica* (a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi), Milano, 2011: p. 263 s., segn. pp. 273-275: «L'analisi economica deve abbandonare la pretesa di universalità, la tendenza a isolare i giudizi di valore da cui muove sottraendoli alla discussione. È una pretesa prima di tutto incompatibile col diritto vigente, nella cornice del quale soltanto le ragioni dell'efficienza possono

Quanto al primo profilo problematico, innanzitutto, 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"[20]. Così, in base alla propria

trovare ascolto. La dottrina di base del diritto positivo include valori etico-personali che orientano l'interprete verso scelte non sempre coincidenti con quelle elaborate alla stregua di modelli economici. In secondo luogo è una pretesa incompatibile con le regole del discorso pratico, le quali devono essere definite conciliando per quanto possibile due esigenze antitetiche: da un lato l'esigenza di regole di razionalità fortemente selettive delle premesse, dall'altro l'esigenza di regole deboli che aprano la discussione a un ventaglio più ampio di ragioni. L'una tende a garantire agli esiti del discorso un indice elevato di razionalità e la massima pregnanza di significato, l'altra ad assicurare alla decisione un consenso sociale più esteso, anche a costo di un minore rigore epistemologico. La soluzione di un caso giuridico perplesso con l'ausilio dell'analisi economica, che è un modello privilegiato di logica delle scelte sociali garantito da procedure formali analoghe a quelle del metodo matematico, soddisfa in alto grado la prima esigenza, ma non di rado, può trovarsi in difficoltà di fronte alla seconda».

[20] Alla filosofia ermeneutica ed all'ermeneutica generale, spintesi al di là dell'obiettivo di costituirsi in sapere scientifico, si devono: tanto la scoperta che le condizioni ontologiche del comprendere non sono tutte riconducibili nell'ambito di un "procedimento" o di un metodo, quanto la ritrascrizione del circolo ermeneutico (non più fra "parti" e "tutto", bensì) tra la "precomprensione" (anticipazione precognitiva) che l'interprete già possiede del senso della "cosa" (nella circostanza, il testo normativo) e quest'ultima.

All'uopo, può rinviarsi, rispettivamente, a: M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. Torino, 1969; nonché F. SCHLEIERMACHER, *Etica ed ermeneutica*, tr. it. Napoli, 1985 e H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, 1988 -sul cui pensiero si sofferma G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza -i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer-*, Milano, 1984-.

Occorre prendere atto che la conoscenza, intesa come evento, quale ne sia la forma (spiegazione causale per le scienze naturali, comprensione -a seguito d'interpretazione- per le scienze dell'uomo), è preceduta e determinata costantemente dalle "progettazioni di senso" discendenti, se non dalla "soggettività", dalla partecipazione dell'individuo ad un "senso comune" fatto di giudizi e concetti che, rappresentandone il suo "habitat sociale", profondamente lo influenzano. La sua produttività ermeneutica è tanto meglio garantita quanto più l'interprete è riuscito a spezzare "il cerchio delle proprie private presupposizioni".

L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 19: «Nella situazione ermeneutica propria del giurista positivo gli elementi non giuridici o pregiuridici (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulato dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti, cioè da elementi (concettuali e linguistici) specificamente giuridici, che condizionano l'approccio ai testi normativi e il modo di intenderne il senso».

L'"analitica esistenziale", riconoscendo a tali progettazioni un "carattere ontologico originario della vita umana stessa" (GADAMER, *Verità…*, pp. 265 e 307), le compendia con il sintagma "comprensione originaria" o "precomprensione", a significare che su tale elemento costitutivo dell'esistenza umana (modo di essere dell'"esserci"), avente appunto la struttura del progetto, si fonda (esistenzialmente), al pari dello "spiegare", la comprensione "come risultato dell'interpretazione" (MENGONI, *Ermeneutica...*, p. 3: «Corrispondentemente l'ermeneutica nel senso di "metodologia delle scienze storiche dello spirito" è un modo derivato dell'ermeneutica

ISSN 2036-7821

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 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,

ISSN 2036-7821

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 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*,

ISSN 2036-7821

"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.

D'altro canto, occorre prendere atto che il diritto, sia pur nella modalità di un sistema "normativamente chiuso", è parte costitutiva della realtà sociale, come tale: strettamente legato da un rapporto d'interdipendenza con le altre, sì da non potersi esimere dall'essere "cognitivamente aperto"; bisognoso di continuo adattamento alle modificazioni che il corso della storia produce, con ritmo sempre più accelerato, in quelle sfere ulteriori.

Alla stregua di quanto testé esposto, di massima l'interpretazione è: non già mera riproduzione di un originario atto produttivo, il "ripensare un già pensato" come interamente posto ed immune da lacune; bensì un'attività inventiva (in tal senso implica una funzione politica) 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. Ciò, in ragione del *topos* di una legittimazione del diritto della post-modernità in termini sia di proceduralismo che di pluralismo dei principi materiali (sì da imporre l'osservanza di regole formali di statuizione, così come l'oggettivo conformarsi a valori metapositivi), trova ideali sedi di deputazione nell'esercizio delle funzioni giurisdizionale ed amministrativa; segnatamente, finendo coll'imporre un ripensamento del rapporto fra la Legge ed il giudice. Infatti, la comprensione conoscitiva dei testi normativi, in vista della decisione del caso concreto, quando non presenta una struttura meramente applicativo-sussuntiva, implica una valutazione degli interessi in giuoco conforme: ai giudizi di valore contenuti nella legge; altrimenti, al cospetto di una 'lacuna normativa' (in senso lato, le aperture ad un momento discrezionale potendo dipendere dall'introduzione di clausole del tipo della buona fede, come da tecniche orientate alle conseguenze), ai giudizi di valore sviluppati in modo autonomo, mediante complementarizzazioni dei principi interagenti con l'ambiente[21].

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.

[21] L. MENGONI, *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, in *Iustitia*, 1974, p. 337 s., ora anche in *Scritti I – Metodo e teoria giuridica* (a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi), Milano, 2011, p. 149 s., segn. pp. 152-154.

ISSN 2036-7821

Per cui, tornando al problema specifico che impegna il presente scritto: non ravvisandosi preclusioni (né di diritto positivo, né logico-giuridiche) a conferire alla locuzione 'giurisdizione oggettiva' un significato più ampio, o comunque diverso; si tratta di confrontarsi con le tesi alternative, onde verificare quale sia più plausibile alla luce delle logiche dei meccanismi decisionali (interpretativo-applicativi) attualmente più condivise. Ci si riferisce a quelle: del "circolo ermeneutico" (per quanto anticipato, secondo la scansione che, partendo dal fatto, conduce al diritto, per poi tornare al fatto)[22]; nonché, trascorrendo sul piano epistemologico, "operazionale" (dei 'costi/benefici') paradigmaticamente compendiabile secondo i protocolli del "razionalismo critico"[23].

All'uopo, pare doversi muovere da una duplice constatazione.

Per un verso, la tendenziale stabilità della concettualizzazione associata alla 'dimensione soggettiva' della giurisdizione amministrativa, come compendiabile nel suo fondamento 'positivo' rappresentato dal Codice del processo amministrativo, in sintonia con la regimentazione del rito civile (stanti la previsione di cui all'art. 34, c.p.a., comma 1 nonché, il 'rinvio esterno', operato dall'art. 39 c.p.a., alle "disposizioni del Codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali"). Entrambe le discipline sono governate: dal principio della domanda, come dal dovere di corrispondenza fra 'chiesto e pronunciato'[24].

S'aggiunga che la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa è affermata, a livello costituzionale, dagli artt. 24, 103 e 113, alla cui stregua si delinea «la giurisdizione amministrativa, nelle controversie tra amministrati e pubblico potere [come] primariamente rivolta alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e solo mediatamente al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, legalità che pertanto può e deve essere processualmente perseguita entro e non oltre il perimetro dato dalle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini»[25].

Su questa falsariga pare assestarsi l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato[26]; che

[22] L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Milano, 2017, p. 122 s., p. 289. In tal senso, già A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65, segn. p. 77.

[23] Come noto, tale corrente epistemologica:

- rivelati i limiti del metodo induttivo, ha predicato la consapevolezza delle conseguenze alle quali conduce (stante la connessione complessiva di ogni divenire) l'impiego di mezzi pur soggettivamente "adeguati" (logica "operazionale" dei costi/benefici);

- per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell'esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle "teorie rivali", onde condurre all'emersione degli errori ("falsificazione", come anticipato in esordio) ed alla loro eliminazione.

Cfr.: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, p. 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, p. 59 s.

[24] V. DOMENICHELLI, *Il principio della domanda del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 27 s. Cfr. pure F.G. SCOCA, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1600 s.

[25] Corte cost. n. 271/2019. Cfr. pure: F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 255; M.C. ROMANO, *Crisi della distinzione tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella prospettiva dell'Unione Europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 1 s.

[26] *Ex multis*: Cons. Stato, ad. plen., nn. 4/2011, 9/2014, 4 e 5/2015.

tuttavia, per quel che rileva ai fini del presente scritto, si spinge oltre, affermando che, in forza del principio della domanda di cui all'art. 24 Cost. e del principio dispositivo di cui all'art. 34 c.p.a., «si tratta, nel caso della giurisdizione amministrativa di legittimità … di una giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo (ma che si manifestano in precisi, limitati ambiti come, per esempio, nella estensione della legittimazione ovvero nella valutazione sostitutiva dell'interesse pubblico in sede di giudizio di ottemperanza o in sede cautelare, ovvero ancora nella esistenza di regole speciali, quali quelle contenute negli artt. 121 e 122 c.p.a., che, riguardo alle controversie in materia di contratti pubblici, consentono al giudice di modulare gli effetti della inefficacia del contratto)»[27].

Evidentemente, per converso, secondo tale prospettazione (di là dalla discutibilità dell'associare il principio dispositivo alla natura soggettiva del processo, il primo attenendo alle modalità di esercizio dell'azione), la giurisdizione di diritto oggettivo si contraddistinguerebbe per ciò, che il giudice è chiamato a curare un interesse pubblico, prima ed oltre che l'interesse e le situazioni giuridiche soggettive in causa: provvedendovi a prescindere dalla domanda di parte (pertanto, nell'indisponibilità da parte di quest'ultima) e, con specifico riguardo al processo amministrativo, senza risultare vincolato dai motivi di doglianza dedotti[28].

Se non che, la circostanza per cui, stavolta, a differenza di quanto rilevato a proposito dell''archetipo', non è richiesto il 'requisito' ulteriore di una pronuncia idonea ad incidere sulla decisione di altri contenziosi, comporta che alla locuzione "giurisdizione dalla natura parzialmente oggettiva" (in definitiva piegata ad una concettualizzazione 'in negativo') finisca coll'essere riconducibile un ampio novero di *subrationes*. Ciò, inevitabilmente presta il fianco ad un'obiezione di promiscuità casistica (al più rilevante in punto di rappresentazione di certo orientamento della

[27] Cons. Stato, ad. plen., n. 13 aprile 2015, n. 4 (occupatasi della sostituibilità della domanda di annullamento con quella risarcitoria), annotata (fra gli altri) da G.D. COMPORTI, *Azione di annullamento e dintorni nell'ottica della soggettività delle forme di tutela*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1693 s.; Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5 (che ha affrontato il tema dell'ordine di esame dei motivi e del correlato onere della parte di graduazione degli stessi), annotata da E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2192 s. Cfr. pure L. GIZZI, *La dimensione soggettiva della giurisdizione amministrativa tra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Questione giustizia*, 2021, p. 183 s., segn. pp. 183-187 (con ampie e lucide puntualizzazioni atte a confutare pretese affermazioni di giurisdizione oggettiva, laddove certe questioni controverse possono risolversi sempre collocando l'effettività della tutela entro i confini del principio dispositivo).

[28] CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, cit., p. 255. F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 459 s. osserva che, nei processi a contenuto obiettivo, si compie l'attuazione della legge indipendentemente dal diritto individuale di alcuno. Cfr. pure: N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 237 s., segn. p. 239 che rileva come "nei processi a contenuto oggettivo le parti non hanno il potere di subordinare l'esercizio della *potestas iudicandi* alla proposizione della domanda"; E. GUARNA ASSANTI, *Il processo amministrativo e la giurisdizione (s)oggettiva*, in *www.contabilita-pubblica.it*, p. 5, secondo cui ha carattere oggettivo il "giudizio consistente nell'annullamento di un atto solo perché contrastante con una norma".

ISSN 2036-7821

politica legislativa): tanto *ab extra* (riconducendovi indiscriminatamente istanze di legalità, correttezza ed imparzialità dell'azione amministrativa, certezza del diritto, come pure di 'risultato' - efficacia di quell'agire -) quanto *ab intra* (es., estendendo senz'altro il trattamento già riservato agli 'appalti relativi alle infrastrutture strategiche', ad 'appalti diversi'), che penalizza l'enucleazione stessa di ciascun problema in vista di una proposta di soluzione che non sia meramente 'omologante'.
Di tale inconveniente pare consapevole l'A. dello studio dal quale si muove: tant'è che, nel trattare dell'istituto di cui all'art. 99 c.p.a., comma 5, evidentemente ritenendolo avulso (o quantomeno decentrato) rispetto al novero di espressioni di giurisdizione oggettiva, quale prospettato nella sua ottica di matrice giurisprudenziale (e non solo), ne prende le distanze[29].
Pertanto, onde evitare d'incorrere in una trattazione inconferente rispetto al problema giuridico (funzionale), fin d'ora si ritiene di formulare alcune annotazioni volte a confutare l'assunto secondo cui tale fenomenologia 'estesa' esprimerebbe una omologante linea di tendenza recessiva del processo amministrativo in punto di effettività della tutela, in favore di una prevalente considerazione (oggettivante) del risultato dell'azione amministrativa; piuttosto, facendone emergere differenti ragioni giustificative e fermo restando che la disamina non vanta alcuna pretesa di esaustività, limitandosi a prospettare una 'chiave di lettura' che però non risulta smentita da indagini condotte a più ampio spettro[30].
Così, quando si tratti d'instaurare una virtuosa interazione, di ordine pubblico processuale, fra principi potenzialmente sinergici (in quanto sottesi ad interessi pubblici generali - non riconducibili ad una determinata amministrazione -), quali (esemplificativamente) quelli dell'effettività e della concentrazione della tutela (*ex artt.* 44, L. n. 69/2009 e 7, comma 7, c.p.a.); dal momento che ciò fisiologicamente non si traduce in un condizionamento del contenuto della decisione (sia pur potenziale, come nel caso in cui l'Adunanza Plenaria incide sull'orientamento della giurisprudenza, enunciando il principio *nell'interesse della legge*).
Per la stessa ragione, di convergenza fra tutela delle situazioni giuridiche soggettive e di alcuni interessi pubblici generali (alla trasparenza dell'azione amministrativa, al regolare processo di formazione della volontà del corpo elettorale, alla corretta erogazione di un servizio pubblico, alla tutela della concorrenza ed al corretto funzionamento del mercato), nei casi di ampliamento della fruibilità della giustizia amministrativa (azione a tutela dell'accesso civico, azione popolare in materia elettorale, azione riconosciuta ad Autorità di garanzia dei servizi pubblici, della

[29] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 529: «Questa disposizione, spesso interpretata come espressione di una giurisdizione di tipo oggettivo …».
[30] Ancora una volta valga di rinviare a GIZZI, *La dimensione soggettiva della giurisdizione amministrativa tra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 187 s.

ISSN 2036-7821

concorrenza e del mercato[31]), in corrispondenza della quale l''eccentricità' delle fattispecie si fonda su certa precomprensione del giurista in ordine ai requisiti della legittimazione e dell'interesse ad agire (il primo come qualificato e differenziato, il secondo come non interferente col primo) cui ormai va riconosciuto solo un rilievo tendenziale (non assoluto). Laddove l'azione: pur senza smarrire il suo profilo funzionale, di *extrema ratio*, che tradizionalmente giustifica certi 'antidoti' ad una sua connotazione emulativa (la previsione di condizioni è fra i principali strumenti di contrasto all'abuso del processo)[32]; in ultimo, non può che essere variamente 'scolpita' in relazione al variegato atteggiarsi del 'bisogno di tutela giurisdizionale' come dipendente anche dalla tipologia degli interessi coinvolti[33].

Ma, soprattutto, pare doversi discostare dall'impiego della locuzione "giurisdizione oggettiva" (nell'accezione restrittiva nanti avanzata), ogniqualvolta la ragione giustificativa di certo regime 'positivo' (al pari di alcune statuizioni giurisprudenziali) sia quella (circoscritta al medesimo contenzioso) di contemperare l'effettività della tutela con istanze contenutistiche avulse rispetto a quelle strettamente processuali e convergenti (come nell'esempio della concentrazione)[34];

---

[31] M. SILVESTRI, *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 2015, p. 1 s., per una rassegna del sistema italiano di giustizia amministrativa nell'ottica della legittimazione a ricorrere, con particolare riguardo: alle ipotesi (previste dalla Legge od introdotte dalla giurisprudenza) di legittimazione svincolata dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva; nonché, ad una ricostruzione in tal senso della legittimazione ex lege dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, così come dell'Autorità dei trasporti. Nella circostanza l'A. argomenta nel senso della legittimità costituzionale di tali ipotesi, quantunque reputate 'eccentriche' rispetto alla giurisdizione di tipo oggettivo propria del processo amministrativo.

Cfr. pure V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 342.

[32] Secondo i canoni di una giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte (della domanda, col corollario del principio dispositivo), l'azione, per come attualmente intesa ("una serie di norme che regolano una serie di atti, e dalle quali scaturisce una serie di posizioni giuridiche soggettive", secondo la nozione fornita da E. FAZZALARI, *Azione civile - teorica generale e diritto processuale -*, in *Digesto civile*, https://onelegale.wolterskluwer.it/document, 1988), è indissolubilmente legata al 'bisogno di tutela giurisdizionale'.

[33] Pare così superato, a favore della seconda tesi, il dibattito storico di teoria dell'azione: come diritto a sé stante (a prescindere dal sussistere di una situazione giuridica soggettiva) a conseguire una sentenza 'qualunque' (U. ROCCO, *La legittimazione ad agire*, Roma, 1929, pp. 21 e 46); altrimenti (secondo l'orientamento che ha finito col prevalere a partire dal dato costituzionale), come correlato all'esistenza del diritto fatto valere in giudizio (S. SATTA, *Variazioni sulla legittimazione* ad causam, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 638 s.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2006, p. 293; ID., *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, col. 1 s.; G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, p. 4; V. ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana: discorso inaugurale dell'AA. 1954-55*, Pisa, 1955, p. 9).

Cfr. pure Cons. Stato, sez. II, 22 gennaio 2024, n. 721 secondo cui «il giudizio elettorale è volto alla salvaguardia dell'interesse pubblico generale nonché alla corretta applicazione della legge e della procedura elettorale, da cui deriva la legittimazione "popolare" di ogni cittadino elettore, che si esplica anche in grado di appello».

[34] Così, nel medesimo studio dal quale si muove, viene ravvista un'espressione di parziale giurisdizione oggettiva in Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5 che, «pur prestando formale ossequio al principio di effettività e a quello della domanda, ha stabilito che in caso di mancata espressa graduazione dei motivi da parte del ricorrente debba essere esaminato prioritariamente il vizio di legittimità più grave e radicale, a discapito del "criterio del soddisfacimento del massimo interesse della parte", dando priorità "all'interesse generale della

perché vi sono sottesi principi potenzialmente antinomici, quale quello del 'risultato' dell'azione amministrativa.

In questi casi, infatti:

se può presentarsi come 'non fisiologica' la funzionalità dell'effettività sia alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive delle parti in causa, sia al (mediato) perseguimento dell'interesse al ripristino della legalità violata dagli atti della pubblica amministrazione (s'intende, entro i limiti della domanda); trattandosi di affermare una pur parziale prevalenza del profilo di efficacia dell'azione amministrativa rispetto alle istanze di tutela;

resta comunque che quel discorso 'di principi' perde di rilievo 'eversivo', nel momento in cui (come si avrà modo di rappresentare in prosieguo di trattazione) venga canalizzato in termini di configurazione 'virtuosa' dei rapporti fra interesse pubblico generale, interesse pubblico particolare della data Amministrazione ed interesse del singolo; tanto nel caso in cui sia la Legge ad articolarla, quanto nel caso in cui spetti al Giudice in qualità di coartefice dell'interesse pubblico concreto; con quel che ne può conseguire anche in punto di modulabilità nel tempo degli effetti della sentenza di annullamento.

Ciò, finanche senza escludere: il rilievo di un interesse 'potenziale', purché integrante (non un'aspettativa di risultato utile, bensì) il (mero) "rischio di un risultato sfavorevole" (lesione)[35]; corrispondentemente, in un ambito di materia quale quello dei contratti pubblici (*rectius*, delle procedure ad evidenza pubblica), l'azionabilità di atti endoprocedimentali, dal momento che non vi osta la relativa disciplina comunitario-unionista (c.d. Direttiva ricorsi 89/665/CEE come modificata dalla Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007)[36]. Prospettiva, questa, ribadita dalla giurisprudenza nazionale, secondo cui:

---

collettività alla corretta gestione della cosa pubblica"» (TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 537-538).

[35] Per alcuni sviluppi applicativi sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Nuove frontiere della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo (con particolare riguardo alla materia ambientale)*, in *amministrativ@mente*, 2024, p. 1521 s.

[36] Osserva PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, cit., pp. 267-268 che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sentenza 5 aprile 20217 in causa C-391/15, ha così statuito: «(i) la nozione di decisione di un'amministrazione aggiudicatrice della direttiva ricorsi non fa alcuna distinzione a seconda del contenuto del momento della adozione di essa;

(ii) riguardo al momento a partire dal quale un ricorso deve essere ammissibile, la Corte ricorda che la direttiva ricorsi è intesa a rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano dell'Unione, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette;

(iii) tale obiettivo "non autorizza gli Stati membri a subordinare l'esercizio del diritto di ricorso al fatto che la procedura di appalto pubblico di cui trattasi abbia formalmente raggiunto una fase determinata";

(iv) spetta al diritto nazionale … disciplinare le modalità del procedimento giurisdizionale inteso a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, modalità che non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi previsti per la tutela dei diritti derivanti dall'ordinamento interno (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile

- il rito 'super-accelerato' era funzionale alla «pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione. … Il legislatore ha quindi inteso evitare che con l'impugnazione dell'aggiudicazione possano essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, il cui eventuale accoglimento farebbe regredire il procedimento alla fase appunto di ammissione, con grave spreco di tempo e di energie lavorative, oltre al pericolo di perdita di eventuali finanziamenti, il tutto nell'ottica dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara»[37];
- «l'accertamento di una causa di esclusione di un competitore per il medesimo contratto pubblico rappresenta comunque un vantaggio in vista del conseguimento del medesimo risultato ultimo»; con l'ulteriore vantaggio che «si determina così un regime di relativa stabilità del provvedimento di aggiudicazione, con la preclusione a fare valere nei confronti dell'atto finale di gara eventuali vizi di fasi precedenti»; realizzando «un ragionevole bilanciamento tra contrapposte esigenze dell'impresa partecipante e dell'amministrazione»[38].

Si può portare l'esempio di cui all'art. 121 c.p.a., comma 3, di conferimento al giudice del potere-dovere, persino in deroga al principio dispositivo, di fare salva l'efficacia dei contratti pubblici (di cui all'art. 119 c.p.a., comma 1, lett. 'a' ed al d.lgs. di attuazione della L. 21 giugno 2022, n. 78), anche in presenza delle "gravi violazioni" di cui al comma 1, quando ciò sia imposto dal "rispetto di esigenze imperative connesse a un *interesse generale*", almeno nei casi in cui esorbitino da quelle di cui è portatrice la parte pubblica del contenzioso (si potrebbe portare gli esempi, anche alla stregua del diritto europeo, d'interessi superiori quali la sanità, l'ordine e la

l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività); in particolare non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva [21 dicembre 1989, n. 89/665/CEE, volta a coordinare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori];

(v) tale interpretazione non è rimessa in discussione dalla constatazione secondo la quale la completa realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva ricorsi sarebbe compromessa se ai candidati ed offerenti fosse consentito far valere in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione infrazioni alle regole di aggiudicazione, obbligando quindi l'amministrazione aggiudicatrice a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni poiché tale rilievo concerne, infatti, la giustificazione dei termini ragionevoli di decadenza dei ricorsi avverso le decisioni impugnabili, e non già l'esclusione di un ricorso autonomo avverso la decisione che ammette un offerente a una procedura di aggiudicazione; …».

[37] Cons. Stato, ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4.

Salvo obiettarsi, nella diversa ottica di PAOLANTONIO, *op. ult. cit.*, p. 271 che, per via dell'orientamento giurisprudenziale 'filo-unionista', «il ricorso "efficace" è quello che salvaguarda l'"efficacia" – la speditezza, l'economicità, e così via – della procedura, ed il diritto europeo ne tutela la possibile declinazione nelle legislazioni nazionali proprio nella descritta prospettiva obbiettivistica».

[38] Cons. Stato, sez. V, 24 luglio 2019, n. 5234 con note critiche di PAOLANTONIO, *op. ult. cit.*, p. 272 s.

sicurezza pubblica, la tutela delle categorie deboli, la preservazione dell'ambiente)[39]. Sempre con riguardo ad un intendere (epistemologicamente) corretto dei rapporti fra interesse pubblico generale ed interesse del singolo, valga di menzionare il caso di cui all'art. 125 c.p.a. nell'ambito applicativo esteso (dalla normativa emergenziale di cui alla L. 29 luglio 2021, n. 108, di conversione con modificazioni del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 - segn. art. 48, comma 4 -) al contenzioso relativo all'impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento relative ad infrastrutture strategiche, legate ad investimenti pubblici finanziati con le risorse di cui al PNRR ed al PNC nonché, dei programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea. Si prevede, infatti: non solo che «la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato»; ma altresì che «in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente *interesse nazionale* alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure»[40].

---

[39] Un commento critico si rinviene in PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, cit., pp. 247-248.

[40] In questo quadro normativo s'inseriscono: Cons. Stato, sez. VI, Ord. 7 ottobre 2022, n. 4832 («Il complesso delle regole processuali relative ai giudizi aventi a oggetto interventi finanziati con le risorse previste dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) esclude la possibilità di ammissioni alla valutazione con riserva, ma, al contrario, impone al Giudice di verificare con acribia il fumus boni iuris atteso che eventuali misure non sorrette da una simile valutazione rischiano, comunque, di incidere inutilmente sull'attività amministrativa e sulla relativa tempistica che è essenziale per la realizzazione delle varie misure previste dal Piano«; «La previsione di cui all'art. 48, comma 4, del D.L. n. 77/2021 dispone l'applicazione, per le procedure relative a interventi finanziati con le risorse del PNRR, delle regole di cui all'art. 125 c.p.a. e impone di tener conto, in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, "della coerenza della misura adottata con la realizzazione degli obiettivi e il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR". Le ulteriori disposizioni di cui all'art. 12-bis del decreto-legge 16 giugno 2022, n. 68, sono volte a determinare un'accelerazione della tempistica processuale al fine di bilanciare le esigenze di tutela giurisdizionale con l'interesse alla realizzazione degli obiettivi e al rispetto dei tempi di attuazione del P.N.R.R.»); Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2019, n. 3492 («La dichiarazione d'inefficacia del contratto e il conseguente subentro disposto a favore della parte ricorrente in una gara per l'affidamento dei lavori su opere strategiche sono inammissibili secondo l'art.125 codice del processo amministrativo; pertanto, deve riconoscersi alla parte ricorrente il risarcimento per equivalente»); Cons. Stato, sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1798 («In materia di appalti pubblici se con l'art. 121 D.Lgs. n. 104/2010 (CPA) sono tipizzate le fattispecie in cui è obbligatoria la declaratoria d'inefficacia del contratto (salva l'applicazione delle sanzioni alternative ex art. 123 CPA) e con l'art. 122 CPA sono indicati i criteri che devono orientare, in tutte le altre ipotesi, la riconosciuta discrezionalità del Giudice in ordine alla (eventuale) declaratoria d'inefficacia; con l'art. 125, comma 3, CPA il Legislatore ha inteso dettare una disposizione speciale per le infrastrutture strategiche che esclude in radice la declaratoria giurisdizionale d'inefficacia, circoscrivendo la tutela erogabile al solo risarcimento del danno ex art. 34, comma 3, CPA, e al paradigma generale ivi enunciato, secondo il quale se l'annullamento del provvedimento non è più utile alla parte (e qui non lo sarebbe per il divieto della declaratoria d'inefficacia, che impedisce il subentro nel medesimo), la pronuncia d'illegittimità ha mero valore di accertamento (e non già l'usuale valore costitutivo dell'annullamento) che fonda il consequenziale riconoscimento del diritto al risarcimento del danno»).

Specifiche riflessioni di dottrina si rinvengono in G. SEVERINI, *Tutela cautelare e interesse generale*, in M.A Sandulli – F. Francario (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017, segn., p. 17.

Trattandosi, pertanto, di stabilire quale concetto associare alla locuzione 'giurisdizione oggettiva del giudice amministrativo', si ritiene: di prediligere quello che fa perno su di una pronuncia dalla portata esorbitante rispetto al contenzioso che vi ha dato occasione; sì da non estenderla neppure al caso in cui si tratti di "sanzionare la violazione obiettiva di norme di legge preposte alla tutela di interessi pubblici [generali], quali l'interesse alla concorrenza, alla *par condicio* e alla non discriminazione, alla trasparenza e alla pubblicità", dal momento che quella fenomenologia si spiega in considerazione di una complementarizzazione di principi, all'insegna della gerarchia, *ex ante* operata (per l'appunto) dalla legge (anziché dal giudice)[41].
Per converso, non pare plausibile la tesi per cui tale dovrebbe intendersi quella in corrispondenza della quale la decisione del giudice è orientata al risultato dell'azione amministrativa, in quanto impropria ed erronea, dato che si risolve nel peculiare modo di essere della 'giurisdizione soggettiva' di quel giudice speciale. Onde suffragare tale tesi ci si riserva di formulare ulteriori argomentazioni nel momento in cui si esamineranno disposizioni corrispondentemente alle quali la menzionata configurazione 'virtuosa' dei rapporti fra interessi non fa perno su quello pubblico generale (cfr. par. 5).

2. *Punto di vista dal quale muove la dottrina sottoposta a confronto*.
Come anticipato nell'Introduzione, lo scritto dal quale si muove è dichiaratamente volto ad assolvere ad un duplice intento rappresentativo:
«analizzare, in primo luogo, il contenuto e le declinazioni del principio del risultato nel processo amministrativo; esaminare, in secondo luogo, la relazione esistente tra il summenzionato principio e il principio di effettività della tutela giurisdizionale»[42];
in tale contesto, prefiggendosi di sviluppare il discorso relativo a quella relazione, con particolare riguardo alla disciplina processuale che ne rappresenta la più spiccata espressione di recepimento: quella dei 'contratti pubblici', specie alla luce di alcune novità introdotte dalla normativa 'emergenziale'[43].
Se non che, l''approccio metodologico' adottato, per ammissione dello stesso A., si risolve nell'enucleare la menzionata relazione o, per meglio dire (in definitiva), nella novità della sua disamina, dal momento che: a fronte di una ponderosa letteratura fatta di «contributi che indagano i principi e gli istituti del diritto amministrativo sostanziale tesi al raggiungimento del risultato amministrativo nelle sue complesse e variegate declinazioni; minore spazio è dedicato dalla comunità scientifica «alle

[41] Di diverso avviso GIZZI, *La dimensione soggettiva della giurisdizione amministrativa tra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 189.
[42] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 513-514.
[43] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 514 e 552 s.

ISSN 2036-7821

disposizioni processuali strumentali al conseguimento dell'utilità finale oggetto del potere amministrativo e alla realizzazione dell'interesse pubblico concreto»[44].

È pur vero che, lungo tale falsariga, l'A. annuncia altresì di voler "chiarire l'impostazione metodologica"; salvo constatare che lo svolgimento di tale proposito non esula da una mera "indagine" ("ricerca", "analisi") dello *status quo*: non spingendosi oltre un confronto fra quella fenomenologia anomala e la "regola" del processo amministrativo; sì da isterilire il discorso sulle "ricadute" di quella "netta contrapposizione", riducendolo ad una sospetta illegittimità costituzionale delle disposizioni di riferimento che, pur significativo *de iure condendo*, evidentemente non apporta alcun contributo al problema (di comprensione-applicazione) nella sua attualità[45]. Si legge così che, "tramite un approccio sistemico", innanzitutto si mira a «comprendere quali siano la funzione e gli obiettivi del processo amministrativo nell'attuale assetto ordinamentale, al fine di poter contestualizzare e apprezzare in pieno le ricadute del principio del risultato.

L'analisi muove dall'assunto di fondo in base al quale il principio di effettività della tutela giurisdizionale, pur essendo l'obiettivo fondamentale della giustizia amministrativa, non è in grado da solo di spiegare il suo carattere composito e pluristrutturato.

A questo proposito, … alcune disposizioni processuali di carattere eccezionale, a cui corrispondono *altrettanti frammenti di giurisdizione oggettiva*, mirano principalmente a favorire la realizzazione di interessi pubblici generali - quali la legalità, la correttezza e l'imparzialità dell'azione amministrativa, la certezza del diritto – ovvero valori e finalità la cui cura non è demandata a una specifica amministrazione.

Si tratta di una funzione secondaria della giustizia amministrativa che si affianca, senza contrapporsi, all'obiettivo di assicurare una tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio.

A tali obiettivi se ne salda immediatamente un altro, cruciale ai fini della presente indagine: salvaguardare l'interesse pubblico amministrativo e, quindi, l'efficacia dell'azione amministrativa, nella prospettiva del raggiungimento del risultato.

È un obiettivo che si pone in netta contrapposizione rispetto alla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive.

Ci si soffermerà, in particolare, sulla recente normativa emergenziale, che ha innescato nella disciplina processuale una problematica e insidiosa espansione dell'interesse al risultato, introducendo misure (forse oltremodo) protettive dell'amministrazione e limitative del principio di effettività, come nel caso

[44] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 514.

[45] Tale aspetto è segnalato in TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 557-558 con riguardo ad una specifica disciplina (d.l. n. 77/2021), ma pare potersi generalizzare assumendo a riferimento tutte le altre ipotesi (normative e giurisprudenziali) nelle quali viene imposto un sacrificio significativo al principio di effettività della tutela.

dell'estensione del perimetro applicativo dell'art. 125 c.p.a. ad appalti diversi da quelli relativi alle infrastrutture strategiche»[46].

3. *Processo amministrativo ed interesse pubblico particolare. Equivoci ingenerati da certa ambivalenza concettuale assegnata al sintagma 'interesse pubblico concreto'.*

Una volta passata in rassegna la teoria di (sedicenti) casi di 'giurisdizione oggettiva' nell'*interesse pubblico generale*, lo studio col quale ci si confronta procede all'esame della fenomenologia con riferimento alla quale «è l'*interesse pubblico amministrativo* che la normativa processuale pure si preoccupa di salvaguardare»: ossia, «un'esigenza specifica della funzione che appartiene a una determinata amministrazione e si risolve in ciò che sia utile ad essa (e, di riflesso, alla collettività generale o alle collettività particolari che compongono la stessa)»[47].

Scendendo nel dettaglio della 'dogmatica' di riferimento del menzionato scritto, si tratterebbe di scelte legislative «in certi casi fuorvianti rispetto all'obiettivo di garantire una tutela piena del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. … [volendo tutelarsi] l'*interesse pubblico concreto*, inteso come l'obiettivo che l'amministrazione è chiamata a realizzare nell'ambito del singolo procedimento. Tale interesse si concretizza, nel caso di atti discrezionali, in una sintesi risultante da una valutazione comparativa tra gli interessi pubblici coinvolti e, laddove rilevanti, quelli privati. L'interesse pubblico concreto rappresenta, dunque, il fine specifico dell'azione amministrativa, coincidente con il *risultato* da conseguire attraverso l'adozione del provvedimento»[48].

Se ne inferisce che il perseguimento dell'interesse pubblico concreto, nel caso di atti discrezionali rappresentato da una valutazione comparativa degli interessi coinvolti (pubblici e privati), potrebbe sfociare in un risultato "fuorviante" rispetto all'obiettivo di "tutela piena" del cittadino nei confronti dell'amministrazione pubblica.

Il punto è che, di tal fatta, si registra una equivoca (ed erronea) posizione del problema, dal momento che l''interesse pubblico concreto', come 'fine specifico dell'azione amministrativa', appartiene (per via del dovere di ponderazione degli interessi) alla sfera della legittimità dell'azione dei pubblici poteri, almeno nella duplice declinazione dell'imparzialità in senso oggettivo (sì da non pretermettere alcuno degli interessi apprezzabili) nonché della ragionevolezza (quale congruità e proporzione allo scopo) e, in questi termini, è comunque (logicamente) escluso che possa tradursi in un esito fuorviante rispetto all'obiettivo di tutela piena, semmai concorrendo a definirla. Sempre entro i medesimi termini di confine, all''interesse

[46] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 514-516.

[47] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 541 s.

[48] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 542. Il concetto viene ribadito dall'A., *ivi*, alla p. 561, ove si legge che «la tutela dell'interesse pubblico concreto … tende a identificarsi con l'interesse al risultato».

ISSN 2036-7821

pubblico concreto', quale criterio dell'efficacia amministrativa (risultato), potrebbe riconoscersi un potenziale di 'fuorvietà' rispetto all'effettività della tutela, solo sul piano delle valutazioni (sindacato) estese al merito amministrativo.

Ma lo studio dal quale si muove, non arriva a tanto. Prova ne sia che, ribadita l'identificazione del risultato con la tutela dell'interesse pubblico concreto: si limita a sostenere che «il principio del risultato è da sempre connaturato al diritto amministrativo processuale, inteso in senso ampio»[49]; per poi discorrere di «numerose disposizioni che regolano lo svolgimento del processo, contribuendo a orientare struttura e finalità in funzione dell'effettiva attuazione dell'interesse perseguito dalla pubblica amministrazione»[50].

Salvo constatare che tale fenomenologia (al netto di talune affermazioni di giurisprudenza ancora condizionate dalla considerazione del processo amministrativo come volto alla riaffermazione della legalità amministrativa) è interamente riconducibile alle diverse modulazioni della definizione *in fieri* della situazione giuridica soggettiva tutelata, per via del reciproco condizionamento dell'interesse pubblico particolare (facente capo all'amministrazione 'di competenza'). Pertanto, l'affermazione secondo cui «la tutela dell'interesse pubblico concreto … tende a identificarsi con l'interesse al risultato», rischia di essere erronea (in quanto riduttiva) laddove quella coincidenza non venga intesa a partire dalla complementarità fra interesse legittimo ed interesse pubblico; nonché, al concorrente ruolo attivo giuocato dalla giurisdizione.

Così, laddove si ha riguardo alla disposizione di cui all'art. 21-*octies*, L. 7 agosto 1990, n. 241, in tema di annullabilità di 'vizi non invalidanti' coi relativi strascichi giurisprudenziali[51]. Salvo il dovere di puntualizzare che certa generalizzazione della 'portata' applicativa del principio del risultato tanto meno trova terreno fertile quanto più vengano in causa 'garanzie formali' riconducibili alla motivazione; dal momento che, lungi dal poter pacificamente concludere di trovarsi di fronte a "meri vizi procedimentali"[52]: all'indirizzo che accede alla tesi per cui anche il vizio relativo alla motivazione dell'atto può soggiacere alla disciplina dell'art. 21-*octies*, co. 2[53]; si contrappone l'orientamento secondo cui, quantunque l'atto sia 'vincolato', in corrispondenza di quella specifica patologia (motivazione omessa, generica o errata) non ci si può avvalere dell'art. 21-*octies* cit., co. 2, in quanto si assume non possa mai integrare un vizio 'di forma', la motivazione costituendo un 'presidio di legalità

[49] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 543.

[50] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 543 s.

[51] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 543-546.

[52] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 545.

[53] T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 7 gennaio 2020, n. 9 ove si fa specifico riferimento al caso d'integrazione postuma della motivazione (in sede processuale) quando consista nel dar conto di una fonte normativa dapprima non menzionata, ma che, per la sua notorietà 'ben avrebbe dovuto e potuto essere conosciuta'.

insostituibile'[54].

Ugualmente pare doversi dissociare da certo intendere generalizzante associato al recente potenziamento degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, in quanto interpretabile: non solo «come un mezzo volto a favorire il raggiungimento del risultato amministrativo»[55]; ma altresì nel contesto di una strategia di politica legislativa (che comprende altresì la previsione di 'sentenze brevi', l'istituzione di 'sezioni stralcio', etc.) diretta ad alleggerire il carico di lavoro dal quale annosamente è afflitta la giurisdizione speciale, al punto da risultare inflazionata dal contenzioso.

Né varrebbe di trovare argomento in quella giurisprudenza che, anche al fine di fronteggiare le ccdd. forme di 'sospensiva impropria' (in via 'prudenziale') di provvedimenti da parte dell'amministrazione, nella fase cautelare dimostrerebbe certa risolutezza (o quantomeno propensione) a concedere spazio prevalente alle istanze d'interesse pubblico dell'amministrazione[56]. Infatti, in disparte il dato di esperienza che dimostra come in almeno altrettante circostanze l'amministrazione preferisca (nel timore d'incorrere in responsabilità) non assumere iniziative in attesa dell'esito del giudizio, rimettendosi a quest'ultimo onde determinare il proprio agire conseguente al radicamento di un contenzioso; resta il fatto che quella fenomenologia va inquadrata nel più generale *modus operandi* del giudice che subordina la propria decisione sull'istanza cautelare anche ad un bilanciamento degli interessi (pubblici e privati) in giuoco (tanto più che il requisito del *fumus boni iuris*, pur necessario, non è sufficiente), tenuto conto che il limite invalicabile (ulteriore) resta quello dell'irreparabilità del pregiudizio nel caso di un esito pur favorevole della pronuncia di merito[57]. Dunque, non vi è alcun sacrificio anomalo dell'effettività della tutela per la sola circostanza che il giudice verifichi (con adeguato onere di motivazione espressa) le possibili ricadute della misura cautelare sull'azione amministrativa e sugli interessi pubblici perseguiti mediante la stessa[58]. Ciò, nel quadro di una più

[54] T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 6 febbraio 2020, n. 1572. In linea: T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 11 marzo 2022, n. 723; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 17 febbraio 2022, n. 560, almeno con riguardo al caso di assoluta carenza di motivazione; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 8 febbraio 2022, n. 218; Cass. civ., sez. VV, 25 gennaio 2022, n. 2039 con riguardo all'atto tributario non motivato; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 3 gennaio 2022, n. 4; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 13 luglio 2021, n. 4850; Cons. Stato, sez. VI, 28 giugno 2021, n. 4887; Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2021, n. 3666; Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385.

[55] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 546.

[56] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 547 s.

[57] Significativamente Cons. Stato, sez. II, 12 febbraio 2025, n. 1164 statuisce che «non sussistono i presupposti per sospendere l'esecuzione dei provvedimenti con cui è stata indetta la gara per l'affidamento di concessioni di beni demaniali marittimi del litorale di Roma Capitale per finalità turistiche e ricreative, in quanto: a) le previsioni e i criteri previsti dall'amministrazione non sembrano avere portata escludente, né ostare alla utile partecipazione degli operatori interessati alla procedura; b) nella comparazione tra gli opposti interessi, appare prevalente l'interesse pubblico alla rapida definizione della procedura, anche in vista dell'avvio della stagione balneare». Cfr. pure Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2011, n. 5364 in ordine al bilanciamento degli interessi in giuoco.

[58] Ulteriore conferma proviene da Cons. Stato, sez. VI, ord. 7 ottobre 2022, n. 4832 (menzionata proprio da TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 561) ove si osserva che: «la previsione di cui all'art. 48, comma 4, del D.L. n. 77/2021 dispone l'applicazione, per le procedure relative a interventi finanziati con le

generale riconsiderazione del processo amministrativo, come avente ad oggetto il rapporto, di cui è altresì espressione il complementare riconoscimento dell'atipicità della tutela cautelare[59].

A questa stregua, risulta parimenti erronea la tesi secondo cui «il risultato amministrativo risulta indubbiamente favorito dalla regola generale secondo cui la sola proposizione del ricorso non comporta la sospensione automatica degli effetti dell'atto impugnato, rendendosi invece necessaria un'apposita misura cautelare disposta dal giudice»[60]. Infatti, ciò: lungi dall'esprimere una tendenza del processo amministrativo a subordinare l'effettività della tutela all'interesse al risultato dell'azione amministrativa; si spiega quale naturale (indisponibile) riflesso processuale della regola per cui l'atto amministrativo, ancorché viziato, continua a produrre i propri effetti fintantoché non viene annullato (quest'ultima prerogativa, di autotutela, in quanto espressione del medesimo potere di amministrazione attiva esercitato nell'adottare l'atto oggetto di ritiro). Ciò, per via della "presunzione di legittimità" dell'atto (giustificata dalla considerazione di provenire da pubblici funzionari scelti dall'amministrazione con particolari garanzie, dalla presenza di un sistema di controlli nonché, da esigenze di certezza dell'azione amministrativa[61]) alla base della sua "intima forza giuridica" (esecutorietà). Connotati tradizionalmente riconosciuti, agli atti in discorso, stante la loro tendenza ad attuare finalità (interessi generali) cui sono chiamate a presiedere le "persone giuridiche pubbliche": in virtù delle quali (discendendo direttamente dalla loro pronunzia, senza necessitare d'intervento da parte dell'autorità giurisdizionale) quegli atti, per sé soli (in primo e secondo grado) impongono ed assicurano il loro eseguimento[62]. Tutti caratteri sopravvissuti al 'passaggio di consegne' dall'assetto dello Stato liberale (per cui le

risorse del PNRR, delle regole di cui all'art. 125 c.p.a. e impone di tener conto, in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, "della coerenza della misura adottata con la realizzazione degli obiettivi e il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR". Le ulteriori disposizioni di cui all'art. 12-bis del decreto-legge 16 giugno 2022, n. 68, sono volte a determinare un'accelerazione della tempistica processuale al fine di bilanciare le esigenze di tutela giurisdizionale con l'interesse alla realizzazione degli obiettivi e al rispetto dei tempi di attuazione del P.N.R.R.».

[59] T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 19 gennaio 2024, n. 44: «nel processo amministrativo, l'accoglimento della domanda cautelare ai fini del riesame costituisce manifestazione della atipicità della tutela cautelare, ormai consolidata nell'art. 55 del D.Lgs. n. 104/2010, in cui non è presente riferimento alcuno a tipologie specifiche ed esclusive di provvedimenti cautelari, in ragione dell'attribuzione al giudice amministrativo, dell'ampio potere di adottare tutte le misure idonee ad assicurare in via provvisoria gli effetti della decisione sul ricorso, il giudice della tutela può dunque modulare la misura in rapporto alla fattispecie concreta in esame e alla natura dell'interesse legittimo, di contenuto oppositivo o pretensivo, fatto valere in giudizio; è palese l'intento del legislatore, con l'esplicito superamento della tipicità delle misure cautelari, di assecondare fin da tale fase il progressivo spostamento del contenuto proprio del giudizio, non più incentrato sull'atto bensì sul rapporto sottostante tra privato e p.a.». Cfr. pure Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2023, n. 5660.

[60] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, p. 550.

[61] G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, segn. pp. 58 e 192.

[62] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Dell'interesse pubblico e di altri "incidenti" nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 2012: par. 4.1., in relazione all'annullamento officioso par.1.3. e nntt. 183 e 206.

ISSN 2036-7821

sole questioni che i cittadini potevano sollevare nei confronti dell'amministrazione pubblica erano essenzialmente quelle collegate con la riserva di legge o della legge) alla Costituzione repubblicana corrispondentemente alla quale l'esercizio della discrezionalità amministrativa cessa di essere affare meramente interno ai pubblici poteri.

Infine, è allo stesso modo fuorviante concludere nel senso dell'evidenza, corrispondentemente ad alcuni contenziosi speciali, di una tutela accordata al risultato, alla stabilità dell'azione amministrativa, all'interesse pubblico concreto perseguito tramite quest'ultima. Innanzitutto, si portano gli esempi di due indirizzi giurisprudenziali consolidati nei giudizi in materia elettorale, per cui: si «tende ad escludere o a limitare significativamente la proponibilità dei motivi aggiunti … quando, ormai scaduto il termine di decadenza di trenta giorni dalla proclamazione degli eletti, il ricorrente deduce di aver conosciuto ulteriori vizi delle operazioni elettorali a seguito delle verifiche istruttorie disposte dal giudice amministrativo»; «la sola partecipazione alla competizione elettorale di un soggetto incandidabile non comporta di per sé l'invalidità dell'intera consultazione, ma impone la conservazione degli atti del procedimento non direttamente colpiti dall'invalidità dell'elezione del singolo candidato»[63]. Se non che, tali orientamenti si spiegano: non per via di quanto postulato dall'A. dal cui studio si muove; bensì, in ragione della speciale (adeguata) trasposizione di due dati negativi che indefettibilmente condizionano la ricerca discorsiva della regola di decisione. Ci si riferisce alla limitatezza del sapere del giudice ed alla scarsità del tempo disponibile, come lucidamente osservato da autorevole dottrina. Gli è, infatti, che «il giudice non può sapere tutto e comunque, anche se fosse in grado di procurarsi una informazione completa, il bisogno sociale di sollecita decisione non gli concederebbe il tempo occorrente. La giustizia non aspetta; per essere giusta la decisione deve essere pronta, e l'urgenza rende irraggiungibile l'ideale di una norma perfettamente adeguata in ogni caso … Giustizia rapida vuol dire giustizia in tempi ragionevoli, definiti da norme processuali che attuino un *equilibrio accettabile* tra le scansioni temporali richieste dalle regole dell'argomentazione giuridica (possibilità di partecipazione alla discussione di tutti gli interessati, libertà per ciascuno di svolgere esaurientemente tutti gli argomenti ritenuti pertinenti e di confutare gli argomenti avversari, garanzia di una istanza superiore di revisione del processo) e l'urgenza della decisione definitiva»[64].

---

[63] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 551-552.

[64] L. MENGONI, *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1999, p. 353 s., ora anche in *Scritti I – Metodo e teoria giuridica* (a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi), Milano, 2011, p. 31 s., segn. p. 37.

Cfr. pure T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 10 ottobre 2024, n. 1828 secondo cui «con il ricorso elettorale devono essere specificate le censure avverso l'atto di proclamazione degli eletti, poiché non può consentirsi che doglianze generiche o meramente ipotizzanti la sussistenza di tipologie astratte di vizi che conducano ad un'amplissima

ISSN 2036-7821

Quanto testé confutato, innanzitutto, rende indifferibile un duplice discorso chiarificatore, relativo: al rapporto fra interesse pubblico generale, interesse pubblico particolare, interesse pubblico concreto e (avuto riguardo anche all'eventuale concorrere di interessi facenti capo ai singoli) interesse legittimo (par. 3.1.); nonché, al ruolo correlativamente riconoscibile al giudice amministrativo in ordine alla (co-)determinazione dell'interesse pubblico concreto (par. 3.2.). Per poi estendere la riflessione (ma in separata sede) alle prospettive di un riposizionamento dei termini di confine tra giurisdizione amministrativa di legittimità e merito amministrativo (par. 6).

3.1. ***Interesse pubblico e sua tipologia (generale, particolare, concreto): da mero "requisito" dell'atto a complemento dell'interesse legittimo; verso una nozione epistemologicamente "matura".***

Prestando seguito al primo proposito, valga d'introdurre la trattazione di quel 'corno del problema' muovendo da certo contesto statuale della modernità, in corrispondenza del quale l'azione degli apparati amministrativi non s'identifica più con l'ordinamento (*rectius*, non si esaurisce nel medesimo), per cui: di là dai profili evolutivi d'interazione disciplinare (per informazioni-regole) su base sistemica; la progressiva eclissi del principio legittimante di competenza (inteso in senso weberiano) segna la crisi della nozione giuridica d'interesse pubblico, come organicamente compendiabile nell'amministrazione[65].

D'altronde, un raffronto tra ordinamenti nazionali fornisce l'abbrivo per siffatto indirizzamento: da quel ramo d'indagine non potendosi fare a meno di constatare che la valutazione di preminenza fra i "requisiti" dell'atto (legittimità formale e rispondenza all'interesse pubblico della sua affermazione-conservazione) perde definitivamente la stabilità minima che le poteva conferire una parvenza "ontologica" all'interno di ciascun ordinamento; posto che s'attaglia, di volta in volta, all'uno od all'altro degli stessi requisiti[66].

Corrispondentemente, sul piano della scienza giuridica: laddove il Legislatore faccia uso di norme genericamente attributive di un potere, "lasciando le cose aperte per il

istruttoria ed alla conseguente proposizione di motivi aggiunti: il ricorso elettorale neppure può essere proposto, con riserva di motivi aggiunti, allo scopo di far rinnovare le operazioni di scrutinio dinanzi al giudice amministrativo, il quale può disporre gli accertamenti istruttori solo al fine di valutare l'effettiva fondatezza delle specifiche censure proposte».

[65] F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 133 s.

[66] D. DE PRETIS, *"Illegittimità comunitaria" dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 725 s., segn. pp. 728-730. Cfr. pure: A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo – I Annullamento e revoca tra posizioni "favorevoli" e interessi sopravvenuti* — Napoli, 1991; ID., *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento* (atti della giornata di studio svoltasi a Caserta il 20 maggio 2005 – a cura di G. Clemente di San Luca –), Torino, 2005, p. 215 s.

ISSN 2036-7821

futuro e consentendo un approccio flessibile ai problemi del domani". Infatti, si va progressivamente diffondendo l'orientamento che:
- perorando il metodo della "contaminazione", asseconda un processo comune a differenti esperienze ordinamentali;
- quantomeno, nella misura in cui quel rapporto sinergico esalti la pienezza del sindacato giurisdizionale sull'argomentare delle autorità preposte ai pubblici interessi; al contempo, nell'osservanza dello schema logico della *deference*, seguendo il quale, alla condizione di organo *super partes*, si affianca il dovere del giudice di rispetto degli ambiti di valutazione non sostituibili con apprezzamenti soggettivi del medesimo[67].

Se non che: nonostante l'interesse pubblico rappresenti ormai il "problema essenziale del diritto amministrativo"[68]; per lungo tempo non ha conosciuto che uno scarso approfondimento. Si è, infatti, reputata appagante un'accezione teoricamente "negletta", (quale categoria giuridica "di senso"), di cui restano ancora tracce evidenti: «*quale connotazione di un'opera, di una attività o di una funzione, ha carattere aperto e/o indeterminato, non essendo vincolata ad alcuna espressa qualificazione legislativa né alla pertinenza soggettiva dell'iniziativa: essa si presta quindi ad abbracciare qualunque intervento che, a prescindere dalla sua appartenenza tipologica, risulti rispondere, nel concreto contesto sociale ed economico in cui deve essere realizzato, ad una finalità rilevante ed utile per la collettività (e non solo per il soggetto che se ne faccia promotore)*»[69].

Da qui, la necessità di alcune puntualizzazioni: sulle principali criticità (vecchie e nuove) che accompagnano quella "nozione" (funzionale); sull'opinabilità di alcuni "abbinamenti" (o "distinguo") nei quali è rimasta coinvolta. Ciò, avendo riguardo ai diversi formanti giuridici, come di seguito si tenterà di spiegare.

Per un verso, sul presupposto che quello all'effettività della tutela giurisdizionale si configura come diritto soggettivo del singolo, è stato acutamente osservato che: «... *se è chiara la rilevanza che assume l'interesse individuale protetto come diritto soggettivo mediante l'apposizione di corrispondenti limiti a poteri dell'amministrazione, meno chiari appaiono i caratteri dell'interesse pubblico connesso a questi limiti stessi, perché esso sembra svolgere un doppio ruolo: con maggiore evidenza, quello di interesse dell'amministrazione, contrapposto a quell'interesse individuale, e protetto entro i limiti posti ai poteri dell'amministrazione medesima; ma non solo: questo interesse dell'amministrazione, in tanto può essere limitato nei confronti di tale interesse individuale, in tanto può essere piegato alle esigenze della sua tutela, in quanto questa sua conformazione sia in funzione di un altro interesse: di un interesse che non può che essere di livello più elevato di quello che è pubblico,*

[67] Sul tema, ultimamente S. VALAGUZZA, *La contaminazione come metodo di conoscenza per la scienza giuridica. Una sperimentazione a partire dal diritto processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 1285 s., segn. pp. 1301-1302, 1319.

[68] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, p. 91.

[69] T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 31 gennaio 2017, n. 183, in *Foro amm.*, 2017, p. 234 ove si puntualizza che: «Anche un intervento funzionale al raggiungimento di scopi di carattere lucrativo può astrattamente soddisfare esigenze di carattere pubblico e/o di pubblica utilità».

ISSN 2036-7821

nel senso che è dell'amministrazione pubblica, e che dunque, per questo solo dato, è anch'esso pubblico, e anzi a maggior ragione pubblico»[70]. In quest'ottica va inteso certo complessificarsi del "problema (del rapporto) amministrativo": in quanto esposto (anche) ad una sorta di dissolvenza nella quale è incorsa l'autonomia normativa degli enti pubblici (c.d. di azione) rispetto al Parlamento, le cui leggi non si limitano a conferire ai primi determinate prerogative, ma sovente ne disciplinano l'esercizio stesso. Si è andata via via smarrendo «*la consapevolezza dei valori che sono sottintesi dal perseguimento da parte del …"vero e proprio" legislatore* [Parlamento]*, di interessi pubblici che sono generali, nel preciso significato che questo aggettivo acquista, quando si considera che tali interessi costituiscono la sintesi suprema degli interessi di tutti i soggetti di quell'ordinamento che non a caso è parimenti detto generale: in quanto comprende anche i soggetti privati, che come tali già al suo livello mantengono la propria soggettività, la propria individualità. Correlativamente, si è persa la consapevolezza del carattere insuperabilmente di "parte" che l'amministrazione rivela, e della "parzialità" dei suoi interessi, per quanto pubblici, che persegue nella costruzione del suo ordinamento, nei confronti degli interessi che persegue il … "vero e proprio" legislatore, quando costruisce il suo ordinamento, quando costruisce l'ordinamento generale. Di conseguenza, si è persa la consapevolezza che la normazione di azione, in quanto sostanzialmente posta in funzione di interessi di "parte", anche se pubblici, quali devono essere comunque riconosciuti gli interessi dell'amministrazione, non può assurgere alla dignità della più elevata normativa di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, che viene a porsi come elemento costitutivo dell'ordinamento generale, per il solo dato formale che essa viene ugualmente adottata in quella veste legislativa che è propria di questa. Così, proprio nel periodo storico nel quale sempre più largamente la normativa di azione assume forma legislativa, per le stesse ragioni politiche e istituzionali generali che hanno provocato questa evoluzione, sempre più difficilmente si possono percepire le differenze sostanziali tra questa e la normativa di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione; e non solo tra la prima e la seconda: anche, e ancor più, tra la seconda e la prima*»[71].

Per altro verso (accostandosi al proposito di confutazione enunciato in esordio), deve registrarsi una tradizionale trascuratezza del giurista verso l'interesse pubblico in certa propensione a "trattarne" separatamente rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso[72]. Ciò si spiega con diversi ordini di ragioni.

---

[70] A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 95 s., segn. pp. 99-100.

[71] A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 95, segn. p. 205. Sugli 'attentati' al principio di legalità derivanti da certo atteggiarsi del rapporto fra poteri, legislativo ed esecutivo, con sostituzione del primo al secondo (emblematico l'esempio delle 'leggi-provvedimento'), si sofferma F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2007.

[72] 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. («Il collegamento abituale "interesse legittimo – potere discrezionale" e l'altro, non meno consueto, "potere discrezionale – interesse

Preliminarmente, finisce col contrarsi in via progressiva il momento propriamente discrezionale, almeno nella misura in cui ci si approssimi allo stadio giudiziale, stante certo tecnicizzarsi di quell'ambito dell'attività amministrativa.

L'attenzione va però concentrata, per quel che maggiormente rileva, sugli ulteriori fattori, il primo dei quali, a sua volta, consta di almeno due componenti, di cui: l'una, sostanziale; l'altra, processuale.

Innanzitutto, va tenuto presente che le norme di relazione (riconducibili all'ordinamento generale) sovente tendono ad occupare spazi che competerebbero a quelle d'azione, sì da ingenerare una ingiustificata "ipervalutazione" dell'interesse pubblico "di parte" rispetto a quello dell'individuo[73].

La seconda ragione della trascuratezza del giurista verso l'interesse pubblico si coglie per via della resistenza ancora dimostrata 'sottotraccia' dalla teorica in forza della

---

pubblico" danno maggior attendibilità a[lla] supposizione [per cui l'attuale significato di ciascuna delle due locuzioni non può prescindere dal loro rapporto simbiotico], ed inducono a spiegare lo scarso approfondimento della nozione di interesse pubblico [almeno, fintantoché è invalsa la propensione a "trattarle" separatamente]»).

[73] «[...] se è chiara la rilevanza che assume l'interesse individuale protetto come diritto soggettivo mediante l'apposizione di corrispondenti limiti a poteri dell'amministrazione, meno chiari appaiono i caratteri dell'interesse pubblico connesso a questi limiti stessi, perché esso sembra svolgere un doppio ruolo: con maggiore evidenza, quello di interesse dell'amministrazione, contrapposto a quell'interesse individuale, e protetto entro i limiti posti ai poteri dell'amministrazione medesima; ma non solo: questo interesse dell'amministrazione, in tanto può essere limitato nei confronti di tale interesse individuale, in tanto può essere piegato alle esigenze della sua tutela, in quanto questa sua conformazione sia in funzione di un altro interesse: di un interesse che non può che essere di livello più elevato di quello che è pubblico, nel senso che è dell'amministrazione pubblica, e che dunque, per questo solo dato, è anch'esso pubblico, e anzi a maggior ragione pubblico» (A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 95 ss., segn. pp. 99-100).

In quest'ottica, va inteso certo complessificarsi del "problema (del rapporto) amministrativo": in quanto esposto (anche) ad una sorta di dissolvenza nella quale è incorsa l'autonomia normativa degli enti pubblici (c.d. di azione) rispetto al parlamento, le cui leggi non si limitano a conferire ai primi determinate prerogative, ma sovente ne disciplinano l'esercizio stesso. Come acutamente puntualizzato, si è andata via via smarrendo «la consapevolezza dei valori che sono sottintesi dal perseguimento da parte del …"vero e proprio" legislatore [parlamento], di interessi pubblici che sono generali, nel preciso significato che questo aggettivo acquista, quando si considera che tali interessi costituiscono la sintesi suprema degli interessi di tutti i soggetti di quell'ordinamento che non a caso è parimenti detto generale: in quanto comprende anche i soggetti privati, che come tali già al suo livello mantengono la propria soggettività, la propria individualità. Correlativamente, si è persa la consapevolezza del carattere insuperabilmente di "parte" che l'amministrazione rivela, e della "parzialità" dei suoi interessi, per quanto pubblici, che persegue nella costruzione del suo ordinamento, nei confronti degli interessi che persegue il … "vero e proprio" legislatore, quando costruisce il suo ordinamento, quando costruisce l'ordinamento generale. Di conseguenza, si è persa la consapevolezza che la normazione di azione, in quanto sostanzialmente posta in funzione di interessi di "parte", anche se pubblici, quali devono essere comunque riconosciuti gli interessi dell'amministrazione, non può assurgere alla dignità della più elevata normativa di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, che viene a porsi come elemento costitutivo dell'ordinamento generale, per il solo dato formale che essa viene ugualmente adottata in quella veste legislativa che è propria di questa. Così, proprio nel periodo storico nel quale sempre più largamente la normativa di azione assume forma legislativa, per le stesse ragioni politiche e istituzionali generali che hanno provocato questa evoluzione, sempre più difficilmente si possono percepire le differenze sostanziali tra questa e la normativa di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione; e non solo tra la prima e la seconda: anche, e ancor più, tra la seconda e la prima» (A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, cit., p. 205).

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[74]). Risponde al vero che tale tesi ha raccolto un seguito minoritario[75]; 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[76]. Ma ciò si spiega in ragione delle obiezioni tradizionali che si appuntano: su di una concezione rigidamente compartimentale ("a tenuta stagna") quanto alla distinzione tra norme di relazione e norme di azione, e quindi tra illiceità ed illegittimità; sull'assunto secondo cui il processo amministrativo tutela soltanto l'interesse pubblico individualizzato nell'amministrazione[77]. In particolare, da diversi

[74] 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).

[75] 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.

[76] F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d. (1910), p. 3.

[77] «...essenzialmente su due punti, che si possono dopo tutto considerare, per molti aspetti, interdipendenti, relativo, l'uno, alla distinzione delle due categorie, l'altro all'affermazione che nel processo amministrativo si fa, giuridicamente, solo questione di interesse pubblico.

La distinzione tra norme di relazione e norme di azione, e quindi tra illiceità ed illegittimità, è stata anzitutto messa in dubbio in base alle considerazioni che le norme del secondo tipo possono tutelare, insieme all'interesse pubblico, anche e contemporaneamente interessi individuali, oppure che, dovendo l'attività amministrativa osservare il limite del rispetto dei diritti soggettivi, ogni norma di relazione è nello stesso tempo norma di azione (sicché l'atto illecito è, in quanto tale, necessariamente illegittimo), o che addirittura ogni norma può appartenere ai due tipi, in quanto mira a disciplinare sempre dei comportamenti e a comporre dei conflitti di interessi; qualcuno ha aggiunto che esistono vincoli strettissimi tra le due categorie di norme, come sarebbe dimostrato dal fatto che si può avere violazione di una norma di relazione e quindi di un diritto soggettivo attraverso la violazione di una norma di azione (come nell'esempio dell'affievolimento).

L'altra critica si è appuntata ...sull'affermazione che il processo amministrativo tutela soltanto l'interesse pubblico individualizzato nell'Amministrazione, il quale sarebbe perciò, dal punto di vista giuridico, il solo interesse fatto valere in giudizio. A parte il rilievo, mosso da alcuni, che anche il giudice ordinario può tutelare l'interesse pubblico, si è detto che molteplici interventi indurrebbero a respingere quella concezione strettamente pubblicistica della giurisdizione amministrativa: i motivi cui si ispirò la riforma dell''89; tutta la posizione processuale del ricorrente, al quale spetta l'iniziativa, l'impulso la limitazione del tema della decisione, la possibilità di rinuncia ecc.; la ristrettezza dei termini di impugnativa; la stranezza di un'Amministrazione unica parte in senso sostanziale e quindi quasi in lotta con se stessa ma mai soccombente; l'impossibilità di ritenere la posizione del ricorrente analoga a quella del sostituto processuale; e così via di seguito.

Le critiche sin qui riferite, sia quelle relative alla distinzione fra le due categorie di norme, sia quelle relative agli interessi tutelati dal giudizio amministrativo, appaiono in gran parte persuasive, sebbene non riescano a condurre all'accoglimento delle posizioni, dalle quali sono formulate. Dal nostro punto di vista ci limitiamo ad osservare, in ordine alla teoria in esame, che l'interesse pubblico, posto ad oggetto del processo amministrativo e *che ivi riceve integrale soddisfazione*, non può essere costituito se non dall'interesse alla legittimità degli atti amministrativi, in cui altre dottrine hanno identificato l'interesse legittimo, rispetto alle quali però la teoria in esame presenta il notevole vantaggio di sfuggire alle difficoltà inerenti al problema della subiettivazione. Si possono pertanto richiamare le osservazioni ...ribadendo che il voler ravvisare l'oggetto del giudizio nell'interesse, anziché nella

decenni 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[78].

Trascorrendo infine verso il secondo (correlato) ordine di spiegazioni di una

---

questione di legittimità dell'atto, nella quale sembra invece essere il vero *thema decidendi* del processo, è il portato di quella diffusa opinione, che ascrive ad oggetto di ogni attività giurisdizionale la tutela di interessi garantiti dalla legge; ma, ...in sede di considerazioni generali, la tutela degli interessi è lo scopo e non l'oggetto del processo (sì che, dal punto di vista teleologico, non si può forse escludere che la giurisdizione amministrativa sia preordinata alla contemporanea tutela dell'interesse individuale e dell'interesse pubblico).

Per quanto riguarda l'interesse sostanziale, appare assai convincente la sua riduzione a fatto di legittimazione. Bisogna però aggiungere che sul piano degli interessi sostanziali non viene in rilievo, nel giudizio amministrativo, solo quello di chi impugna l'atto, o tutt'al più anche quello dei controinteressati, bensì anche l'interesse della Pubblica Amministrazione, il quale è lo stesso che ha presieduto all'emanazione del provvedimento e che può essere sacrificato dalla decisione sull'altare del superiore interesse alla legalità. Esso si distingue da quest'ultimo, pur essendo entrambi interessi pubblici, ed ha natura sostanziale, alla stessa guisa dell'interesse del ricorrente, col quale si pone in rapporto di contrasto. Ciò evita di raffigurare l'Amministrazione quasi in lotta con sé stessa, spiega come mai possa soccombere, ed induce inoltre a considerare parti materiali nel processo anche il ricorrente e i controinteressati, secondo i più schietti principi del contraddittorio.

Relativamente, infine, al criterio di distinzione della competenza tra giudice ordinario e giudice amministrativo, nonché ai reciproci rapporti, la teoria in esame ha il merito di aver individuato una duplice difformità dell'atto dalle norme e di avere affermato pertanto la possibilità della doppia tutela.

Tuttavia i risultati, cui essa perviene, non si possono interamente condividere. La illiceità e l'illegittimità, pur potendo coesistere nello stesso atto, sono configurate quasi come compartimenti stagno, in quanto l'una è violazione del diritto soggettivo, l'altra dell'interesse pubblico. Se invece l'illegittimità si concepisce ...in un senso più ampio e comprensivo, ossia come difformità dell'atto dal paradigma predisposto dalla norma, essa potrà essere talvolta intimamente connessa all'illiceità, ossia al fatto che la Pubblica Amministrazione ha, nell'emettere il provvedimento, violato un dovere o addirittura un obbligo; sicché anche in tal caso il giudice amministrativo conoscerà dell'illegittimità dell'atto» (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.

[78] Il costrutto in esame pare rispondere «all'esigenza – più o meno chiaramente avvertita – di stabilire un collegamento di qualunque genere fra processo amministrativo e realtà giuridica materiale. Si tratta, come deve riuscire evidente ad una analisi attenta, di una esigenza la quale aveva ed ha una sua precisa giustificazione, in quanto scaturisce e si pone come conseguente alla radicale insufficienza della configurazione tradizionalmente data alla giurisdizione amministrativa – istituita ...a tutela e garanzia dell'interesse del privato, che dovesse trovarsi protetto dalla norma (materiale), giusta un rapporto di coincidenza necessaria e di compenetrazione con l'interesse pubblico considerato nell'atto impugnato». Così A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, I, pp. 6-7 s., ove si pone in luce come la funzione da riconoscersi alla parte privata del giudizio non possa essere quella di costituire l'occasione per realizzare la tutela accordata all'interesse pubblico nell'ipotesi in cui non abbia preventivamente funzionato la c.d. autotutela amministrativa; con la conseguenza paradossale (sul piano del metodo) di costruire la giurisdizione amministrativa «muovendo da un'analisi, neppure esatta, e da una individuazione e determinazione, in gran parte arbitraria, della situazione giuridica del privato di fronte all'atto illegittimo della p.a., anziché da un esame delle norme definenti le varie forme della tutela che il processo amministrativo è preordinato a realizzare e da una analisi dei caratteri di struttura del processo, che sia condotta alla luce di una più esatta determinazione dell'istituto della legittimazione a ricorrere [vantare od avere un interesse diretto, personale ed attuale]».

Cfr. pure P. BODDA, *Interesse a ricorrere e interesse legittimo*, nota a Cons. St., IV, 7 dicembre 1934, n. 636, in *Il foro amm.*, 1935, I, 1, p. 47.

trattazione separata dell'interesse pubblico rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso, può così articolarsi:
- a fronte dell'ampliarsi del novero delle occasioni "giustiziali", offerto al cittadino già sul piano procedimentale[79]; una progressiva occupazione dello spazio di tutela degli interessi individuali da parte di una torrentizia produzione di disposizioni (primarie e secondarie) volte soprattutto a regolare competenze e procedure[80];
- la connotazione "anfibologica" di un raffronto (l'interesse legittimo designando una situazione giuridica, l'interesse pubblico - atecnicamente - un'utilità per l'amministrazione[81]); 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[82].
Gli è tuttavia che quest'ultima tesi neutralizza la (possibilità di) correlazione (eppertanto, l'idea d'interesse pubblico in concreto) con meri espedienti verbali. Così, ad es., s'invoca il "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[83]; per concludere

[79] A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* -dir. amm.-, cit., pp. 980-981; D. SORACE, *Notazioni in tema di posizioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1988, p. 3914 s., segn. pp. 3915-3916. Sul tema cfr. pure G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1981, p. 97; F. BRIGNOLA, *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, Giuffrè, 1994, p. 7 s., segn. p. 9; E. CASETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, Giuffrè, 1994, p. 19 s., segn. p. 28.

[80] A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* – atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013 –, Napoli, 2014, p. 171 s., segn. p. 198.

[81] Significativamente in M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, p. 76 si qualifica come "anfibologico" certo raffronto dell'interesse legittimo con quello pubblico, dal momento che si tratterebbe di "termini non omogenei": il secondo non identificando una situazione soggettiva bensì un "interesse sostanziale giuridicamente rilevante come fine". In quest'ottica si spiega l'obiezione mossa alla teoria, dominante in giurisprudenza sino agli anni Quaranta del secolo scorso, definita come dell'"interesse generale personalizzato" (*ivi*, pp. 80-81).

[82] 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 («anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è pur sempre l'interesse ad un bene della vita»); 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.

[83] Così, sia pur nei confronti di atti di diritto privato, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, pp. 160-164. Sia consentito di rinviare, al riguardo, a P. COTZA, *Potere*

risolutamente nel senso dell'"irrilevanza della nozione di interesse pubblico nella qualificazione delle situazioni soggettive"[84].

Di tal fatta, però, il medesimo costrutto pare prestar il fianco a due ordini di obiezioni.

Innanzitutto, 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"). Se si conviene su tale tesi, in quella disposizione non solo si coglie l'essenzialità della prospettiva di giustizia per la comprensione del diritto amministrativo[85]; ma ne risulta "sconfessata" qualunque interpretazione ritualistica della legalità, sì da farne emergere gli aspetti sostanziali[86].

In secondo luogo, il costrutto avversato "tradisce" una concezione di regola giuridica invariabilmente attestata secondo lo schema (imperativo – al più nella sua versione finalistica – *id est*) ipotetico-casuistico[87]. La risposta al dilemma concettuale di partenza sembra allora doversi ricercare altrove: prendendo spunto dalla non riconducibilità, allo schema testé indicato, delle disposizioni di matrice "consequenzialista"; sì da dover ricorrere ad una nozione epistemologicamente "matura" d'interesse pubblico particolare. Quest'ultimo da intendersi non come

---

autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico), Napoli, 2007, par. 3.9.3.

[84] Cfr., al riguardo, 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, ove si riporta l'asserto secondo il quale occorrerebbe «affermare risolutamente l'irrilevanza della nozione di interesse pubblico nella qualificazione delle situazioni soggettive e conseguentemente ricondurre la definizione dell'interesse legittimo in un esclusivo contesto di analisi del vantaggio obiettivamente attribuito dalla legge».

[85] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 18: «L'interesse legittimo può garantire soltanto nei limiti del potere in sé considerato; ossia, nei limiti della legittimità dell'esercizio del potere; è un interesse alla legittimità particolarmente qualificato. La sua intensità -si passi la metafora- dipende dalla nozione che si accolga di legittimità. Se imparzialità e buon andamento sono rilevanti per costruire tale nozione, l'interesse legittimo riguarderà anche buon andamento e imparzialità, e la "caccia agli errori" risulterà, nella giustizia amministrativa, meno sterile».

[86] All'uopo, giova di richiamare un passo di E. CANNADA BARTOLI, *Interesse...*, p. 9, che così sintetizza il quadro di riferimento: «…l'art. 97 cost., stabilendo i canoni dell'imparzialità e del buon andamento, …fonda, ad un tempo, la compiuta risoluzione dell'interesse pubblico nell'ordinamento e, mediante la nozione di legittimità, il contenuto dell'interesse legittimo, che non è possibile definire che in relazione all'interesse pubblico siffattamente risolto» (*ivi*, p. 9). L'a. così prosegue: «…il compito del giudice amministrativo in tema d'interessi legittimi è strettamente collegato con quello che al medesimo spetta per la definizione …dell'interesse pubblico» (*ivi*, p. 19).

[87] L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 274 s., segn. p. 290: «Può darsi che la norma descriva direttamente il comportamento che deve essere adottato in presenza di date circostanze di fatto positivamente indicate, nel qual caso l'interesse, quale canone di comportamento, non esplica alcuna funzione rilevante nella fase di applicazione della norma, se non come criterio interpretativo della medesima, quando ne ricorrano i presupposti. Sostanzialmente diversa è l'ipotesi in cui la scelta del comportamento satisfattivo dell'interesse considerato venga rimessa ad un organo dell'apparato precostituito per la tutela dell'interesse. In questo caso infatti l'interesse diviene canone di comportamento operante principalmente nella fase di applicazione della norma, unico criterio al quale l'organo destinatario della norma può riferirsi per effettuare la scelta a lui demandata».

ISSN 2036-7821

appartenente (in via esclusiva) all'amministrazione, bensì visto nella dinamica della sua determinazione e quindi nella confluenza dei vari interessi che vi sono coinvolti, compresi quelli degli amministrati; quale quella suffragata dalle menzionate logiche dei meccanismi decisionali (interpretativo-applicativi): del "circolo ermeneutico"; nonché, "operazionale" (dei 'costi/benefici') paradigmaticamente compendiabile secondo le scansioni del "razionalismo critico"[88]. Salvo ribadire il 'correttivo' all'instabilità delle decisioni, nel caso rappresentato dall''urgenza' intrinseca a quelle 'di giustizia'[89].

Evidentemente, alla luce di quanto precede, assume una nuova colorazione l'affermazione d'esordio: per cui quello all'effettività della tutela giurisdizionale si configurerebbe come diritto soggettivo del singolo. Infatti, la complementarità fra interesse legittimo ed interesse pubblico particolare, entrambi in funzione di quello concreto, comporta che quell'effettività, nel processo amministrativo, risenta della circostanza di appuntarsi su di una situazione giuridica soggettiva che non presenta i caratteri (canonicamente riconducibili al diritto soggettivo) cui la improntarebbe uno schema normativo ipotetico-casuistico. Pertanto, l'effettività stessa perde certo connotato di assolutezza (riferito alla tutela dell'interesse sostanziale), per assumere quello di tendenzialità entro i confini di un contemperamento legittimo delle istanze private con quelle pubbliche[90]. In tal senso, può seguitarsi ad impiegare l'affermazione d'esordio, purché si entri nell'ottica di certa polisemia all'insegna dell'interscambiabilità delle locuzioni: per cui il diritto soggettivo si può configurare

[88] Come noto, tale corrente epistemologica:

- rivelati i limiti del metodo induttivo, ha predicato la consapevolezza delle conseguenze alle quali conduce (stante la connessione complessiva di ogni divenire) l'impiego di mezzi pur soggettivamente "adeguati" (logica "operazionale" dei costi/benefici);

- per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell'esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle "teorie rivali", onde condurre all'emersione degli errori ("falsificazione", come anticipato in esordio) ed alla loro eliminazione.

Cfr.: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, p. 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, p. 59 s.

[89] Ciò, a partire da 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).

[90] Di tale avviso si è espressamente dichiarato Cons. Giust. amm. Reg. Sicilia, 27 luglio 2012, n. 721, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 85 s., secondo cui la sistematica del processo amministrativo «elettivamente, conosce di una situazione giuridica - l'interesse legittimo - così intimamente connessa all'interesse pubblico generale, da non poter essere *tout court* trattata, anche nel processo, come i diritti soggettivi, di norma disponibili, di cui si conosce nel processo civile» (*ivi*, par. 4). Si tratta di un'affermazione nettamente avversata da PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, cit., p. 250 s.; ma erroneamente assumendo che s'identifichi con la tesi (anacronistica) della strumentalità dell'interesse legittimo rispetto ad una legalità amministrativa in senso formale cui sottende l'interesse pubblico generale.

quale interesse legittimo dell'ordinamento generale; mentre l'interesse legittimo quale diritto dell'ordinamento amministrativo[91].

3.2. Giudice amministrativo ed interesse pubblico concreto.

A questa stregua, tornando al processo amministrativo:

in ragione di quanto anticipato (in generale, a partire dall'impiego di principi e clausole generali - par. 1. -) sul rapporto fra la Legge e la fattispecie costruita con strutture linguistiche 'aperte', per cui la prima attinge il proprio significato operativo solo "reagendo" direttamente col "caso" (lo stato di fatto dato dal concreto atteggiarsi degli interessi) alla medesima sottoposto; eppertanto, non può prescindere (in termini di adeguamento del significato) dal complementare momento applicativo come, a sua volta, esigente la mediazione di giudizi di valore extratestuali, ricavati dai dati reali del caso da decidere, ed espressione di aspettative emergenti dalla realtà sociale che della disposizione rappresenta l'ambito applicativo;

il giudice, stante il suo compito "non meramente ricognitivo" della norma astratta, ma "attivo, creativo" della regola concreta di decisione, si fa da semplice "reintegratore di un ordine violato", "un costruttore, un coautore dell'ordine".

Salvo osservare che, quando si tratti del giudice amministrativo, tale connotato funzionale si spiega anche per via dell'assetto sostanziale acquisito dall'interesse pubblico: dal momento che centro vitale dell'azione amministrativa è l'esercizio della discrezionalità eppertanto, il relativo sindacato giurisdizionale, non trovando sempre un compiuto ordine normativo (secondo il menzionato schema ipotetico-casuistico): per un verso, finisce col venire a contatto col dispiegarsi della molteplicità degli interessi; per altro verso, si traduce, piuttosto che in giurisdizione (nell'attuazione logicistica della volontà concreta della legge, a partire da un'interpretazione "concettuale"), nell'individuazione dei "valori di giustizia"[92]. Pertanto, quando il giudice amministrativo sindaca, al contempo crea il parametro al quale avrebbe dovuto conformarsi l'azione dei 'pubblici poteri'. In tale contesto, la giurisdizione amministrativa non si limita a tutelare situazioni giuridiche soggettive di piena ed esclusiva attribuzione individuale; piuttosto, estrae dalla realtà sociale l'oggetto della propria cognizione.

A questa stregua (salvi ulteriori sviluppi della trattazione), la simultaneità 'conformativa-compositiva' (di bilanciamento fra interessi contrapposti) può

[91] F.G. SCOCA, *Interessi protetti* -dir. amm.-, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, Treccani, 1990, p. 11.

[92] M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, 1978, V, col. 161 s., segn. col. 164: «Non senza ragione, la polemica intorno all'abolizione del contenzioso amministrativo prima e all'istituzione di una giurisdizione amministrativa dopo si sviluppò intorno al fatto che il giudice "altro" era destinato ad esplorare uno spazio (lo spazio dell'amministrazione pura, della conflittualità sociale) collocato al di là delle colonne d'Ercole delimitanti l'ambito dell'applicazione delle "leggi civili e politiche, regolatrici dei rapporti pubblici e privati" (Mancini) o, se si preferisce, l'ambito dei "diritti della privata proprietà e libertà" (Romagnosi)».

ISSN 2036-7821

senz'altro ricondursi alla giurisdizione generale di legittimità, senza dover ricorrere ad una giurisdizione di merito: nel momento in cui si assuma la complementarità, nel concreto, fra interesse pubblico 'primario' ed interesse legittimo, che (per l'appunto) fa del giudice un coartefice dell'azione amministrativa. Così che:
quando il giudice tutela le situazioni giuridiche azionate dai privati, inevitabilmente deve altresì farsi carico di curare l'interesse pubblico, quantomeno in una misura di ragionevolezza[93]; al contempo però, in chiave d'interesse pubblico concreto, intervenendo anche sull'assetto dell'interesse sostanziale facente capo al singolo;
altrimenti, dovendo assumersi che le valutazioni operate dall'amministrazione pubblica, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, siano senz'altro 'apprezzamenti di merito (amministrativo) che implicano scelte politiche di opportunità'[94].
Resta ancora una puntualizzazione che pare necessaria onde sgomberare il campo dell'analisi da precomprensioni ed equivoci. Lo spunto è offerto dalla tesi secondo la quale «l'interesse pubblico non è elemento costitutivo del processo amministrativo; [in tal senso, basterebbe] richiamare l'insuperato insegnamento secondo cui l'inizio del processo segna la fuoriuscita da esso di qualsivoglia "peculiarità" riconducibile all'interesse pubblico che connota l'azione amministrativa sostanziale»[95].
Se non che, le connessioni riportate nel presente paragrafo, come nel precedente, depongono a favore di una 'ontologica' considerazione dell'interesse pubblico anche da parte del giudice amministrativo; salvo osservare che ciò non trascende in violazione della 'parità delle parti' (quale connotato intrinseco al processo), nella misura in cui il sindacato del giudice si estende all'interesse pubblico, incidendovi, entro i limiti di una valutazione di legittimità del concreto contemperamento di quelli in giuoco.

4. *Confutazione sul piano del metodo*.

Se si conviene sui precedenti ordini di connessioni, tornando allo studio che ha dato occasione al presente scritto: pur condividendone il riconoscimento dal primo riservato, in corrispondenza dell'agire discrezionale, al rilievo centrale dell'interesse pubblico concreto; l'identificazione di quest'ultimo con l''utilità finale oggetto del potere amministrativo' finisce col 'tradire' una considerazione aprioristicamente riduttiva di determinate disposizioni processuali, che si vorrebbe meramente 'strumentali' a quello scopo, per via del riflettere scelte legislative «fuorvianti rispetto all'obiettivo di garantire una tutela piena del cittadino nei confronti della pubblica

[93] *Contra* F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, 2013, p. 223 ove si richiama a sostegno autorevole dottrina.
[94] Così F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo …*, p. 225.
[95] PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, cit., p. 241 il quale menziona a sostegno F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi, in Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace*, in Atti del convegno tenutosi a Messina il 15-16 aprile 1988, Milano, 1993.

ISSN 2036-7821

amministrazione». Non foss'altro perché, in quell'ottica strettamente 'volontaristica' (monopolizzata dalla *voluntas legis* e dalle complementarizzazioni di principi che essa pare statuire - a favore dell'efficacia amministrativa ed a discapito dell'effettività della tutela del soggetto che ne risulta a vario titolo interessato -), tale rappresentazione adombra un approccio 'consequenzialista' al problema del rapporto più generale fra decisioni del giudice amministrativo e 'logica del risultato' riferita all'azione dei pubblici poteri. Ci si riferisce (secondo un significato di consequenzialità evidentemente diverso da quello associato agli schemi normativi, ma stavolta improntato ad una logica operazionale) al canone argomentativo improntato alle conseguenze che l'una o l'altra delle possibili soluzioni giudiziali, nel valutare una data fattispecie (evidentemente già perfezionatasi), verosimilmente è destinata a produrre sul versante dell'azione amministrativa: come fondato sul 'futuribile'. Per cui, pur esprimendo, quest'ultimo concetto, una forma complessa d'intreccio del presente col passato e col futuro, è ormai di comune dominio e pacificamente accettato nel senso che implica (almeno, quale primo aspetto del problema indagato prevalentemente dalla privatistica):
per un verso, «un giudizio ipotetico proiettato verso il passato, una specie di calcolo di probabilità retrospettivo»; per cui, esemplificativamente, a fronte di un dato risultato conseguito dall'amministrazione pubblica, pur a fronte di una sua azione viziata sul piano della legittimità, il giudice dovrà domandarsi se, nell'ipotesi in cui quel vizio non si fosse determinato, il risultato conseguito dal soggetto pubblico, sarebbe stato apprezzabilmente diverso e, con esso, sarebbe stato diverso l'impatto di quell'azione sulla sfera giuridica del privato[96];
per altro verso, una corrispondente proiezione del presente (la valutazione giudiziale) nel futuro (dell'azione amministrativa e della sfera degli interessi del privato)[97].
In altri termini, gli è che: pur senza pretendere di avanzare un discorso eversivo del ruolo della 'positività' in seno ai 'formanti' del diritto (delle gerarchie e delle confinazioni che la medesima detta); indugiando sul solo profilo di strumentalità, si trascura che il problema consiste innanzitutto nell'aporia di determinazione (scelta) della decisione giudiziale, come condizionata da una precognizione sugli effetti che la medesima può determinare in ordine all'azione amministrativa; quanto (evidentemente) prelude ad un'indagine che, lungi dall'essere circoscritta alla

[96] Valga di rinviare (*ex multis*) a: S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 80; P. CALAMANDREI, *L'art. 1497 c.c. e i futuribili*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, II, p. 200.

[97] L. MENGONI, *Diritto e tempo*, in *Jus*, 1998, p. 635 s., ora anche in *Scritti I – Metodo e teoria giuridica* (a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi), Milano, 2011, p. 11 s., segn. pp. 20-21: «Poiché il giudice deve rappresentarsi una situazione passata come presente ed in base ad essa formulare una prognosi *a posteriori* "sulle conseguenze che si sarebbero verificate nel passato se fossero accaduti certi fatti che non sono accaduti, e viceversa", il futuribile comporta, relativamente alla situazione considerata, anche una estensione del presente nel futuro».

relazione 'lineare' decisione-effetto (di risultato), deve indulgere ad un più consapevole assetto ermeneutico di tipo 'riflessivo-circolare', in quanto scandito nei menzionati termini di una logica della preferenza fra soluzioni 'rivali' (alternative).
Salvo puntualizzare che tale circuito virtuoso può esplicarsi: non solo nei menzionati termini di una valutazione di prevalenza fra principi, di efficacia amministrativa e di tutela, emancipandosi dal giogo 'volontaristico' e così consentendo di operare una comprensione-applicazione delle discipline 'speciali' meno 'ingessata', di volta in volta 'aperta' al concreto atteggiarsi della sequenza passato-presente-futuro nella relazione fra decisione giudiziale ed azione dei pubblici poteri; ma altresì, quale secondo aspetto del problema, più di spettanza della pubblicistica, in termini di estensibilità della valutazione giudiziale in ordine al risultato dell'azione amministrativa eppertanto, nella misura in cui il giudice, tutelando le situazioni giuridiche azionate dai privati, si fa altresì carico di curare l'interesse pubblico (quantomeno entro i termini di una ragionevolezza che non sconfini nel merito).

5. *Orientamento del regime processuale al 'risultato' dell'azione amministrativa e riti speciali, con particolare riguardo al contenzioso dei contratti pubblici.*

Nell'ottica 'virtuosa' che si è testé tentato di adottare andrebbe 'letta' la circostanza per cui il principio di effettività della tutela permea altresì la disciplina dei riti speciali di cui al Libro IV, c.p.a., all'insegna della differenziazione: nel senso dell'adeguamento degli strumenti processuali destinati all'attuazione delle situazioni giuridiche soggettive (in ossequio al 'combinato disposto' degli artt. 3 e 24 Cost.); assecondando un moto che ha parimenti ispirato il codice di rito civile, e così catalizzando l'attenzione dei rispettivi ambiti scientifici[98].
In particolare: alla luce del rilevato rapporto di complementarità fra interesse pubblico ed interesse legittimo nonché, del ruolo 'creativo' del giudice amministrativo in quanto (lungi dal ridursi all'attuazione logicistica della volontà concreta della legge, a partire da un'interpretazione "concettuale"), si concretizza nell'individuazione dei "valori di giustizia", creando il parametro al quale avrebbe dovuto conformarsi l'azione dei 'pubblici poteri'; può valutarsi, emancipandosi da certa 'precomprensione' riconducibile al risultato dell'azione amministrativa, la disciplina processuale relativa al contenzioso in materia di contratti pubblici.
Così: salvo quanto convenuto circa il configurarsi di una forma di giurisdizione oggettiva con riguardo all'art. 121 c.p.a. che consente la permanenza dell'efficacia del

[98] *Ex multis*, può rinviarsi a: A. PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, col. 205 s.; ID., *Note minime sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Dir. giur.*, 1978, p. 534 s.; ID., *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 536 s.; ID., *Ancora sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Dir. giur.*, 1980, p. 751 s.; L. MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di "tutela differenziata" nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 592 s.; C. VOCINO, *Intorno al nuovo verbo "tutela giurisdizionale differenziata"*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, II, 1, Milano, 1984, p. 763 s.; M. NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 3 s.

contratto benché ricorrano "gravi violazioni", una volta constatato che le istanze legate all'interesse generale la impongano (cfr. par. 1.); possono ricondursi alla menzionata strategia 'riflessiva', quale improntata ad una logica di tipo 'operazionale' mutuata quando si tratti di applicare principi antinomici (quali quelli dell'effettività della tutela e del risultato dell'azione dei pubblici poteri), le seguenti disposizioni del c.p.a.

Il primo riferimento cade sull'art. 120, comma 10, ove s'impone al giudice amministrativo di tener conto, nel decidere la domanda cautelare, dell'"interesse generale all'esecuzione del contratto"[99]; non per caso, l'A. dello scritto dal quale si muove riconosce che quella comparazione «non si differenzia sostanzialmente da quella che il giudice amministrativo compie nella generalità dei casi». Così che, in coerenza col 'gradiente' cui si presta la complementarità fra interesse pubblico ed interesse legittimo (venendo in rilievo la *ratio* di garantire la rapida conclusione delle procedure di gara e la stabilizzazione delle commesse pubbliche), si giustifica un arretramento della soglia di tutela di quest'ultimo (dell'interesse sostanziale sottesovi) in favore del primo[100].

Lungo la medesima falsariga andrebbe valutato l'art. 122 nel suo conferire al giudice amministrativo il potere di stabilire se dichiarare l'inefficacia del contratto per l'ipotesi di violazioni 'non gravi', quantunque sia illegittima l'aggiudicazione al punto da annullarla[101]. Prova ne sia, innanzitutto, che i riferimenti normativi ivi contenuti attengono a valutazioni che non esorbitano dalla vicenda contrattuale per cui è causa, per quanto si tratti di potere giudiziale reputato residuale, a fronte di una salvezza degli effetti altrimenti preconfigurata dal Legislatore (salve le determinazioni assunte dall'Amministrazione successivamente ed in conseguenza di

[99] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 552-553.

[100] *Ex multis*: T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 21 novembre 2025, n. 1061; Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2023, n. 9298 («La disciplina di cui agli artt. 119 e 120 c.p.a. ha carattere derogatorio rispetto alla disciplina processuale comune, e ciò implica, sul piano ermeneutico, l'utilizzo di parametri interpretativi che tengano conto della natura eccezionale delle disposizioni medesime e che precludano all'interprete l'utilizzo di canoni interpretativi estensivi e analogici, ma anche teleologici. L'attitudine delle norme oggetto di indagine a comprimere i diritti di difesa, riducendo i tempi per il loro valido esercizio, impedisce, infatti, di leggere la loro portata precettiva come estesa ad ambiti non direttamente segnati dal significato letterale delle espressioni lessicali utilizzate, così come preclude di ricavare, in esito a un'indagine che valorizzi la ratio della disposizione descrittiva, con valenza tassativa, delle controversie regolate dal rito speciale, effetti prescrittivi diversi da quelli direttamente riferibili al senso delle parole usate»); T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 16 ottobre 2023, n. 1453 («A salvaguardia dell'attendibilità delle offerte e della serietà della competizione, nonché dell'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, in caso di incertezza interpretativa, va preferita un'interpretazione delle clausole del bando nel senso che i mezzi e le dotazioni funzionali all'esecuzione del contratto, soprattutto quando valutabili ai fini dell'attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica, devono essere individuati già al momento della presentazione dell'offerta, con un impegno del concorrente ad acquisirne la disponibilità, a carattere vincolante ovvero compiutamente modulato dalla stazione appaltante quanto alla serietà ed alla modalità della sua assunzione o alle condizioni e ai termini di adempimento dell'obbligazione futura»).

[101] TAGLIANETTI, *Processo amministrativo e principio del risultato*, pp. 554-555.

quell'annullamento, a conferma della 'disponibilità' degli interessi in giuoco)[102].

[102] Cfr.: T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 12 settembre 2025, n. 2645; Cass. civ., sez. un., Ord. 9 agosto 2025, n. 22959 («Non integra eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo la pronuncia di inefficacia del contratto seguito ad aggiudicazione definitivamente annullata e di subentro del ricorrente nel rapporto contrattuale. Tali statuizioni sono istituzionalmente riservate al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm. e precluse all'autorità amministrativa, non potendosi configurare la violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa in pretesi errori di valutazione dei relativi presupposti»); Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2025, n. 2894; Cons. Stato, sez. V, 15 settembre 2022, n. 8011 («In generale va escluso che all'annullamento dell'aggiudicazione, in mancanza di espressa statuizione del giudice, possa conseguire la caducazione automatica del contratto; la decisione sulla sorte del contratto spetta, ai sensi degli artt. 121 e 122 del D.Lgs. n. 104/2010, al giudice che abbia annullato l'aggiudicazione; in mancanza della statuizione del giudice sulla sorte del contratto, malgrado l'annullamento giudiziale degli atti di gara e dell'aggiudicazione, il contratto rimane efficace, salve le determinazioni assunte dall'amministrazione successivamente ed in conseguenza di tale annullamento»); Cass. civ., sez. un., Ord. 28 luglio 2021, n. 21651; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 1° febbraio 2021, n. 234; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 12 agosto 2020, n. 1563 («L'art. 122 del D.Lgs. n. 104/2010 demanda al giudice la regolazione degli effetti dell'inefficacia del contratto, salvo che dall'annullamento dell'aggiudicazione derivi la ripetizione della gara; tuttavia, in base al combinato disposto degli artt. 34 e 122 del D.Lgs. n. 104/2010, deve ritenersi consentito al giudice, in caso di accoglimento del ricorso avverso l'aggiudicazione di un appalto, di regolare la decorrenza della inefficacia del contratto medio tempore stipulato, coordinandola con l'esito della ripetizione della gara, quando gli interessi dedotti in giudizio lo richiedano»); T.A.R. Friuli – Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 14 maggio 2020, n. 148 («In caso di accoglimento del ricorso avente ad oggetto l'aggiudicazione di una gara pubblica, deve essere dichiarata, se richiesta, anche l'inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicatario a decorrere dalla data di pubblicazione della sentenza di annullamento, disponendo con la medesima decorrenza, il subentro nel contratto del legittimo aggiudicatario; il giudice deve valutare la sussistenza delle condizioni che possano ostacolare il subentro nel rapporto, quali la durata del contratto e la parte di esso che deve essere ancora eseguita»); T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 7 febbraio 2020, n. 603. Che sia comunque un problema di sola ponderazione degli interessi in causa parrebbe indirettamente confermato da T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 22 aprile 2021, n. 372 («All'annullamento dell'aggiudicazione, in assenza di statuizione del giudice sul contratto d'appalto - situazione evidentemente differente da quella in cui il giudice amministrativo, pur richiesto dalla parte con domanda di declaratoria di inefficacia o di subentro, ritenga di mantener fermo il contratto soppesando espressamente le ragioni di cui all'art. 122 del D.Lgs. n. 104/2010 - non può seguire l'inerzia della stazione appaltante. La stazione appaltante, infatti, è tenuta a valutare se, alla luce delle ragioni che hanno determinato l'annullamento dell'aggiudicazione, permangano o meno le condizioni per la continuazione del rapporto contrattuale in essere con l'operatore economico (illegittimo) aggiudicatario, ovvero se non risponda maggiormente all'interesse pubblico, risolvere il contratto e indire una nuova procedura di gara»). Cfr. pure: Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 2021, n. 788 («Va escluso che all'annullamento dell'aggiudicazione, in mancanza di espressa statuizione del giudice, possa conseguire la caducazione automatica del contratto; la decisione sulla sorte del contratto spetta, ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., al giudice che abbia annullato l'aggiudicazione; in mancanza della statuizione del giudice sulla sorte del contratto, malgrado l'annullamento giudiziale degli atti di gara e dell'aggiudicazione, il contratto rimane efficace, salve le determinazioni assunte dall'amministrazione successivamente ed in conseguenza di tale annullamento»); Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2020, n. 2731 («In materia di gare pubbliche, all'annullamento dell'aggiudicazione, in assenza di statuizione sul contratto d'appalto, situazione evidentemente differente da quella in cui il giudice amministrativo, pur ritualmente richiesto dalla parte con domanda di declaratoria di inefficacia o di subentro, ritenga di mantener fermo il contratto soppesando espressamente le ragioni di cui all'art. 122 del D.Lgs. n. 50/2016, non può seguire l'inerzia della stazione appaltante; la stazione appaltante, infatti, è tenuta a valutare se, alla luce delle ragioni che hanno determinato l'annullamento dell'aggiudicazione, permangano o meno le condizioni per la continuazione del rapporto contrattuale in essere con l'operatore economico aggiudicatario, ovvero se non risponda maggiormente all'interesse pubblico, risolvere il contratto e ripetere la procedura di gara»).

Come anticipato, condividono l'impostazione del Taglianetti: Cons. Stato, sez. VII, 28 marzo 2022, n. 2246; 23 marzo 2022, n. 2140.

D'altro canto, lo stesso A.: pur ancorato ad una (ormai anacronistica) concezione di quel giudice quale "mero censore della legittimità dei provvedimenti"; riconosce che «il processo amministrativo diventa, di conseguenza, non più soltanto il mezzo per assicurare la protezione degli interessi legittimi, ma anche lo strumento per individuare e scegliere quale interesse (pubblico o privato) debba prevalere nel caso concreto; ossia lo strumento per la tutela dell'interesse pubblico concreto che l'amministrazione non ha potuto o saputo tutelare nel corso della sua azione». Ciò, non desterebbe alcuna riserva sol che si rendesse tale processo, in un'ottica epistemologicamente ed ermeneuticamente aggiornata, come funzionale alla tutela dell'interesse legittimo in quanto (di volta in volta) complementare alle istanze generali, facendo del giudice speciale un coartefice dell'interesse pubblico concreto.

6. *Prospettive di un riposizionamento dei termini di confine tra giurisdizione amministrativa di legittimità e merito amministrativo*.

In forza dei precedenti argomenti, si ritiene di aver giustificato la prospettiva di estensione di una giurisdizione di legittimità in relazione a profili, di costruzione dell'ordine degli interessi coinvolti, ascrivibili esclusivamente all'azione dei pubblici poteri solo in ragione di certe preclusioni ancora legate alla pregiudiziale di una 'riserva di amministrazione' sull'intero ambito delle 'valutazioni di opportunità' quali sindacabili nelle sole 'materie' di 'giurisdizione di merito'.

Peraltro, sulla falsariga del medesimo discorso di aggiornamento epistemologico ed ermeneutico, pare di poter compiere un passo ulteriore nel percorso di avanzamento della giurisdizione di legittimità sul terreno (del risultato dell'azione amministrativa, *rectius*) della (co)determinazione dell'interesse pubblico concreto e, così, della tutela dell'interesse legittimo. Ci si riferisce al più recente stadio della vicenda di parziale assorbimento del merito amministrativo nell'ambito di una discrezionalità "esternalizzata".

A tal fine, innanzitutto valga di muovere dalla tesi per cui: «*in un primo senso il "merito" è sinonimo di contenuto sostanziale del provvedimento e comprende insieme opportunità, valutazioni tecniche e qualificazioni giuridiche applicate, insomma indica tutta l'attività che va dal momento in cui si pone l'esigenza di provvedere sino al momento terminale; in un secondo senso, il "merito" coincide con la discrezionalità, ossia con il giudizio di ponderazione comparativa degli interessi coinvolti nell'azione dal punto di vista della esigenza della funzione. Ora è evidente che con la prima di queste osservazioni si ha riguardo al fatto indubbio che la giurisprudenza amministrativa - non solo da noi, ma anche in altri Paesi - ha gradualmente attratto entro il sindacato di legittimità tutta quella parte dell'attività di merito che era in qualche modo assoggettabile a regole e, quindi, oggettivamente verificabile; muovendo dal travisamento dei fatti si è così giunti a controllare la regola individuale sotto l'aspetto della completezza dell'informazione, della plausibilità delle previsioni e, in una parola, della coerenza logica della struttura assunta dalla decisione. Con*

ISSN 2036-7821

la seconda osservazione si precisa il significato della prima, qual'è cioè la parte del merito che deve ritenersi sottratta al sindacato di legittimità e, insieme, si sottolinea la riluttanza del giudice di unica istanza ad entrare in un campo - quello della discrezionalità amministrativa - che si ritiene vada, di regola, conservato alla competenza dell'amministrazione attiva»[103].

A fronte di tale impostazione, un ridimensionamento della "base soggettiva" della discrezionalità (nel significato "attualizzato" di valutazione comparativa a cura dell'amministrazione) si è venuto a determinare all'insegna di un processo di progressiva giurisdizionalizzazione dell'attività amministrativa. Dunque: emancipandosi dal valore "intrinseco" di un'amministrazione legittimata sulla base di un principio di "competenza"[104]; nell'ottica (garantista) della tutela in un contesto (potenziale o reale) di conflitto fra interessi (se del caso, da comporre avendo riguardo all'illegittimità dell'atto od alla correttezza-liceità del comportamento dell'amministrazione stessa[105]).

---

[103] A. PIRAS, *Invalidità c*) Diritto amministrativo, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 598 s., pp. 611-612. Cfr. pure A. AZZENA, *Spunti per una riflessione su: regole tecniche e merito amministrativo in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità*, in *Studi in ricordo di E. Capaccioli*, Milano, 1988, p. 599.

Significativamente così esordisce V. OTTAVIANO, *Merito* (diritto amministrativo), in *Nov.mo Dig. it.*, X, Torino, 1968, p. 575: «Il merito degli atti amministrativi consiste nel contenuto di quegli elementi dell'atto, da determinare discrezionalmente».

[104] A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 517 s., segn. p. 527 ricorda che il merito quale componente a base soggettiva del processo decisionale, amministrativo: «presupponeva …non solo e non tanto che il processo decisionale amministrativo fosse privo di regolamentazione giuridica, quanto soprattutto che esso fosse costruito su base soggettiva, e che in esso si esprimesse quindi il valore intrinseco di un'amministrazione legittimata sulla base di un principio di "competenza" (intesa in senso weberiano).

È la successiva eclissi di questo principio legittimante, e la sua tendenziale sostituzione ad opera di un principio di legittimazione di carattere oggettivo e procedimentale, a determinare quindi la corrispondente crisi della nozione di "merito"».

Cfr. pure G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.

[105] S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica* amministrazione, Torino, 2005, pp. 299-302: «L'obbligo di motivazione, da cui deve emergere con chiarezza la prevalenza dell'interesse pubblico all'adozione di un nuovo e diverso atto sull'affidamento del privato creato dal comportamento precedente, ha rappresentato a lungo l'unico strumento -inadeguato- di protezione, in quanto oggetto del sindacato giurisdizionale di legittimità; tuttavia, non si è rivelato in concreto esaustivo e, comunque, di fatto risulta assai difficile per il tramite della motivazione accertare la correttezza e la liceità del comportamento della pubblica amministrazione.

La valutazione del comportamento dell'amministrazione e dell'eventuale lesione dell'affidamento è, quindi, *prospettiva chiaramente diversa* dal sindacato sulla legittimità dell'atto amministrativo, in quanto la buona fede è regola generale di condotta corretta che avrebbe una *funzione integratrice* della disciplina legislativa dell'azione amministrativa e della discrezionalità, distinguendosi da essa anche in sede di sindacato giurisdizionale, poiché sarebbe in concreto *necessaria una valutazione obiettiva del rapporto e del comportamento*. Tale distinzione pare emergere più chiaramente in conseguenza dell'ammessa azione di risarcimento avanti al giudice amministrativo per danni derivanti da provvedimenti illegittimi e riguardo alla giurisdizione esclusiva, comprensiva del risarcimento del danno: il giudice amministrativo opera su due ambiti distinti e cioè sulla tradizionale legittimità del *provvedimento* e sulla responsabilità e, dunque, necessariamente sul *rapporto*, sul *comportamento* e sull'eventuale *scorrettezza* della pubblica amministrazione, lesiva di affidamenti privati.

Quindi, ormai non è più adeguata la soluzione tradizionale limitata a verificare la necessaria ponderazione dell'interesse pubblico e privato integrante l'affidamento, secondo principi logici di proporzionalità e di ragionevolezza, giustificando la preminenza dell'interesse pubblico in una congrua motivazione. In tal modo, alla

ISSN 2036-7821

L'avanzamento del processo di assunzione di un rilievo esterno alla struttura di competenza, da parte della discrezionalità (che non muta, quanto agli elementi di cui si sostanzia, a seconda della natura - legittimità/merito - cui convenzionalmente si riconduce il vizio[106]), ben risponde alla progressiva pubblicizzazione delle istanze della materialità ad opera di uno Stato sociale dall'esteso suffragio elettorale[107]. Al

---

fine risulta l'implicita coincidenza tra il principio di tutela dell'affidamento e la necessaria ponderazione degli interessi, che è regola fondamentale della discrezionalità con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale utilizza gli stessi parametri di valutazione, talora meramente formali, con riflessi negativi sull'effettività della tutela; inoltre, l'affidamento non verrebbe tutelato quando sia stato pregiudicato da una condotta scorretta, ma vi siano atti legittimi e la legge non preveda alcun indennizzo.

La tutela non può così tradursi solo nell'esercizio della discrezionalità, poiché a tal fine basterebbe considerare nella comparazione degli interessi l'affidamento privato, escludendo così una tutela diretta ed autonoma che richiede un sindacato sul rapporto e sul comportamento della pubblica amministrazione.

Si ricorda la posizione tradizionale …che aveva proposto l'obbligo di ponderazione degli interessi, pur affermando una discrezionalità condizionata da situazioni private consolidate sulla base di una precedente scelta amministrativa. In questa direzione la tutela dell'affidamento si realizza pur sempre indirettamente attraverso l'esercizio della discrezionalità amministrativa secondo principi di imparzialità e di adeguata motivazione; sarebbero di fatto escluse dalla tutela quelle posizioni private il cui pregiudizio non dipenda dalla suddetta "corretta" (che in sostanza significa legittima) ponderazione di interessi, bensì da un *comportamento scorretto* dell'amministrazione, ad esempio, consistente in un aggravamento immotivato del procedimento amministrativo.

In definitiva, la problematica dell'affidamento è stata in passato prevalentemente ricondotta all'ambito del *vizio di eccesso di potere* per violazione di principi generali (ad esempio, di imparzialità e di uguaglianza) da rispettare nell'esercizio del potere discrezionale in coerenza con il principio di legalità, o per il difetto o l'insufficienza della motivazione riguardo all'effettuata ponderazione di interessi, talora ravvisando la violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990.

Ad analoghe considerazioni è possibile giungere se si richiama la posizione …che definiva la buona fede e correttezza come principio costituzionale riconducibile all'imparzialità, con la conseguenza che il dovere di correttezza a tutela dell'affidamento comporta la comparazione degli interessi e la tendenziale conservazione delle posizioni acquisite al procedimento precedente per *esigenze di imparzialità e di giustizia sostanziale*.

Dunque, la dottrina più risalente che, con studi originali, ha affrontato la problematica, ha poi comunque ricondotto la lesione del legittimo affidamento ad un problema di legittimità del provvedimento, ma di certo coerentemente con il sindacato tradizionale del giudice amministrativo.

Quindi, un sindacato "indiretto" sul rapporto veniva esercitato da tempo sulla base di principi costituzionali e di alcune norme positive tramite "un'opera prudente della giurisprudenza che introduce nell'ambito dell'eccesso di potere alcune figure e principi riferibili non soltanto ai vizi dell'atto, ma anche al collegamento con la funzione, del cui esercizio esso costituisce espressione". Si è così manifestato un approfondimento del sindacato di legittimità con l'utilizzo di *canoni sostanziali di giudizio* che considerano le conseguenze socio-economiche della scelta amministrativa, in presenza di situazioni giuridiche soggettive consolidate e di *affidamenti dati dall'amministrazione* o per la gravità della compressione della sfera giuridica del destinatario dell'atto; questi criteri sostanziali attengono alla congruità e alla *ragionevolezza* complessiva della determinazione con carattere equitativo e finalità di integrazione dell'azione amministrativa».

Sulla riparazione del danno quale ripartizione, fra la collettività, del costo della realizzazione dell'interesse pubblico compromesso dal provvedimento illegittimo, F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 863 s., ove si conclude che, nell'ordine d'idee di una rivalutazione della buona fede in senso soggettivo, «il danno risarcibile è limitato alla perdita che sarebbe stata evitata se non si fosse riposta fiducia nella spettanza di quanto è stato a suo tempo attribuito con il provvedimento (danno da affidamento)». Cfr. pure F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

[106] E. FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, XIII, p. 335.

[107] V. OTTAVIANO, *Merito* (diritto amministrativo) …, p. 576: l'«art. 97 [Cost.] con il disporre che l'organizzazione amministrativa deve stabilirsi per legge in modo da assicurarne il buon andamento e l'imparzialità, supera la concezione [propria della forma statuale di tipo liberal-oligarchico] e dà piena attuazione in confronto

ISSN 2036-7821

contempo, però, tale vicenda risolve sommariamente ed equivocamente il problema "di contenuto" del merito amministrativo, segnando la crisi più profonda (perché apparentemente irreversibile) della sua parabola: dal momento che risulta tralasciato il profilo funzionale dell'area sottratta a quella sindacabilità.

In altri termini, ulteriore occasione di superamento di "precomprensioni" relative al merito amministrativo è data da una "rivisitazione" della discrezionalità nel momento in cui la dogmatica elabora il concetto di "funzione"[108]. Infatti, un qualunque processo decisionale, in quanto attività, solo se funzionalizzato può dotarsi di una rilevanza giuridica, unitaria ed autonoma: *id est*, non coincidente con quella dei singoli atti di cui (eventualmente) consta. Peraltro, tale, ineccepibile elaborazione ha inciso pesantemente su quella del "merito amministrativo": dato che, pur emancipandosi dalla logica di predeterminazione dell'interesse e dell'atto, con una pretesa "esclusivista" ne ha comportato quell'appiattimento al menzionato archetipo della "composizione" sul presupposto di un conflitto che non può esaurirne l'ambito funzionale più esteso, del controllo.

«*Eppure, nella breve storia dell'evoluzione dogmatica dell'istituto non mancavano le premesse per un suo uso molto più articolato, premesse fondate … su di un'attenta analisi della realtà amministrativa. In particolare l'aver desunto da tale realtà l'impossibilità di ricondurre ad unità il fenomeno, dati i diversi livelli di emersione dell'attività decisionale nel mondo del diritto, ha condotto a due precise prese di posizione sia in merito alla episodicità della funzionalizzazione - non esiste la "funzione amministrativa": vi sono solo "delle funzioni amministrative" - sia riguardo al fatto che "globalità (della rilevanza dell'attività) non significa interezza". Ha indotto inoltre, ma questa volta in termini problematici, a prospettare, fra le due ipotesi estreme dell'attività totalmente libera e dell'attività totalmente vincolata, una serie graduale di funzionalizzazioni qualitativamente diverse e quindi non necessariamente caratterizzate dalla discrezionalità.*

… sono proprio questi caratteri che rendono vitale l'istituto che altrimenti si ridurrebbe ad una diversa prospettazione del tradizionale concetto di potestà; e per un fine estremamente limitato quale è quello dell'inquadramento in schemi formali dell'interpretazione giurisprudenziale dell'eccesso di potere. Ma per valorizzarli è probabilmente necessario operare non soltanto su alcuni dei termini della sequenza logica indicata - e cioè sulla "discrezionalità" - ed ammettere che nessuno di essi sia veramente coessenziale all'istituto.

---

dell'amministrazione al principio democratico. Il rilievo che in tal modo viene ad assumere il merito è, d'altro canto, in relazione con i compiti di gran lunga aumentati che l'amministrazione svolge a favore dei cittadini. Le situazioni soggettive relative alle prestazioni che la prima è tenuta a fornire ai secondi, verrebbero a perdere di consistenza, in tutti i casi in cui il fornirle è legato a qualche elemento discrezionale, ove l'esercizio della discrezionalità fosse per definizione affare meramente interno dell'amministrazione».

[108] F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 1; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65 s.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 438 s.; F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969; CARNEVALE-VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, Padova, 1969; F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 301 s.

ISSN 2036-7821

Questo in tal modo viene ricondotto alla sua origine di attività giuridicamente rilevante e quindi, secondo lo schema tipico di ogni fatto giuridico, si riassume nella esistenza di una norma di qualificazione, caratterizzata da particolari contenuti adeguati all'oggetto da qualificare.

E questa estrema semplicità strutturale corrisponde appieno ai profili funzionali: si tratta infatti di uno strumento volto a restringere l'area dell'agire libero delle figure soggettive ed a rendere possibile che altri valutino se e come il processo decisionale abbia risposto alle aspettative, o a certe aspettative, inerenti al sistema di interessi su cui era destinato ad incidere ed eventualmente adottino le misure necessarie per la loro salvaguardia. La vicenda quindi si inquadra nello schema del controllo secondo l'unica possibile accezione generica del termine …; essa, perciò, ha come necessario presupposto logico e strutturale la predeterminazione di un parametro, poiché nel momento stesso in cui si impone il controllo occorre determinare a quali effetti e su quale oggetto esso debba svilupparsi; è nella regola, dunque, che ciascun controllo trova ad un tempo il proprio fondamento e la propria individualità»[109].

Proprio queste ultime connessioni possono tornare utili ai fini del superamento di certa precomprensione del giurista. Così:

- la scoperta, di una serie graduale di funzionalizzazioni qualitativamente diverse dell'attività, giova al superamento di una concezione del binomio "legittimità" – "merito" del tipo A/non-A (ossia "a terzo escluso"); dunque, in prospettiva, consente di ritagliare al merito amministrativo uno spazio identitario nell'ambito della discrezionalità;
- la riconduzione del processo decisionale allo schema del controllo, nel momento in cui un modello normativo di stampo consequenzialista esclude (quale necessario presupposto logico e strutturale) la predeterminazione di un parametro, dà l'abbrivio ad un criterio alternativo di valutazione, purché anch'esso oggettivante la bontà della scelta; tale può considerarsi quello (avanzato dal 'razionalismo critico') della logica operazionale (dei "costi/benefici").

Alla luce di quanto esposto: muovendo da un nucleo concettuale comune alla discrezionalità (sia tecnica che amministrativa) ed al merito, rappresentato

[109] G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 130 s., pp. 134-135: «La conclusione è tanto più vera nel caso del "controllo di attività" che …costituisce l'essenza della funzionalizzazione, poiché in questa ipotesi alla "regola" è assegnato un compito ad essa normalmente estraneo e cioè quello di operare la qualificazione primaria dell'oggetto del controllo. Non va infatti dimenticato che funzione significa indubbiamente "attività controllabile" ma significa prima di tutto "attività giuridicamente rilevante" e che quindi se a questa definizione si vuol dare un significato tecnico preciso si deve ammettere che nella specie la regola non può limitarsi ad identificare l'oggetto senza prendere posizione, come avviene di solito, sulla sua rilevanza giuridica, ma deve preliminarmente qualificare una realtà che fino a quel momento è rimasta estranea all'area del diritto. Tutto ciò in termini formali si traduce anzitutto nella necessità che la regola sia espressa da una norma dell'ordinamento statale cui compete in via esclusiva -dal punto di vista dello stesso ordinamento, naturalmente- tale funzione; ma significa ancora, come ovvio corollario, che il relativo sindacato deve essere di natura giurisdizionale».

ISSN 2036-7821

dall'opinabilità delle scelte che renderebbe configurabile una pluralità di decisioni astrattamente legittime; il carattere recessivo della cognizione di merito procede di pari passo col potenziamento (*rectius*, certo modo d'intenderlo) della cognizione del giudice amministrativo[110].

Se però il sindacato su di un provvedimento non è ancorabile a regole giuridiche (o comunque il vizio non è obiettivamente accertabile), non può tradursi in un giudizio in senso giurisdizionale; al più, ergendosi a controllo amministrativo. Pertanto, accade che:

- mentre la figura dell'eccesso di potere assurge a sintesi dei modi di sussumibilità della discrezionalità amministrativa nel giudizio di legittimità, dal punto di vista della garanzia (con particolare riguardo alla 'ragionevolezza' della comparazione degli interessi in giuoco e dei suoi esiti);
- il merito (e, con esso, la discrezionalità tecnica) resta relegato nella condizione di criterio istruttorio e di decisione (di percezione dell'utilità, della bontà del provvedimento rispetto alla condizione di fatto, con esclusione della compresenza d'interessi diversi ed opposti), ma non di giudizio[111].

In altri termini: ad un'identificazione del merito con una sfera riservata, espressione di un'idea di sovranità dell'amministrazione in rapporto con gli altri poteri dello Stato e con i cittadini; corrisponde l'insindacabilità, nei giudizi di legittimità, delle scelte così operate che, in quanto tali, sono legittime[112].

Rebus sic stantibus, venendo al secondo (e principale) dei due corni del problema di cui ci si è inteso occupare (il primo corrisponde a quel che tradizionalmente s'identifica coll'associare il merito all'opportunità: come tale, definente l''orizzonte di senso', senza però escludere significati più puntuali), se s'intende ampliare oltre i confini (tradizionali) della discrezionalità (della sua logica) l'ambito di rilevanza giuridica dell'attività amministrativa, secondo il nesso normazione-giurisdizione, imponendo a tale "inclusione" il *nomen juris* di "merito amministrativo", non sono adeguate le strategie al momento prospettate.

Non è tale, evidentemente, la previsione di "mezzi" atti a garantire il relativo controllo, quando la loro estrazione sia contenuta entro l'organizzazione amministrativa di competenza, benché gli effetti si ripercuotano sull'ordinamento generale.

---

[110] C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario* -a cura di V. Parisio-, Milano, 1998, p. 71.

[111] G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1861 s., segn. p. 1888 s.

[112] B. GILIBERTI *Il merito amministrativo*, Cedam, 2013, pp. 90-91. Cfr. pure, con particolare riguardo alla discrezionalità tecnica, R. LABRIOLA, *Discrezionalità tecnica e poteri del giudice amministrativo: discrezionalità tecnica, amministrativa e merito; ambito e limiti del sindacato del G.a.; CTU: consulenza percipiente e deducente; discrezionalità delle autorità indipendenti; discrezionalità negli appalti pubblici, nei concorsi e in materia urbanistica*, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 11, 20.

Parimenti, non giova di ricondurre il merito alla legittimità e, per essa, alla discrezionalità, avvalendosi dell'addentellato della ragionevolezza delle Leggi, onde garantirne comunque una sindacabilità cui non deve necessariamente corrispondere la possibilità di riforma[113]. Ciò, innanzitutto, dal momento che (di là dalle diverse accezioni) quel criterio si presta all'obiezione di "intuizionismo neo-giusliberistico", per non aver fornito una base cognitiva (o, comunque, una coerenza teorica), al sincretismo dominante, più solida rispetto agli sviluppi ermeneutici dell'arte topica: l'argomentazione suggellata dal principio di effettività (che, cioè, riceve pratica applicazione[114]) e, come tale, "giusta" senza la necessità di invocare apertamente il diritto naturale, o di un'etero-fondazione in quel *medium*, tra l'interprete e la giustizia, rappresentato dal sistema. Né pare aver sortito esiti confortanti l'esperimento di fornire, alla dottrina del "diritto vivente", un fondamento politico-positivo ("debole", per l'appunto)[115]. Infatti, dal momento che la struttura secondo "principi", con la quale si positivizzano certi contenuti, implica un'incorporazione del valore nel fatto (essere), il secondo reca con sé la pretesa normativa (dover essere). Pertanto, il diritto verrebbe sottratto, sul piano gestionale, al paradigma della *scientia iuris*, per essere inquadrato secondo quello della *iuris prudentia*. Così, se la legge, sotto le Costituzioni liberali, gerarchizzava i principi, la vigenza della giustizia (quale fonte concorrente), col sostituire alla "tirannia del valore" il pluralismo dei principi equiordinati, impedisce di comprendere il diritto come *scienza* della loro composizione, quest'ultimo presentandosi solo come *prudenza* del loro bilanciamento. Dunque, se la giustizia si manifesta attraverso il "caso" (il fatto), la giurisprudenza non può che essere il soggetto elettivamente deputato al bilanciamento (tra la *ratio*, di cui il "caso" sarebbe divenuto portatore, e la *voluntas* della legge mitigata dalla concorrente giustizia), attraverso una rediviva equità che avrebbe assunto le vesti della "ragionevolezza" (quale arte della composizione in vista della co-esistenza).

Ancora, non tornano utili pur interessanti spunti offerti dagli studi civilistici, specie a partire dalla logica di un generico 'abuso del diritto' declinata in chiave costituzionale (art. 2 come imponente l'adempimento dei doveri di solidarietà)[116]. Stavolta l'argomento è volto: sia a limitare la tutela del diritto soggettivo, nella misura in cui venga esercitato abusandone; sia a rendere suscettive di controllo (a certi effetti) situazioni soggettive, semplici, tradizionalmente concepite come "ad esercizio totalmente libero" (traducentisi in una facoltà piuttosto che in una

[113] Ampia trattazione si rinviene in GILIBERTI, *Il merito amministrativo …*, pp. 196 s., 281.

[114] Se ne rinviene un esempio in GILIBERTI, *Il merito amministrativo …*, p. 327.

[115] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *"Viatico" di metodo per un diritto amministrativo della modernità*, Cagliari, 2023, p. 37 s.

[116] GILIBERTI, *Il merito amministrativo …*, p. 213 s. Cfr. pure F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Esi, 1996, p. 57.

ISSN 2036-7821

potestà)[117].
Quegli spunti, infatti, restano esposti alla duplice critica:
di trovare giustificazione in disposizioni di principio e concetti-valvola (es., divieto di atti di godimento della proprietà volti al solo scopo di nuocere o recare molestia alla sfera giuridica altrui, proporzionalità dei mezzi, buona fede oggettiva - correttezza, etc., per cui si rinvia agli artt. 833, 844, 1175 cod. civ.) già offerti dall'ordinamento onde canalizzare le medesime istanze funzionali, una volta constatata la preclusione ad avvalersi in ambito civilistico di istituti (eccesso di potere ed interesse legittimo) mutuati dal diritto amministrativo;
nonché, d'incorrere parimenti in positivismo giuridico 'debole' quando si tratti di conciliare l'istanza fondamentale dell'uomo all'inviolabilità (divieto di arbitrio in suo danno) e quella di certezza del diritto declinata in termini di autonomia negoziale[118].
Per cui, andrebbe ribadita l'indifferenza dell'ordinamento quanto alla valutazione, di ragionevolezza-apprezzabilità, dei fini perseguiti dal soggetto entro i limiti della sua sfera di libertà; a meno che non si riscontri che quell'agire, pur nei limiti del lecito, sia diretto esclusivamente al pregiudizio altrui.
In altri termini, il menzionato dibattito: pur meritorio nel porre in guardia dalle derive dell'assunto di originarietà ontologica dell'amministrazione pubblica in uno Stato di diritto[119]; non pare in grado né di dimostrare inconfutabilmente che l'esistenza di una riserva di amministrazione sia smentita dal dato costituzionale (permanendo le menzionate obiezioni di positivismo giuridico 'debole'), né che (corrispondentemente) ne sia totale l'assorbimento da parte della legittimità e della discrezionalità[120]. Semmai, non mancano argomenti che depongono a favore di quella riserva: con particolare riguardo alla configurazione (operata dall'art. 97 Cost.) dell'amministrazione quale soggetto organizzato, come tale preposto alla cura adeguata del pubblico interesse; per cui le relative scelte, pur quando basate su nozioni aperte e di opinabile applicazione, godrebbero di autorevolezza e

[117] Sulle differenti implicazioni di gestione, quando si tratti di un interesse proprio od alieno: S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964; S. RODOTÀ, *Proprietà* (diritto vigente), in *Nov.mo Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 125 s.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, segn. p. 205 s.; L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

[118] Pur condividendo l'osservazione per cui "un diritto certo ma iniquo costituisce un'aberrazione almeno quanto un diritto strutturalmente incerto (o, meglio, esegeticamente complesso)" (GILIBERTI, *Il merito amministrativo …*, p. 236). Cfr. pure A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1995, pp. 49-50.

[119] G. BERTI, *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2018.

[120] Diversamente GILIBERTI, *Il merito amministrativo …*, rispett. pp. 289 e 291-292: «… il merito non sembra poter figurare come area riservata, ma solo qualificare l'azione amministrativa che sia uscita indenne da un controllo sui contenuti delle scelte, perché i pubblici poteri si sono dispiegati in conformità ai principi che tutelano l'individuo e nel perimetro delle procedure e dei significati possibili dell'intero tessuto normativo disponibile e da applicare.
Tutto ciò parrebbe attribuire al merito una funzione descrittiva, non giuridica e, tuttavia, trattandosi di nozione dal retaggio antico, che evoca disequilibri, tra amministrazione e cittadino, occorrerebbe riflettere sull'opportunità di mantenerla in uso, specie considerando che senza di essa il sistema parrebbe riuscire comunque a spiegarsi (grazie al binomio … discrezionalità-legittimità)».

ISSN 2036-7821

credibilità[121]. Al più, non ricorrendo valutazioni tipiche della discrezionalità pura (dunque, al solo cospetto di quella tecnica), una riserva in favore dell'amministrazione si porrebbe in contrasto col divieto di limitare la tutela del cittadino nei confronti dei pubblici poteri (ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost.)[122].

Di là dal convenire su tale conclusione, nondimeno il sistema deve assecondare massimamente il progressivo ridimensionamento dell'insindacabilità dell'agire amministrativo (affermazione del vincolo di motivazione sostanziale, ampliamento di poteri istruttori del giudice amministrativo quale quello di disporre consulenze tecniche, etc.). In quest'ottica, la menzionata dottrina si è peritata di contribuire ad una maggiore consapevolezza delle implicazioni, di certa "inclusione" del merito nella discrezionalità per via di 'irragionevolezza' e 'sproporzione', in punto di 'sostituibilità' del giudice all'amministrazione oltre il limite delle decisioni di tipo demolitorio[123]. Peraltro, sulla medesima falsariga di un progressivo delinearsi di

---

[121] D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, pp. 348 e 404.

[122] F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1066; nonché, ID., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, p. 115.

[123] Di tale obiettivo intende farsi carico GILIBERTI, *Il merito amministrativo …*, p. 294 s., a partire dalla questione della consumazione del potere discrezionale: una volta che nel giudizio se ne sia accertato l'illegittimo esercizio, ed a fronte di un'amministrazione recalcitrante quanto al conformarsi ai contenuti del giudicato alla medesima sfavorevole. L'a. prende le mosse dalle tesi per cui, a fronte di una decisione amministrativa tecnicamente opinabile, trova giustificazione non la sottrazione al sindacato del giudice, ma solo il divieto per quest'ultimo di sostituirsi all'amministrazione (cfr. anche F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II (Amministrazione e garanzie), Milano, 1987, p. 247 s., segn. p. 313 s. Quindi, dato conto dei diversi modelli di sindacato giurisdizionale (*ivi*, 308-309), si opina nel senso che: non solo il sindacato di legittimità può estendersi alla verifica diretta delle valutazioni tecniche dell'amministrazione (in quanto attinente al fatto), ma quando da quella emerga l'inattendibilità per qualunque ragione degli apprezzamenti amministrativi, il giudice può sostituire questi ultimi coi propri e dichiarare l'illegittimità dell'atto impugnato (*ivi*, pp. 310-311). Il limite (sulla scia di quanto statuito dalla Corte di Cassazione - sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312 -) sarebbe quello: di un sindacato intrinseco di tipo debole fondato sull'evidenza del vizio; o, comunque, del riscontro di almeno una 'voce d'illegittimità' (*ivi*, pp. 320 e 323); non invece attinente al fatto opinabile di cui il giudice può senz'altro conoscere (*ivi*, pp. 324-325). Dunque, la pienezza del sindacato attiene al profilo di cognizione e di accertamento dell'illegittimità; ma non può sfociare nella possibilità, per il giudice, di sostituire le valutazioni dell'amministrazione con proprie (*ivi*, pp. 325-326).

Su tali posizioni anche la giurisprudenza amministrativa in tema di riedizione del potere a seguito di giudicato: a partire da Cons. Stato, ad. plen., n. 2/2013 sulla quale ultimamente è tornato R. FUSCO, *Il sindacato giurisdizionale sulla riedizione del potere amministrativo a seguito del giudicato*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, p. 67 s., segn. pp. 90-91, ponendone in rilievo certa 'mitigazione' quanto alla preclusione del deducibile: «è minima, rimanendo sostanzialmente intatto … il potere dell'amministrazione di collocare i fatti oggetto di precedente valutazione in un quadro fattuale più ampio, di modificare la lettura giuridica degli stessi, di ponderare gli stessi in modo diverso sia nell'ambito proprio della discrezionalità amministrativa che di quella tecnica». Sul solco di tale tendenza giurisprudenziale s'inserirà la teoria dell''*one shot* temperato' (per cui l'amministrazione che abbia subito l'annullamento di un proprio atto può riesercitare il proprio potere una sola volta): quale punto di equilibrio tra le due opposte istanze, di garanzia d'inesauribilità del potere di amministrazione attiva, e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi.

Sulle due esigenze, 'fisiologicamente contrastanti', di effettività della tutela del soggetto che ha ottenuto un giudicato favorevole e che va protetto dal rischio di un'attività amministrativa reiteratamente negativa fondata su ragioni e valutazioni sempre nuove, e di aspettativa dell'amministrazione di esercitare la propria discrezionalità

quella amministrativa come giurisdizione piena (avuto riguardo alla disciplina introdotta col d.lgs. n. 80/1998, per certi versi antesignana di quella introdotta col vigente c.p.a.), altra dottrina ne ha enfatizzato il corrispondente connotato 'di merito', per via: della completezza del sindacato sul fatto, dell'effettività reintegratoria della tutela assicurata nonché, quando esclusiva, dell'estensione (indistinta) a tutte le situazioni giuridiche soggettive[124].

Col presente scritto, invece, ci si propone di ampliare quell'inclusione (e, con essa, la verifica di 'eccesso di potere giurisdizionale') in termini di sostituzione delle valutazioni (non solo degli apprezzamenti tecnici sul fatto) al cospetto di decisioni (benché opinabili) tutte 'ragionevoli', mediante una rielaborazione teoretica e dogmatica del menzionato nesso logico 'normazione-giurisdizione': avuto riguardo allo schema di regolazione qualificante che, a sua volta, non dev'essere necessariamente di tipo ipotetico-casuistico, potendo atteggiarsi secondo un criterio "consequenzialista"; segnatamente, sensibile al risultato ed alla sua "misura" (alla gestione) piuttosto che al garantire un assetto d'interessi prefigurato (ed una sanatoria del vizio)[125]. Di tal fatta, non limitandosi ad imporre (dovere giuridico), a tutti i soggetti che partecipano alla funzione amministrativa, di tener conto preventivamente (in ogni decisione ed in rapporto ad ogni comportamento) del possibile modificarsi della situazione esistente (onde realizzare con certezza gli obiettivi programmati)[126]. Altresì, inverandosi la tesi per cui l'"amministrazione di risultato", una volta introiettata dall'ordinamento giuridico, generale, di là dal contrapporsi ad un'"amministrazione per atti", si giustappone a quella "di interessi" (*rectius*, all'amministrazione che ha come obiettivo giuridico, ultimo, l'interesse,

in maniera autonoma (e tendenzialmente inesauribile) senza che vi sia una sostituzione da parte del giudice di là dai limiti normativamente previsti: R. FUSCO, *Il sindacato giurisdizionale sulla riedizione del potere amministrativo a seguito del giudicato*…, segn. p. 105.

[124] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, pp. 458-460 ove si conclude che, pertanto: la giurisdizione piena è sicuramente 'di merito', ma non 'di opportunità'; per quanto l'assenza di poteri sostitutivi non precluda, al giudice amministrativo, l'esercizio di discrezionalità (es., in sede di scelta delle modalità sia della reintegrazione del danno ingiusto *ex art.* 2058 c.c., sia dell'assunzione dei mezzi di prova più conformi al processo; quando si tratti d'individuare la misura cautelare più idonea; quanto alle prerogative esercitabili in sede di ottemperanza - *ivi*, p. 471 -).

[125] Tale profilo è stato abbozzato in CORAGGIO, *Merito amministrativo*…, pp. 135-141, non traducendosi (per ammissione dello stesso A.) in un'elaborazione compiuta di teoria generale.

[126] L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrativa (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 1 s., p. 16: «…il doveroso conseguimento dei risultati proietta le decisioni e i comportamenti amministrativi latamente intesi …nel futuro rispetto al momento in cui vengono assunti e fuori rispetto all'organizzazione e alle sedi decisionali, dando immediato e preventivo rilievo giuridico e sostanziale agli effetti materiali, alle conseguenze delle decisioni e dei comportamenti -e delle non decisioni e delle omissioni- sulle persone e sulle cose rientranti nel loro raggio d'azione, e spostando pertanto in avanti la soglia del giuridico, inglobando in esso il mondo dei fatti, dei fenomeni, delle vicende giuridiche reali.

Ciò conferisce a tutta l'attività amministrativa, nel suo insieme e nelle sue componenti, una spiccata dimensione finalistica e fa del risultato e della modificazione della realtà che ne consegue il suo scopo ultimo, attraendo nel processo decisionale le cose (esistenti e da realizzare), le attività e le persone coinvolte…».

ancorché concretizzato)[127]. Quest'ultima, per sua intrinseca natura: non costituendo l'obiettivo definitivo delle azioni umane (comprese quelle dei "pubblici poteri"); piuttosto, esprimendo la tensione verso l'obiettivo (propensione per qualcosa), "verso ciò in cui l'obiettivo si deve tradurre e si traduce nella realtà" (vale a dire il risultato che acquista così centralità)[128]. In questi termini le due questioni, di definizione degli interessi da perseguire e gestionale, finiscono con l'essere strettamente legate a quella di una adeguata interpretazione-applicazione di disposizioni normative orientate verso il futuro[129].

6.1. ***Approdo ad una nozione (epistemologicamente) aggiornata di discrezionalità amministrativa (come correlata all'operazione interpretativo-applicativa) …***

Quanto esposto sembra contribuire a delineare la discrezionalità "pura" della pubblica amministrazione (quale dotata di propria identità funzionale), ad esito di una serie progressiva di connessioni.

Innanzitutto, pare proficua l'indagine incentrata (più che sulla evanescente categoria del potere) sui "consolidamenti strutturali" in cui trova legittimazione la "logica – di comandi ed obbedienze – dell'autorità"[130].

---

[127] R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 172.

[128] L. IANNOTTA, *Merito…*, pp. 23-24 nonché, pp. 50-51: «La rilevata presenza del risultato, nella sua articolata composizione, in tutto il corso della funzione amministrativa, comprese le fasi preliminari, consente di affermare che il risultato, da elemento solo esterno all'ordinamento giuridico e successivo alle decisioni giuridiche, idoneo a verificare la razionalità, la giustizia e l'efficacia del sistema amministrativo (nell'insieme e nelle sue componenti) dal di fuori …è diventato elemento anche interno al diritto e alle decisioni giuridiche idoneo a realizzare tale verifica dall'interno dell'ordinamento e nel corso delle decisioni, ferme restando ovviamente le verifiche esterne e successive».

[129] CORAGGIO, *Merito amministrativo…*, p. 143.

GILIBERTI, *Il merito amministrativo …*, p. 101 s. ha ampiamente documentato la diffusione di certa consapevolezza (pur con diverse 'sfumature'), tra i 'formanti' nei quali si è estrinsecato il dato di esperienza giuridica in altri ordinamenti, con riguardo: sia alla riconducibilità, ad un *genus* comune, delle operazioni ermeneutica e discrezionale; sia all'erroneità del riferimento della discrezionalità ad uno schema normativo ipotetico-casuistico (*ivi*, p. 122). Il medesimo a. (*ivi*, p. 173) si è espresso nel senso che «risulterebbe artificiosa e foriera di duplicazioni quella descrizione della giurisprudenza comunitaria che separasse discrezionalità (pura, nel senso nazionale) e concetti indeterminati (discrezionalità tecnica, sempre secondo l'accezione nazionale)».

[130] A. ZANFARINO, *Potere* (in generale). *a) Filosofia del diritto*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 599 s., segn. pp. 607-609: «Una riflessione teorica sui problemi del potere può muovere dalla constatazione che il potere è prima di tutto una forma della esperienza esistenziale, nel senso che attraverso la sua potenzialità il soggetto può espandersi e influire sulla volontà degli altri soggetti e sulla realtà esterna. Senza questa potenzialità ideale e pratica la soggettività ripiegherebbe su sé stessa e non riuscirebbe ad esprimere le sue consapevolezze critiche e le sue capacità creative.

Il potere dell'individuo si connette dunque all'affermazione stessa delle sue libertà e dei suoi diritti e qualifica la sua attitudine a non assoggettarsi all'integrale condizionamento da parte di volontà e di forze esterne.

...Il problema del potere non si può però porre soltanto in termini di riconoscimento della potenzialità espansiva dei soggetti e di ricerca delle condizioni etiche o anche empiriche e pragmatiche che consentono di adattare l'idea del limite alle esigenze della coesistenza.

La realtà del potere emana dalle attività del soggetto, ma non si esaurisce nella semplice dinamica dei poteri individuali, come ritengono invece le teorie anarchiche, che tendono a scomporre le concentrazioni istituzionali e strutturali del potere per reinterpretare la realtà sociale in termini di relazioni intersoggettive che si presumono

Seguitando lungo il percorso di connessioni, la discrezionalità "pura" (come modalità di quel generale processo decisionale) si contraddistingue per via delle implicazioni dello schema normativo che ne risulta "a monte".

Segnatamente, ci si riferisce alla circostanza per cui il complesso di variegate operazioni (di comprensione-applicazione coinvolgente non solo il diritto ma anche il fatto[131]) antecedenti alla scelta (dal contenuto – ad un tempo – valoriale e logico), essendovi sottesa una disposizione normativa strutturata secondo lo schema (non ipotetico-casuistico, bensì) consequenzialista, implica (piuttosto che l'osservanza di regole della prassi o mutuate da "precedenti" giudiziali o da ulteriori ambiti disciplinari) un "bilanciamento fra interessi" (vincolante sia per chi lo formula che per i destinatari)[132].

Salvo aggiungere che tale operazione, in ambito amministrativo:

- oltre che tendere ad un progressivo arretramento, nella misura in cui vengano

---

capaci di equilibri e di reciproche garanzie. Il problema del potere non si risolve con il semplice contemperamento delle potenzialità creative ed espansive dei soggetti perché questa riduzione della realtà sociale a dinamica di relazioni intersoggettive disconoscerebbe la realtà di dimensioni strutturali più complesse e non riuscirebbe a garantire alla coesistenza condizioni adeguate a contrastare i rischi di dissoluzioni e di reciproche espropriazioni.

Il potere si forma e si esprime anche nei consolidamenti strutturali i quali risultano da combinazioni e mediazioni di varia natura, esistenziale e collettiva, ideale e materiale, qualitativa e quantitativa, che creano nella realtà sociale delle forze collettive superiori alla somma delle singole parti e capaci perciò di esercitare su di esse un ascendente ideale e un condizionamento pratico. Tali forze collettive si affermano come potere sia di coesione e di integrazione, sia di equilibrio e di distribuzione, sia di orientamento e di direzione.

...Il potere si esprime ...all'interno di più complesse situazioni esistenziali e sociali, ed ogni tendenza verso l'accentramento trova le sue reazioni in sollecitazioni che rafforzano in molteplici direzioni i valori della libertà, della differenziazione e del controllo. La logica del potere non può svolgersi solo come consolidamento di principi autoritari o come sistema meccanico di comandi e di obbedienze, perché oltre certi punti critici la coscienza della contraddizione le impedisce di considerare la realtà esterna come subordinata e strumentale.

Questa contraddittorietà del potere spiega la possibilità delle sue divisioni e spiega anche come alle tensioni per il potere si oppongano i valori e i simboli che affermano nella esperienza sociale una logica diversa qualitativamente dalla logica dell'autorità».

Sulla qualificazione del potere amministrativo in termini non meramente soggettivi, C. MARZUOLI, *Tutela e unità della giurisdizione. Autonomia e indipendenza*, in *Atti del VI Convegno nazionale della S.I.S.Di.C.*, Napoli, 2012, p. 355 s.

[131] Salvo quanto si riferirà a proposito del 'circolo ermeneutico' (alla fine del pres. par.) e della discrezionalità amministrativa (par. 12), anche il fatto entra nell'azione amministrativa non come 'cognizione' (se non in quanto *fictio*), ma come 'giudizio' sul medesimo. Ciò, al pari di quanto accade nella sede giudiziale ove: come l'autorità giudicante non constata il senso della legge, ma lo costruisce; del pari, non dà ingresso al fatto (storico come tale) se non attraverso un correlato giudizio (in definitiva, una scelta).

Preziosi spunti di riflessione vengono offerti da A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013. Cfr. pure I. PAGNI, *L'accertamento del fatto nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, p. 271 s., segn. p. 277.

[132] A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di "merito", in Dir. amm.*, 2008, p. 517 s., segn. p. 527. Osserva A. PIRAS, *Invalidità* (dir amm.), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 598 s., segn. pp. 610-612 che al termine "merito" possono associarsi almeno due significati (oltre ad un terzo in sede di processo amministrativo): «In un primo senso ... è sinonimo di contenuto sostanziale del provvedimento e comprende insieme opportunità, valutazioni tecniche e qualificazioni giuridiche applicate, insomma indica tutta l'attività che va dal momento in cui si pone l'esigenza di provvedere sino al momento terminale; in un secondo senso, ...coincide con la discrezionalità ...». Cfr. pure E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 293 s., segn. p. 321 s.

ISSN 2036-7821

affinati i criteri tecnico-scientifici ed i "protocolli" applicativi[133];

[133] Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624 così si esprime in punto di sindacabilità: «In caso di esercizio di discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, quando difettano parametri normativi a priori che possano fungere da premessa del ragionamento sillogistico, il giudice non "deduce" ma "valuta" se la decisione pubblica rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto. È ben possibile per l'interessato - oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedimentali strumentali alla tutela della propria posizione giuridica e gli indici di eccesso di potere - contestare ab intrinseco il nucleo dell'apprezzamento complesso, ma in tal caso egli ha l'onere di metterne seriamente in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica. Se questo onere non viene assolto e si fronteggiano soltanto opinioni divergenti, tutte parimenti plausibili, il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall'organo istituzionalmente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisione collettive, rispetto alla prospettazione individuale dell'interessato».

Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2016 n. 1196, in *Foro amm.*, 2016, pp. 629-630 offre il seguente quadro definitorio delle scelte discrezionali: «...possono corrispondere alla cosidetta discrezionalità amministrativa, ove si tratti di individuare la linea operativa più opportuna nel caso concreto, per il soddisfacimento dell'interesse pubblico (adeguatamente bilanciato con ogni altro interesse rilevante), ovvero a discrezionalità tecnica, quando l'esercizio del potere richieda non una valutazione di opportunità, ma l'esatta considerazione di un fatto secondo i parametri di determinate scienze o tecniche; in altri casi, infine, la discrezionalità può avere carattere misto, come nel caso dell'individuazione dei criteri selettivi in un pubblico concorso, trattandosi in tal caso di scegliere criteri idonei, affinché gli organi competenti possano individuare i profili ritenuti ottimali, per la copertura del posto da assegnare. Il controllo del giudice, in presenza di apprezzamenti tecnicamente verificabili, può incidere su valutazioni che si pongano al di fuori dell'ambito di esattezza o attendibilità, quando non appaiano rispettati parametri tecnici di univoca lettura, ovvero orientamenti già oggetto di giurisprudenza consolidata, o di dottrina dominante in materia; in situazioni corrispondenti alla prima ed alla terza tipologia di valutazione discrezionale, invece, il vizio funzionale può emergere solo sotto il profilo dell'arbitrarietà, quando la ragione delle scelte amministrative compiute non appaia logica e verificabile, di modo che sia impossibile valutare l'effettiva rispondenza della scelta stessa all'interesse pubblico, perseguito dalla norma attributiva del potere». Sulle persistenti difficoltà ad enucleare, da parte della giurisprudenza, una univoca nozione "in positivo" di discrezionalità tecnica, cfr. pure T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 2 maggio 2019, n. 980, in *Foro amm.*, 2019, pp. 850-851.

Un inquadramento conciso quanto lineare del progressivo avvicendamento, a scelte propriamente discrezionali, di scelte basate su regole delle tecniche, scientifiche od applicate che si esprimono in giudizi tecnici, si rinviene in 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, p. 19, segn. pp. 28-30, per cui: sotto «quella che continua ad essere chiamata discrezionalità tecnica, con una espressione peraltro ormai quasi ripudiata sul piano teorico ... si accomunano attività non omogenee tra loro, quali gli accertamenti tecnici e le valutazioni tecniche, a tacere di altre più variegate puntualizzazioni. [Mentre i primi sono] ricondotti ad "elementi fissi" della fattispecie normativa ... le cd. valutazioni tecniche ... più si avvicinano a quelle puramente discrezionali. La differenza in teoria sussiste: la discrezionalità c.d. pura ... è lo spazio lasciato alla scelta in vista di un interesse pubblico, laddove la discrezionalità tecnica, se si tratta di valutazioni, concerne elementi imprecisi che tuttavia non involgono la considerazione di interessi pubblici». Cfr. pure: D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; N. DANIELE, *Discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, Milano, 1967, III, p. 293; PIRAS, *Discrezionalità amministrativa...*, p. 87 s.; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, p. 95; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.* 1910, IV, 10.

Prendendo spunto dai cc.dd. "diritti sociali" da soddisfarsi mediante le prestazioni dei "pubblici servizi", D. SORACE, *Notazioni in tema di posizioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1988, p. 3914 s., segn. pp. 3917-3918, così osserva: «…mentre alcuni poteri sono strumenti di una vera e propria discrezionalità amministrativa della pubblica amministrazione, da intendersi come una discrezionalità mediante la quale si stabilisce quale tra più interessi in concorrenza nell'aspirazione a realizzarsi verrà

- si traduce in una maggior limitazione della libertà nel forgiare lo strumento *ad hoc*, derivante da un profilo di funzionalizzazione consistente nel sotteso perseguimento dell'interesse pubblico (concreto) che esige una legittimazione (più che "per competenza") "oggettivante".

L'utilità di una concezione della discrezionalità amministrativa su base epistemologica pare (quantomeno) triplice.

Per un verso, supera certa inconcludente cristallizzazione del dibattito tradizionale improntata sull'antitesi con la categoria della vincolatività, poiché comune ed unificante risulta il meccanismo di funzionamento rappresentato dal "circolo ermeneutico"; sì da concludere che, a seconda dell'accezione annessa al termine "interpretazione", l'azione amministrativa è sempre vincolata o sempre discrezionale[134].

Per altro verso, quella concezione può assecondare (un modo d'intendere i termini di confine del riesercizio del potere, correlato ad) un sindacato giudiziale: non più limitato (secondo una costante giurisprudenza) entro i confini dell'esatta valutazione del fatto nonché, della coerenza dell'*iter* logico, avuto riguardo alla correttezza-attendibilità dei parametri procedurali adottati[135]; ma esteso (conformemente al principio di effettività della tutela) alla bontà dei risultati (conseguiti o da

soddisfatto, altri poteri, invece, sono strumenti di una discrezionalità diversa in quanto consistente nella possibilità non di scegliere quali interessi privati siano da realizzare ma soltanto quali sono gli strumenti mediante i quali soddisfare certi interessi, essendo la loro soddisfazione già stata decisa previamente ed eteronomamente rispetto all'amministrazione».

Si è soliti qualificare l'azione amministrativa (in quanto teleologicamente orientata) come discrezionale in senso stretto quando il margine di "libertà limitata" sia governato dal solo canone di ragione, onde distinguerla da quella tale in senso tecnico come caratterizzata dall'ausilio di regole extragiuridiche. Salvo puntualizzare che, sulla base di ulteriore accezione, la discrezionalità tecnica andrebbe riferita non alla fase decisoria bensì a quella di rappresentazione della realtà, ogniqualvolta le regole extragiuridiche non consentano di effettuarla con risultati certi; correlativamente, potendo altresì enuclearsi una discrezionalità cd. mista, in corrispondenza della quale l'azione amministrativa si contraddistinguerebbe per una combinazione di discrezionalità tecnica (nella prima fase) e di discrezionalità amministrativa (nella seconda). Così A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 591 s.

[134] La dicotomia vincolatività/discrezionalità presuppone categorie da (così) qualificare (atto, attività, potere) che storicamente sono state espressione di una parziale rappresentazione del problema (del rapporto) amministrativo:

- dal punto di vista dell'amministrazione ed in funzione di esigenze di razionalizzazione dell'operato della struttura amministrativa nel rispetto del principio di riparto;

- non dal punto di vista del cittadino e della sua tutela (come invece inteso sia prima della "svolta orlandiana", sia negli ultimi anni specie per via di diversi interventi riformatori di rafforzamento del sistema di giustizia amministrativa).

Cfr. E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503.

[135] «Il giudice non può sostituire all'apprezzamento dell'amministrazione il proprio soggettivo apprezzamento, ma non può esimersi dal valutare l'eventuale erroneità dell'apprezzamento dell'amministrazione stessa, ove tale erroneità sia valutabile e in concreto rappresentata. Il giudice amministrativo, quindi, deve censurare la valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di esattezza o attendibilità, quando non appaiano rispettati parametri tecnici di univoca lettura, ovvero orientamenti già oggetto di giurisprudenza consolidata, o di dottrina dominante in materia» (Cons. Stato, sez. VI, 9 luglio 2013, n. 3611, in *Foro amm.*, 2013, pp. 2136-2137).

raggiungere), complici i maggiori poteri istruttori[136].

Infine (sempre nell'ottica dell'emanciparsi da un ulteriore ordine di precomprensioni), quanto testé esposto pare altresì utile onde smentire il mero "ripiego" verso una rediviva associazione dell'attributo discrezionale alla sola attività/azione (nel senso benvenutiano del termine[137]), non anche agli atti: onde "aprire" a favore di un controllo esteso al rapporto funzionalizzato (in questi termini, "di merito") fra i portatori degli interessi (pubblici e privati) in giuoco, quale retto da uno "statuto" sensibile agli esiti concreti. Per cui il "risultato", da criterio di valutazione di un'attività gestionale (in termini di efficacia, economicità ed efficienza) che presuppone (quantomeno) la "determinazione degli obiettivi"[138], potrà assurgere a parametro del sindacato del giudice amministrativo (in termini di rispondenza all'interesse pubblico, concreto) e del correlato giudizio sulla legittimità (o meno) di un atto amministrativo (in senso formale) nel quale l'esito si compendia[139].

---

[136] Cfr.: A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it*., 1997, V, col. 168; Id., *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo* (a cura di M. A. Sandulli -convegno svoltosi presso l'università Bocconi di Milano, su iniziativa della rivista *Foro amm*., il 25 maggio 2005), suppl. a *Foro amm*., n. 6/2005, p. 17; F.G. SCOCA, *Mezzi di prova*, in A Quaranta e V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.Lgs. 104/2010*, Milano, 2011, p. 537.

[137] F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana (linee positive e prospettive)*, Padova, 1996, p. 177, ove, nel classificare l'attività in relazione agli scopi particolari che con essa si perseguono, si preferisce ricorrere all'espressione "azione amministrativa"; ID., *Appunti di diritto amministrativo – pt. gen.* –, Padova, 1955.

[138] F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.* - Aggiorn., VI, Milano, 2002, p. 75 s., segn. p. 100, a proposito dell'introduzione di un parametro valutativo dell'attività amministrativa direttamente connesso ai risultati che con essa vengono conseguiti, così si esprime: «valutazione profondamente diversa da quella di opportunità, sia per l'oggetto (necessariamente riferibile all'attività e non ai singoli atti) sia soprattutto per il parametro. Mentre, infatti, la considerazione dell'interesse pubblico (o, in generale, della opportunità degli atti) è apprezzabile in modo fortemente soggettivo, e comunque la valutazione attiene al rapporto tra l'attività, intesa come mezzo, rispetto al fine che essa si propone di raggiungere, la nuova impostazione è ben più concreta dato che la valutazione è tutt'altro che confinata sul piano teleologico, e prende in considerazione il rapporto tra gli obiettivi programmati (o prefissati) e i risultati ottenuti. Il parametro è quello della efficacia e della economicità dell'attività e può estendersi fino alla valutazione della efficienza dell'apparato organizzativo: parametro, quindi, di carattere sostanziale, attinente più ai fatti che non alle norme, e che presuppone la preventiva determinazione degli obiettivi e la previsione dei mezzi per raggiungerli.

La valutazione di risultato non confligge peraltro con la valutazione di legittimità: si tratta di due modi distinti e concorrenti, anzi in qualche modo intrecciati, di valutazione dell'attività amministrativa».

[139] Secondo quanto preconizzato già in F. LEVI, *Legittimità* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 135 s., segn. p. 136. Cfr. pure F. BENVENUTI, *Inefficienza e caducazione degli atti amministrativi*, in *Giur. compl. Cass.*, 1950, p. 914.

In particolare, è nel superamento della barriera del sindacato giudiziale sul processo decisionale, per giungere a valutare il contenuto della determinazione amministrativa nel suo risultato economico-sociale, «lo snodo significativo nell'evoluzione del sindacato sull'eccesso di potere. Quello snodo che ha consentito ed ha addirittura necessitato lo spostamento del baricentro di tutta la teoria della validità dei provvedimenti amministrativi dalla teoria della legittimità (formale) alla teorica del risultato.

È accaduto, infatti, che il sindacato giurisdizionale sul corretto uso del potere e sulla ragionevolezza della decisione amministrativa si costruisca tutto sull'apprezzamento giudiziale di tale decisione in relazione alla consistenza ovvero al peso delle situazioni di fatto e di diritto (o interesse) che il giudice medesimo ritenga meritevoli di tutela. Si tratta in breve di un giudizio di congruenza o di proporzionalità fra ciò che

l'Amministrazione pubblica ha deciso e la realtà su cui tale decisione ha inciso. Il sindacato di legittimità diventa, in altri termini, una "misura di giustizia in senso distributivo nei rapporti intersoggettivi" o anche di verifica dell'adeguatezza dell'azione amministrativa rispetto all'interesse pubblico concreto al cui perseguimento essa è vincolata.

In questo modo si è introdotto un doppio (e diverso) criterio di validità dei provvedimenti amministrativi che corrisponde, in sostanza, alla duplicità dei parametri che ormai caratterizzano il giudizio di legittimità. Accanto al criterio di validità tradizionale e (a legislazione vigente) irrinunciabile, della conformità/difformità di un atto rispetto alla norma di diritto obiettivo, criterio alla cui rilevazione sono deputati i vizi di legittimità di più remota origine (la violazione di legge e l'incompetenza), si affianca il criterio di validità fondato sulla adeguatezza/inadeguatezza di un atto (o di una serie di atti) rispetto alla funzione pubblica o anche …sulla devianza dal fine pubblico che la legge o il complessivo ordinamento pone all'amministrazione nell'esercizio di un potere dato, criterio di validità la cui rilevazione è rimessa al vizio di eccesso di potere.

Il diverso tipo di sindacato giurisdizionale, in relazione ai diversi vizi dedotti dalle parti ricorrenti, viene quindi ad influire in modo decisivo sulla individuazione e sulla medesima consistenza degli stati invalidanti. Da un lato, infatti, abbiamo l'illegittimità di un provvedimento che si fa derivare da un giudizio di difformità molto rigido, ancorato al parametro normativo, alla minuta prescrizione legislativa; dall'altro, viceversa, si ha l'illegittimità che origina dalla devianza dal fine, criterio di validità che …lascia al giudice amministrativo un margine di giudizio molto più ampio grazie all'elasticità del parametro assunto per valutare la legittimità sostanziale del provvedimento o dell'atto impugnato.

Ed è da questa sostanziale diversità dei criteri di validità che nasce il concetto di vizi c.d. di forma e di vizi di sostanza del provvedimento amministrativo e nasce, soprattutto, una sorta di disagio da parte dei giudici amministrativi nel continuare a ritenere ammissibile la coesistenza di criteri di validità così disomogenei tra loro» (POLICE, *L'illegittimità…*, pp. 757-759 s.).

Sulla circostanza storica per cui solo con l'introduzione del principio dell'atto formale l'azione materiale ha fatto seguito all'emanazione di atti: man mano concorrendo a smarrire il senso reale del fenomeno e dando l'impressione che detta azione sia secondaria (meramente esecutiva) rispetto all'atto stesso: E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1980, pp. 275-277.

Sull'"interpretazione sostanzialista" del principio di legalità, per cui, in presenza di vizi del procedimento, si potrà ravvisare un'illegittimità solo nel caso in cui l'interesse pubblico non sia stato adeguatamente curato, cfr.: V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 617 s., segn. p. 618; V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in *Giust. amm.*, 2002, p. 245 s.; F. LUCIANI, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2001, p. 1248 s.; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo: le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Bari, 2002, p. 151.

Sulla nuova accezione di legalità e la conseguente difficoltà a ricondurre il principio ad unità: L. IANNOTTA, *Principio di legalità ed amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti* (atti del convegno di Macerata, 21-22 maggio 1999), a cura di C. Pinelli, Milano, 2000, p. 37 s.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, p. 743; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrativa (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 1 s.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 63 s.; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 91.

Circa il progressivo ingresso dei criteri dell'efficienza e del risultato nel sindacato del giudice amministrativo: P. CARNEVALE, *L'esame asettico delle pronunce giurisdizionali per il miglioramento produttivo e una maggiore efficienza della pubblica amministrazione*, in *T.A.R.*, 1999, II, p. 385; RI. CHIEPPA, *Giustizia amministrativa, efficienza e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1996, p. 2500.

Cfr. pure: A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 635 s., segn. p. 695 s., laddove il solco è ancora quello tracciato da A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, pp. 369 s., 370 s. (ove si ravvisa, nel principio di opportunità, «una misura dell'azione rispetto al suo risultato»; altresì rilevando «l'incidenza delle così dette regole di buona amministrazione non sulla scelta stessa dell'azione … dominata piuttosto dall'arte politica e dall'intuito, dall'avvedutezza del funzionario, bensì sul suo contenuto, nel senso della sua più appropriata adeguatezza al risultato»); M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939 (che attrae il risultato, se non sul piano della legittimità, in un ambito ad essa

Oltretutto, lungo il versante della separazione delle attribuzioni fra poteri dello Stato, da quanto testé perorato pare trarre beneficio la questione dell'"eccesso di potere giurisdizionale" (con specifico riguardo all'indebita invasione mediante esercizio di una *potestas decidendi* asseritamente riservata alla pubblica amministrazione – anziché ad altri giudici od al Legislatore –)[140].

6.2. *… e di merito amministrativo. Implicazioni concettuali.*

Il programma di (ri-)dislocazione del diritto sul versante della tecnica, sì da rappresentarlo come mezzo di risoluzione delle questioni poste dal dato di esperienza, comporta l'eventualità che quest'ultimo imponga di rilevare una pluralità di punti di vista secondo i quali l''oggetto' può essere considerato. Pertanto, la "strategia di trasposizione del problema" deve attuarsi secondo il paradigma del 'tipo normativo', avvalendosi di "concetti-funzione" cui, nella logica del sistema, corrispondono differenze istituite al proprio interno, per assumere le informazioni sul contesto necessarie a trattarne la complessità, in guisa da rimarcarle e metterle così in grado di veicolarle in una situazione di accresciuta complessità. Il tutto, a sua volta, da valutarsi sempre col metro dell'azione, tenendo conto che ogni valore giuridico attiene al comportamento umano, dunque è un valore di azione.

Ciò può riproporsi anche con riguardo al merito amministrativo, dal momento che:

- se vi viene associato un determinato significato (per quanto opinabile sul piano dell'attuale sistematica giuridica) dal quale risulta convenzionalmente "strutturato"; ma che, per via d'incrostazioni ideologiche, è sostanzialmente eluso dal formante giurisprudenziale;
- il dato di esperienza in punto di discrezionalità, come dogmaticamente filtrato (per via di 'confinazioni' e condizioni 'organizzazionali' d'interrelazione), consente di associarvi (quantomeno) un significato ulteriore, che può prestarsi ad una correlata estensione del sindacato giudiziale.

Salvo osservare che quest'ultimo significato, in quanto orbitante attorno al concetto di discrezionalità, presuppone di configurare l'interesse pubblico:

---

molto prossimo, individuando lo scopo giuridico di un atto esclusivamente nella "modificazione giuridica del mondo esteriore"); A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1993, II, p. 1117 s., segn. pp. 1123 e 1132; G. CORSO, *Validità* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 91 s.; A. POLICE, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 229 s., segn. p. 250 s.; L. TORCHIA, *Procedimento e processo dopo la legge n. 241 del 1990: tendenze e problemi*, in *Mondo econ.*, suppl. al n. 9/1993, p. 38; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, p. 164 s.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 107 s., segn. p. 115; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, relazione in *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione* (convegno AIPDA, tenutosi in Roma il 22 marzo 2002), pubbl. in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 127; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio (formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile)*, Torino, 2006, pp. 405-406.

[140] Per un recente inquadramento della questione (sia pur con riferimento all'eventualità che il giudice amministrativo invada la sfera di attribuzione del Legislatore): T. COCCHI, *L'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera legislativa. Ancora un'ipotesi meramente teorica?*, in *Foro amm.*, 2020, p. 169 s.

- non come appartenente (in via esclusiva) all'amministrazione bensì, nella dinamica della sua determinazione concreta e quindi nella confluenza dei vari interessi che vi sono coinvolti, compresi quelli degli amministrati emancipati da una concezione formalistica dell'eccesso di potere;
- secondo quanto suffragato dalle logiche dei meccanismi decisionali (interpretativo-applicativi) e del "circolo ermeneutico"[141].

Da qui, l'esigenza di cogliere un profilo 'identitario' del merito amministrativo nel contesto della discrezionalità che ne eviti l'integrale assorbimento pur in un contesto comune di potere-autorità 'oggettivato' ed in grado di assicurare l''adesione delle menti'.

In quest'ottica, torna utile di ribadire la duplice tesi per cui:
- premesso che attualmente il cosiddetto vizio di merito, altro non è se non la violazione di quei principi di economicità e di efficienza che ormai costituiscono basi costituzionali dell'agire amministrativo, "positivizzati" nella legge generale sul procedimento e sull'attività amministrativi;

così che ci si troverebbe dinanzi ad "una categoria specifica di vizi di legittimità";
- fra legittimità e merito, almeno per quanto riguarda le forme di eccesso di potere per 'irrazionalità', non sussiste differenza di sostanza, ma solo in ordine al modo di rilevare il vizio dell'una (in via astratta) e dell'altro (in concreto).

Salvo fornire argomenti per cogliere, proprio sul piano sostanziale, un rapporto di *species* a *genus* fra merito e discrezionalità.

Da qui, l'enucleazione di almeno due accezioni di merito amministrativo, contraddistinte dall'estrinsecarsi in altrettante "confinazioni" riconducibili al principio di buon andamento ovvero (trascorrendo dal momento dell'organizzazione

[141] Osserva I. PAGNI, *L'accertamento del fatto nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, p. 271 s., segn. pp. 278-279: «Nel diritto amministrativo … i fatti non possono essere intesi nella dimensione statica di accadimento storico, ma si pongono in stretto rapporto con l'interesse pubblico concreto, al punto da divenirne componenti strutturali: quel che risulta dal procedimento è frutto della concreta dipendenza del valore degli interessi dall'individuazione e qualificazione dei fatti; le circostanze di fatto concorrono a costituire l'interesse pubblico concreto.

Dunque, il fatto oggetto della cognizione del giudice deve considerare quell'interesse pubblico concreto di cui il fatto è elemento costitutivo e il giudice, nella valutazione del fatto, deve considerare la presenza dell'interesse pubblico.

Inoltre, nella fattispecie normativa … entrano spesso espressioni non traducibili in fatti osservabili direttamente, ma costituenti clausole generali, come buon andamento dell'amministrazione, interesse dell'economia, ragioni sanitarie, urgenza, che vengono apprezzate dall'amministrazione.

In ogni caso, l'istruttoria processuale è un'istruttoria sull'istruttoria procedimentale.

… Nel giudizio sul rapporto (che è un rapporto dinamico, nel quale si delinea un nuovo assetto di interessi), il giudice amministrativo neppure potrebbe limitarsi ad acquisire il dato storico, perché così facendo non coglierebbe la dinamicità del rapporto; al tempo stesso, non può non conoscere direttamente il fatto, senza l'intermediazione del provvedimento, perché altrimenti non arriverebbe ad accertare la fondatezza della pretesa.

Il processo amministrativo, sia nel caso del processo sull'atto, visti gli effetti conformativi della pronuncia, che nel caso del processo sul rapporto, è un momento intermedio tra l'esercizio passato e l'esercizio futuro della potestà amministrativa, che viene condizionata da quanto disposto dal giudice …».

ISSN 2036-7821

- benché proiettato comunque verso l'interesse generale - al rapporto fra l'amministrazione pubblica ed i cittadini), della clausola generale di equità.
La prima corrisponderebbe ad un'azione dispiegantesi sulla scorta di regole tecniche e sociali; come tale: sottratta, entro i limiti del buon andamento, al sindacato del giudice amministrativo e ai relativi ricorsi, (salvo per casi specificamente indicati); ma suscettiva di valutazione d'ufficio o a seguito di ricorsi amministrativi.
Si tratterebbe dell'accezione consueta, ma ormai di dubbia assimilazione a livello dogmatico (concettuale e di sistema), dal momento che:
- per un verso, l'impiego di regole tecniche o sociali è indispensabile, nell'applicazione di norme giuridiche, quante volte queste ultime facciano riferimento a concetti individuabili soltanto in base a quelle regole; una tutela giurisdizionale effettiva non può, dunque, trascurare questi aspetti, a meno che non si ammetta che il giudice possa applicare solo in parte la disciplina sostanziale delle situazioni sottoposte al suo esame;
- per altro verso, poiché «*la Costituzione non prevede un preciso criterio di discriminazione e, d'altra parte, l'affidamento al legislatore ordinario della determinazione di tale criterio equivarrebbe a privare di ogni valore sostanziale la garanzia di tutela giurisdizionale, deve concludersi che l'attuazione del diritto sostanziale con riguardo a una situazione giuridica soggettiva debba tradursi in attuazione di tutte le norme che, direttamente o indirettamente, disciplinano la situazione stessa*»[142].
Nondimeno, certe incrostazioni ideologiche ed il peso della tradizione hanno condotto la giurisprudenza forense ad assumere un atteggiamento di estrema cautela nel permettere sconfinamenti che, in effetti, la legislazione sulla giurisdizione amministrativa e, quindi, sulla sindacabilità degli atti amministrativi pareva escludere (almeno, in un contesto cultural-ordinamentale d'origine).
La seconda accezione indica:
- 'in negativo', di escluderne sia la coincidenza con un obiettivo di conservazione e tutela dell'ordinamento giuridico (nel qual caso, infatti, non si riuscirebbe ad identificarne la distinzione con la legalità-legittimità in senso formale); sia (e corrispondentemente) l'assimilazione o (comunque) riconduzione ad un controllo di "proporzione" (tra contenuti dell'atto e risultato) tale da rendere il merito indistinguibile rispetto a certe figure di eccesso di potere riferibili (in un'ottica

[142] G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, p. 1573 s., segn. pp. 1584-1585. Prosegue l'a.: «Il principio della deducibilità in giudizio della violazione di tutte le norme disciplinanti una situazione giuridica soggettiva …può dunque essere precisato chiarendo che il legislatore ordinario, normalmente libero di qualificare un interesse materiale come diritto o come interesse legittimo o anche di non qualificarlo affatto, è tenuto, quando la qualificazione sia stata operata, ad ammettere la rilevanza in sede giurisdizionale (ordinaria o amministrativa) di tutte le norme che disciplinano comportamenti di privarti o di amministrazioni, comunque incidenti sull'interesse qualificato. Soltanto in tal modo trova concreta applicazione il principio di effettività della tutela e si assicura la realizzazione di una protezione giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive corrispondente alla loro disciplina sostanziale» (*ivi*, 1587).

ISSN 2036-7821

ipotetico-casuistica) al profilo di (astratta) 'razionalità'[143];
- 'in positivo', quella parte della discrezionalità (dunque, facente capo ad un orizzonte normativo di tipo consequenzialista) in corrispondenza della quale la prerogativa di scelta e di decisione dell'autorità, nell'incidere sulla sfera giuridica del privato in nome dell'interesse pubblico, si estrinseca in termini concreti, fra più soluzioni rispondenti tutte al principio costituzionale del buon andamento.
Dunque, facendo leva sul discorso dogmatico nanti condotto, sarebbe possibile "isolare" un contenuto autonomo del merito amministrativo, corrispondente al "grado" di utilità-adeguatezza concreta dell'atto rispetto al risultato *id est*, al raggiungimento dei fini pubblici (generici e specifici) che gli sono intrinseci[144].
Da qui, in capo al privato: l'opinabile configurarsi di un mero interesse semplice o, al più, amministrativamente protetto; a meno che il contegno dell'autorità sia stato improntato ad illegittimità, a quel punto emergendo una situazione d'interesse legittimo. Salvo osservare che un sindacato di legittimità sarà comunque ammesso: non solo ogniqualvolta quella scelta (fra una molteplicità di soluzioni concretamente

[143] Un discorso "unitario", invece, si rinviene in A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939 (ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, p. 369 s.), pp. 402-403, sul presupposto che l'opportunità sia configurabile come criterio generale di "proporzione" tra il contenuto di un determinato provvedimento ed il suo risultato; con le connesse difficoltà a distinguere fra vizi di merito ed ipotesi di eccesso di potere.

[144] AMORTH, *Il merito…*, p. 368 s., segn. pp. 369-370, 385-386: «…mentre ogni altro soggetto -ma in particolare il fenomeno si accentua per le persone fisiche più che per i corpi morali- che non sia una pubblica amministrazione, è, nello svolgimento di questa attività, libero di determinarsi non tanto secondo il proprio tornaconto quanto soprattutto in piena esenzione da ogni vincolo, così nella proposizione dei fini come nella scelta dei mezzi in cui quell'attività si realizza, lo Stato e gli enti pubblici minori debbono al contrario sempre agire in osservanza non solo delle finalità loro proprie, ma in guisa anche che queste finalità vengano realizzate nel migliore possibile dei modi. Non si ammette cioè per le pubbliche amministrazioni dispersione di attività. Un agire arbitrario e capriccioso, e quindi pure un non agire quando l'azione si presenta con carattere di necessità, è giustificabile quando il soggetto mette in giuoco il proprio interesse - ed appare anzi come una conseguenza della sua libertà di determinarsi e, in genere, anche della sua responsabilità - ma non lo è più quando determinati soggetti hanno esclusivamente il compito di svolgere un'attività che ha carattere funzionale, che essi hanno cioè il dovere di svolgere -ancorché quando e come essi vogliono. E questo carattere deriva a queste attività dal fatto che, seppure esse vengano riferite dal diritto, e giustamente, come proprie a tali enti, esse tornano tuttavia a vantaggio di altri soggetti, si esplicano anzi per questi soggetti, per un aggregato di persone, per una comunità».

Tali riflessioni si rinvengono anche nella coeva opera di V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 229 s.: «Quando comunemente si afferma che l'amministrazione è l'attività pratica o concreta con cui lo Stato provvede al raggiungimento dei fini per i quali agisce, si dà una definizione che ben può adattarsi a soggetti privati e che, in certo modo, rispecchia anche il rapporto con cui l'attività privata si trova col diritto.

La medesima definizione non si addice, però, all'attività della pubblica amministrazione, perché non tiene conto, o meglio, tiene un conto inesatto, del rapporto in cui l'attività amministrativa si trova col diritto e che è diverso da quello dell'attività privata. Un concetto di attività amministrativa che non pone in rilievo tale rapporto, non solo non può darci un concetto giuridico dell'attività stessa, ma può condurre, come infatti ha condotto nelle sue applicazioni, a conseguenze inesatte. Sotto questo aspetto, le antiche e tradizionali dottrine, che definivano l'attività amministrativa come esecuzione della legge, malgrado qualche deficienza, esprimevano l'esatto concetto della subordinazione dell'amministrazione al diritto. Concetto, questo, che in uno Stato qualificato di diritto non può non rientrare in una nozione giuridica dell'attività della pubblica amministrazione. Perciò, se è vero che la pubblica amministrazione è l'attività dello Stato rivolta al raggiungimento dei diversi scopi suoi propri, è altrettanto vero che questi scopi devono essere raggiunti subordinatamente al diritto».

'razionali'): integri un'illiceità (salvo consenso del privato stesso); ma anche quando si riveli meno premiante rispetto al problema di cura di un interesse pubblico 'oggettivato', quale affrontato dall'amministrazione[145].

Quest'ultima connotazione, peraltro, non contraddice la 'natura vocazionale' del processo amministrativo, come improntato (innanzitutto) al principio dispositivo e volto a tutelare la propensione a beni della vita[146]:

- dal momento che si è rilevata la consustanzialità fra interesse pubblico ed interesse legittimo; cosicché un sindacato funzionale a quest'ultimo non può non estendersi al primo (entro una certa misura);
- (corrispondentemente) purché il sindacato stesso verta ed incida sulla scelta amministrativa entro i limiti di una molteplicità di soluzioni ragionevoli (attendibili) già compiutamente prospettate dalle parti e versate in giudizio.

Discorso che, sul piano delle prerogative decisorie del giudice amministrativo di merito, risulta complementare a quello di un *plus* di conoscenza in fatto «che si sostanzia nella possibilità di formarsi e di ricostruire una propria integrale versione delle circostanze, quando anche vi fossero prove discordanti, ma egualmente attendibili, da valutare discrezionalmente»[147].

Se si conviene su quanto esposto, dunque, potrebbe concludersi che ci si è spinti oltre la pur corretta connessione fra "merito amministrativo" e valutazione discrezionale; a significare:

- non solo che il merito, quale misura della corrispondenza concreta ad un risultato, rientra nella parte dell'attività amministrativa riconducibile all'esercizio di quel potere (*rectius*, a quella modalità di valutazione)[148];

---

[145] Ad opposta soluzione potrebbe accedersi stante il "combinato disposto": della preclusione al ri-esercizio del potere amministrativo (discrezionale) una volta intervenuta la sentenza di annullamento con la sua carica "conformativa"; nonché, dell'attuale struttura soggettiva del processo amministrativo, non essendo direttamente chiamati a parteciparvi tutti coloro che dalla definizione in via giudiziale (anziché amministrativa) di una data vicenda potrebbero subire un pregiudizio immediato e qualificato, ma solo i controinteressati formali direttamente contemplati nell'atto impugnato (spunti in tal senso si rinvengono in T.A.R. Lombardia, Milano, III, 23 febbraio 2010 n. 429). Salvo replicare che tale rischio ragionevolmente risulterebbe scongiurato laddove il giudice amministrativo disponesse una adeguata integrazione del contraddittorio (all'occorrenza nella forma della notificazione per pubblici proclami).

[146] G. CORREALE, *Struttura del processo amministrativo e situazione fatta valere*, Caserta, Russo, 1978.

[147] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo – I Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto europeo*, Padova, Cedam, 2000, p. 104 s. che così conclude: «Se questa è la portata della giurisdizione di merito tradizionalmente intesa, se essa è cioè libera valutazione e pieno apprezzamento dei fatti e del rapporto controverso, alla stregua di norme giuridiche o giuridicamente rilevanti, senza possibilità alcuna di giungere fino a valutazioni di convenienza o di opportunità circa la disposizione degli interessi pubblici in gioco, si può riconoscere una quasi completa coincidenza tra la nuova giurisdizione piena e quella antica»; ciò, a partire da «quella cognizione penetrante sul fatto che consente ed assicura una tutela reintegratoria tendenzialmente piena, indipendentemente dalle situazioni soggettive dedotte in giudizio» (*ivi*, p. 108).

[148] In dottrina, tale connessione si rinviene già con M. LA TORRE, *Le questioni fondamentali della giustizia amministrativa*, Milano, s.d., p. 113. Cfr. pure: E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, p. 59; AMORTH, *Il merito…*, p. 383, per il quale che sia l'attività discrezionale «il terreno sul quale debba venir

ISSN 2036-7821

- altresì, risultando meglio definita l'interferenza fra i concetti di "merito dell'atto amministrativo", "attività discrezionale", "sindacabilità giudiziale"[149].

Convenendo su tali connessioni, può concludersi che anche nella circostanza in esame: non può ravvisarsi una 'oggettivazione' del processo amministrativo, nel senso di una sua tendenza recessiva in punto di effettività della tutela, in favore di una prevalente considerazione del risultato dell'azione amministrativa; semmai, cogliendovi una massimizzazione della vocazione 'soggettiva', in chiave di complementarizzazione degli interessi (pubblici e privati) in giuoco.

considerato il merito è cosa più che evidente, perché se il merito si contrappone a legittimità non può esso comparire nell'attività cosidetta vincolata la quale, anche se è meglio evitare di chiamare esecutiva, certo si svolge in osservanza esclusiva di disposizioni di legge, che è insomma tutta legittimità».

[149] Laddove, osserva l'AMORTH, *Il merito*…, pp. 379-380: il merito è espressione di corrispondenza fra il contenuto dell'atto ed il suo risultato; mentre, la sindacabilità «è la misura del potere di controllo attribuito a diverse autorità amministrative e giurisdizionali, misura la cui ampiezza è determinata dallo scopo che con quel controllo si vuol raggiungere e che può essere vario: tutela della legittimità in generale, tutela degli interessi amministrativi in quanto garantiti dalla legittimità dell'atto, tutela dell'amministrato e dei suoi diritti e interessi.

Orbene, … poiché il punto di vista della sindacabilità giudiziaria dell'atto amministrativo è quello che ha i maggiori se non i più appariscenti riflessi pratici, e poiché, senza dubbio, fra le tre nozioni dianzi ricordate esiste una certa interferenza, è avvenuto che ci si sia foggiato di esse un concetto in funzione della sindacabilità, concetto che naturalmente non è il vero».

Quanto ai rapporti d'interferenza fra discrezionalità e merito, puntualizza AMORTH, *Il merito*…, p. 383: «… il merito si trova nell'attività discrezionale in una zona che non è ad esso esclusivamente riservata, bensì forma ancora oggetto di dominio della legalità. Ed è per questo appunto che possono darsi vizi di legittimità dell'atto amministrativo discrezionale, come vizi di merito di questo medesimo atto».

Sulla sindacabilità giudiziale (a termini sia di legittimità che di merito) dell'atto amministrativo discrezionale, già: O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, I, p. 362, nt. 1; R. ALESSI, *Sul concetto di attività discrezionale della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1935, p. 14 [in estratto].

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Proprietà e gestione nella EU inc

di Giuseppe Doria

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

Sommario

1.- La strategia di un modello "confederativo": criticità ed innovatività, fra difficoltà applicative (a valle) e la scelta di regole condivise (a monte); 2. I caratteri peculiari di un nuovo modello di gestione, contraddistinto da un rafforzamento di regole di trasparenza e correttezza nella relazione fra proprietà a gestione; 3.- *Segue: the best interest of the company*: il problema di una uniformità dell'interesse sociale, fra interessi diversi e "successo sostenibile"; 4. Potere di istruzione dei soci e responsabilità gestorie: la facoltà di impartire istruzioni, l'esonero da responsabilità degli amministratori ed il problema della responsabilità nei confronti dei creditori; 5. – Conflitti *endo*-societari e protezione del socio di minoranza: il recesso per gestione *in oppressive manner*. Il problema della identificazione dell'ambito applicativo, fra tecniche di "contrattualizzazione" dei conflitti e la questione di una tutela dei creditori. Uno sguardo comparativo: gli ordinamenti di *common law,* la Cina ed il caso della Spagna. In favore di una esigenza di rimeditazione di una tutela a fronte di una "manifesta iniquità" da omessa distribuzione del dividendo; 6. – *Conclusioni*: il filo conduttore dell'esecuzione in buona fede e correttezza nell'ambito di un prisma organizzativo semplificato di "esercizio in comune dell'attività economica", e le sue conseguenze fra responsabilità gestorie ed esigenze di protezione dell'investimento.

Abstract

The Proposal EU Inc. appears to provide a new legal form on a confederative level, that can introduce new Corporate Governance rules. Relationships between shareholders and directors appear more direct and transparent: although competences and functions remain divided traditionally between general meeting and board of directors, it seems possible to identify a main principle of trustworthy and reasonable good faith, which should be fulfilled not only by directors but also by shareholders. Indeed, directors could undertake affairs on direct instructions given from shareholders. A strengthened relationship directors – (majority) shareholders seems to bring to some further relevant consequences: on one hand, liability's directors should be extended to shareholders which have endorsed their illegal activity; on the other hand, minority shareholders should have a faculty of withdrawal, if the activity has been based on oppressive manner. Of course, the crucial point is the effective identification of the field of application allowing a withdrawal also regarding a recognizability of a majority abuse. A comparative perspective seems useful especially in order to verify the reasonability of a minority protection on an "unfair" denied distribution of dividends.

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

1. La strategia di un modello "confederativo": criticità ed innovatività, fra difficoltà applicative (a valle) e la scelta di regole condivise (a monte).

Gli sforzi del legislatore europeo di uniformare le regole di funzionamento di un modello societario unitario, si inquadrano nell'ambito di una riavvertita esigenza di accelerare un processo di integrazione di un Diritto commerciale europeo, per sostenere la competitività delle imprese europee[1] in un panorama internazionale oramai sempre più contraddistinto da tensioni economiche fra potenze globali (e conflitti militari).

Il progetto della EU Inc. di cui alla Proposta di Regolamento COM (2026) 321 *final* del 18 marzo 2026, è sicuramente ambizioso, nel creare un nuovo modello che possa stabilire regole *super*-tipiche, che si vadano a sovrapporre alla disciplina dei ventisette tipi già esistenti a livello nazionale degli Stati membri; senza tuttavia –ed è questo un punto al tempo stesso, di elasticità e di criticità della Proposta- sostituirsi del tutto alle discipline tipologiche particolari, che difatti -negli spazi non regolati- possono riemergere in ambito applicativo nelle loro differenze: così riproponendo per certi versi lo schema di applicazione della *Societas Europea*, di cui al Reg. UE n. 2157/2001.

Un approccio volutamente *soft* (o non pervasivo) nel processo integrativo in cui tuttavia può forse individuarsi la vera innovatività della Proposta, che parte proprio dalla consapevolezza della diversità dei regimi statali normativi (per l'appunto ventisette), nell'ambito di un territorio variegato ed esteso quale quello europeo.

Tuttavia –diversamente dalla *Societas Europea*, forse adatta a rappresentare principalmente gli interessi di una struttura imprenditoriale medio-grande (e di impostazione più corporativa, come la s.p.a.)-l'esigenza attuale risponde principalmente alle esigenze di sviluppo delle P.M.I., sottoposte ad un incessante intervento normativo[2] e prioritario volano della realtà imprenditoriale italiana come d'altra parte in buona parte anche europea.

Il nuovo Progetto europeo -per promuovere l'integrazione fra realtà socio-economiche differenti- appare puntare su di un modello (più che un tipo) a carattere *confederativo*, che –nello stabilire linee generali di funzionamento e di protezione di

[1] Cfr. Proposta Regolamento, p. 14: "by harmonising and strengthening the regulatory framework for companies in the single market, the proposal would make the EU more attractive location for innovative and growth – oriented companies and therefore, contribute to the EU's competitiveness".

Il percorso che ha portato alla presentazione della Proposta di Regolamento sulla EU Inc. è stato anticipato da una serie di atti e documenti che hanno visto un'accelerazione negli ultimi due anni, cfr.: *Draghi report on EU competitiveness*, september 2024; *Letta report on the future of the Single Market* april 2024; Comunicazione della Commissione 29 gennaio 2025 *A Competitiveness Compass for the EU 2024-2029*, 18 marzo 2025, *Savings and Investments Union A Strategy to Foster Citizens' Wealth and Economic Competitiveness in the EU*; 26 maggio 2025, *The Single Market: our European home market in an uncertain world. A Strategy for making the Single market simple, seamless and strong*; 29 maggio 2025, *The EU Startup and Scaleup Strategy; Choose Europe to start and scale"*; e nel gennaio 2026: *Report Parlamento Europeo the 28th regime: A new legal framework of innovative companies"*.

[2] Vedi F. BRIZZI, *La dematerializzazione delle quote di s.r.l. P.M.I.*, in *Soc.* 2024, p. 785 ss., ID., *S.r.l. P.M.I. e offerta al pubblico di quote di partecipazione*, Torino, 2022, ove ulteriori riferimenti.

determinati interessi ritenuti meritevoli di tutela- preserva un elevato grado di flessibilità statutaria, ritenuto importante specialmente per le *start-up* innovative[3] salva l'applicazione della disciplina nazionale, laddove non espressamente previsto.
Ovviamente non può che derivarne un certo alone di incertezza nella delimitazione dell'ambito di applicazione della disciplina, e ciò specialmente rispetto alla operatività della autonomia statutaria: è infatti espressamente previsto che le disposizioni statutarie "shall comply with this Regulation" (art. 4, I co., Proposta Reg.), restando aperta la questione della compatibilità rispetto alle norme di carattere imperativo tratte dalla disciplina di rinvio a valle (secondo la scelta del tipo di riferimento, attuata dal legislatore nazionale ex art. 4, III co. Proposta Reg.)[4].
E tuttavia, questo rinvio (per omissione) non sembra potersi leggere (quanto meno, soltanto) in termini critici (per le inevitabili disarmonie che appaiono destinate a presentarsi in sede applicativa)[5], ma esprime piuttosto una precisa scelta

[3] Sottolinea L. ENRIQUES, *Diritto societario e finanziamento delle imprese innovative: quali riforme in Europa e in Italia?*, in *Riv.soc*. 2025, p., 577 ss., come l'ambiente naturale di sviluppo delle imprese innovative richieda un'ampia elasticità dell'autonomia privata per attrarre investimenti degli operatori di *venture capital* e finanziatori: "i contratti con i quali i fondi di VC investono in imprese innovative richiedono infatti un elevato grado di flessibilità normativa, in quanto tendono a costruire un reticolo di relazioni contrattuali peculiare, caratterizzato da diritti patrimoniali e amministrativi dei soci, regole di *governance*, clausole di disinvestimento e meccanismi di autotutela delle varie categorie di investitori che si discostano dagli assetti delineati dalle legislazioni societarie di qualsivoglia paese". Ciò che si rivela problematico rispetto alle strutture giuridiche del diritto societario europeo ed in particolare quello italiano, e viceversa rispondente alla legislazione statunitense ed al diritto societario del *Delaware*, tradizionalmente molto flessibile.

Sulla portata dell'autonomia statutaria nella composizione fra interessi dei soci e terzi vedi C. ANGELICI, *A proposito di shareholders, stakeholders e statuti*, in *Riv.dir.comm*. 2021, p. 213 ss., ID., *A proposito di autonomia statutaria*, in *Riv.dir.comm.* 2024, p. 449 ss.

Rileva la tendenza espansiva delle fattispecie di recesso convenzionale nelle società di capitali –nell'ottica della promozione degli investimenti e dell'efficienza dell'impresa, L. MIOTTO, *Sul recesso ad nutum da società a tempo determinato*, in *Giur.comm*. 2025, p. 730 ss., che evidenzia la necessità di un collegamento al substrato causale del contratto di società.

[4] C. MALBERTI, Intervento all'incontro di studio sulla EU Inc. promosso da *Orizzonti del diritto commerciale* 29 aprile 2026, evidenzia la problematicità della compatibilità delle norme statutarie rispetto alla disciplina nazionale. Nello stesso senso, G. SCOGNAMIGLIO, allo stesso incontro, per la quale la portata della disciplina potrebbe risultare limitata laddove si dovesse ritenere che la validità delle previsioni statutarie sia subordinata alla verifica della osservanza della imperatività delle disposizioni di fonte nazionale. Secondo G. STRAMPELLI, Intervento allo stesso incontro, la nuova disciplina si apprezza per l'ampia flessibilità, che tuttavia finisce per rappresentare pur sempre una soluzione di compromesso (inizialmente pensata solo per le *start-up*), ma "resta il problema di una prassi armonizzata a livello europeo".

Cfr. in merito le modifiche all'art. 4 First Presidency Compromise text -Council of the European Union 17 luglio 2026- da cui non sembrano emergere cambiamenti sostanziali di impostazione, nel senso che viene fatta salva l'autonomia statutaria in conformità alla disciplina europea, ed il rinvio -per le parti non regolate- alla disciplina nazionale ed alle clausole statutarie. Nello stesso senso sostanzialmente anche il Second Presidency compromise text 7 september 2026.

[5] Criticità già subito rilevate in dottrina, vedi G. STRAMPELLI, *The Limits of the EU Inc-for-All Approach: The Uninented Consequences of Unrestricted Access to Capital Markets*, in *Blogs University of Oxford Faculty of Law*, 14 may 2026, "although this flexibility is intended to accomodate all firms, it increases the risk of insufficient substantive harmonization".

ordinamentale: infatti, forse proprio tenendosi conto delle difficoltà legate alle differenze territoriali, ci si prefigge per obiettivo un modello societario che possa promuovere -proprio grazie alla sua elasticità- l'integrazione ed attirare gli investimenti potenzialmente in tutto il territorio europeo.
Partendo da questo angolo di prospettiva, la strategia di un modello confederativo, non appare di per sé inappropriato; ed anzi sembra potersi considerare come un elemento di valore, anche considerata la particolare congiuntura storica, che sembra richiedere la condivisione di uno sforzo congiunto per un più ampio (e complesso) progetto di integrazione.

2. I caratteri peculiari di un nuovo modello di gestione, contraddistinto da un rafforzamento di regole di trasparenza e correttezza nella relazione fra proprietà a gestione.

La sezione dedicata alla gestione della EU Inc. presenta una serie di disposizioni che appaiono ispirate ad un obiettivo di semplificazione e trasparenza, nell'ottica di promuovere la competitività e gli investimenti. In effetti, in questo ambito il modello organizzativo predisposto sembra ispirarsi ad una nuova soluzione di equilibrio fra *proprietà* e *gestione* che –pur ricalcando (per certi versi) alcuni profili tipologici (principalmente quelli destinati all'esercizio della piccola e media impresa, come la s.r.l.)- appare rivelare qualche elemento innovativo ("mixando" e rielaborando fattispecie tratte da diverse esperienze ordinamentali).
In via preliminare, si può osservare come l'attività gestoria degli amministratori resti saldamente ancorata al tradizionale principio di realizzazione dell'interesse della società; ma la suggestione della teoria corporativa (ed in particolare della ripartizione della funzione organica di produzione dell'attività) non appare più scissa da una valutazione della effettiva attuazione dell'assetto di interessi gerito: determinando così una sostanziale (ri-)valorizzazione del principio di esecuzione del contratto in buona fede ex art. 1375 c.c..
Sembra cioè ripescarsi quel concetto di *nexus of contracts*, che ha differenziato –sotto il profilo gestorio (con particolare riferimento alle decisioni dei soci, al correlato aspetto del controllo e della responsabilità gestoria) la disciplina della s.r.l. rispetto alla s.p.a.; *trend* poi come noto per certi versi rientrato per via di interventi normativi successivi: si pensi al ritorno del controllo giudiziario ex art. 2409 (ora riclassificato come art. 2396-*ter* c.c., ex 27 marzo 2026 n. 4) esteso a tutte le s.r.l.[6] ed all'avanzamento di un

Il rischio di disarmonie è evidenziato anche da S. ROHR, *Build It and They Will Come? Why EU Inc Needs a Pilot*, in *Blogs University of Oxford Faculty of Law*, 21 may 2026, "EU Inc illustrates what I call the "competence trap": the Treaties do not yet provide a sufficient basis for a fully autonomous European law regime. As a result, integration proceeds through political compromise, and national law re-enters precisely wher legal certainty matters most".

[6] Sul ritorno al controllo giudiziario (ed il rapporto con i poteri individuali di ispezione e controllo del socio) nelle s.r.l., vedi N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le prerogative del socio di società a responsabilità limitata in presenza di gravi irregolarità: una difficile convivenza*, in *Giur.comm*. 2025, p. 540 ss.

ISSN 2036-7821

processo di accostamento alla s.p.a. rispetto al regime finanziario delle quote ed accesso ai mercati[7].

Fra corsi e ricorsi storici, l'evoluzione sembra procedere inarrestabile, nel plasmare la forma di nuove strutture capaci di attrarre gli investimenti ed essere competitive nel mondo globale. Una tendenza questa (fondata per l'appunto, su nuovi elementi valoriali) che nel modello proposto per la EU Inc., torna ad incidere sul rapporto fra proprietà e gestione, con alcuni elementi che appaiono dotati di carattere innovativo.

Emerge una rinnovata protezione degli interessi economici dei soci –considerati in quanto tali (e cioè effettivamente *con*-partecipi) dell'assetto di interessi gerito- rispetto all'impresa societaria che –per quanto svolta attraverso il prisma giuridico della organizzazione (di cui in effetti espressamente se ne dichiara la soggettività) sembra potersi inquadrare nell'ambito di un concetto più ampio di "gestione", che – ferma restando la ripartizione di funzioni tradizionalmente fra *general meeting* e *board of directors*- viene a poggiare su di una maggiore elasticità nel rapporto fra soci investitori e svolgimento dell'impresa collettiva (fra le maglie dello scopo-mezzo dell'"*esercizio in comune* dell'attività economica").

L'attenzione è puntata non solo sul rafforzamento degli strumenti di controllo (su cui, per la verità la disciplina italiana appare complessivamente all'avanguardia), ma anche alla attribuzione di una significativa rilevanza (strategica, nell'ottica degli obiettivi della Proposta di Regolamento) alla situazione del conflitto di interessi (ed all'abuso di maggioranza).

Scelta di campo questa, che sembra poter giocare un ruolo di significativa rilevanza, specialmente in considerazione di un contesto territoriale (italiano ed europeo) contraddistinto dalla prevalenza di società a struttura chiusa e/o familiare, ove gli organi sociali vengano di fatto a rispondere agli interessi effettivi della maggioranza che li ha nominati, lasciando così isolati i soci di minoranza con l'effetto sostanziale di "congelare" l'investimento economico in società.

Il rafforzamento degli interessi individuali del socio entro la società viene per l'appunto a connettersi ad una ragionevole esigenza, di superare alcune barriere psicologiche all'investimento in società.

Garantire che la gestione della società non si attui in pregiudizio dei soci (che non appartengano al gruppo di maggioranza) non significa ovviamente negare il principio base della formazione della volontà della società; ma piuttosto aprire (gli occhi della capacità di indagine) a quello che il più delle volte succede nelle realtà contraddistinte da contrapposizioni di gruppi di soci: e cioè che gli amministratori – agenti quale *organo della società* cui è istituzionalmente demandata le gestione

[7] Vedi S. CORSO, *Le s.r.l. "aperte" al mercato tra governance societaria e diritti dei soci investitori*, Milano, 2021, ID., *S.r.l.- Pmi aperte al mercato: scelte statutarie e diritti dei soci investitori*, in *Banca borsa tit. cred*. 2019, I, p. 877 ss.

ISSN 2036-7821

dell'impresa[8]- finiscano poi (nella sostanza) per operare come se fossero mandatari di fatto (e nell'*interesse prevalente*) di un gruppo di comando.

Allorquando la gestione della società subisca uno sviamento, non osservando più in realtà quella che è la funzione generale di *esercizio in comune* dell'attività economica (con ciò travisando anche il substrato causale dell'art. 2247 c.c. ed integrando nella sostanza una violazione dei principi di buona fede e correttezza), il punto risiede -come noto- nel verificare la percorribilità di strumenti di protezione e reazione, da parte del socio di minoranza; ciò che resta ancora –e nonostante gli sforzi dottrinari e giurisprudenziali di estensione del campo di applicazione dell'art. 1375 c.c.- un obiettivo sostanzialmente incompiuto.

Per sopperire a questa sostanziale esigenza (che mina alla radice l'appetibilità di una scelta di investire in società), la Proposta di Regolamento spinge nel senso di una rivalorizzazione di principi di equità e ragionevolezza nel rapporto fra proprietà e gestione, che appare perciò potersi verificare in termini più diretti, concreti e trasparenti.

---

[8] Sulla criticità di una distinzione fra amministrazione e "gestione", vedi C. ANGELICI, *A proposito di "interessi primordiali" dei soci e "gestione societaria" degli amministratori*, in *Riv. dir. comm*. 2020 p. 1 ss., per il quale la creazione dell'organizzazione dell'impresa societaria (o collettiva) viene a determinare l'attribuzione –in senso verticistico, di direzione imprenditoriale- della gestione agli amministratori, restando diverse le interferenze nei rapporti con i diritti dei soci fra s.p.a. ed s.r.l.: "la sensazione è in definitiva che diversi possono essere e siano nei differenti tipi sociali gli equilibri fra l'esigenze imprenditoriali della "gerarchia", di cui a mio modo di veder è espressione la competenza esclusiva degli amministratori in materia di "gestione", e quella concernente i rapporti con e dei soci, il loro "contratto".

Sottolinea S. SERAFINI, *Gestione dell'impresa e responsabilità degli amministratori e dei soci a vent'anni dalla riforma delle società di capitali*, in *Riv.dir.comm*. 2024, p. 461 ss., come soltanto nella s.p.a. resti saldamente affermato il principio della esclusività della gestione agli amministratori ex art. 2380 *bis* I co. c.c. (correlativamente alla obliterazione della competenza gestoria orginariamente prevista *ante* riforma 2003, dall'art. 2364 I co n., 5 c.c.), "diversamente, la disciplina della società a responsabilità limitata, riformata dal d. lgs. 6/2003, ha caratterizzato questo tipo societario attraverso l'emersione normativa della rilevanza degli interessi imprenditoriali dei soci". In definitiva, "questa ripartizione a geometria variabile" deve essere ponderata rispetto all'affidamento agli amministratori della "competenza esclusiva" alla creazione degli assetti organizzativi adeguati di cui all'art. 2086 II co. c.c. che è stata estesa alle s.r.l. (art. 2475 I co. c.c.) nonché alle società di persone (art. 2257 I co c.c.), finendo per rappresentare così un principio generale di direzione dell'impresa collettiva rispetto alla "programmazione strategica dell'impresa" (p. 480): si tratta invero di attività (istituzione di assetti adeguati e programmazione strategica d'impresa) che risultano necessariamente correlati, sia pure soggetti alla valutazione discrezionale della *business judgment rule*, dovendosi comunque rapportare adeguatamente e con agire informato, alla natura e dimensione dell'impresa (p. 475): ne deriva che "il tratto distintivo tra società per azioni, da un lato, e società a responsabilità limitata e società di persone, dall'altro, risiede nella circostanza che soltanto nel primo tipo societario la competenze esclusiva degli amministratori si estenderebbe anche al compimento delle singole operazioni gestorie come previsto dall'art. 2380 *bis*, comma 1, cod. civ., mentre la disciplina degli altri tipi societari indicati prevede un riparto di competenze fra soci e amministratori in merito alle decisioni sul compimento delle singole operazioni societarie, che si ponga su un piano di esecuzione dell'attività programmatica definita dagli amministratori" (p. 481).

Sul principio di spettanza del potere di gestione dell'impresa societaria agli amministratori, i quali "compiono gli atti necessari all'attuazione dell'oggetto sociale", G. FERRI jr. e M. ROSSI, *La gestione dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *Riv. dir. comm*., p. 1 ss.

ISSN 2036-7821

L'effetto atteso è una crescita della propensione all'investimento specialmente in quelle realtà societarie chiuse (non quotate o aperte al mercato del capitale di rischio), ove appare potersi riscontrare comprensibilmente una certa barriera psicologica all'ingresso (ed all'investimento), che è data proprio dal rischio di ritrovarsi isolati perché esclusi dalla direzione del gruppo di maggioranza[9].

3. Segue: the best interest of the company: il problema di una uniformità dell'interesse sociale, fra interessi diversi e "successo sostenibile".

L'art. 44 della Proposta stabilisce che –fatti salvi specifici doveri in presenza di determinate situazioni- gli amministratori debbano osservare le prescrizioni dell'atto costitutivo, agire in buona fede e *nel migliore interesse* della società con ragionevole cura, abilità e diligenza.

In termini generali, questa previsione non sembra aggiungere nulla di nuovo rispetto al contenuto normale dei doveri di correttezza nella gestione di una società. Ma qualche punto di criticità sembra poter emergere in sede di effettiva applicazione.

In effetti, appare scontato chiedersi, quale sia *the best interest of the company*: se l'interesse comune dei soci (per quanto farebbe pensare un rapporto più diretto fra proprietà e gestione) ovvero l'interesse in sé dell'impresa (in termini più ampi, coinvolgendo anche i lavoratori, ed in generale gli *stakeholders*): in definitiva, ripercorrendosi le note contrapposizioni fra diverse visioni dell'interesse sociale, e dunque fra prospettive contrattualistiche ed istituzionali[10].

In questo ambito, una ulteriore criticità può segnalarsi in merito all'influenza che possa giocare la soluzione che si intenda adottare rispetto alla valenza della *sostenibilità*: se intesa soltanto in termini di limite all'azione degli amministratori ovvero inserita causalmente nella funzione dello scopo del contratto di società. In altri termini, se la realizzazione della causa lucrativa –cui appare dirigersi in generale la decisione degli amministratori di intraprendere le nuove iniziative imprenditoriali- debba volgersi soltanto alla mira della massimizzazione del profitto (ovvero dell'incremento dello *shareholders value*), ovvero debba tener conto della necessità di assicurare il cd. "successo sostenibile"[11].

[9] Di qui la scelta di una maggiore trasparenza del rapporto proprietà – gestione, che possa tradursi in un volano di sviluppo, incentivando gli investimenti nelle PMI (anche) con la partecipazione al capitale.

Una esigenza di semplificazione questa, che per altri versi appare muoversi nella direzione di una tendenza alla relativizzazione delle differenze fra sistemi di *civil law* e di *common law*: nel tentativo di rendere l'investimento *causa societatis* nella nuova EU Inc. per investitori (anche stranieri) il più appetibile possibile, così rafforzando la competitività con le economie delle superpotenze globali, americana e cinese.

[10] Ed è chiaro, che l'assenza di una definizione di un contenuto condiviso possa portare all'accoglimento di soluzioni differenti (come peraltro già avviene in ambito nazionale); rischio che appare accentuarsi in presenza dell'applicazione del modello della EU Inc. contraddistinto –per quanto ci è sembrato di scorgere- da un impronta progettuale di un modello in senso confederale.

[11] La questione come noto è stata ampiamente dibattuta in occasione della approvazione della controversa Direttiva UE n. 1760/2024 *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (cd. CSDDD), il cui ambito applicativo tuttavia risulta –come noto- essere stato alquanto ridimensionato (di fatto, il *revirement* sembra potersi imputare

In Francia la l. n. 2019/486 (cd. *Loi Pacte*) ha provveduto a modificare addirittura il contenuto del contratto di società, includendo nella funzione causale il perseguimento degli obiettivi di sostenibilità[12].
Risulta d'altra parte alquanto scontato, che se il perseguimento degli obiettivi di sostenibilità finisca per rientrare istituzionalmente nella realizzazione dello scopo della società (ed al di là del profilo –pure rilevante- della opportunità di una scelta strategica di medio-lungo periodo per la soddisfazione di un interesse che resti essenzialmente lucrativo), una sua violazione viene a stabilire il presupposto per configurare una responsabilità da illecito gestorio (contrattuale nei confronti della società, oltre che eventualmente di stampo aquiliano nei confronti dei creditori e dei terzi).
Cosicchè una EU Inc. che abbia sede in Francia risulterà presumibilmente orientata verso il perseguimento di obiettivi di sostenibilità, per quanto richiesto obbligatoriamente dalla legge nazionale, e dettagliato nel correlato piano d'azione.
Viceversa, negli altri Paesi europei –come l'Italia, ove una siffatta modifica non sia intervenuta (fatta eccezione per le società di grossa dimensione soggette agli obblighi della Direttiva CSDDD; e salve le disposizioni delle leggi speciali come ad es. per le società *benefit*[13], ovvero l'impresa sociale)- la realizzazione di quel *best interest* sembra restare ancorata al perseguimento del lucro da dividere fra i soci (ex art. 2247 c.c.)[14].

---

ad una diversa valutazione di opportunità politico-economica, nell'ambito di un mutato scenario internazionale, che finisce per remare contro una prospettiva valoriale di protezione dei fattori ESG) dalla approvazione della riforma attuata con il cd. pacchetto *Omnibus* di cui alla Direttiva UE n. 2026/470 (cfr. l'innalzamento delle soglie dell'ambito soggettivo di applicazione, la semplificazione degli obblighi, l'eliminazione della disciplina della responsabilità civile, la sostanziale esenzione che ne deriva per le PMI coinvolte nella catena di produzione - *value chain* - a valle).

Per un quadro (critico) dell'avvenuto sostanziale ridimensionamento della disciplina, vedi le riflessioni di C. AMATUCCI, *Due diligence societaria (CS3D) e amministratori: il binomio archiviato dall'UE e la dottrina europea*, in *Giur. comm*. 2025, p. 1041 ss., ove ampi riferimenti.

[12] Difatti l'art 1833 c.c. al II comma (come aggiunto) prevede che "le société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité"; restando salva la possibilità di inserire nello Statuto una *raison d'être*, che identifichi gli obiettivi concretamente da perseguire (cosa che peraltro, appare già essersi diffusa e consolidata nella relativa prassi contrattuale); in tal senso, testualmente l'art. 1835 II co. c.c. (anch'esso aggiunto con la medesima legge): "les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité".

[13] D. STANZIONE, *Profili ricostruttivi della gestione di società benefit*, in *Riv.dir.comm*. 2018, p. 487 ss.

[14] Qui si apre anche il profilo della rilevanza della autonomia contrattuale nella EU Inc., laddove l'inserzione di obiettivi di sostenibilità venga dalla prassi contrattuale integrato nell'atto costitutivo, in tal modo –superando una eccezione di potenziale conflittualità con un preteso (quanto forse, anacronistico) dato imperativo del rigore lucrativo della *causa societatis*- diversamente calibrando il dovere di correttezza nella gestione (e la correlata aspettativa alla divisione degli utili, da parte dei soci) degli amministratori: che a questo punto però viene a dipendere dal Paese di elezione della sede della EU Inc., nonché dal contenuto negoziale del contratto di società.

Una criticità questa, considerata l'assenza di previsione di Corti europee specializzate per decidere le relative controversie, ed il rischio di una eccessiva frammentazione; che tuttavia può anche trasformarsi (nella continua oscillazione di giudizio fra negatività e positività, in una visione prospettica degli eventi) in un elemento di valorizzazione nell'ottica di una maggiore elasticità della funzione; e magari di varietà di scelte ed alternatività di

4. Potere di istruzione dei soci e responsabilità gestorie: la facoltà di impartire istruzioni, l'esonero da responsabilità degli amministratori ed il problema della responsabilità nei confronti dei creditori.

Il rapporto fra l'assemblea e gli amministratori appare improntato ad un principio di trasparenza. Fermo restando che gli amministratori sono dichiarati "responsible for the management of the corporation" (art. 42, II co., Prop. Reg.) per la violazione dei doveri di legge e dell'atto costitutivo (ovvero anche fissati da una *resolution* dell'assemblea generale, art. 44 II co. Proposta Reg.), va segnalato il potere accordato dall'art. 42 IV co. Prop. Reg. all'assemblea di dare istruzioni agli amministratori, le quali restano vincolanti "unless they are contrary to the applicable rules in accordance with Article 4".

Viene così portato alla luce (ciò che di fatto normalmente avviene in sede extra-assembleare, specialmente nelle società a carattere familiare e ristretto, e cioè) che gli amministratori vengano ad intraprendere attività o iniziative imprenditoriali dietro (non solo e non tanto, una preventiva autorizzazione, ma più direttamente) vere e proprie "*instructions*" e cioè indicazioni e direttive impartite dalla maggioranza dei soci.

In tal modo, da questa *transparency rule* viene ad emergere il carattere preminente della *Corporate Governance* della EU Inc., e cioè la rilevanza accordata alla verifica della effettiva attuazione del contratto sociale, il che viene ad attuarsi qui mediante il rafforzamento del rapporto proprietà (soci) – gestione (amministratori) in termini più diretti e trasparenti rispetto ad una formale ripartizione organica di funzioni (deliberativa, amministrativa, di controllo).

Ciò finisce per incidere anzi tutto sulla operatività del regime di responsabilità (art. 44 Prop. Reg.): da un lato l'aver agito in attuazione di una "lawful resolution of the general meeting" li rende irresponsabili –per espresso "salvacondotto"- nei confronti della società (come in fondo il mandatario che abbia agito nel rispetto dei poteri attribuiti)[15]; dall'altro la configurabilità di un danno risarcibile (in termini di "damage or loss incured by the company") e così la sussistenza della stessa responsabilità, viene a dipendere dall'applicazione della *business judgement rule*, il cui ambito viene anche espressamente definito: la "business" decision" infatti deve essere stata adottata "*in good faith*", exercised the care that a *reasonably prudent person* would use,

opzioni, per una maggiore competitività che risulti finalisticamente orientata ad un processo di integrazione europea che –secondo la logica approntata- si venga a fondare sull'incontro fra principi generali (condivisi al vertice) e sviluppo di prassi (emergenti a valle), verso un sufficiente grado di (effettivo) consolidamento.

15Si ritiene, fatto salvo il dovere di astensione degli amministratori rispetto all'attuazione di istruzioni aventi ad oggetto atti illeciti palesemente dannosi lesivi della diligenza professionale, e ferma restando la responsabilità nei confronti dei creditori in caso di perdita della garanzia patrimoniale (vedi i*nfra*). La impartizione di istruzioni garantisce tuttavia una copertura nell'ambito delle operazioni rientranti nelle larghe maglie di applicazione della *business judgment rule* così *pre*-determinando una condizione di inammissibilità dell'azione sociale di responsabilità, che può arrecare senza dubbio benefici in termini di efficienza decisionale dell'azione gestoria.

ISSN 2036-7821

and had the reasonable belief tha he was acting in the *best interests* of the company"[16]. In tal senso va segnalata l'aggiunta al Cons. 34 operata dal Second compromise text, ove si precisa ulteriormente la rilevanza -ai fini della applicazione della *business judgment rule*- dell'ambito di attività effettivamente svolto ("nature and context of the business"), il che si palesa di particolare significato con riferimento alle imprese *start up* innovative le quali –per quanto espressamente precisato- "could require wider latitude to take risks than mature companies with an established business model".
L'insindacabilità sul merito delle scelte di gestione viene dunque collegata ad un principio di ragionevole prudenza nel perseguire i migliori interessi della società. E' da notare qui, il riferimento (forse non del tutto casuale) non all'interesse sociale (al singolare) bensì ad un composito assetto di interessi (al plurale, *interests*), così suffragando quella suggestione (di cui *supra*) che l'obiettivo lucrativo possa adattarsi in ragione di diversi ambiti funzionali (che a loro volta possono variare a seconda dei Paesi di riferimento, come espressamente suggerito dalle aggiunte al Cons. 34 del Second compromise text)[17].

16 Il testo dell'art. 44 III co. ha subito modifiche formali a seguito del Second compromise text che tuttavia non ne alterano il significato sostanziale: "a director shall not be liable to the company: a) for an y damage or loss incurred by the company resulting from a business decision provided that he or she acted in good faith, exercised tha care to be expected of a professional, and had the reasonable belief that he or she was acting in the best interests of the company; b) for any damage or loss incurred by the company resulting from an action taken in accordance with a lawful resolution of the general meeting".

Cfr. Proposta Regolamento, Premessa, p. 19: "directors … are subject to a set of duties, including the duty to act in the best interests of the company and in accordance with the articles of association. They are also liable to the company for any breach of duty that causes loss or damage to the company. Where directors take business decision in good faith and with reasonable care, they are protected from liability by the business judgement rule. Likewise, directors cannot be held liable by the company where they act upon a lawful resolution of the general meeting".

Vedi ancora Cons. n. 34: "while exercising their mandates, directors of EU Inc. companies should act in good faith, with reasonable care, skill and diligence, which also includes ensuring that they have sufficient information so that their decisions serve the best interests of the company. Acting in the company's best interest should also entail the duty to avoid conflicts of interest whereby the directors should inform the board of directors or the general meeting about any conflicts of interest and should generally not be part of decisions involving any such conflicts".

Segnala tuttavia S. CORSO, Intervento all'incontro di studio organizzato da *Orizzonti del diritto commerciale*, cit., come all'art. 44 Prop. Reg. non sia riprodotto il dovere di agire in modo informato, tuttavia inserito all'interno del suindicato Cons..

Con riferimento peraltro al dovere di agire in modo informato, lo stesso è ribadito dal nuovo art. 2381-*ter* c.c., come introdotto dal d. lgs. 27 marzo 2026 n. 47, che ha introdotto un meccanismo di *disclosure* all'interno del consiglio di amministrazione, precisandosi (III co.) che "nell'assumere le proprie determinazioni, gli amministratori cui il consiglio non abbia delegato proprie attribuzioni fanno *ragionevole affidamento*, anche in relazione alle loro specifiche competenze, sulle informazioni ricevute in conformità alle previsioni della legge e dello statuto".

17 Osservandosi infatti che "liability for breach of their duties, towards the company, the shareholders or third parties, should be primarly governed by national law"; dichiarazione subito smussata dal riconoscimento dell'esigenza che "the care of liability towards the company, and exceptions to that liability, should be harmonized"; e che dunque venga sollecitato l'adozione di regole condivise nell'applicazione della business judgment rule.

ISSN 2036-7821

L'ultimo comma dell'art. 44 Proposta Reg. opportunamente fa salva l'applicazione ulteriore ("further") della disciplina nazionale del tipo di riferimento. In tal caso, per l'ordinamento italiano, non sembra possano esservi dubbi –per quanto già emerso- che la disciplina applicabile (ed in fondo compatibile) sia quella della s.r.l.[18].
E questo non può che comportare due immediate riflessioni.
La prima è che l'esonero nei confronti della società (per aver attuato le istruzioni dell'assemblea) sembra non poter operare anche nei confronti dei creditori, rispetto ai quali viene a riprodursi la questione della responsabilità e correlata legittimazione all'azione, specialmente con il subentro del curatore in caso di liquidazione giudiziale[19].
La seconda osservazione discende automaticamente dalla possibilità di collegare al riconoscimento del potere di istruzione, una estensione della responsabilità gestoria ai soci (per quanto previsto dalla disciplina della s.r.l. ex art. 2476 VIII co. c.c.), che abbiano "intenzionalmente" deciso o autorizzato atti dannosi per la società, i soci o i terzi[20].

18 In tal senso, G. STRAMPELLI, Intervento all'incontro di studio organizzato da *Orizzonti del diritto commerciale*, cit.

In realtà, il dato centrale è dato dal riconoscimento del potere di influenza sulla gestione al socio e la valorizzazione del vincolo di esecuzione dei rapporti societari secondo buona fede e correttezza: dunque, proprio il rinnovato rapporto *proprietà - gestione*.

L'accostamento della EU Inc. alla s.r.l. sembra consolidarsi per l'analisi della possibilità (stabilita dallo Statuto della EU Inc. ovvero anche consentita dai soci tutti "in in writing to cast votes in writing") di ricorrere a forme di decisioni extrassembleari in forma scritta: *written resolutions*, ex art. 48 Prop. Reg. approvate dalla maggioranza dei voti, secondo gli stessi *quorum* richiesti per le delibere assembleari.

Come infatti nella disciplina della s.r.l., deve essere garantito il fondamentale diritto all'informazione dei soci (tutti); cfr. l'art. 48 III c. lett. a: "the text of the proposed resolution is sent or made available digitally to all shareholders", il che impedisce di poter ritenere approvata una decisione scritta, senza che vengano coinvolti tutti i soci; in tal modo venendosi a semplificare il principio di collegialità (e maggioranza) in un procedimento senza riunione (fattispecie diversa dalla riunione da remoto, pure prevista dalla Prop. Reg., cfr. art. 47 I co. ove si consente –in modo *inderogabile* da parte degli Stati membri- lo svolgimento sia dell'assemblea che del CdA, in modalità "online or in hybrid form, assicurandosi la partecipazione "in real time", l'esercizio del voto e l'identificazione autentica dei partecipanti) ma pur sempre condiviso nella sua formazione fin dall'inizio, da tutti i soci; in modo tale da poterne imputare il risultato (in fondo, para-collegialmente) non ad un gruppo di maggioranza, e nemmeno all'unico socio, cfr. il co. V della medesima disposizione), bensì unitariamente alla *company*: avendo in definitiva "the *same legal effect as decision* adopted at a general meeting", cfr. art. 48 IV co. Prop. Reg.); ovviamente, sempre alle condizioni che il consenso espresso per iscritto sia verificabile e l'identità dei partecipanti risulti riconoscibile in modo affidabile (art. 48 II co lett. *b* e *c* Prop. Reg.).

Ne deriva che la relativa decisione scritta, adottata in assenza assoluta di informazione di uno o più soci, non può che essere –per quanto espressamente previsto nella disciplina della s.r.l dall'art. 2479 *ter* III co. c.c.- viziata da *nullità*. Sul valore organizzativo delle decisioni dei soci nelle s.r.l. ed in particolare sul carattere essenziale della comunicazione della proposta (in votazione) a tutti i soci, G. GUIZZI, *Le decisioni dei soci: profili tipologici*, in *Riv.dir.comm*. 2004, p. 1001 ss.

19 C. DI NANNI, *Le azioni di responsabilità nel fallimento*, Napoli, 1999, p. 11 ss.

20 Il rinvio alla disciplina della s.r.l. deve essere verificato anche rispetto alla possibilità di estendere il controllo individuale del socio sull'amministrazione.

Nella Prop. Reg. emerge il riconoscimento in favore dei soci, di un ampio diritto all'informazione che viene assicurato sia prima dell'assemblea (tramite la messa a disposizione di sufficienti elementi, cfr. art. 56 co. 3 Prop. Reg.) che durante lo svolgimento della stessa (in forma di interrogazioni, con dovere di *disclosure* da parte degli

Questi due ambiti di espansione della disciplina della responsabilità degli amministratori appaiono forieri di interesse, anche rispetto a due ulteriori classiche vicende *endo*-societarie, su cui la Proposta Regolamento opportunamente interviene.
Da un lato l'operatività della disciplina del conflitto di interessi, ove il potere dell'assemblea[21] –riconosciuto dall'art. 45 Prop. Reg.- di superare una situazione conflittuale in ambito gestorio, autorizzando l'amministratore a prendere parte alla decisione (in deroga ad un preventivo dovere di astensione previsto dal II co. della medesima norma), si può tradurre in un *boomerang* specialmente nell'ipotesi che si generi (ovvero si aggravi) una situazione di crisi o di insolvenza.
Dall'altro in tema di distribuzione degli utili, la relativa decisione (di regola assembleare, anche rimettibile per scelta statutaria, al CdA, ex art. 72 I e II co. Prop. Reg.) "shall only take effect if the board of directors certified in a statement signed by all directors" che risultino rispettati i parametri indicati dal cd. *balance sheet test* ("the total amount of assets as set out in the most recent balance sheet would remain greater than the total amount of liabilities and capital") e dal cd. *solvency test* ("the company will be able to pay its debts as they fall due in the normal course of

amministratori, sia pure nei limiti della normale riservatezza per evitare pregiudizio alla società nello svolgimento degli affari).

L'art. 56 VI co. Prop. Reg. riconosce il potere dei soci rappresentanti un decimo del numero delle partecipazioni, di richiedere un'ispezione giudiziale (o se del caso, amministrativa) con la nomina di un esperto indipendente, allegando specifici elementi da cui si possa trarre il sospetto di una sostanziale violazione di legge o dell'atto costitutivo.

Immediato risulta il collegamento al procedimento di controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. (ora art. 2396-*quater*, ex d. lgs. 27 marzo 2026 n. 47), che l'art. 2477 ult. co. c.c.-come riformato dal d. lgs. 12 gennaio 2019 n. 14- ha esteso a tutte le s.r.l., sebbene anche prive di collegio sindacale.

Si può qui discutere, se –applicandosi come tipo di riferimento, la s.r.l.- risulti estensibile la disciplina del controllo individuale del socio prevista dall'art. 2476 II co. c.c., che consente –oltre che di chiedere informazioni- di "consultare, anche tramite professionisti" la documentazione inerente l'amministrazione della società.

Trattandosi di una disciplina connessa alla responsabilità degli amministratori (per quanto risulta dalla stessa intestazione della norma, "Responsabilità degli amministratori e controllo dei soci"), sembra sostenibile una soluzione positiva; come anche il potere di esercitare individualmente l'azione (sociale) di responsabilità ex art. 2476 V co. c.c..

Non sembra invece possa avere una incidenza significativa un'assenza di riferimento alla intensità della violazione, contraddistingue il presupposto della gravità nella denuncia al Tribunale ex art. 2409 c.c. (ora art. 2396-*ter*); elemento che sembra potersi sussumere comunque nell'ambito di un giudizio di rilevanza ai fini della sostanziale ammissibilità (in termini di interesse ad agire) dello strumento in questione (di protezione della minoranza).

In assenza di una disciplina organica sui controlli, è chiara la rilevanza sia del rinvio alla disciplina nazionale che dell'ampiezza dell'autonomia negoziale, S. CORSO, Intervento all'incontro di studio organizzato da *Orizzonti del diritto commerciale*, cit. In generale, vedi I. CAPELLI, *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi*, in *Studi in onore di Oreste Cagnasso*, Torino, 2020.

Va segnalato che il first Presidency Compromise text – Council of the European Union 17 luglio 2026 – aggiunge un Cons. 33ª "if shareholders decide to establish a supervisory body in the articles of association, it should be subject to a basic set of harmonised rules"; e l'art. 42ª prevede per l'appunto una disciplina applicabile all'organo di controllo.

21 Le modifiche apportate dal Second compromise text consentono che l'atto costitutivo estenda al supervisory board siffatto potere autorizzatorio dell'atto gestorio in conflitto d'interessi.

ISSN 2036-7821

business in the 12 months following tha date of the distribution"), cfr. let. a) e b) art. 72 III c. Prop. Reg[22].

Questa *policy of distribution* viene a fondarsi sull'affidabilità (data dal rilascio all'unanimità, del previsto *statement*) degli amministratori, su cui viene dunque a riposare –in caso di violazione- la relativa responsabilità "*jointly and severally*… for all damages resulting from the distributions".

Alla responsabilità degli amministratori tuttavia, viene ad abbinarsi il dovere dei soci di restituire gli utili percepiti in mala fede, che si traduce qui nella consapevolezza della violazione dei parametri di cui al *balance sheet test* e *solvency test*, per quanto previsto dal co. 5 dell'art. 72 Prop. Reg.

Qui non sembra irragionevole ritenere che un'eventuale connivenza (colposa o dolosa, comunque intenzionale) fra soci ed amministratori possa se del caso stabilire il presupposto di applicazione della disciplina di estensione della responsabilità gestoria in capo ai soci (non solo e non tanto in termini di restituzione degli utili nei confronti della società, ma più ampiamente) in via solidale con gli amministratori (anche verso i creditori sociali, specialmente in presenza di una situazione di crisi d'impresa e nell'ambito dell'apertura di una liquidazione giudiziale).

Insomma, nella struttura reticolare dell'attuazione del rapporto soci – amministratori, la gestione acquista un contenuto più ampio rispetto alla mera amministrazione perché non sembra più appartenere esclusivamente agli amministratori, ma finisce per coinvolgere direttamente le scelte degli *shareholders*: ciò che da un lato importa una maggiore trasparenza ed un rafforzamento del vincolo gestorio (in termini più diretti)[23], ma dall'altro sembra potersi tradurre nel

22 Rileva giustamente G. STRAMPELLI, *EU Inc: A Flexible but Incomplete Bluprint for European Startup Finance*, in *Oxford Business Law Blog*, 29 aprile 2026, come da una tutela *ex ante* fondata sul vincolo del capitale sociale si passi ad una tutela *ex post* basata sullo *statement* con cui gli amministratori (sotto la propria responsabilità) attestano l'osservanza del *balance sheet test* (a seguito della distribuzione il totale ammontare dell'attivo rimane superiore al passivo) del *solvency test* (la società sarà in grado di adempiere le obbligazioni nei dodici mesi successivi la distribuzione); il che tuttavia sembra poter stabilire condizioni di agevolazione per quei Paesi come il Belgio e l'Olanda ove siffatto sistema (in ordine alla distribuzione degli utili) risulti già allineato con la disciplina nazionale; diversamente, per i sistemi non allineati (come quello italiano), si paventa il rischio –specie considerata la possibilità di interpretazioni disomogenee, in assenza di Tribunali specializzati in diritto societario a livello UE- di una minore appetibilità anche in termini di capacità attrattiva degli investimenti.

In generale, sul percorso di tendenziale erosione del capitale sociale, M. MIOLA, Intervento all'incontro di studio organizzato da *Orizzonti del diritto commerciale*, cit., che tuttavia evidenzia come di fatto l'amministratore finisca per risultare comunque protetto (grazie all'applicazione della *business judgment rule*) se abbia agito in buona fede rispetto alla valutazione effettuata, e ciò anche con riferimento alla distribuzione degli utili; in tempi non sospetti, ID., *La tutela dei crediti ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Riv.soc*. 2012, p. 237 ss., nonché G.B. PORTALE, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale*, in *Riv.soc*. 2010, p. 1249 ss., ID., *La parabola del capitale sociale nella s.r.l., (dall'"importancia cuasi-sacramental" al ruolo di "ferro-vecchio"?)*, in *Riv.soc*. 2015, p. 815 ss., S. ROSSI, *Srl-Pmi: disciplina del capitale e tipologia della società*, in *Riv.dir.soc.* 2019, p. 525 ss.

23 Per la capacità del potere di influenza riconosciuto ai soci, di superare di fatto la rigidità della ripartizione organica delle funzioni, su cui riposa tuttora la distinzione fra s.r.l. ed s.p.a.; e che sembra accentuarsi notevolmente nell'ottica di una EU Inc.

rischio di una estensione della responsabilità per danno, laddove all'illecito gestorio risultino compartecipi i soci[24].

In merito deve segnalarsi che il Second compromise text –fra le modifiche all'art. 44 Prop. Reg.- aggiunge un comma *3c*, in base al quale i doveri di amministrazione si intendono estesi a qualunque persona venga ad occupare di fatto la posizione di amministratore della società. Si tratta in sostanza della rievocazione della nota teoria dell'ammistratore di fatto che tuttavia viene a porsi su di un piano distinto e separato rispetto al suindicato rischio di estensione della responsabilità gestoria per il compimento del singolo atto (intenzionalmente autorizzato o deciso ex art. 2476 VIII co. c.c.). Peraltro, il Cons. 34c (come pure aggiunto dal Second compromise text) espressamente si preoccupa di chiarire che "a shareholder should not be regarded as a shadow director" soltanto per aver esercitato i diritti organizzativi incluso "the right to vote on instructions by the general meeting". Ma –come evidente- un conto è la compartecipazione al singolo atto, altro è lo svolgimento di fatto delle funzioni amministrative.

Trasparenza e responsabilizzazione dei soci, che in un'ottica di semplificazione appaiono poter giocare un ruolo di affidabilità nei confronti dei terzi e del mercato in generale, questo specialmente in considerazione del processo avanzato di sostanziale caducazione della disciplina del capitale sociale (almeno nella s.r.l. ed ora nella EU Inc.).

---

24 L'applicazione di questa regola –combinando potere di istruzione e disciplina ex art. 2476 VIII co.c.c.- non sembra incontrare limiti nella previsione del principio generale di cui all'art. 3 Prop. Reg., per cui "a shareholder shall not be liable for the obligations of the company", trattandosi di una responsabilità per danno.

D'altra parte, l'ult. co. dell'art. 45 Prop. Reg. espressamente sancisce che "the liability of directors shall be further governed by the applicable national law"; e dal sistema di responsabilità (su cui si fonda l'interesse alla correttezza sulla gestione) non può di certo scindersi la previsione della correlata *estensione solidale* in quanto posta a garanzia dei creditori.

Sul dibattito inerente la portata applicativa della responsabilità dei soci di s.r.l. ex art. 2476 VIII co. c.c., vedi S. SERAFINI, *Gestione dell'impresa e responsabilità degli amministratori e dei soci a vent'anni dalla riforma delle società di capitali*, cit., p. 483-4: l'intenzionalità non sembra doversi intendere in senso (restrittivo) di dolo specifico bensì di consapevolezza –all'atto della decisione ovvero della autorizzazione- della contrarietà della "operazione gestoria . . ad uno specifico precetto normativo o comunque, più in generale, ai principi di corretta gestione imprenditoriale". Si esclude tuttavia, che nella fattispecie possa farsi rientrare l'esercizio di un potere di influenza di fatto, che andrebbe (diversamente) inquadrato nell'ambito della figura dell'amministratore di fatto ovvero nella responsabilità da direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c. (p. 486). Il fondamento di detta responsabilità dunque non sarebbe ravvisabile nella violazione dei doveri di buona fede oggettiva nell'attuazione del contratto sociale ex art. 1375 c.c. (come invece statuito dalla citata sentenza del Trib. Roma 2016 n. 23021), ma "proprio nella violazione dei principi di corretta amministrazione che … anche i soci come tali devono rispettare nel momento in cui esercitano competenze gestorie formalmente assegnate loro dalla legge o dallo statuto" (p. 487) così consentendone l'applicazione anche a fattispecie ulteriori rispetto all'abuso di potere del socio di controllo.

Viceversa, in favore dell'interpretazione estensiva dell'art. 2476 VIII co. c.c. ai soci che abbiano prestato consenso all'atto dannoso degli amministratori, in giurisprudenza Trib. Roma 31 gennaio 2021, Trib. Roma 12 dicembre 2016 n. 23021; in dottrina, G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, II, *Sub art. 2476 c.c.*, Milano, 2010, p. 1122 ss., V. MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Cambobasso* diretto da P. Abbadessa – G.B. Portale, cit., p. 667 ss.

ISSN 2036-7821

5. Conflitti endo-societari e protezione del socio di minoranza: il recesso per gestione in oppressive manner. Il problema della identificazione dell'ambito applicativo, fra tecniche di "contrattualizzazione" dei conflitti e la questione di una tutela dei creditori. Uno sguardo comparativo: gli ordinamenti di common law, la Cina ed il caso della Spagna. In favore di una esigenza di rimeditazione di una tutela a fronte di una "manifesta iniquità" da omessa distribuzione del dividendo.

L'art. 52 Prop. Reg. prevede la facoltà del socio della EU Inc. di esercitare un recesso per "oppressive manner" della gestione nei suoi confronti (definizione contenuta nel cons. 37).

Qui il rafforzamento del legame fiduciario fra proprietà e gestione –superati gli steccati formali della ripartizione organica- sembra pervenire ad ulteriori significative conseguenze.

L'espansione delle fattispecie di coinvolgimento del socio nella responsabilità per danno da illecito gestorio (ovvero anche per la violazione della disciplina contrattuale inerente le operazioni con parti correlate) può rappresentare un elemento importante –strettamente connesso al potere di influenza sulla gestione ed alla rivalorizzazione del dovere di esecuzione in buona fede; ma finisce inevitabilmente per giocare questo ruolo principalmente nell'occasione del verificarsi (o dell'aggravarsi) di una situazione di crisi o di insolvenza.

Al di fuori delle situazioni di crisi dell'impresa e nell'ambito delle vicende evolutive dei conflitti endo-societari fra (gruppi di) soci, la prospettiva sembra mutare radicalmente: qui un elemento di novità può essere rappresentato dal riconoscimento di una facoltà di recesso ("withdrawal") riservata al socio di minoranza, a fronte di una gestione che possa qualificarsi effettivamente svolta –nei suoi confronti ed in suo danno- "*in oppressive manner*".

Il riconoscimento di una tutela al socio di minoranza si muove nella direzione auspicata di rendere più appetibile l'investimento in una EU Inc.; il che viene a collegarsi alla facoltà di esercitare un diritto di recesso dalla società così disinvestendo la propria quota. Ferma restando la possibilità per gli Stati membri, di prevedere ulteriori rimedi di tutela del socio ingiustamente danneggiato o escluso (come espressamente in fondo suggerito dall'aggiunta del co. 4 dell'art. 52 operata dal Second compromise text).

Il riemergere del principio di buona fede e correttezza viene ad assumere qui un diverso calibro, come risulta già dalla circostanza che the EU and the other shareholders are *jointly* and *severally* liable for the payment of the share price"[25].

Lo schermo della personalità giuridica viene qui sostanzialmente superato, in presenza di fattispecie nelle quali appaia evidente, che la gestione non sia stata condotta nell'interesse sociale (quale interesse comune) di tutti i soci, ma abbia

25Il citato testo di compromesso del Consiglio UE del 17 luglio 2026 ha eliminato il co.2 della disposizione, che tuttavia conserva la responsabilità solidale dei soci in ragione del co.4.

ISSN 2036-7821

operato *di fatto* come rappresentazione strategica soltanto di un gruppo di soci –di maggioranza- in danno di altri –di minoranza- rispetto ai quali dunque possa assumere il colorito dell'*oppressive manner*.
Ovviamente il pendolo dell'indagine viene di fatto a spostarsi sulla interpretazione del contenuto effettivo della fattispecie, e cioè su cosa si debba effettivamente intendere per "condotta oppressiva" (cons. 37).
L'art. 52 si riferisce genericamente al danno ingiusto ovvero all'esclusione del socio che sia derivata da un esercizio dei poteri degli amministratori o più in generale nell'esercizio dell'impresa.
Qualche riferimento è contenuto nella premessa (a p. 20) ove il campo d'azione sembra debba essere interpretato in senso restrittivo, dovendosi riferire a "*severe* cases of *unfair* prejudice"; un ulteriore elemento può ricavarsi forse dal considerando n. 16 ove viene sottolineata la necessità di assicurare un principio generale di *trustworthy* per soci ed investitori[26].
Ma è il Cons. n. 37 della Proposta ad occuparsi –in modo specifico- del recesso per gestione in *oppressive manner*.
Qui emerge anzi tutto, la (conferma della) correlazione fra protezione della minoranza ed il rischio di una "*significant influence*" fra "*majority shareholders* and the *board of directors*"[27].
Oltre al cambiamento sostanziale dell'oggetto sociale (già in verità causa di recesso nella s.r.l., ex art. 2473 I co. c.c., e -come modifica delle condizioni di rischio- integrante giusta causa anche nelle società di persone[28]) il cons. n. 37 riferisce l'ipotesi (alquanto difficile per la verità, a realizzarsi) che l'assemblea stessa abbia formalmente impartito agli amministratori delle istruzioni per sottrarre e sviare rilevanti *assetts* patrimoniali: il che può se del caso verificarsi anche in una logica complessiva di spostamento di risorse *infra*-gruppo decisa al vertice della direzione e coordinamento (in tal caso però, soccorrendo la disciplina di cui agli art. 2497 ss. c.c.).
Ma proprio quest'ultimo caso (riportato dal cons. n. 37) presenta in realtà una criticità e forse una contraddittorietà, che ovviamente si amplifica con il riconoscimento di un interesse alla correttezza nella gestione (anche tenendo conto del dibattito in ordine alla natura dell'azione di responsabilità ex art. 2394 c.c.):

26Ciò che sembra esplicare una valenza correlata all'esercizio dell'impresa (collettiva) in generale, come risulta ora anche dalle modifiche (all'art. 52) contenute nel first Presidency Compromise text -Council of the European Union 17 luglio 2026- ove ci si riferisce alla eventualità che "the company's affairs or the powers of its directors are being or have been conducted" in oppressive manner.

27 Il che appare essere una diretta conseguenza del potere di influenza riconosciuto all'assemblea, cfr. S. CORSO, Intervento all'incontro di studio, cit., per cui sembra che "l'assetto complessivo della governance accentui un certo rischio di saldatura fra socio di controllo ed amministratori".

28 Sul concetto di "giusta causa" di recesso nelle società di persone –inteso come fatto lesivo del vincolo fiduciario fra i soci- in giurisprudenza vedi Cass. 14 ottobre 1966, in Mass. Giur. it. 1966 n. 2454, Cass. 13 giugno 1957, in *Dir. fall*. 1958, II, 894, in dottrina F. GALGANO, *Il contratto di società. Le società di persone*, Bologna, 1971, p. 118-9, G. FERRI sn., *Delle società*, in *Comm. cod. civ*. a cura di Scialoja – Branca, Bologna, 1968, p. 285.

ISSN 2036-7821

difatti, diversamente dal gruppo di società –sprovvisto di soggettività (e ferme restando le diverse prospettazioni che può assumere la responsabilità da direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c., se contrattuale ovvero extracontrattuale, ma pur sempre nell'alveo di distinte entità giuridiche- la EU Inc. risulta essere una *company* di cui espressamente viene dichiarata la personalità giuridica.
Se dunque gli amministratori intraprendono un'attività diretta alla spoliazione della società –sia pure in vantaggio indiretto di alcuni soci- si ritrovano a commettere un illecito in violazione dei propri doveri di agire nel *best interest* della società: in tal caso, si è in verità in presenza di una responsabilità nei confronti della società, la quale in effetti viene a subire il correlato pregiudizio; ma soprattutto non pare potersi omettere che, in caso di perdita della garanzia patrimoniale, la medesima condotta possa rappresentare il fondamento per la configurabilità della responsabilità anche nei confronti di creditori[29].

29E' chiaro infatti, che tutti i soci (e quindi quelli di minoranza) vengono ad essere indirettamente pregiudicati per la diminuzione del valore del patrimonio della società, per cui si ricade in una fattispecie di azione sociale di responsabilità (ex art. 2392-3 c.c., anche rimessa alla legittimazione sostitutiva dei soci titolari di almeno un quinto del capitale sociale ex art. 2393 *bis* c.c.) ove in caso di perdita della garanzia patrimoniale venga ad affiancarsi anche l'azione dei creditori sociali ex art. 2394 c.c.; senza considerare che, laddove ne consegua l'apertura di una liquidazione giudiziale, la legittimazione all'esercizio delle azioni di responsabilità (tanto sociale, quanto dei creditori) spetterà al curatore. Ciò che sembra rimarcare l'emergere di una prevalenza dell'interesse dei creditori in dipendenza di una crisi d'impresa: è in questo momento che una "contrattualizzazione" dei rapporti societari (in termini diretti di conflitto *endo*-societario maggioranza – minoranza e correlati strumenti di risoluzione) sembra mostrare una intrinseca criticità: data per l'appunto dall'impossibilità di superare il dato essenziale della proiezione sul mercato dell'impresa collettiva e dunque l'effetto distintivo del contratto associativo (consistente per l'appunto, nella creazione dell'organizzazione dotata di autonoma soggettività giuridica, A. VENDITTI, *Nuove riflessioni sull'organizzazione collegiale delle società di persone*, in *Dir.giur*. 1962, p. 397).

Ma da questo punto di vista, bisogna considerare che non sussiste una disciplina unitaria in ambito europeo in ordine alla responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori (con il rischio di scompensi applicativi sul piano comparativo) che tuttavia viene a soccorrere (come per l'*Insolvenzordnung* 15b InsO in Germania, l'*action en responsabilitè pour insuffisance d'actif* in Francia, il *wrongful trading* nel Regno Unito) in presenza dell'insolvenza e dell'apertura di una procedura concorsuale ovvero dopo il verificarsi di una causa di scioglimento per gravi perdite (in Spagna, *Ley de Sociedades de Capital* art. 367), in merito vedi gli studi di F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv.dir.comm*. 2008, p. 1027 ss., ID., *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015.

Sulla legittimazione del socio ad esercitare l'azione sociale di responsabilità in un'ottica comparata, vedi F. VESSIA, *L'actio pro socio nelle società di persone italiane e nell'esperienza comparativa*, in *Riv. dir. comm*. 2025, p. 217 ss., che evidenzia come nelle società di persone il potere sostitutivo del socio di esercitare l'azione di responsabilità (nell'interesse della società, e così a protezione dell'interesse sociale) venga a riconnettersi alla tradizione romanistica dell'*actio pro socio* (pur svolgendo nella sostanza, funzione di *actio pro societate*); questa azione risulta talvolta prevista (non solo nelle *partnership*, bensì) anche nelle società di capitali come *derivative action* (sia in sistemi di *common law* che di *civil law*). In Germania, si segnala la *subsidiaritat der actio pro socio*, prevista dal § 715 b.1 BGB, come azione esercitata in nome proprio ma nell'interesse della società (Gesellschafterklage) "destinata ad emergere in caso di "fallimento" organizzativo o abuso della maggioranza a danno della minoranza". In Francia la legittimazione del socio ad esercitare l'azione (sociale) di responsabilità –*action ut singuli*- spetta in tutte le società (civili e commerciali, cfr. l. 5 gennaio 1988 n. 88-15); e simile disciplina viene riscontrata in Austria (§ 1175, Abs.4, ABGB). Nel Regno Unito è riconosciuto ai soci di società dotate di personalità giuridica, il potere di esercitare una *derivative claim* in nome e per conto della società (in caso di inerzia da parte di quest'ultima). Una *derivative action* è prevista in termini simili nel diritto statunitense sia con riferimento alle *corporations* che alle

D'altra parte, per quanto previsto dall'art. 52 III co. Prop. Reg. la liquidazione della partecipazione delle azioni (in accoglimento della domanda di *withdrawal* del socio per gestione *in oppressive manner*) avviene (come naturale, in caso di recesso) "at a price corresponding to the fair value determined by the court on the date of service of the application". Il che –in assenza di alcuna precisazione- impedirebbe di tener conto della perdita del valore patrimoniale avvenuta proprio per il compimento della condotta *unfair*, legittimante l'esercizio del *withdrawal*.

In effetti, anche allorquando nell'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento, si configuri una fattispecie di responsabilità ex art. 2497 c.c., l'esercizio della facoltà di recesso *può* se del caso seguire -ma con effetti distinti e separati- alla sentenza di accoglimento dell'azione di responsabilità (e correlato risarcimento del danno), per quanto espressamente previsto dall'art. 2497 *quater* I co. lett. *b*), c.c.

Una domanda di recesso per gestione oppressiva in danno del socio di minoranza, dovrebbe consentire (unitariamente) il risarcimento del danno (conseguente all'accertamento dell'illecito già perpetrato) e la liquidazione della partecipazione (al valore patrimoniale risultante alla data di presentazione (sempre che non emerga un pericolo di stabilità patrimoniale della società, per quanto rilevabile con un *solvency test*); e tuttavia, in assenza di una espressa previsione, l'esercizio del recesso non può che seguire all'accertamento della condotta illecita di sviamento di *assetts* patrimoniali in favore (diretto o indiretto) del gruppo dei soci di maggioranza[30].

---

partnerships, a livello di disciplina processuale federale (*Federal Rules of Civil Procedure for the United States District Courts*) e dalle legislazioni dei singoli Stati. In Spagna la disciplina appare equivalente a quella italiana, in quanto non esiste una disciplina sull'azione di responsabilità nelle società di persone, mentre nelle società di capitali la competenza assembleare viene ad essere superata soltanto in caso dell'attribuzione di legittimazioni sostitutive a quote di minoranza.

30 Insomma, di regola il carattere oppressivo della gestione dovrebbe di regola profilarsi in quelle fattispecie che –diversamente dal compimento di atti illeciti in danno della intera società- risultino gravemente lesive di una regola di correttezza nell'attuazione dei rapporti societari, il che viene a rientrare in sostanza nell'abuso di potere della gestione (e della maggioranza che la influenza) in danno dei soci di minoranza.

Un cenno a parte deve essere riservato alla possibilità di applicare la disciplina delle operazioni con *parti correlate*, nell'ordinamento italiano limitato alle società con azioni quotate (secondo i principi dettati dalla Consob, cfr. art. 2391 *bis* c.c., come an che riformato dal d. lgs. 27 marzo 2026 n. 47) e che nella EU Inc. viene considerata a carattere opzionale, e rimessa ad una precisa scelta statutaria (cfr. art. 46 I co. Prop. Reg.), ivi inclusa la possibilità di vietare specifiche transazioni che –per obiettivo, prezzo o altre caratteristiche- risultino in conflitto con il "best interest" della company.

Il II comma dell'art. 46 Prop. Reg. sanziona la violazione delle previsioni statutarie in tema di parti correlate, con la responsabilità degli *amministratori* e dei *soci* per i danni derivati dal compimento delle transazioni vietate.

Questa disciplina sembra confermare la capacità di coinvolgimento del socio che in tal caso sembra trovare fondamento (più che in una corresponsabilità solidale nell'atto gestorio) in una violazione di un dovere di correttezza nell'esecuzione del contratto di società, che si viene a tradurre nell'inadempimento delle prescrizioni previste per il compimento dell'operazione correlata.

Qui il socio viene chiamato a rispondere (nei confronti della società) non tanto per il coinvolgimento nell'illecito gestorio in sé, ma per essere parte dell'operazione vietata o comunque avvenuta in violazione dei requisiti e condizioni prescritte dallo Statuto. Sembra trattarsi dunque di una responsabilità *contrattuale* (senza però potersi

Evidente che la individuazione dei casi resti rimessa all'elaborazione giurisprudenziale –il cui ambito applicativo anche qui vede un significativo ampliamento, in definitiva contribuendo a smussare ulteriormente le differenze fra regimi di *civil law* e *common law*- dovendosi tenere in debito conto di "all relevant circumstances of the individual case": ma –e questo appare forse il punto più delicato e quindi critico-lo stesso cons. n. 37 sottolinea che l'accertamento della fattispecie dovrebbe riservarsi ad "*exceptional* cases of *flagrant* prejudice".

Sull'applicazione effettiva di queste *rules*, che fanno riferimento ad un concetto di condotta oppressiva contraddistinta da ingiustizia ed evidente pregiudizio, viene così a far perno il successo del nuovo istituto. La dichiarata eccezionalità del campo di applicazione viceversa, sembra doversi intendere nel segno della necessità per l'appunto di identificarne i presupposti in modo ragionevolmente cauto ed effettivo.

E tuttavia forse qualcosa di più potrebbe precisarsi, anche considerato il rischio –alquanto elevato- di disarmonie e conflitti giurisprudenziali che –rispetto all'attuazione dell'abuso del diritto in ambito societario (il riferimento chiaramente riguarda l'impugnativa delle delibere assembleari per abuso di potere della maggioranza), non è mai riuscito a decollare[31].

Nella logica di quello che è sembrato potersi configurare come un concetto "allargato" di gestione (rispetto alla formale e tradizionale ripartizione organica delle funzioni, ed al principio di esclusività della gestione in capo agli amministratori), non appare forse qui irragionevole pensare ad una estensione della facoltà di recesso per un carattere oppressivo emergente anche dalla ingiustificata distribuzione dell'utile.

In verità, in una società (lucrativa, ex art. 2247 c.c.), l'interesse concreto del socio risiede nella possibilità di influenzare la gestione –nominando gli amministratori e così partecipando ai correlati vantaggi indiretti- ovvero di percepire l'utile.

---

escludere –in linea di principio- la configurabilità in via cumulativa della responsabilità nei confronti dei creditori).

Va segnalato tuttavia che il first Presidency Compromise text -Council of the European Union 17 luglio 2026- aggiunge all'art. 46 I co una fattispecie di applicazione obbligatoria: "when the EU Inc. company is negotiating a transaction with a director or a shareholder of the company, the director or shareholder concerned shall discolse the draft to the board of directors before signing. The requirement shall not apply to transactions entered in the ordinary course of business and concluded on normal market terms".

31 In tal senso, I. CAPELLI, Intervento all'incontro di studio organizzato da *Orizzonti del diritto commerciale*, per cui la norma dovrebbe essere meglio circostanziata, anche considerata la "ambiguità" della dottrina italiana in tema di abuso della maggioranza.

Sulla correlazione fra abuso di potere della maggioranza e diritto di recesso del socio di minoranza, vedi già il *Progetto di Codice Commerciale Europeo*, promosso nel Rapporto Letta 2024, Libro 4 *Diritto societario*, con riferimento alla *Società Europea Semplificata*, art. 4.2.2.3.15: "fatti salvi gli altri casi previsti dallo Statuto, *un azionista può recedere di sua iniziativa nei seguenti casi: … l'azionista o gli azioni di maggioranza hanno adottato una o più decisioni che hanno gravemente danneggiato gli interessi dell'azionista recedente al solo scopo di favorire gli azionisti di maggioranza a scapito degli altri azionisti*".

ISSN 2036-7821

La qualificazione di una "gestione oppressiva" sembra doversi riconnettere qui all'alveo primitivo di una "*manifesta iniquità*"[32], tale da poter far ritenere violato il dato aggregante (in osservanza del principio di buona fede e correttezza) dell' "esercizio in comune dell'attività economica", da cui viene a discendere la destinazione dei risultati dell'impresa collettiva.

Altri ordinamenti appaiono già orientati ad accogliere una soluzione del genere.

Nell'ordinamento italiano, la dottrina appare concorde nel ritenere inammissibile un diritto al dividendo del socio nelle società di capitali, in assenza di una delibera (non solo di approvazione del bilancio come invece ritenuto sufficiente nelle società di persone[33], ma anche) di distribuzione, rimessa al potere della maggioranza[34]; e salvo

32 L'espressione è tratta (dall'art. 1349 c.c. rispetto alla determinazione da parte del terzo arbitratore dell'oggetto del contratto, e quindi ricavata alla base dell'argomentazione giuridica) da T. ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, in *Riv.dir.comm*. 1950, p. 159 ss., il quale interpretava la norma dell'art. 2433 c.c. nel senso della attribuzione all'assemblea del potere discrezionale non di deliberare la distribuzione (che in assenza di diversa disposizione disposizione statutaria, riteneva insopprimibile), ma soltanto delle relative modalità (anche temporali, di erogazione), in ciò rinvenendosi la vera differenza con le società di persone (e la disciplina dell'art. 2262 c.c.): "perciò, nel silenzio dello statuto, una deliberazione a maggioranza non può accantonare gli utili (distribuibili) a riserva o riportarli continuamente a nuovo"; diversamente la deliberazione può essere annullata per "*manifesta iniquità*" che deriva dalla violazione dei limiti dell'*arbitrium boni viri* sul quale riposa il potere della maggioranza" (p. 170).

Cfr. ancora A. GRAZIANI, *Società per azioni*, in *Riv.dir.comm*. 1949, I, 265, che riteneva identificabile una norma consuetudinaria diretta a garantire –in caso di utile distribuibile- la percezione di un dividendo pari all'interesse legale sulla base del valore nominale delle azioni.

L'analisi di questo risalente dibattito dottrinario consente di comprendere come quello che ora appare quasi indiscutibile (il potere di disposizione della assemblea in ordine alla destinazione dell'utile) sia in realtà il risultato del consolidamento di un principio (di stabilità) dell'impresa societaria, prevalso nel contesto socio-economico della ricostruzione industriale del dopoguerra. Ma che in principio non era affatto scontato e che non appare –su questa stessa base- insuscettibile di una qualche rimeditazione.

33 Sulla tradizionale distinzione a tal proposito fra società di persone e società di capitali rispetto alla maturazione del diritto (in termini di posizione giuridica soggettiva attiva) che nel primo caso richiede semplicemente l'approvazione del rendiconto (o del bilancio) e nel secondo caso anche la delibera di distribuzione (del dividendo), cfr. G. FERRI sn., *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv.dir.comm*. 1963, p. 405 ss.; sulla insorgenza del diritto agli utili nella società semplice con l'approvazione del rendiconto vedi G. FERRI jr., *Rendiconto e bilancio nelle società di persone*, in *Riv.dir.comm*. 2025, p. 169 ss., che mette in evidenza la diversità (funzionale, il primo di controllo sull'operato degli amministratori, il secondo di contabilità) dei rendiconti previsti dagli artt. 2261 e 2262 c.c. e la maggiore complessità che il documento contabile acquista nella società in nome collettivo e nella società in accomandita semplice in quanto società commerciali; vedi anche G. TARANTINO, *Diritto agli utili e diritto al dividendo nel pensiero di Alfredo de Gregorio: rileggendo "i bilanci delle società anonime nella loro disciplina giuridica"*, in *Riv.dir.comm*. 2025, p. 29 ss.

34 Il problema risiede come noto nella definizione dell'abuso di potere della maggioranza e della violazione dei principi di correttezza e buona fede, su cui in generale vedi T. ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, in *Riv.dir.comm*. 1950, p. 169 ss.., di recente G.C.M. RIVOLTA, *In tema di abuso e di frode nel diritto societario,* in *Riv.dir.comm*. 2024, p. 221 ss, E. LA MARCA, *Abuso di potere nelle deliberazioni assembleari, interesse sociale legittimante e finalità fraudolenta: un tentativo di alleggerire la fattispecie*, in *Riv. dir. comm*. 2018, p. 497 ss.

Con riferimento specifico alla omessa distribuzione dell'utile (rispetto alle note difficoltà di annullare la delibera negativa ed individuare il vizio caducativo dell'abuso di potere) qualche spiraglio lentamente sembra si stia aprendo in giurisprudenza: per l'annullamento da abuso di potere nella omessa distribuzione dell'utile in presenza di una situazione contraddistinta da compensi per gli amministratori sproporzionatamente elevati ed

ISSN 2036-7821

il limite della verifica della osservanza delle regole di buona fede e correttezza. Alcuna facoltà di recesso risulta invece sostenibile –sulla base dei dati di diritto positivo- in funzione delle vicende inerenti la distribuzione dell'utile.

Viceversa, negli U.S. la condotta oppressiva è disciplinata dal *Model Business Corporation Act* (MBCA) sec. 14.30 (a) (2) (ii), ove l'*unfair prejudice* del socio di minoranza può derivare dalla esclusione dalla partecipazione alla gestione ovvero dalla mancata distribuzione dei dividendi[35].

In U.K. la materia è disciplinata dal *Companies Act* del 2006, part. 30 "Protection of members against unfair prejudice": qui la sect. 994 (1) (a) prevede espressamente il

---

assenza di reali esigenze di accantonamenti, Trib. Vicenza 12 maggio 2020, in *ilsocietario.it* 2020 con nota di V. SANGIOVANNI, ove si evidenzia il diritto del socio a ricevere un'adeguata remunerazione dell'investimento in società, configurandosi l'abuso di potere in presenza di: *a)* una deviazione dallo scopo economico della società; *b)* un pregiudizio del socio di minoranza in assenza di un legittimante interesse sociale"; Trib. Milano, sez. B spec.impr., 24 marzo 2021, in *Riv.dir.comm*. 2022, p. 605, con nota di L. TRONCI, *Accantonamento degli utili: prove di equilibrismo tra motivazione della delibera, abuso della maggioranza e business judgment rule*;con riferimento nella giurisprudenza di legittimità, vedi Cass. 28 maggio 2020 n. 10096, in ilsocietario.it 2020 con nota di A. FRANCHI, *L'abuso della maggioranza negli organi collegiali: gli elementi costitutivi e le conseguenze dell'abuso*; nonché (più in generale sulla distinzione fra eccesso ed abuso di potere delle deliberazioni assembleari), Cass. n. 27397 del 2005, Cass. n. 6361 del 2003, Cass. n. 15599 del 2000, Cass. n. 2958 del 1993

Una rivalutazione del principio di buona fede è prevista anche all'interno del *Progetto di Codice europeo dei contratti*, cfr. art. 32, I co. lett. d) rispetto alle clausole necessarie a garantire gli "effetti voluti", art. 39, IV co., per la interpretazione (buona fede e ragionevolezza), art. 44 per i "fattori extraconsensuali" (per il riferimento agli usi, alla *buona fede* ed all'*equità*), e l'art. 75 per le modalità esecutive nella diligenza, per il riferimento al caso specifco, in base agli accordi, alle circostanze e alla prassi corrente.

Con riferimento alla configurabilità di un abuso del diritto di voto nella delibera negativa di approvazione del bilancio (per provocare lo scioglimento della società), Trib. Catania 10 agosto 2007 in *Riv.dir.comm*. 2009 p. 27 ss., con nota di M. ROSSI, *Osservazioni in tema di deliberazioni negative e di abuso del diritto di voto;* ID., *Osservazioni in tema di abuso di maggioranza*, in *Riv.dir.comm*. 2009, p. 1 ss..

Per la distinzione fra la fattispecie dell'abuso del voto in danno alla società e quella (residuale) dell'abuso del potere dell'assemblea (e così della maggioranza) in danno dei soci di minoranza, F. GUERRERA, *Abuso del voto e controllo "di correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv.soc*. 2002, p. 181 ss., che sottolinea la rilevanza della violazione dei principi di correttezza e buona fede ex art. 1175 e 1375 c.c., allorquando si concretizzi la possibilità –per il gruppo di maggioranza- "di disattendere le aspettative patrimoniali o di frustrarne le aspirazioni di influenza gestionale"; così risalendosi al profilo -più generale- di una "liceità della condotta di voto", ove "mentre l'imputazione al socio di una (cor)responsabilità verso i creditori ed i terzi per i danni riconducibili all'attività deliberativa assembleare si lascia più facilmente giustificare… l'applicazione nei rapporti interni dello strumento della responsabilità *contrattuale* presenta risvolti più problematici per via del fatto che gli interessi coinvolti dall'attuazione (o dalla modificazione) del contratto sociale risultano per ciò stesso *volontariamente* assoggettati all'ordinamento "di gruppo" e alle sue peculiari forme di protezione"; ID., *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004.

35 Negli U.S. non vi è un'unica legge federale, ma molti Stati adottano il *Model Business Corporation Act*, sez. 14.30 (a)(2)(ii) che consente al socio di chiedere perfino la liquidazione della società: ""the court may dissolve a corporation… in a proceeding by a shareholder if is esatblished that: … the directors or those in control of the corporation have acted, are acting, or will act in a manner that is illegal, *oppressive,* or *fraudulent*"; fra gli *official comments*: "in other instances, action that is "illegal" or "fraudulent" under section 14.30 (a)(2)(ii) may be severely prejudicial to the interests of an individual shareholders, whereas conduct that is illegal with respect to the entire corporation may be remedied by other causes of action ander the Act". La condotta è generalmente ritenuta oppressiva se comprime le "*reasonable expectations*" del socio, in termini sia di *partecipazione alla gestione* che di *distribuzione dei dividendi*.

ISSN 2036-7821

potere del socio di adire la Corte allorquando la gestione sia condotta in modo da arrecare ingiusto pregiudizio all'interesse anche soltanto di alcuni membri[36].
In Cina la *Company Law of People's Republic of China* (approvata con Presidential decree 29 dicembre 2023 n. 15) all'art. 161[37], ha previsto il diritto del socio opponente (che abbia manifestato voto contrario alla delibera negativa di distribuzione dell'utile) di chiedere alla società l'acquisto delle proprie azioni o quote ad un prezzo ragionevole nel caso in cui la società abbia per cinque anni consecutivi prodotto l'utile, ed abbia omesso di distribuirlo.
Ed in Spagna l'art. 348 *bis* della *Ley de Sociedades de Capital* (LSC)[38] ha introdotto la possibilità per il socio di minoranza di s.r.l. e s.p.a. di esercitare il diritto di recesso, se l'assemblea non delibera la distribuzione di almeno il venticinque per cento degli utili distribuibili dell'esercizio precedente e laddove per i tre esercizi anteriori si sia prodotto utile distribuibile e non sia stato distribuito.
E' proprio quest'ultima disposizione –quella della Spagna, che è Paese membro della Comunità Europea- a segnalarsi in modo particolare per una possibile connessione

36 *Company Act 2006*, part.30 (*protection of members against unfair prejudice*), sect. 994.1: "a member of a company may apply to the court by petition for an order under this Part on the ground –a)that *the company's affairs are being or have been conducted in a manner that is unfairly prejudicial to the interests of members generally or of some part of its members (including at least himself)*, or b) that an actual or proposed act or omission of the company (including an act or omission on its behalf) is or would be so prejudicial".

Si tratta di un ingiusto pregiudizio rispetto ai propri interessi, ove il Tribunale può emettere una serie di provvedimenti fra cui un *buy-out order* e cioè l'ordine di acquisto delle azioni da parte della maggioranza ad un equo valore di mercato, l'inibizione a proseguire deterrminate attività ovvero in ultima analisi anche lo scioglimento della società. viceversa nel caso di violazione del dovere di realizzare l'interesse sociale e di pregiudizio alla società, lo strumento di protezione è dato dalla *derivative action* prevista dalla *sect.* 260.

L'*unfair prejudice* può consistere ad es. nella omessa distribuzione dei dividendi a fronte della percezione di altri vantaggi da parte della maggioranza, come elevati compensi per gli amministratori ovvero operazioni con parti correlate e spostamento di valori ed *assets* patrimoniali verso altre società controllate dalla maggioranza.

37 In vigore dal 1 luglio 2024, ed esteso a tutte le *Limited Liability Companies* (ma con esclusione delle grandi imprese quotate soggette a rilevanti "securities laws", ma già in precedenza l'art. 74 della Legge sulle società approvata con Decreto Presidenziale n. 15 del 26 ottobre 2018, prevedeva una disposizione simile.

38 Art. 348 *bis*, *Ley de Sociedades de Capital* (approvata con Real Decreto Legislativo 2 luglio 2010 n.1), *Derecho de separacio en caso de distribution de dividendos*: 1. Sin perjudicio de lo dispuesto en la disposicion adicional undecima, salvo disposicion contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripcion en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio o socia que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos *tendrà derecho de separacion en el caso de que la junta general no acordara la distribucio com dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejericicios anteriores*. Sin embargo, aun cuando se produzca la anterior circumstancia, el derecho de separacion no surgirà si el total de los dividendos distribuidos durante los ultimos cinco anos equivale, pro lo menos, veinticinco por ciento de los beneficios legalmente distribuibles registrados en dicho periodo. Lo sipuosto en el parrafo anterior se entenderà sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnacion de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran cooresponder…" Il V comma della disciplina stabilisce casi di esclusione, fra cui le soecietà quotate, le società sottoposte a procedure concorsuale e quelle che abbiano proposto domanda per l'ammissione ad una procedura di insolvenza o di soluzione della crisi, accordi di rifinanziamento rispondenti alle condizioni della legislazione concorsuale, e società anonime sportive.

ISSN 2036-7821

fra l'abuso di potere per la mancata distribuzione dell'utile e la gestione oppressiva prevista dalla Prop. Reg. della EU Inc..

Vi potrebbe essere un vantaggio competitivo per una EU Inc. con sede in Spagna, ove sembra consentito riconoscere il diritto di *withdrawal* per gestione *in oppressive manner* ex art. 52 Prop. Reg. anche in presenza di una fattispecie di omessa distribuzione dell'utile (almeno) secondo i parametri già fissati dalla *Ley de Sociedades de Capital* all'art. 348 *bis*.

Questa possibile asimmetria tuttavia –unitamente alla avvertita esigenza, espressamente dichiarata fra i principi ispiratori della Prop. Reg., di implementare la competitività delle PMI europee in termini di innovatività e capacità attrattiva degli investimenti- può forse anche giocare un ruolo virtuoso: sollecitando un processo di rafforzamento della tutela in presenza di fattispecie di ingiusta compressione del diritto alla distribuzione dell'utile[39]: e ciò sia spingendo per una estensione del campo applicativo dell'art. 52 Prop. Reg., che –più in generale- in termini di ripensamento della categoria dell'abuso di potere della maggioranza in sede di distribuzione dell'utile (ove forse anche un intervento del legislatore nazionale, non sembra da questo punto di vista inopportuno).

In verità, recuperare un'equilibrata e giusta dimensione della essenzialità del diritto all'utile nella società lucrativa ex art 2247 c.c., appare una esigenza realmente avvertita nell'ambito della *new economy*.

In particolare, con riferimento al contesto delle *start-up* innovative, è noto come l'art. 25 d.l. n. 179/2012 abbia introdotto un divieto di distribuzione degli utili nel periodo di permanenza nella sezione speciale del Registro delle imprese (sostanzialmente per sostenere il reinvestimento e la promozione dell'idea imprenditoriale e l'innovatività)[40].

Siffatto divieto legale di distribuzione degli utili (connesso allo *status* di *start-up* innovativa e forse da riconsiderare in rapporto al Progetto EU Inc.) non appare in fondo incompatibile con una previsione statutaria che garantisca il ritorno dell'investimento in forma di ripartizione dell'utile; e nemmeno con l'applicabilità di

39 L'art. 72 Prop. Reg. attribuisce la competenza della decisione di distribuzione al *general meeting*, ma il comma II della medesima disposizione consente la differente scelta statutaria di attribuzione al *board of directors* ovvero altro organo.

40 Soltanto scaduto il periodo di cinque anni e venuto meno lo *status* formale di *start up* innovativa, la società può procedere alla distribuzione dell'utile. La disposizione italiana sembrerebbe trovare una sua *ratio* nella circostanza (eventualmente da riponderare a fronte della introduzione della disciplina europea e degli effetti competitivi che ne derivino) i primi anni di attività siano contraddistinti da un periodo di incertezza rispetto al perseguimento degli obiettivi prefissati, il che richiede anche una particolare cautela e può quindi giustificare una tesorizzazione in vista di eventuali ulteriori sforzi economici ed investimenti. Superata tuttavia la fase di lancio, ci si può trovare di fronte ad una crescita e quindi ad una situazione consolidata (e qui si apre la possibilità della divisione dell'utile) ovvero una crisi fino all'insolvenza: cfr. da questo punto di vista, le disposizioni della Proposta Reg. riservate alla *solvent liquidation* (art. 80) e *fast-truck liquidation* (art. 83 ss.); nonché –con riferimento specifico alla insolvenza di *start up* innovative, *Chapter X – Insolvency proceedings winding-up of insolvent EU Inc. companies that are innovative stratups*, art. 88 ss.

ISSN 2036-7821

una regola di protezione del socio di minoranza per *oppressive manner* della gestione, tradottasi in un sostanziale "congelamento" dell'investimento in società[41].
L'esigenza di rispondere alle sfide della competitività globale può forse contribuire a superare alcune criticità della disciplina societaria che nella loro applicazione effettiva hanno determinato (per il socio investitore che si trovi ad un certo punto isolato) a subire la conduzione dell'impresa societaria da parte di un gruppo di maggioranza ostile.
Il che –con riferimento specifico alla divisione dell'utile- appare foriero di interesse anche in termini più generali per una rivalorizzazione del scopo soggettivo, forse anche a ragionevole compensazione delle istanze di coinvolgimento di ulteriori diversi interessi (lavoratori, *stakeholders*, mercato) e se del caso della perseguibilità di un "successo sostenibile".

6. Conclusioni: il filo conduttore dell'esecuzione in buona fede e correttezza nell'ambito di un prisma organizzativo semplificato di "esercizio in comune dell'attività economica", e le sue conseguenze fra responsabilità gestorie ed esigenze di protezione dell'investimento.

Dalle osservazioni che precedono emerge complessivamente il quadro di un nuovo modello di gestione che adotta uno schema semplificato di struttura organizzativa per lo svolgimento dell'impresa societaria.
Per quanto risultino innegabili similitudini con il tipo s.r.l., la nuova organizzazione appare contraddistinta da elementi peculiari, da cui traspare una maggiore trasparenza nei rapporti soci – amministratori ed una rivalorizzazione del principio di buona fede e correttezza nello svolgimento dei rapporti societari.
La possibilità dell'ingerenza dei soci rispetto alla gestione e la considerata constatazione che gli amministratori finiscano per operare di fatto quali mandatari di un gruppo di comando, viene a stabilire il fondamento per produrre significative conseguenze.
Da una parte, al potere di impartire istruzioni può corrispondere una estensione della responsabilità per danno da illecito gestorio, in capo ai soci che abbiano

41 E ciò anche e soprattutto in presenza di un'omessa ed ingiustificata distribuzione degli utili, venuta meno la qualifica di *start up* innovativa, anche rispetto se del caso agli utili accumulati per l'osservanza del divieto legale nei primi anni di attività. Cfr. parere MISE (oggi MIMIT) n. 141349 del 2016, che sottolinea come il divieto di distribuzione degli utili si debba intendere circoscritto al periodo di permanenza dello status di *start up* innovativa, con la conseguenza che –venuta meno quella qualifica- anche gli utili nel frattempo accantonati divengono distribuibili.
In verità, la distribuzione dell'utile (già accantonato) una volta cessato lo *status* di *start up* innovativa, viene a rappresentare il giusto premio per i soci a fronte della promozione di una idea innovativa che si sia rivelata conti alla mano –effettivamente- di successo.
D'altra parte, il periodo di cinque anni rappresenta un ragionevole *range* temporale, che di fatti è considerato rilevante ai fini della condotta di *oppressive manner* negli ordinamenti in cui questa speciale tutela in presenza di omessa ingiustificata distribuzione degli utili, risulti già introdotta (con indubbio vantaggio competitivo).

ISSN 2036-7821

impartito le istruzioni o comunque –ex art. 2476 VIII co. c.c.- che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato atti in danno della società, gli altri soci o i terzi.

Dall'altra parte, l'emergere di un colorito oppressivo della gestione –magari in presenza della conduzione dell'impresa di concerto fra amministratori e soci di maggioranza- viene a stabilire la base per l'esercizio di una nuova facoltà di recesso; con effetti che (a riprova della sostanziale scelta di "contrattualizzazione" dei conflitti *endo*-societari) risultano essere estensibili direttamente nei confronti degli altri soci.

In questo ambito, contraddistinto da sfumature ed elasticità nella regolazione rispetto ai tradizionali confini funzionali (fra competenze assembleari ed amministrative), non è sembrato irragionevole ipotizzare –anche *de iure condendo*- una estensione della facoltà di recesso a fattispecie di "*manifesta iniquità*" nella omissione di distribuzione dell'utile.

Ciò che peraltro –come visto- in altri ordinamenti (non solo di *common law*) risulta in realtà già inquadrabile in una fattispecie di "*unfair prejudice*"-

Un "riequilibrio" della effettività delle aspettative patrimoniali del socio sembra poter giocare un ruolo virtuoso nel promuovere investimenti, e con riferimento specifico alle *start up* può rappresentare un veicolo premiale a fronte del superamento di un fisiologico periodo iniziale di ristrettezza (con il correlato divieto di distribuzione *ex lege*) per il lancio dell'idea innovativa.

Le criticità sono sicuramente destinate a presentarsi specie in ambito applicativo e sotto il profilo della omogeneità (e qualcuna è già stata sopra segnalata), ma in fondo il giudizio complessivo sulle linee valoriali di questo Progetto non appare così negativo. O comunque, vale la pena di provare.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Le linee evolutive del *golden power* nei più recenti interventi normativi e giurisprudenziali

di **Alessandro De Santis**

(Magistrato della Corte dei Conti, già Magistrato ordinario)

e **Lorenzo Maria Pappalardo**

(Praticante avvocato, Tirocinante presso il TAR Campania – Napoli)

Sommario

1. Introduzione. 2. La vicenda Cedacri. 3. La sentenza del T.A.R. Lazio, sezione I, 22 maggio 2024, n. 10275. 4. La sentenza del Consiglio di Stato, sezione IV, 5 dicembre 2025, n. 9619. 5. Il nuovo *zietgeist*: l'ascesa della sicurezza nazionale. 6. L'effettiva portata della sentenza n. 9619/2025 del Consiglio di Stato. 7. Il caso Unicredit-Banco BPM ed il "nuovo" golden power *ex* d.l. n. 175/2025, come modificato dalla l. n. 4/2026. 8. Un raffronto tra le pronunzie sui casi Unicredit e Cedacri e la novella legislativa. 9. Conclusioni.

Abstract

Italian FDI screening mechanism saw two relevant judicial decisions in 2025. In particular, the Council of State (judgment 9619/2025) quashed a measure on substantive grounds, in contrast to the traditional judicial deference to executive discretion. This work aims to assess the ruling's significance — less revolutionary than it appears — comparing it with the evolution of Italian FDI screening in the financial sector, specifically, the 2026 legislative amendment and the Unicredit judgment.

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

1. Introduzione.

I poteri speciali (o *Golden Powers*) di cui al decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21 sono stati oggetto di una graduale perimetrazione operativa, parallela all'aumento della loro centralità, di derivazione principalmente pretoria; nel contempo, l'istituto è stato più volte rimodellato da interventi legislativi, secondo le direttrici, da una parte, dell'ampliamento del suo ambito applicativo e della sua incisività e, dall'altra, della sua conformità alla normativa euro-unitaria.

In siffatto panorama, la pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato, sezione IV, 5 dicembre 2025, n. 9619 ha generato attenzione tra gli operatori del diritto per la sua apparente innovatività. Essa è, infatti, la prima pronunzia di annullamento di un provvedimento d'esercizio dei poteri speciali non fondata sul rilievo di "meri" vizi procedurali.

La decisione in argomento, in realtà, presenta molteplici profili di interesse: in primo luogo, offre un'ampia panoramica ricostruttiva dell'istituto, poco dopo oggetto di una ulteriore riforma intervenuta nel 2026 e volta a limarne i punti di frizione col diritto unionale. Ancora, la sentenza pare anticipare lo spirito della summenzionata riforma e il riassestamento della disciplina derivante dalla presente congiuntura storica, in parallelo, su un altro versante, con il principale caso giudiziario inerente all'esercizio dei poteri speciali intervenuto nel corso dell'ultimo anno, ossia il *caso Unicredit*. In ultimo, sembrerebbe costituire una almeno parziale inversione rispetto all'asserita tendenza, da parte della giurisprudenza amministrativa, ad esercitare un sindacato sui provvedimenti d'esercizio dei poteri speciali particolarmente rispettoso delle prerogative governative[1] e, dunque, connotato da un atteggiamento di *self-restraint*.

In tale ottica, con il presente lavoro, svolto un necessario riepilogo della vicenda sottesa e delle divergenti pronunce di primo e secondo grado, si tenterà di inquadrare il più ampio fenomeno dei poteri speciali nell'ambito delle principali linee di tendenza emergenti con riferimento all'istituto in parola, tenendo conto dell'aumento del "peso" di tale strumento in una fase di "ritorno della storia" e rinnovata attività statuale, cui corrisponde l'estensione del concetto di sicurezza nazionale; nonché di cogliere la portata del sindacato giudiziale su questo peculiare atto d'alta amministrazione e la sovrapposizione e i possibili profili di conflitto della normativa di scrutinio degli investimenti esteri (e, ormai, anche comunitari e nazionali) con la normativa posta a tutela di altri interessi.

In ultimo, si opererà un raffronto con la sentenza del T.A.R. Lazio – Roma, 12 luglio 2025, n. 13748, relativa al caso che ha visto contrapposti la Presidenza del Consiglio e Unicredit e che ha dato l'abbrivio ad una procedura di infrazione avviata dalla

[1] In tal senso, L. BELVISO, *Il caso Cedacri: la continua espansione del perimetro del golden power e il sindacato del giudice amministrativo sui poteri speciali*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2024, fasc. 4, p. 950 ss., commentando la sentenza di primo grado (TAR Lazio, 22 maggio 2024, n. 10275).

ISSN 2036-7821

Commissione UE, cui l'Italia ha inteso porre argine attuando una parziale riforma della disciplina d'esercizio dei poteri speciali.

2. La vicenda *Cedacri*

Il caso trae origine da una duplice operazione finanziaria attuata dal gruppo ION, un conglomerato di diritto lussemburghese con sede operativa a Londra[2].

Il gruppo, nel 2021, acquisì – tramite la propria società veicolo Cedacri MergeCO s.p.a., controllata a sua volta dalla DGB Bidco Holdings Limited, facente capo al gruppo ION – la Cedacri s.p.a., società fornitrice di servizi informatici in ambito bancario e finanziario; l'operazione era stata previamente notificata alla Presidenza del Consiglio e attuata a seguito della delibera di non esercizio dei poteri speciali.

Nel 2022, MergeCO emise titoli obbligazionari fungibili con quelli del prestito obbligazionario originario, conseguentemente lievitato. Ancora, nel medesimo anno, Cedacri aveva inviato notifica alla Presidenza del Consiglio, volendo attuare una fusione per incorporazione di MergeCO nella stessa Cedacri, cui venne trasferito il sopraddetto debito, mentre l'azionista di controllo di Cedacri aveva garantito il rimborso dei suddetti prestiti mediante il rilascio di pegni sulle azioni di Cedacri; l'operazione fu autorizzata dall'Amministrazione senza prescrizioni.

In data 8 maggio 2023, il consiglio d'amministrazione della controllata Cedacri ha approvato l'emissione di un prestito obbligazionario a tasso variabile con estensione, a garanzia del prestito stesso, di pegni sulla totalità delle azioni societarie detenute dalla DGB, di pegni su dei conti correnti di Cedacri e, in ultimo, su eventuali crediti di DGB verso Cedacri; è venuta così a delinearsi una duplice operazione, composta dall'operazione di finanziamento (un mutuo) e dalla costituzione di un pegno sul proprio capitale azionario.

Occorre rilevare che lo scopo principale dell'iniziale emissione di titoli per 275 milioni di Euro era la distribuzione di dividendi straordinari agli azionisti e che la costituzione di pegni sulle azioni societarie derivava dall'estensione di pegni già vagliati dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Inoltre, l'atto costitutivo dei pegni prevedeva che i diritti relativi alle azioni gravate da tale "peso" rimanessero in capo all'emittente sino a che non si fosse verificato un inadempimento di quest'ultima e che, in tal caso, essi fossero esercitabili solo in conformità alla normativa in materia di poteri speciali di cui al d.l. n. 21/2012.

L'operazione di costituzione dei pegni è stata notificata il 29 maggio seguente alla Presidenza del Consiglio, che, a seguito di una complessa istruttoria, ha concluso il

[2] Sebbene la questione della nazionalità nel caso di specie non abbia avuto particolare rilievo, data l'indeterminatezza a priori dei creditori pignoratizi, si rammenta che la disciplina in materia di poteri speciali dedica, in base al settore in cui si svolge l'operazione scrutinata, particolare attenzione alle tre categorie nazionali di soggetto italiano, unionale ed extracomunitario, pur ammettendo la possibilità di sindacare anche l'operazione attuata da un soggetto nazionale.

procedimento con l'emissione del d.P.C.M., 27 luglio 2023, n. 3978, con il quale veniva prescritto che i prestiti garantiti dai pegni sui conti correnti e sulle azioni fossero utilizzati al solo fine di effettuare gli investimenti previsti dal piano industriale di Cedacri e quelli funzionali a garantire continuità, sviluppo e rafforzamento degli attivi strategici detenuti. Inoltre, per permettere il controllo sull'attuazione delle citate disposizioni, il provvedimento ha imposto l'invio all'Amministrazione competente di relazioni trimestrali che dessero conto dell'implementazione del succitato piano.

3. La sentenza del T.A.R. Lazio, sezione I, 22 maggio 2024, n. 10275

La Cedacri s.p.a. ha impugnato il predetto d.P.C.M., nonché la relazione tecnica del Ministero dell'Economia e delle Finanze acquisita nell'ambito dell'attività istruttoria, innanzi al competente TAR Lazio, formulando una serie di censure riassumibili come segue:

1) l'esercizio dei poteri avrebbe esorbitato l'ambito applicativo della normativa, atteso che l'operazione *de quo* non avrebbe integrato alcuna modifica della titolarità, del controllo o della disponibilità di attivi strategici, in quanto una modifica si sarebbe avuta solo in caso di *default* della ricorrente, che, peraltro, avrebbe potuto esercitare il diritto di voto nella sola assemblea straordinaria; per di più, la ricorrente non sarebbe da considerarsi operatore finanziario e l'Amministrazione avrebbe mancato di considerare che la quota di fatturato connesso all'area *core banking* non raggiungerebbe la soglia di rilevanza di cui al d.P.C.M. n. 179/2020.

2) L'art. 2 del d.l. n. 21/2012 sarebbe stato violato anche perché l'istruttoria del M.E.F. avrebbe preso in considerazione fattori estranei all'oggetto della notifica, quali la sostenibilità dell'operazione.

3) Vieppiù, non si evincerebbe dal d.P.C.M. impugnato il ricorrere del pregiudizio all'interesse nazionale, il quale è posto dalla normativa a fondamento dell'esercizio di tali eccezionali e residuali (rispetto ad altri positivizzati rimedi) poteri; dunque, un rischio di lesione dell'interesse nazionale parrebbe non configurabile nel caso oggetto di esame, in virtù della concorrenzialità del settore in cui opera Cedacri, atteso che un rischio siffatto sarebbe ipotizzabile solo in presenza di regimi monopolistici o similari.

4) Infine, emergerebbe un profilo di contraddittorietà del provvedimento, nella parte in cui evidenzia la difformità tra le informazioni fornite da Cedacri nel procedimento in parola e quelle fornite attraverso precedenti notifiche – atteso che delle differenze sono fisiologiche in ragione del decorrere del tempo – nonché una sua illogicità, derivante dalla pretesa di invio di rapporti periodici volti alla verifica dell'utilizzo dei ricavi dell'operazione per i fini prescritti, la quale sarebbe impossibile per la naturale fungibilità del danaro.

L'adito Tribunale amministrativo ha reputato infondate le censure della ricorrente.

In primo luogo, il giudice amministrativo ha ritenuto la società emittente rientrante nell'ambito di applicazione soggettivo dei poteri speciali, stante la riconducibilità delle sue attività alle tecnologie critiche del settore bancario e considerata la non sostenibilità, alla luce del dato letterale, della tesi per cui il fatturato-soglia andrebbe computato con esclusivo riferimento alle attività *core banking*[3].

I giudici di prime cure hanno, altresì, evidenziato che, ai sensi dell'art. 2, co. 2-*bis*, d.l. n. 21/2012, la previsione di una notifica alla Presidenza del Consiglio in fase patologica non può ritenersi sufficiente a sterilizzare i rischi dell'operazione, poiché il creditore in garanzia non soddisfatto avrebbe potuto ottenere l'alienazione o assegnazione dei beni senza necessitare di un ulteriore atto dispositivo da parte del debitore inadempiente[4]. Peraltro, in tale ricostruzione, non rileverebbe l'attuata deroga di cui all'art. 2352 c.c. – inerente al mantenimento in capo al debitore dei diritti di voto – per tre ordini di ragioni: essa sarebbe modificabile pattiziamente in fase successiva; il diritto di voto non è l'unica prerogativa connessa alla titolarità delle quote azionarie; in fase patologica, un diritto di voto (in assemblea straordinaria) sarebbe pur sempre stato esercitabile[5]. In altre parole, ad avviso del Tar Lazio, l'estensione dei pegni su azioni e conti correnti produce effetti significativi sull'assetto patrimoniale della società e sulla sua capacità di gestione degli attivi strategici, poiché la costituzione del pegno attribuisce al creditore pignoratizio una causa legittima di prelazione, con una particolare modalità di soddisfacimento del credito e con una chiara incidenza sul patrimonio del debitore; di talché, posticipare la notifica al momento dell'assegnazione in garanzia integrerebbe una elusione della disciplina dei poteri speciali, rendendo l'intervenuto pubblico non efficace.

Inoltre, il consesso di primo grado ha ritenuto infondata anche la censura inerente al regime non monopolistico, ma concorrenziale, in cui operava la ricorrente, atteso che l'intervento dei poteri speciali poteva essere giustificato alla luce della dipendenza di molti istituti bancari nazionali dai servizi erogati dalla stessa.

In ultimo, sono state ritenute prive di pregio pure le doglianze riguardanti la presunta sproporzione dei vincoli d'utilizzo dei ricavi dell'operazione in quanto non indebitamente afflittive e volte a stigmatizzare una operazione inutile (la

[3] Questa interpretazione del dato normativo è ritenuta da L. BELVISO, *Il caso Cedacri*, *cit*., p. 961, esempio del supporto pretorio alle decisioni governative, essendo, peraltro, il parametro di strategicità delineato da una disposizione secondaria di origine governativa.

[4] *Ivi*, p. 961, che inquadra anche tale affermazione circa l'applicabilità della disciplina *Golden Power* come derivante da una eccessiva accondiscendenza alle tesi governative, che darebbe vita ad una interpretazione estensiva e teleologica della relativa disciplina.

[5] M. MECATTI, *Golden Power: i nuovi confini del controllo pubblico*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2025, fasc. 4, p. 834, ove si rileva come il giudice di prime cure abbia ampliato significativamente il perimetro applicativo dell'istituto, posto che era in passato orientamento pacifico presso il TAR Lazio quello secondo cui sono assolutamente tassative le operazioni suscettibili di scrutinio, non essendo la modifica in esame incidente sull'assetto strutturale dell'ente societario.

ISSN 2036-7821

distribuzione dei dividendi)[6].

Per tali motivi, il TAR Lazio ha respinto il ricorso di primo grado.

4. La sentenza del Consiglio di Stato, sezione IV, 5 dicembre 2025, n. 9619

Avverso la pronuncia di prime cure la parte soccombente ha instaurato giudizio d'appello, articolato su cinque censure, e segnatamente: 1) l'operazione non rientrerebbe nell'ambito di applicazione della disciplina di cui al d.l. n. 21/2012; 2) non sarebbe stato preso in esame nella prefata pronuncia il motivo di impugnazione vertente sulle valutazioni inerenti alla sostenibilità del piano industriale di Cedacri; 3) l'istruttoria del M.E.F., presupposto del d.P.C.M., sarebbe afflitta da criticità riverberatesi sul provvedimento; 4) l'inquadramento da parte del giudice amministrativo del mercato in cui opera Cedacri sarebbe erroneo; 5) il d.P.C.M. impugnato costituirebbe una mera riedizione di un potere già esercitato precedentemente, con conseguente necessario assoggettamento alla disciplina in materia di autotutela di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, non rispettata nel caso di specie.

Il Consiglio di Stato ha accolto il primo motivo d'appello, annullando l'impugnato provvedimento, senza esaminare i successivi motivi, essendo il primo assorbente.

Nello specifico, il motivo era fondato su due argomenti, vertenti, rispettivamente, sulla non riconducibilità delle azioni societarie agli *attivi strategici* di cui all'art. 2 del d.l. n. 21/2012 e sull'estraneità dell'operazione finanziaria rispetto al perimetro assoggettato a notifica ai sensi del comma 2-*bis* del medesimo articolo, in forza della deroga pattizia alla normale disciplina in materia di pegno. Il Consiglio di Stato ha ritenuto infondata la prima parte del motivo, militando in tal senso il rilievo che le azioni sono ritenute dai recenti arresti della giurisprudenza di legittimità quali beni di secondo grado, non completamente distinti dal patrimonio sociale; nel contempo, è stata accolta la seconda parte del motivo attraverso una ampia ricostruzione degli istituti coinvolti.

La sentenza delinea la natura del procedimento d'esercizio dei poteri speciali come bifasica, trattandosi di procedimento innescato dalla notifica dell'operazione, da cui scaturisce una fase istruttoria – avviata d'ufficio ove sia inadempiuto l'obbligo di notifica – seguita da una fase decisoria, nella quale si stabilisce se l'operazione rientri nel perimetro di esercizio dei poteri (in base a criteri oggettivi e soggettivi) o si ponga al di fuori di esso (cd. *operazioni escluse*), e, in caso di valutazione positiva, se debba essere esercitato il potere nelle sue varie forme e declinazioni.

I giudici d'appello inquadrano la fase istruttoria come caratterizzata da due verifiche, di natura rispettivamente soggettiva e oggettiva. La prima è imperniata su un controllo di strategicità dell'impresa, a sua volta inerente ai due aspetti dell'operare

[6] In riferimento a tale profilo, la dottrina ha condivisibilmente ravvisato una ulteriore stigmatizzazione, non solo da parte dell'Amministrazione, ma anche da parte del giudice amministrativo, di una condotta ritenuta economicamente irresponsabile; in tal senso, *Ivi*, p. 837.

ISSN 2036-7821

l'ente *de quo* in un settore strategico e della titolarità di attivi superiori alla soglia di legge; con riguardo alla strategicità di Cedacri, viene confermato quanto statuito dal giudice di primo grado, anche alla luce del rilievo della mancata reiterazione della tesi dello scorporo delle attività strategiche da parte dell'appellante.

Quanto alla verifica dell'ambito d'applicazione oggettivo, viene rilevato come la normativa preveda un elenco di operazioni nominate, sottoposte ad obbligo di notifica, cui si affianca la categoria residuale delle operazioni che abbiano come effetto la modifica di titolarità, controllo o disponibilità degli attivi strategici. Si osserva che contro l'interpretazione teleologica estensiva adottata dal T.A.R. Lazio militano vari argomenti, tra cui il tenore letterale dell'art. 2, comma 2-*bis*, il quale assoggetta al potere interdittivo sia alcune operazioni individuate in base all'oggetto (ad es. fusione societaria), sia tutte le operazioni, pur non individuate espressamente, che determinano quale effetto "*modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità*" degli attivi strategici.

Ebbene, la complessa operazione realizzata da Cedacri si compone di due momenti. Il primo è rappresentato dall'emissione e vendita di obbligazioni, ovverosia di un'operazione finalizzata al finanziamento dell'attività societaria; il secondo è costituito dalla creazione di una garanzia reale al fine di assicurare l'adempimento degli obblighi di restituzione del suddetto prestito obbligazionario, consistente nella costituzione di un pegno sulla maggioranza del proprio capitale azionario.

Tale complessa operazione, ad avviso del Collegio, assume una incidenza solo potenziale sul controllo della società *target* e come tale si pone al di fuori dell'ambito di applicazione della normativa sul *golden power*.

Infatti, l'art. 2, comma 2, d.l. n. 21/2012, letto in combinazione con il successivo comma 5, deve essere interpretato nel senso che un trasferimento di partecipazioni a titolo di garanzia, che non comporti modifiche nell'assetto di controllo di una società strategica, non rientri nei presupposti applicativi della disciplina in esame, non implicando un mutamento del controllo della *governance* societaria.

Del resto, la costituzione di un pegno su azioni determina di regola il trasferimento dei diritti patrimoniali e amministrativi in capo al creditore pignoratizio. E, quando ciò avvenga, non vi è dubbio che sorga l'obbligo di notifica in quanto ciò determina immediatamente un mutamento nella disponibilità (giuridica oltre che di fatto) degli attivi, avendo il creditore pignoratizio titolo per intervenire in assemblea e concorrere alla formazione della volontà dell'organo. Ma a conclusioni opposte deve giungersi quando le parti, come nel caso oggetto di esame, con una apposita convenzione, deroghino espressamente al regime legale sopra esposto. In particolare, quando, come è avvenuto nel caso del pegno costituito da Cedacri, si prevede, sul piano negoziale, che sia i diritti di natura patrimoniale sia quelli di natura amministrativa restino in capo al titolare della partecipazione sociale, si fuoriesce del campo di applicazione della normativa sul *golden power*, perché non si verifica

ISSN 2036-7821

nessuna conseguenza sulla struttura proprietaria dell'impresa.
In definitiva, il giudice d'appello chiarisce che la normativa in parola, eccezionale e fisiologicamente dotata di una certa indeterminatezza, non può ammettere interpretazioni estensive al punto tale da impedire un ragionevole margine di prevedibilità applicativa del quadro regolatorio della materia e da trasformare lo strumento da presidio per la sicurezza nazionale a leva di politica industriale. Ciò anche e soprattutto alla luce di un raffronto con analoghe normative estere e di una interpretazione conforme alle indicazioni della Consulta e della Corte di Giustizia[7], volta ad evitare una compressione eccessiva della libertà d'iniziativa economica privata e della libertà di stabilimento, riferibili agli operatori economici comunitari.
Pertanto, il collegio ha annullato l'impugnato d.P.C.M.
La pronuncia del Consiglio di Stato sembra recepire le tendenze interpretative di matrice euro-unitaria: la pronuncia, infatti, pur confermando l'ampiezza dello *spatium operandi* di cui dispone il Governo nell'esercizio dei poteri speciali, opera una penetrante delimitazione operativa degli stessi, partendo dal presupposto per cui la certezza del quadro regolatorio di riferimento costituisce un valore fondamentale nella materia oggetto di esame, perché consente di assicurare la calcolabilità del diritto, esigenza particolarmente avvertita proprio con riferimento all'attività di impresa. D'altra parte, va letta in tale ottica anche l'introduzione – ad opera del d.l. n. 21/2022 – dell'istituto della cd. pre-notifica, la cui *ratio* risiede proprio nella presa d'atto delle oggettive difficoltà in cui le imprese di frequente versano nel decifrare il concreto ambito applicativo della disciplina.
Vi è però chi[8] ha osservato criticamente che l'ulteriore requisito richiesto dal Consiglio di Stato (mutamento del controllo degli *asset* societari) non risulta del tutto coerente con il dato normativo, dal momento che tra le operazioni testualmente ricomprese fra quelle rilevanti ve ne sono alcune che non comportano alcun effetto immediato e diretto sulla disponibilità delle risorse strategiche: si pensi al trasferimento della sede sociale all'estero o alla modifica delle clausole statutarie concernenti le limitazioni del diritto di voto. Trattasi di modifiche che senz'altro riguardano l'assetto organizzativo della società, ma non incidono direttamente sulla struttura della *governance*.

[7] La quale, con sentenza del 13 luglio 2023, causa C-l06/22, *Xella Magyarorszàg Épftóanyagipari Kft*, ha affermato che "*ricade nella sfera di applicazione delle norme in materia di libertà di stabilimento e non in quelle relative alla libera circolazione dei capitali una norma nazionale destinata ad applicarsi alle partecipazioni che consentano di esercitare una sicura influenza sulle decisioni di una società e di determinarne le attività*". Ebbene, secondo regole e principi consolidati ricavabili dall'ordinamento europeo, le discriminazioni dirette fondate sulla nazionalità – nelle quali certamente sono da annoverare i provvedimenti di esercizio dei poteri governativi speciali in esame – possono ritenersi ammissibili, oltre che in presenza delle deroghe tassativamente previste dai Trattati, solo al ricorrere di esigenze imperative di interesse generale.

[8] F. BIANCONI, *Golden power e pegno di azioni: il caso Cedacri e i limiti applicativi dei poteri speciali*, in *Le società*, fasc. 4, 2026, p. 434.

5. Il nuovo *zietgeist*: l'ascesa della sicurezza nazionale.

Peraltro, pare emergere dalla sentenza del Consiglio di Stato anche una visione sostanzialistica dei poteri *de quo*, che lega l'operatività degli stessi alla verifica del concreto impatto dispiegato dall'operazione sull'equilibrio degli assetti societari. Tale approccio sembra coerente con la traiettoria evolutiva dell'istituto e, in un certo senso, anticipa la parziale riforma intervenuta nel 2026.

Attualmente, si può cogliere l'esito di due processi evolutivi: su un primo versante, può osservarsi che ci si colloca in una fase storica in cui le capacità industriali e tecnologiche, e quindi il sostrato tecnico-economico di un paese, possono influire radicalmente sulla sua competitività, ma anche sulla sua capacità di deterrenza rispetto a condotte che possano minarne la sicurezza; parallelamente, si è assistito negli ultimi anni, ad un'accelerazione dei conflitti cinetici (rappresentata, a titolo meramente esemplificativo dallo scoppio della guerra russo ucraina, dagli avvenimenti del quadrante m.e.n.a., dalle recrudescenze conflittuali nel corno d'Africa), tale da lasciar anche presagire l'apertura di nuovi fronti bellici (in particolare con riguardo al triangolo USA-Cina-Taiwan); a ciò è corrisposto, sin dal periodo pandemico, un forte incremento dell'area di conflittualità in settori anche diversi da quello militare[9].

Ancora, una risultanza di questi due fenomeni è l'ascesa della attenzione riservata al valore giuridico della sicurezza nazionale[10], in parte contrapposta alle logiche di mercato, tale da far rientrare nel suo alveo una molteplicità di settori afferenti a domini non prettamente militari.

Dal disegno brevemente cennato è possibile inferire come sia aumentata esponenzialmente la valenza di strumenti giuridici nell'ambito del cd. *lawfare*, quale "*the strategy of using – or misusing – law as a sub stitute for traditional military means to achieve an operational objective*"[11]. Tale fenomeno, legato soprattutto allo strumento delle sanzioni e visto come frutto della "*giuridificazione delle relazioni internazionali*" e della proliferazione di attori non statali ma dal respiro internazionale, vulnerabili all'azione giuridica, è passato dall'incontrare una relativa ostilità da parte degli apparati di sicurezza[12] che lo vedevano come limitativo, a tramutarsi in un normale

[9] In un certo qual modo preconizzato (*rectius,* postulato) da QIAO L, WANG X., *Guerra senza limiti*, Gorizia, 2019,

[10] Il riferimento vuole essere al concetto di sicurezza nazionale per come inquadrato da A. ARESU, *Il dominio del XXI secolo*, Milano, 2022, p. 94 ss, nonché da L. PICOTTI, *La legge del più forte*, Roma, 2023, p. 29 s.

[11] C.J. DUNLAP jr., *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts*, Carr Center for Human Rights Policy, Kennedy School of Government, Harvard University, Washington 2001 p. 146 ss., citato da A. ALI, *L'utilizzo del diritto per il conseguimento di obiettivi politico strategici,* in *Gnosis*, 2020, fasc. 2, p. 174.

[12] Che se ne vedevano anche bersaglio, come nel caso dell'utilizzo da parte di paesi terzi delle norme di diritto internazionale per contrastare le attività militari statunitensi (v. A. ALI, *op. ult. cit.,* p. 174).

ISSN 2036-7821

strumento funzionale al perseguimento degli obiettivi politici[13].
Alla luce di un quadro così delineato, può sostenersi che le varie forme di controllo degli investimenti esteri – pure nate negli Stati Uniti, alla luce di logiche mercantili[14], volte a preservare il vantaggio tecnico industriale statunitense – possano oggi almeno in parte ricondursi al *lawfare* difensivo o *counterlawfare*.
Può quindi ben mettersi in luce come, da un lato, tali strumenti rischino di essere adoperati per fini di mera politica industriale, mentre, dall'altro, pur essendo considerati come atti di natura non autenticamente politica, siano tendenzialmente assoggettati a un sindacato estrinseco, non potendo il Giudice sindacare le valutazioni discrezionali di valenza strategica[15].

6. L'effettiva portata della sentenza n. 9619/2025 del Consiglio di Stato

Così inquadrato il contesto in cui si colloca la sentenza oggetto di trattazione, è ora possibile tentare di analizzarne più puntualmente alcuni profili, cercando di comprendere quali elementi di innovatività in essa ricorrano e, al contrario, dove si ponga in continuità con precedenti arresti giurisprudenziali.
In primo luogo, sembra potersi rilevare che sia il Consiglio di Stato che il T.A.R. Lazio non hanno ritenuto di doversi interrogare sulla natura dell'impugnato provvedimento, ormai univocamente ricondotto nell'alveo degli atti di alta amministrazione, a differenza di quanto accade negli ordinamenti statunitense e cinese.
Tale acquisizione è ritenuta conseguenza della convergenza di molteplici fattori: l'insindacabilità di provvedimenti siffatti è esclusa dal regolamento n. 452/2019 (IDE)[16]; emerge la necessità, di assicurare un sindacato giudiziale dinanzi alla compressione di prerogative costituzionalmente presidiate, come la libertà d'impresa, o tutelate a livello europeo, quale la libertà di stabilimento; il provvedimento *de quo*, pur dipendendo da una valutazione discrezionale e politicamente connotata, non è libero nei fini[17]; depone in tal senso anche il dato normativo primario, atteso che lo stesso art. 133 c.p.a. devolve alla cognizione giudice amministrativo i giudizi inerenti ai provvedimenti d'esercizio dei poteri speciali[18][19].

[13] La R.P.P. aveva già postulato nel 2003 il *legal warfare* come parte del trittico di supporto alle azioni di guerra cinetica, ma la strategia è per alcuni autori utilizzata anche in contesti non ancora sfociati nel conflitto aperto. Cfr. *Ivi.*, p. 177.
[14] L. PICOTTI, *la legge del più forte, cit.*, p. 46; A. ARESU, *L'analisi strategica*, in R. CHIEPPA, C. D. PIRRO, R. TUCCILLO, (a cura di), *Golden Power*, Piacenza, 2025, p. 430.
[15] Cfr., sul punto, Consiglio di Stato, sezione IV, 9 gennaio 2023, n. 289.
[16] L. BELVISO, *op. cit.*, p.982.
[17] A. DE SANTIS, *Itinerari schematici di diritto* amministrativo¸ Napoli, 2025, p. 82, nonché R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, 2025, p. 568 e s.
[18] A. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 82.

ISSN 2036-7821

Piuttosto, sotto quest'angolo visuale, il nodo di maggiore difficoltà attiene alla latitudine del sindacato esercitabile dal giudice amministrativo su siffatto atto d'alta amministrazione, attesa l'indeterminatezza della macrocategoria, riempita di contenuto di volta in volta e priva di specifico appiglio positivo[20].

Un primo orientamento – fedele all'impostazione per cui l'atto d'alta amministrazione debba essere assoggettato ad un sindacato estrinseco e debole, limitato alla verifica di manifeste illogicità formali e sostanziali – è esemplificato da Cons. St., n. 289/2023, ove si afferma che, essendo la decisione rimessa all'Amministrazione attinente a una valutazione strategica e geopolitica proiettata nel futuro, il sindacato debba essere necessariamente limitato, onde evitare improprie ingerenze giudiziali nell'esercizio di poteri ampiamenti discrezionali e dalla connotazione latamente politica.

Viceversa, sta emergendo anche in giurisprudenza una diversa posizione[21] che ammette una certa pervasività del sindacato giudiziale degli atti di contenuto latamente politico; a tale filone è da taluni[22] ricondotta la sentenza del TAR Lazio sul caso Unicredit, che ha portato al parziale annullamento dell'impugnato d.P.C.M. Per i motivi di cui si dirà, la sentenza in esame appare in realtà più conservativa rispetto a questa seconda opzione ermeneutica.

Tornando alla pronuncia oggetto della presente trattazione, essa conferma la ricostruzione di primo grado – non censurata in appello – inerente al campo d'applicazione oggettivo della normativa, che pure aveva sollevato alcune perplessità della dottrina nel raffronto con il parametro letterale.

Il collegio, infatti, ritiene che la questione vada risolta a partire dall'assunto che, secondo quanto previsto dall'art. 2, d.l. n. 21/2012, sono soggette a notifica solo le garanzie che determinino modifiche "effettive" della titolarità, disponibilità, controllo e destinazione degli attivi strategici. Ciò premesso, essendo la prospettata alterazione della *governance* societaria puramente futura e ipotetica, il Consiglio di

---

[19] Sulla peculiare natura del provvedimento *de quo*, F. CINTIOLI, *Natura amministrativa e tratti di politicità nella decisione sull'esercizio dei poteri speciali alla luce del sindacato del giudice amministrativo*, in R. CHIEPPA, C. D. PIRRO, R. TUCCILLO, (a cura di), *Golden Power*, Piacenza, 2025, p. 267 ss., ove si rileva come la connotazione politica dell'atto ne renda discutibile la riconduzione all'atto d'alta amministrazione.

[20] P. MANCINI, *Profili critici del sindacato giurisdizionale sugli atti di alta amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 5, 2025, p. 665.

[21] Esemplificata da Cassazione Civile, Sezioni Unite, 6 marzo 2025, n. 5992, sebbene in altro ambito, in specie di gestione dei flussi migratori. In particolare, la Suprema Corte afferma che la nozione di atto politico è di stretta interpretazione e ha carattere eccezionale, perché altrimenti si svuoterebbe di contenuto la garanzia della tutela giurisdizionale, che la Costituzione assicura come indefettibile e con i caratteri della effettività e della accessibilità. Dunque, ai fini della giustiziabilità dell'atto, è necessario che esso sia suscettibile di essere confrontato con le norme che lo disciplinano. Va inoltre valutata la presenza di interessi giuridicamente rilevanti: se mancano situazioni qualificate e differenziate o si è in presenza di interessi di mero fatto, allora è possibile parlare di atto non sindacabile proprio perché non tocca direttamente situazioni giuridiche. Dunque, la chiave di volta ai fini del giudizio di insindacabilità di un atto del potere pubblico è costituita, in generale, dalla mancanza di specifici parametri giuridici protesi a riconoscere posizioni di vantaggio meritevoli di protezione.

[22] P. MANCINI, *op. cit.*, p. 665.

Stato afferma che l'operazione esaminata non rientra nell'ambito d'applicazione della disciplina[23] .

Per il giudice amministrativo, a sostegno di tale conclusione milita anche il rilievo che l'opposta opzione ermeneutica ammetterebbe l'utilizzo dei poteri speciali come mezzo di politica industriale. Ciò rischierebbe di produrre una indebita limitazione della libertà di stabilimento *ex* art. 54 T.F.U.E., non comprimibile in maniera sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito e sulla base di normative che non permettano un ragionevole grado di certezza e prevedibilità dell'intervento statale. Allo stesso modo, tale impostazione è l'unica compatibile con l'art. 41 Cost., che la Consulta ha chiarito essere limitabile solo in funzione dell'effettiva sussistenza di ragioni d'utilità sociale[24].

Da ultimo, è possibile formulare alcuni rilievi ulteriori. Anzitutto, la formulazione del ricorso in appello e l'accoglimento del primo assorbente motivo hanno impedito un riesame di ulteriori punti di notevole interesse della sentenza di primo grado. Primo di essi riguarda la questione inerente alla presunta applicabilità dei poteri speciali ai soli mercati monopolistici, tesi sconfessata dai giudici di primo grado e non riesaminata in sede d'appello, e che sembra incarnare una visione emergenziale dei poteri speciali, come *extrema ratio* volta ad impedire la compromissione di una "risorsa" altrimenti inaccessibile.

Allo stesso modo, è di rilievo la censura di primo grado – non accolta in prime cure e non riproposta – afferente al contenuto prescrittivo dell'impugnato d.P.C.M., che sottende un utilizzo dei poteri speciali improntato ad una forte eterodirezione governativa; occorre infatti considerare che l'esercizio dei poteri speciali è fortemente intrecciato con preoccupazioni afferenti alla solidità delle realtà economiche interessate, come dimostrato dalle misure introdotte dal d.l. n. 187/2022 e già anticipato dalla vicenda dell'esercizio del *golden power* in riferimento all'acquisizione di Next Ingegneria dei sistemi s.p.a. nel 2018[25]. D'altronde, in siffatte misure si annida il rischio (e la tentazione) del loro utilizzo come strumento di mera politica industriale in contrasto con la normativa europea; la sentenza in discorso, in effetti – nell'escludere che l'operazione di costituzione di pegni *de quo*, per come concretamente delineata, risulti riconducibile nell'alveo d'applicazione della normativa – ha chiarito come essa vada sottoposta a un regime di stretta interpretazione al fine di non collidere con le prerogative dell'operatore privato e con i principi che informano il funzionamento del mercato.

---

[23] Viene così accolta la tesi della non diretta lesività del pegno su azioni, sostenuta di A. TRISCORNIA, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Rivista delle Società*, 2019, p. 761 s., che rileva come una soluzione analoga sia vigente pure nell'ordinamento statunitense, che per tali casi prevede una notifica postuma, al momento dell'effettiva traslazione.

[24] Corte cost. 31 marzo 2015, n. 56, richiamata dalla sentenza oggetto di esame.

[25] B. VALENSISE, *I settori della difesa e sicurezza nazionale*, in R. CHIEPPA, C. D. PIRRO, R. TUCCILLO, (a cura di), *Golden Power*, Piacenza, 2025 p. 71.

ISSN 2036-7821

Tale questione è tangente a un altro punto non esaminato in sentenza, sotteso al quinto motivo d'appello, per cui il d.P.C.M. impugnato avrebbe violato le norme in materia di autotutela, ritenendo il provvedimento destinato ad incidere su di un potere già speso in occasione dello scrutinio sull'originaria costituzione dei pegni. In realtà, dinanzi a questa censura, si pone il duplice quesito della compatibilità dei provvedimenti in materia di poteri speciali con la disciplina generale di cui alla l. 241/1990 e, a monte, della qualificabilità del d.P.C.M. impugnato come atto di secondo grado. Pare opportuno rilevare, in proposito, che i provvedimenti in parola non paiono riconducibili alla tradizionale categoria dogmatica del provvedimento autorizzatorio, essendo piuttosto riconducibili ad una *species* peculiare, solo *latu sensu* analoga ai provvedimenti autorizzatori[26] e al provvedimento conseguente alla presentazione di s.c.i.a.[27].

Non sembra però facilmente sostenibile che il d.P.C.M. costituisse riedizione di un potere già esercitato per il sol fatto che si trattasse di estensione dei pegni costituiti in una operazione già scrutinata, considerato che oggetto del controllo governativo appare la concreta operazione economica messa in atto.

Sarebbe, piuttosto, sostenibile che i due distinti provvedimenti abbiano trattato in modo diverso operazioni sostanzialmente analoghe, ma siffatto rilievo incontrerebbe tre obiezioni difficilmente superabili: in primo luogo, l'amplissima discrezionalità governativa pare rendere tale valutazione non sindacabile da parte del giudice; ancora, il decorso del tempo e un eventuale mutamento della situazione fattuale, anche da una prospettiva previsionale, sarebbero elementi discriminanti sufficienti a giustificare una modifica della posizione originariamente espressa dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri; in ultimo, il provvedimento è intervenuto su un profilo di evidente diversità rispetto alla operazione precedentemente approvata, ossia la destinazione del denaro ottenuto mediante l'operazione, rendendo, con la propria prescrizione, *de facto* l'operazione analoga alla precedente, perché volta al rafforzamento dell'azienda bersaglio.

Pare, dunque, alla luce di tale ricostruzione, potersi affermare che la rigorosa interpretazione operata dal giudice concerne, in realtà, il parametro della necessarietà dell'intervento governativo, che deve discendere dall'imminenza e non dalla mera potenzialità dell'evento lesivo, volta a garantire al privato un ragionevole margine di certezza. In altri termini, l'intervento giudiziale non ha impedito *sine die* l'esplicazione dei poteri *de quo* sulla vicenda, ma l'ha semplicemente posposta alla fase strettamente "patologica", non operando alcun sindacato inerente agli ambiti largamente discrezionali della consistenza e natura del rischio temuto e

[26] F. CINTIOLI, *Op. cit.*, p. 265 s.

[27] D. PITTELLI, *Golden Power e procedimento amministrativo: limiti, garanzie e zone grigie*, in *Federalismi*, fasc. 16, 2024, p. 189 ss., ove si rileva la similarità, senza però possibilità di totale coincidenza, con i provvedimenti autorizzatori.

dell'opportunità delle misure volte a scongiurarlo.
Emerge quindi complessivamente una visione orientata al contenimento dell'eventuale uso improprio – in chiave dirigistica – del *golden power*[28], a fronte della significativa frequenza applicativa dell'istituto emersa nella prassi economico-sociale. Purtuttavia, arrestandosi la valutazione del Consiglio di Stato allo stadio della sottoponibilità dell'operazione all'obbligo di notifica, manca un sindacato effettivo sulla proporzionalità della scelta effettuata, laddove proprio tale principio, inteso quale chiave universale di lettura del diritto amministrativo moderno, ben può fungere da strumento di temperamento dell'ampia discrezionalità riconosciuta all'autorità governativa[29].
Un ulteriore rilievo, ultroneo rispetto al ragionamento del giudice in quanto non giuridico, concerne la minore gravità del pericolo paventato dal Governo, che ha posto prescrizioni volte a garantire la solidità di un attore importante per il settore economico finanziario nazionale, senza dover scongiurare il rischio di acquisizioni di dati, tecnologie o *know-how* italiani da parte di un operatore estero, potenzialmente ostile.

7. Il caso Unicredit-Banco BPM e "nuovo" golden power *ex* d.l.n. 175/2025, come modificato dalla l. n. 4/2026.

Pare opportuno effettuare un raffronto con la vicenda che ha visto la Presidenza del Consiglio esercitare il golden power in riferimento al caso "Unicredit-Banco BPS", per poi procedere all'esame della parziale riforma della normativa in tema di poteri speciali, attuata incidendo proprio sull'art. 2 del d.l. n. 21/2012.
Ciò per tre ordini di ragioni: primariamente, a dispetto della maggiore incisività dell'annullamento attuato dal Consiglio di Stato nella vicenda Cedacri rispetto alla parziale sopravvivenza del provvedimento impugnato da Unicredit, il sindacato giudiziale parrebbe maggiormente pervasivo; ancora, tale caso ha dato vita ad una frizione tra Governo italiano e Commissione europea, da cui è scaturita la riforma sopracitata (che pare anticipata nello spirito dalla pronunzia del Consiglio di Stato sul caso Cedacri), improntata al già acquisito principio di sussidiarietà dei poteri speciali; in ultimo, i due casi hanno posto all'attenzione della dottrina la peculiarità del settore bancario e il rischio di una funzionalizzazione o industrializzazione dello strumento governativo.
Pur essendo la vicenda ancora più nota di quella su cui è concentrato il presente lavoro, è bene riepilogarla, sebbene con maggiore sinteticità.
Nel novembre 2024, Unicredit ha comunicato l'intenzione di lanciare un'OPS sulla

[28] In qualche misura avvalorata dalla giurisprudenza amministrativa, ove ha limitato fortemente la sindacabilità degli atti espressivi di tali poteri.
[29] Sul punto, cfr. anche, T. DI PROSPERO, *La sottile linea d'oro. L'esercizio dei poteri speciali nel caso UniCredit/BPM*, in *Giorn. Dir. Amm.*, fasc. 6, 2025, pp. 796 ss.

ISSN 2036-7821

totalità delle azioni di Banco B.P.M. – il quale, all'inizio del medesimo mese, aveva annunciato un'OPA su Anima Holding – ottenendo, a seguito dell'istruttoria svolta da Banca d'Italia e BCE, l'autorizzazione al conseguimento del controllo su BPM e, quindi, anche sulle società del Gruppo Anima; conseguentemente, l'operazione era stata sottoposta al vaglio, che ha avuto esito positivo, di Consob e Commissione europea, sebbene quest'ultima avesse imposto misure *antitrust*, avendo riscontrato criticità afferenti a tale profilo.

Nell'arco di tempo intercorrente tra tali ultimi due scrutini, il Governo italiano, con d.P.C.M. del 18 aprile 2025, ha imposto una serie di prescrizioni al gruppo bancario, ossia: i) non ridurre per un periodo di cinque anni il rapporto impieghi/depositi praticato da Banco BPM. S.p.A. e Unicredit S.p.A. in Italia, con l'obiettivo di incrementare gli impieghi verso famiglie e PMI nazionali. ii) Non ridurre il livello del portafoglio attuale di *project financing* di Banco BPM S.p.A. e UniCredit S.p.A. in Italia; iii) Per un periodo almeno 5 anni, (a) non ridurre il peso degli investimenti di Anima Holding S.p.a. in titoli di emittenti italiani, (b) supportare lo sviluppo della società. iv) Cessare tutte le attività nella Federazione Russa (raccolta, impieghi, collocamento fondi, prestiti transfrontalieri) entro nove mesi dalla data del provvedimento. Peraltro, il provvedimento invitava la destinataria "*nel caso in cui non sia possibile rispettare una o più delle prescrizioni sopra elencate, [ad] inviare immediata informativa all'Amministrazione competente del monitoraggio, comunicando i motivi che rendono impossibile l'adempimento delle prescrizioni*".

Il decreto veniva, quindi, impugnato innanzi al T.A.R. Lazio da Unicredit, la quale sosteneva che: 1) mancando una minaccia concreta agli interessi statali, sarebbero al contempo state violate le normative italiana, in particolare l'art. 2, co. 6, d.l. n. 21/2012, e unionale, che non ammetterebbero la compressione della libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali per la tutela di interessi meramente economici (cui la ricorrente riconduceva il d.P.C.M.). 2) Sarebbe stato violato anche il "regolamento concentrazioni", il cui art. 21 riserva alla Commissione il vaglio delle concentrazioni di dimensione comunitaria, lasciando agli Stati membri la possibilità di emanare provvedimenti a tutela dei propri interessi al duplice ricorrere di una preventiva notifica alla Commissione e della loro necessarietà, proporzionalità e compatibilità con la disciplina comunitaria. 3) censurando le singole prescrizioni: a) quella relativa al mantenimento del rapporto impieghi-depositi di Banco BPM, in quanto inidonea allo scopo, irrazionale e violativa dei principi di sana e prudente gestione; b) l'imposizione del mantenimento del portafoglio di *Project finance* di BPM e Unicredit, ritenuta sproporzionata, perché avrebbe esteso alla ricorrente un vincolo ultroneo a quello afferente all'oggetto dell'operazione (peraltro, Unicredit aveva proposto il mantenimento del portafoglio di BPM); c) l'indicazione di non ridurre il peso attuale degli investimenti in Anima Holding in titoli di emittenti italiani e supportare lo sviluppo della società, avendo imposto alla ricorrente un vincolo

ISSN 2036-7821

gestorio estraneo alle proprie prerogative, essendo esso di spettanza del gestore del risparmio; d) Da ultimo, la prescrizione afferente alla cessazione delle attività in Russia, che contrasterebbe con la circostanza che le attività della controllata russa sono già monitorate dalla BCE e che una non controllabile liquidazione in Russia avrebbe determinato una cessione di *asset*, che sarebbero passati dal controllo italiano a quello russo. Si costituivano in giudizio anche il controinteressato Banco BPM (ostile all'operazione) e la Presidenza del Consiglio.

La sentenza del 12 luglio 2025, n. 13748 si è risolta in una reciproca parziale soccombenza.

In primo luogo, il giudice di prime cure, svolta una ricostruzione bifasica dell'istituto analoga a quella svolta dal Consiglio di Stato nella pronunzia di dicembre – il che dimostra come l'inquadramento dello stesso sia ormai assestato sin dalla sentenza del Consiglio di Stato del 2023, cui le stesse pronunce in commento tributano esplicitamente valenza definitoria – ha ritenuto infondati i primi due motivi di ricorso in quanto sussisterebbero i requisiti d'esercizio dei poteri speciali in virtù della "*sussumibilità della species integrata dalla "sicurezza economica", all'interno del più ampio genus della "sicurezza pubblica" e della "sicurezza nazionale*".

Diversamente, con riferimento alle censure aventi ad oggetto le singole prescrizioni, il Tribunale amministrativo ha ritenuto di annullare parzialmente le prime due, lasciando intatte le seguenti.

Quanto al mantenimento del rapporto impieghi-depositi, ritenuto di per sé legittima prescrizione, stante la non obbligatorietà del computo basato sulla media ponderata, critico è stato ritenuto il fattore temporale, atteso che esso non dovrebbe precedere ma seguire il completamento dell'analisi dei dati sulla scorta dei quali sarà elaborato un piano industriale funzionalizzato a garantire la preservazione di tale rapporto.

Lo stesso dicasi per la previsione del mantenimento dei rapporti di *project financing*, che per la sua durata sostanzialmente indeterminata sfocerebbe in una inopinata ingerenza nella politica creditizia nel settore.

Il T.A.R. Lazio ha, invece, tenuto indenne la prescrizione inerente ad Anima Holding, a fronte della concretezza del rischio che un ingente *stock* di risparmio nazionale possa essere assoggettato a vicende suscettibili di determinare effetti depressivi sugli investimenti in titoli di emittenti italiani; di rilievo è la riconduzione della parte di prescrizione di non riduzione degli investimenti ad obbligo, mentre l'imposizione di un supporto alla sviluppo della società è stata ritenuta indicazione di natura programmatica.

In ultimo, la prescrizione di cessazione delle attività in Russia è stata ritenuta legittima, in primo luogo, perché la valutazione del rischio impinge in valutazioni di carattere geo-politico, avulse dall'alveo della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, ponendosi peraltro in coerenza con le indicazioni unionali, volte a un approccio restrittivo e prudente con riguardo alle operazioni economiche in

Russia.
All'esito del giudizio, nel luglio 2025, Unicredit ha ritirato l'OPS.
Nelle more del giudizio, la Commissione europea aveva indirizzato al governo italiano una richiesta di chiarimenti sulle prescrizioni imposte a Unicredit per comprendere se il provvedimento collidesse con la normativa unionale, ricevendo riscontro dalla Presidenza del Consiglio, cui è seguita la valutazione preliminare della Commissione del 14 luglio 2025. Con essa, la commissione ha lamentato due criticità, ossia: la mancata comunicazione preventiva del provvedimento da parte italiana, in violazione degli obblighi di notifica e sospensione, impedendo alla Commissione l'esercizio dei poteri di controllo *ex* art. 21 del "regolamento concentrazioni"; la violazione della normativa unionale, con riferimento all'asseritamente ingiustificata – perché non riconducibile alla tutela della pubblica sicurezza – compressione della libertà di circolazione dei capitali, nonché l'interferenza con aspetti di gestione prudenziale di stretta pertinenza della BCE e la violazione della normativa di settore; particolarmente rilevante è poi il rilievo che le prescrizioni afferenti alle attività moscovite di Unicredit non si innestino sull'operazione scrutinata, incidendo su una situazione anteriore alla stessa.
Il 21 novembre 2025, la Commissione ha inviato lettera di costituzione in mora all'Italia, avviando la procedura di infrazione 2025/2152, nell'ambito della quale si ipotizza che la normativa italiana in materia di poteri speciali violi gli artt. 49 e 63 T.F.U.E., che postulano, rispettivamente la libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali.
Da ultimo, la materia è stata incisa dalla legge 15 gennaio 2026, n. 4, di conversione del d.l. 21 novembre 2025 n. 175, il cui art. 2-*bis* ha parzialmente novellato la normativa di settore, incidendo sull'art. 2, d.l. n. 21/2012, dedicato all'esercizio dei poteri nell'ambito degli attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni.
In primo luogo, è stato inserito, al comma 3, a seguito delle parole "*può essere espresso il veto alle delibere, atti e operazioni di cui ai commi 2 e 2-bis, che diano luogo a una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore*" l'inciso "*ivi inclusa, fermo quanto previsto dal comma 4, quella in materia di valutazione prudenziale delle acquisizioni di partecipazioni qualificate nel settore finanziario nonché in materia di controllo delle concentrazioni tra imprese*", positivizzando il principio di sussidiarietà dei poteri speciali rispetto ai poteri spettanti alle istituzioni euro-unitarie.
Inoltre, la novella ha inserito nel comma 4 la previsione di un coordinamento procedurale per cui "*qualora l'acquisto di cui al comma 5 sia soggetto anche all'autorizzazione di Autorità europee competenti a valutare gli aspetti di carattere prudenziale e concorrenziale, i poteri speciali non possono essere esercitati anteriormente al completamento dei procedimenti pendenti dinanzi a tali Autorità*".

ISSN 2036-7821

Infine, al comma 7, la riforma ha positivizzato l'orientamento governativo e giurisprudenziale per cui la sicurezza economica e finanziaria nazionale rientrano nel più ampio alveo della sicurezza pubblica[30].
Il legislatore ha così inteso in un tempo salvaguardare, fornendogli maggiore copertura legislativa, l'estensione delle proprie prerogative in materia di sicurezza nazionale, e tentare di porre rimedio ai rilievi formulati dalla Commissione, ribadendo la residualità dello strumento *de quo* e l'antecedenza logica e procedurale delle valutazioni unionali, logico corollario della summenzionata sussidiarietà. Al momento in cui si scrive non è noto se tale modifica sarà ritenuta dall'organo comunitario sufficiente a determinare il venir meno delle criticità paventate.

8. Un raffronto tra le pronunzie sui casi Unicredit e Cedacri e la novella legislativa
A tal punto, è possibile operare un raffronto tra le sentenze rese dal Consiglio di Stato e dal T.A.R. Lazio in riferimento ai casi in epigrafe indicati, riflettendo sulla portata riforma del 2026.
Quanto ai punti di contatto, sia la vicenda Cedacri che il caso Unicredit afferivano con diversi gradi di pregnanza all'ambito bancario-finanziario; inoltre, secondo una linea di pensiero, le decisioni parrebbero aver adottato una visione sostanzialistica-estensiva e non formalistica dell'istituto, per cui, tra l'altro, costituirebbero una adesione a una visione del *golden power* quale strumento di politica industriale[31] .
Occorre però rilevare che il caso Cedacri riguarda, secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato, una operazione non sottoposta all'obbligo di notifica, sicché il provvedimento *de quo* sarebbe intervenuto in una situazione di "vuoto normativo", mentre quello del caso Unicredit presenta profili di interferenza con il sistema di controlli unionale[32]. Ancora, il controllo del T.A.R. è stato in realtà più pervasivo di quello operato dal Consiglio di Stato, che più formalisticamente si è limitato a verificare il sussistere dei presupposti fondanti l'esercizio del potere[33], sebbene l'esito sia stato più incisivo.
Più precisamente, occorre osservare una quasi paradossale diversità di impostazione tra Consiglio di Stato e T.A.R., atteso che quest'ultimo, dopo aver proceduto a uno scrutinio delle prime censure in linea con il carattere estrinseco tradizionalmente attribuito al sindacato del Giudice, ha proceduto a una disamina caso per caso delle singole prescrizioni imposte, con approccio innovativo rispetto al *self-restraint* tradizionalmente mostrato.
Paradossalmente, il merito dell'indagine risalta con riguardo alle prescrizioni

[30] Posizione confortata dalle relazioni annuali sulla politica dell'informazione per la sicurezza al parlamento, che sempre maggiore spazio dedicano all'aspetto industriale, tecnologico ed economico.
[31] V. ORSINI, E. DE CHIARA, *La riforma dei poteri speciali nel settore bancario: brevi riflessioni a margine delle vicende Unicredit-Banco BPM e Cedacri*, in *European Law and finance review*, gennaio/giugno 2026, p. 165.
[32] *Ivi*, p. 170
[33] *Ibid.*

ISSN 2036-7821

confermate. Ciò è particolarmente evidente con riguardo all'imposizione della cessazione delle attività in Russia, avendo con riferimento ad essa il T.A.R. valutato sia il rischio sotteso, sia il contenuto di alcune comunicazioni della Commissione in materia, sia la coerenza del provvedimento con l'impostazione della Banca Centrale Europea riguardo alle operazioni economiche in Russia; in altre parole, pare che il giudice amministrativo – dopo aver dichiarato l'adesione all'impostazione d'intangibilità della valutazione strategica nazionale postulata dal Cons. Stato con la sentenza n. 289/2023 – abbia in concreto svolto considerazioni non radicalmente incompatibili rispetto all'usuale sindacato riconosciuto sull'atto di alta amministrazione, ma più pervasive rispetto agli *standard* precedentemente osservati nella materia dei poteri speciali.

Di diversa portata è stato il sindacato esercitato dal giudice amministrativo in entrambi i gradi di giudizio della vicenda Cedacri, in quanto, in primo grado, il T.A.R. non ha sviluppato penetranti valutazioni inerenti alle concrete prescrizioni, mentre il giudice dell'appello ha esercitato un sindacato al contempo formale e sostanziale: sotto il versante "formale", ha valutato i presupposti di esercizio dei poteri speciali con un approccio particolarmente attento alla compatibilità europea e costituzionale; nel contempo, con approccio sostanzialista-pratico ha anche delineato un quadro per cui la possibilità di intervento successivo semplicemente posticipa l'eventuale esercizio del *golden power*, operando una "scissione" dell'operazione[34].

In tal senso, appare condivisibile l'affermazione di quella dottrina che evidenzia come le due rilevanti pronunzie intervenute nel 2025 (e l'antecedente pronuncia del T.A.R. del 2024) siano accomunate da un approccio sostanzialista-estensivo che potrebbe rendere difficile per gli operatori economici prevedere se un'operazione rientri nell'ambito d'applicazione della disciplina[35], spingendo gli stessi ad un ampio uso dell'istituto della prenotifica ed aumentando il carico di lavoro dell'Amministrazione, costretta a congegnare operazioni *golden power proof* che possano minimizzare il rischio di attrito con la disciplina[36].

Va evidenziato come, per la varietà delle sfumature assunte, possa apparire fuorviante l'uso del lemma "sostanzialistico" riferito agli orientamenti dei giudici amministrativi in materia di poteri speciali: infatti, con esso ci si può riferire al contempo all'interpretazione estensiva delle norme che delimitano l'ambito di

[34] L. BELVISO, *op. cit.*; V. ORSINI, E. DE GRAZIA, *op. cit.*, p. 161 ss.

[35] M. F. CRISPINO, *Lo screening degli investimenti esteri nell'Unione Europea: criticità applicative e prospettive di riforma*, in *Quaderno dell'Osservatorio Golden Power* 2026, p. 34 ss., la quale evidenzia come siffatti aggravi temporali e prognostici siano un problema già emergente in presenza degli scrutini *antitrust*. Va, comunque, rilevato come l'esercizio dei poteri sia e continui ad essere una *extrema ratio* statisticamente esigua – come osservato da A. CAGNAZZO, *Prassi applicativa e analisi dei dati*, in R. CHIEPPA, C. D. PIRRO, R. TUCCILLO, (a cura di), *Golden Power*, Piacenza, 2025, p. 418 ss. – essendo, inoltre, le richieste di notifica formulate in meno del 20% dei casi oggetto di prenotifica, nonostante il *trend* sia di un lieve incremento.

[36] M. CARPAGNANO, L. PICOTTI, *Rassegna cit.*, p. 12 s.

ISSN 2036-7821

applicazione di tali poteri[37] e, al contempo, all'ampliamento del sindacato sulla conferenza della prescrizione.

Taluni paventano come il primo fenomeno possa portare al paradosso di un *golden power* dai contorni eccessivamente indeterminati, e, quindi, analogo al suo predecessore *golden share*, istituto oggetto di censure unionali poi sostituito col meccanismo attuale[38]. In proposito, però, forse si potrebbe osservare come il contesto storico sia radicalmente mutato[39], con l'impostazione europea oggi certamente più sensibile a valutazioni non puramente economico-mercantilistiche e con l'aumento della dipendenza di ogni aspetto della vita dalla tecnologia[40]; soprattutto, un certo grado di indeterminatezza potrebbe ritenersi corollario della concezione dello strumento come *extrema ratio*, ormai positivizzata dalla novella (cfr. *infra*).

Dalle considerazioni svolte si può inferire che – con diverso grado di pregnanza, ad attestazione di un graduale assestamento – le pronunce sul caso Cedacri e sul caso Unicredit-BPM segnano una rilettura evolutiva della profondità del sindacato giudiziale sui provvedimenti costituenti esercizio dei poteri speciali. Si assiste, in altre parole, a due fenomeni apparentemente opposti: su di un versante, la giurisprudenza amministrativa dà una interpretazione ampia dell'ambito applicativo della normativa in tema di *screening*, coerentemente con gli orientamenti europei sulla non esaustività delle elencazioni esplicitate; specularmente, pur mantenendo un forte rispetto delle prerogative governative, soprattutto in merito alla consistenza del rischio che si intende prevenire, il giudice amministrativo esercita un sindacato sull'atto più penetrante rispetto al passato; appare superato l'orientamento secondo cui, nell'esaminare un provvedimento costituente espressione del *golden power* il giudice amministrativo potesse solo contestare la manifesta incoerenza tra istruttoria e provvedimento: alla riduzione di prevedibilità della normativa (*rectius*, del suo esercizio) è fatta corrispondere una più intensa garanzia di controllo giudiziale.

Riguardo alla recente riforma, volta a limare i punti d'attrito tra d.l. 21/2012 e normativa europea, si può notare come la pronunzia del Consiglio di Stato (che di poco l'ha preceduta, seguendo di circa un mese la lettera di messa in mora), abbia anticipato lo spirito della stessa.

Ciò avviene con particolar riguardo a due aspetti, ossia l'attenzione alla compatibilità

[37] Che taluni riconducono all'interpretazione analogica, tra cui V. ORSINI, E. DE CHIARA, *op. cit.*, p. 161.

[38] Per una ricostruzione delle vicende che hanno portato alla soppressione del modello *golden share*, si rimanda a G. NAPOLITANO, *Dalla golden share al golden power*, in R. CHIEPPA, C. D. PIRRO, R. TUCCILLO, (a cura di), *Golden Power*, Piacenza, 2025, p. 11 ss., nonché a S. PUGLIESE, *Il risk management come strumento di sicurezza strategica: il golden power italiano alla luce della riforma del regolamento UE sullo screening degli investimenti*, in *Quaderno di Osservatorio Golden Power*, 2026, p. 49 ss., che enfatizza i profili di discontinuità tra le due discipline.

[39] A. ARESU, *L'analisi strategica*, cit., p. 425 rammenta come si sia passati dal mondo descritto da Alan Greenspan nel 2007, sottoposto alle sole leggi di mercato, salvo rari casi di rilevanza della sicurezza nazionale, alla nuova globalizzazione, descritta da Morris Chang come mondo non più piatto, ossia con limitazioni alla circolazione di beni e capitali determinate dal nuovo protagonismo degli Stati.

[40] L. PICOTTI, *La legge del più forte*, *cit.*, p. 37

ISSN 2036-7821

dell'istituto con la normativa comunitaria nel settore finanziario e l'accento posto sulla sussidiarietà dell'utilizzo dei poteri speciali. Quest'ultimo aspetto rileva, però, rispetto all'ultimo momento – in senso cronologico e giuridico – in cui il Governo può intervenire per prevenire il rischio; in tal senso, la compatibilità col diritto unionale sarebbe garantita dalla ricorrenza, non meramente ipotetica, dei presupposti di pericolo soggetti a valutazione governativa.

Non può sottacersi come la novella non sembri del tutto risolutiva. In primo luogo, l'inciso inerente alla residualità dello strumento di scrutinio rispetto alle discipline di settore era già postulato dalle stesse discipline, nonché dalla normativa secondaria. Inoltre, la positivizzazione di una precedenza procedurale delle autorizzazioni emesse da enti comunitari o da autorità di settore, se da un lato è limitata al solo settore finanziario, dall'altro appesantisce il procedimento e potrebbe creare problemi d'utilizzo della cd. condizione *golden power*[41]. In ultimo, l'esplicitazione della pertinenza della sicurezza economico-finanziaria al più ampio *genus* della sicurezza pubblica vuole sia sopperire al *vulnus* di prevedibilità da parte degli operatori, sia garantire al governo possibilità di intervenire in tale settore. In definitiva, la novella offre alla commissione una soluzione intermedia, che, pur astrattamente riducendo le possibilità di conflitto tra Stato e Unione, mantiene tale rischio *in nuce*, volendo comunque il Governo conservare, pur mostrando maggior deferenza procedurale alla commissione, una possibilità di intervento in un settore della sicurezza che ritiene cruciale.

Non va sottaciuto un ulteriore elemento di complicazione del quadro, ossia la predisposizione, nell'ambito di una più ampia operazione di rafforzamento dei presidi di sicurezza economica unionali[42], di un nuovo regolamento europeo destinato a sostituire quello del 2019[43].

Va delineandosi un modello che presenta alcuni chiari connotati: uno sforzo di armonizzazione, l'obbligatorietà dell'adozione di un sistema di *screening*[44], garanzia di attivazione anche d'ufficio e di un sistema di controllo sull'implementazione, predisposizione di un sistema di notifica alle istituzioni unionali, estensione del campo applicativo. Permangono dei nodi irrisolti[45], come quello relativo alla collocazione del baricentro dell'architettura tra Commissione e governi nazionali e della ampiezza dell'area di applicazione dell'istituto, in particolare con riferimento ai settori di particolare rilevanza unionale di cui all'allegato II; centrale risulta, al

[41] L. PICOTTI, *Alcune note sul nuovo Golden Power (e un altro intervento emergenziale)*, in *Osservatorio golden power*, febbraio 2026.

[42] M. F. CRISPINO, *op. cit.*, p. 37.

[43] *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the screening of foreign investments in the Union and repealing Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council*.

[44] Peraltro, presente nella quasi totalità degli Stati membri. S. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 63 sottolinea lo scopo di prevenire il fenomeno del cd. "*"investment shopping", cioè che gli investitori utilizzino gli Stati che non hanno sistemi di controllo degli investimenti come brecce per entrare nel mercato interno*".

[45] Di cui agli artt. 5-10 della proposta.

ISSN 2036-7821

riguardo, il meccanismo di cooperazione[46].
In ultimo, il Parlamento e il Consiglio, in data 11 dicembre 2025, hanno raggiunto un accordo politico provvisorio sul progetto di revisione, portando alla stesura di una bozza[47] nel febbraio 2026, la quale sembrerebbe aver sposato posizioni moderate[48].
Da siffatto quadro ordinamentale molti operatori e dottrina fanno discendere la necessità di una riforma[49] o riscrittura meno rapsodica della disciplina dei poteri speciali[50], postulando financo la redazione di un testo unico[51] o la creazione di un'Agenzia dedicata[52], mentre altri si focalizzano sulle prospettive di riforma a livello euro-unionale[53]; tali proponimenti forse discendono anche dalla disomogeneità dei meccanismi di scrutinio degli investimenti, anche tra paesi membri dell'Unione, con una normativa di livello unionale, il regolamento IDE, che essa stessa, al considerando 8, riconosce come la materia sia riservata al diritto interno.
Va soggiunto che lo stesso regolamento n. 452/2019 – a conferma della peculiarità della materia – non introduce norme vincolanti né un istituto comune, ma facoltizza gli Stati membri a introdurre una normativa sullo scrutinio degli *FDI* limitandosi a delineare un quadro comune, in conseguenza della previa istituzione di meccanismi siffatti ad opera degli ordinamenti nazionali[54], concretizzandosi in un tentativo di riordino e di presa d'atto, più che di uno strumento creativo.
In tale visuale prospettica, si potrebbe inferire dalle considerazioni svolte che la normativa *golden power* si trovi in una fase "anfibia", poiché accanto alla tradizionale funzione volta a prevenire effetti strategici deteriori degli investimenti esteri – tuttora centrale, come dimostra il caso Manta Aircraft – se ne giustappone una

[46] M. F. CRISPINO, *op. cit.*, p. 38 ss., cui si rimanda per una più completa ricostruzione delle posizioni sul tema.
[47] https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2025/12/11/foreign-direct-investment-council-and-parliament-reached-political-agreement-to-improve-fdi-screening/
[48] L'art. 8 della bozza, a titolo d'esempio, ha optato per conferire alla Commissione un semplice potere d'emanare opinioni e non decisioni.
[49] Meno radicale è R. CHIEPPA, *Considerazioni conclusive*, R. CHIEPPA, C. D. PIRRO, R. TUCCILLO, (a cura di), *Golden Power*, Piacenza, 2025, p. 448 ss., che propone un mero miglioramento della disciplina, che necessita, per l'autore, di maggior certezza, miglior coordinamento con le discipline di settore e maggior tutela per i privati coinvolti, riconoscendo meccanismi di indennizzo e la sussistenza dell'interesse ad agire del soggetto "passivo" dell'operazione scrutinata.
[50] A titolo d'esempio L. PRESUTTI, *Il Golden Power tra eccezione e normalità: analisi istituzionale e comparata di uno strumento strategico*, in *I battelli del Reno, 26 agosto 2025*, p. 15, lamenta l'inopportunità di quello che sembra essere un elenco tassativo, contenuto nell'art. 2-bis, co. 1, d.l. 21/2012, dei soggetti pubblici che non possono opporre segreto dinnanzi alle richieste di informazioni del Gruppo di coordinamento, essendo possibile che altre Amministrazioni detengano informazioni rilevanti.
[51] V. ORSINI, E. DE CHIARA, *op. cit.*
[52] Cfr. L PRESUTTI, *op. cit.*, p. 8 e 30 ss., ove l'autore ritiene non condivisibile la proposta di F. BASSAN, *Ora un'autorità nazionale per il Golden power*, in *Formiche.net*, 2022, di istituire una *Authority*.
[53] M. F. CRISPINO, *op. cit.*, p. 37 ss.
[54] Finendo per essere definito "*ornitorinco*" tra i regolamenti dall'avvocato Generale Capeta, nelle sue conclusioni, presentate il 30 marzo 2023, Causa C-106/22, *1 Xella Magyarország Építőanyagipari Kft. contro Innovációs és Technológiai Miniszter*, richiamate da M. F. CRISPINO, *op. cit.*, p. 24 ss.

ISSN 2036-7821

seconda, in cui i poteri speciali divengono accanto alle sanzioni il principale strumento di strategico (o geopolitico[55]) di intervento sul mercato, mettendo in evidenza come, nell'epoca di incontenibile ascesa della sicurezza nazionale[56], essa, quale corollario dell'interesse nazionale[57], rilevi quale "*possibilità metagiuridica riconosciuta ai governanti di prendere tutte le misure possibili per garantire la sopravvivenza del soggetto statale*"[58]. Sembra potersi quindi intravedere una linea di tendenza per cui il modello italiano di *screening* stia passando da strumento di tutela di uno specifico settore della sicurezza nazionale a principale strumento giuridico di sicurezza nazionale-economica[59] *tout court*[60].

9. Conclusioni

Il caso e la pronunzia da cui si sono prese le mosse appaiono di grande rilevanza nell'ambito della disciplina *golden power*, ma, più che come elemento di discontinuità, si delineano come un compasso tramite il quale individuare quale sia "lo stato dell'arte" di uno strumento ormai centrale nell'architettura di sicurezza – nonché di tutela dell'interesse nazionale – italiana e non solo.

In siffatta prospettiva, si possono individuare le linee di tendenza emergenti.

In primo luogo, pur tenendo presente le esigenze di compatibilità unionale e costituzionale, ormai è dato acquisito nell'interpretazione giurisprudenziale che il perimetro applicativo dell'istituto dei poteri speciali sia da ritenersi non connotato da stretta tipicità, trovando tale estensione il proprio limite nella verifica del concreto rischio di spostamento degli assetti proprietari e dei poteri di controllo a causa dell'operazione per come concretamente delineata; per operare tale verifica il giudice deve estendere il proprio controllo dalla mera verifica procedurale a quello della verifica dei rischi generati dall'operazione, per riscontrarne la sussumibilità in questo, sia pur generico, idealtipo. Su tale linea evolutiva si colloca anche l'estensione del sindacato sul contenuto delle prescrizioni, il quale, al momento, sembra concretizzato sulla verifica che esse non si risolvano in un commissariamento delle prerogative dell'impresa non rispondente al principio di proporzionalità, costituente ormai chiave universale di lettura di tutti i rapporti amministrativi.

---

[55] L'espressione è sovente utilizzata come sinonimo di relazioni internazionali, creando una sovrapposizione tra strumento di indagine e oggetto della stessa. Viceversa, l'utilità del termine geodiritto, coniato da Irti, si rinviene nel suo mettere in evidenza, *in nuce*, la questione dell'importanza della cornice geografica e delle giurisdizioni a livello economico (sul punto, L. PICOTTI, *Il Golden Power è extraterritoriale? Note sulla giurisdizione della PCM tra le geografie giuridiche*, in *Osservatorio Golden Power*, marzo, 2026).

[56] A. ARESU, *L'incontenibile ascesa della sicurezza nazionale*, prefazione a L. Picotti, *la legge del più forte, cit.* p. 11.

[57] Che la giurisprudenza amministrativa ha chiarito essere non un *prius*, ma un *posterius* frutto di valutazioni politiche (Tar Lazio, Roma, sez. I, 13 aprile 2022 nn. 4486 e 4488).

[58] L. PICOTTI, *La legge del più forte, cit.*, p. 30.

[59] M. CARPAGNANO, L. PICOTTI, *Il Golden Power in Italia nel 2025: Rassegna critica dell'enforcement, dell'evoluzione giurisprudenziale e delle prassi*, in *Quaderno dell'Osservatorio Golden Power*, 2026, p. 19.

[60] L. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 8, lo definisce "*componente stabile della regolazione economica*", per poi meglio inquadrarlo come "*sistema di vigilanza continuativa sulle filiere strategiche nazionali*" (p. 34).

ISSN 2036-7821

Ancora, sembra assistersi a una relativa svalutazione dell'elemento della nazionalità, nel senso che sembrano ormai porsi pochi ostacoli all'esercizio dei poteri in caso di operazioni nazionali o infra-europee.
Per di più, si può rilevare una deformalizzazione del contenuto della prescrizione, che sembra concentrarsi essenzialmente sulla realtà economica incisa o conseguente all'operazione stessa.
In ultimo, il *golden power*, alla luce della riforma attuata con l. n. 4/2006, continua a configurarsi quale strumento residuale e sussidiario, sicché l'attivazione della relativa istruttoria non può precedere gli altri scrutini previsti dalle normative di settore (quantomeno in ambito finanziario) o il verificarsi della concreta situazione di rischio, non potendo intervenire per far fronte a mere eventualità future.
Ne consegue un quadro articolato, nel quale l'impianto di stampo mercantile (sebbene sia un tratto attenuato) dell'Unione Europea è sollecitato dall'ampliamento di uno strumento dalla valenza fondamentalmente securitaria. Gli attuali connotati dell'istituto condizionano anche gli operatori economici, che hanno difficoltà nel prevedere se le loro operazioni possano divenire oggetto dello stesso, e genera timori che rischiano di scoraggiare i flussi d'investimento[61]. Tali considerazioni alimentano nella dottrina i dubbi circa la necessità di riformare l'istituto, che sarà sicuramente condizionata dall'imminente novella elaborata in sede unionale[62].

[61] Considerati centrali dallo stesso legislatore europeo, che ha ritenuto di ribadire, nel primo considerando del Regolamento IDE, che gli "*investimenti esteri diretti contribuiscono alla crescita dell'Unione rafforzandone la competitività, creando posti di lavoro ed economie di scala, apportando capitali, tecnologie, innovazione e competenze e aprendo nuovi mercati per le esportazioni dell'Unione. Essi sostengono gli obiettivi del piano di investimenti per l'Europa e contribuiscono ad altri progetti e programmi dell'Unione*", come puntualizzato da M. F. CRISPINO, *op. cit.*, p. 20.

[62] In proposito, S. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 68, propone la scissione del *golden power* in due distinti meccanismi, uno volto allo scrutinio degli investimenti extra-unionali e regolato dal regolamento venturo, e uno dedicato al controllo degli investimenti infra-europei e nazionali.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il principio del risultato nel Codice dei Contratti Pubblici: un cambio di paradigma per l'azione amministrativa

di **Eugenio Piscino**

(Professore a contratto in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Introduzione al Codice e alla centralità dei principi. – 1.1. L'articolo 1: il decalogo dei principi e la preminenza del risultato; - 1.2. L'articolo 4 del d.lgs. 36/2023: la portata imperativa dei principi fondamentali; - 2. Natura e funzioni del principio del risultato: innovatività e rapporto con i valori fondamentali. – 3. Il principio del risultato e i principi costituzionali: la proiezione dell'art. 97 Cost. – 4. Il difficile bilanciamento tra il principio del risultato e il principio di rotazione; - 5. Il principio del risultato nella giurisprudenza: TAR Bari, Sezione Terza, Sentenza n. 932/2025; - 6. Analisi di un caso concreto: TAR Milano, Sezione Prima, Sentenza n. 2642/2025; - 7. La funzione attuativa del principio del risultato nella giurisprudenza amministrativa: analisi della sentenza Consiglio di Stato n. 6337/2025; - 8. Conclusioni.

Abstract

Legislative Decree No. 36 of 2023 introduced a new Public Contracts Code, marking a significant evolution in the Italian public contracting system. Among the most significant innovations is the codification and hierarchization of the principles that guide the sector, placing at its core the novel principle of results, enshrined in Article 1. This principle, far from being a mere programmatic statement, assumes a central role, as reaffirmed by Article 4, which requires its consideration in the application of its provisions. This article aims to examine the legal nature, innovative nature, and typical functions of the principle of results in administrative law - interpretative, limiting power, and integrative - by analyzing its relationship with other fundamental principles of the legal system, including those of constitutional rank, such as the principle of good performance, as well as its delicate balance with the principles of legality, competition, and rotation. Recent rulings by the Milan Regional Administrative Court (Regional Administrative Court, Ruling No. 2642/2025), the Bari Regional Administrative Court (Regional Administrative Court, Ruling No. 932/2025) and Council of State (Ruling no. 6337/2025) will also be discussed. These rulings offer concrete insights into the application and interpretation of this principle in the current regulatory and case law landscape, highlighting how case law is shifting its decisions toward greater consideration of the effectiveness and efficiency of administrative action, in line with the legislator's new directive.

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

1. Introduzione al Codice e alla centralità dei principi.

Il d.lgs.31 marzo 2023 n. 36 rappresenta un momento di svolta e una profonda rivisitazione della disciplina dei contratti pubblici in Italia. Frutto di un'intensa fase di elaborazione che ha coinvolto il Governo, il Parlamento e il Consiglio di Stato[1], il Codice è stato concepito con l'ambizioso obiettivo di razionalizzare, semplificare e rendere più efficiente il sistema degli appalti e delle concessioni pubbliche, anche in un'ottica di piena attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e dei relativi investimenti[2]. La delega conferita al Governo con la legge n. 78 del 2022 ha infatti posto l'accento sulla necessità di un testo unico, chiaro e facilmente consultabile, che superasse le complessità e le rigidità del precedente d.lgs. 50/2016, spesso criticato per l'eccessiva burocratizzazione e per l'orientamento iper-garantista che, in molti casi, si è tradotto in rallentamenti e contenziosi[3].

Elemento distintivo e profondamente innovativo di questa riforma è la scelta di codificare e, in una certa misura, gerarchizzare i principi[4] che informano l'intero settore della contrattualistica pubblica[5]. Tale scelta non è meramente formale, ma sostanziale: i principi non sono più solo direttive interpretative implicite o desumibili dal sistema, ma divengono norme giuridiche esplicite, poste a fondamento e a guida di ogni decisione e azione dell'amministrazione aggiudicatrice e degli operatori economici[6]. Rappresentano un punto di riferimento essenziale per l'interpretazione e l'applicazione delle norme, delineando un percorso chiaro verso la realizzazione degli interessi collettivi sottesi all'attività contrattuale pubblica. L'intento è di infondere nel sistema dei contratti pubblici una direzione chiara verso la realizzazione degli interessi collettivi, superando quella che è stata definita la logica della sfiducia tra pubbliche amministrazioni e le forme di burocrazia difensiva, promuovendo invece un approccio proattivo orientato all'efficienza e all'efficacia

[1] Consiglio di Stato, 7 dicembre 2022: Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici.

[2] Per un'analisi approfondita del ruolo del PNRR nella riforma degli appalti pubblici, si veda l'articolo di C. Salzano, *Nuovo Codice degli appalti e deroghe PNRR*, in Ethica Societas, 15 novembre 2023, disponibile su ethicasocietas.it.

[3] Sulla critica al D.lgs. 50/2016 e le ragioni della riforma, cfr. Napolitano, G. (2023). Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali. giornale di diritto amministrativo, 2023 n. 3, 287-301; A. Police, Un nuovo codice dei contratti pubblici. Riflessioni sulle novità introdotte dal d.lgs. n. 36 del 2023, in Giustamm.it, 2023, 5. Si veda anche G. Falcon, Dalla paura della firma alla cultura del risultato: i principi del Codice Appalti, in Nuove Autonomie, 2023, 3, p. 180 ss.

[4] G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in Riv. trim. appalti, 2023, 3, 793-820.

[5] M. R. Spasiano, *La codificazione dei principi del Codice dei contratti pubblici* e, in particolare, del risultato, alla prova del correttivo, Federalismi.it, 2025, 9.

[6] R. Guastini, Distinguendo. *Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 165 ss., sulla distinzione tra principi e regole. Nel diritto amministrativo, si vedano M.A. Sandulli, Principi e regole dell'azione amministrativa, Giuffrè, 2015; G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2021.

ISSN 2036-7821

dell'azione amministrativa[7].

Tra questi principi, spicca per la sua innovatività e per il ruolo preminente assegnatogli, il principio del risultato[8], sancito dall'articolo 1 del Codice. La sua introduzione non è casuale ma risponde a una precisa volontà del legislatore di spostare il focus da un'ottica prettamente formale e procedurale – tipica della precedente normativa e spesso associata a un approccio cartolare – a una visione sostanziale, orientata al conseguimento dell'interesse pubblico attraverso l'effettiva e tempestiva realizzazione delle opere, dei servizi e delle forniture[9].

1.1. L'articolo 1: il decalogo dei principi e la preminenza del risultato.

L'articolo 1 del Codice è il fulcro di questa impostazione, un vero e proprio decalogo che enuncia i principi cardine della disciplina dei contratti pubblici. La sua formulazione è estremamente significativa e merita un'analisi dettagliata[10].

I commi 1 e 3 dell'articolo 1 stabiliscono che l'affidamento e l'esecuzione di appalti pubblici e concessioni garantiscono la qualità delle prestazioni e si conformano ai principi di economicità, efficacia, parità di trattamento[11], trasparenza, proporzionalità, pubblicità e tutela della concorrenza[12]. Questa prima parte presenta una pluralità di principi già noti all'ordinamento amministrativo e alla disciplina

---

[7] L. Martini, *Il principio del risultato nel codice dei contratti pubblici: un cambio di paradigma*, in Il Diritto Amministrativo, ISSN 2039-6937, p. 1.

[8] Per i diversi interventi, si vedano gli studi di R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione"*, in Dir. soc., 2000, pag. 101 e ss.; M. CAMMELLI, Amministrazione di risultato, in Annuario AIPDA, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 107 e ss.; M. SPASIANO, Funzione amministrativa e legalità di risultato, Giappichelli, Torino, 2003; nell'ambito del Volume a cura di M. IMMORDINO, A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti del Convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003, Giappichelli, Torino, 2004, si segnalano i contributi di A. ROMANO TASSONE, Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo, pag. 1 e ss.; M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, pag. 15 e ss.; F. MERUSI, La certezza del risultato nell'Amministrazione del mercato, pag. 36 e ss., S. PERONGINI, Principio di legalità e risultato amministrativo, pag. 39 e ss.; E. PICOZZA, Principio di legalità e risultato amministrativo, ovvero del nuovo diritto pubblico italiano, pag. 51 e ss.; M. D'ORSOGNA, Teoria dell'invalidità e risultato, pag. 57 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Invalidità e risultato amministrativo*, pag. 79 e ss.; A. ZITO, Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa, pag. 87 e ss.; G. CORSO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, pag. 96 e ss.

[9] L. Carbone, Il Codice dei contratti pubblici: un anno di applicazione, in Giornale di diritto amministrativo, n. 4, 2024, p. 441 e ss.

[10] V. Italia, *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in Riv. trim. app., 2023, 3, 1183-1206.

[11] Per un'analisi approfondita del riconoscimento giurisprudenziale dei principi di parità di trattamento e imparzialità come fondamentali per prevenire discriminazioni e assicurare la leale concorrenza, si veda la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 29 aprile 2004, C-387/02, Commissione c. Italia, disponibile su https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=109261&doclang=IT.

[12] *Del resto, le offerte dei partecipanti alle gare pubbliche, laddove non contengano esplicitamente elementi di difformità, idonei a tradursi in una inammissibile controproposta, devono interpretarsi come conformi al capitolato, in virtù della regola ermeneutica di conservazione degli effetti, di cui all'art. 1367 c.c., ed in ossequio al principio del risultato e del favor partecipationis (Cons. Stato, Sez. V, 4 marzo 2025, n. 1857). A ciò si aggiunga che, ai sensi dell'art. 1369 c.c., le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto*, così Consiglio di Stato, sez. V, 27 maggio 2026, n. 4266.

degli appalti[13]. Innovativa è la menzione esplicita della buona fede e dell'affidamento (sanciti all'art. 2), che si affermano con sempre maggiore forza nel diritto pubblico[14]. Occorre tuttavia prestare attenzione al dato letterale e alle sue implicazioni dogmatiche. Come evidenziato in dottrina (cfr. Capotorto), il legislatore non ha espressamente richiamato il principio di imparzialità all'interno dei commi 1 e 3 dell'art. 1. Tale omissione, lungi dal rappresentare un declassamento, si spiega con la natura immanente e costituzionalmente vincolata (ex art. 97 Cost.) dell'imparzialità, la quale, pur non essendo rubricata nel decalogo operativo dell'articolo 1, permea ineludibilmente l'intera azione amministrativa[15], ponendosi come limite esterno e invalicabile anche alla ricerca del risultato[16-17].

Il comma 4 è quello che introduce la vera innovazione, assegnando, secondo chi scrive, una posizione preminente al principio del risultato, che costituisce criterio prioritario per l'esercizio della discrezionalità amministrativa e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per l'interpretazione delle disposizioni del presente codice. Concorre, altresì, all'individuazione e all'applicazione delle altre disposizioni anche di carattere generale che regolano l'azione amministrativa. Il principio del risultato è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. Costituisce espressione dei principi di buona amministrazione, di buon andamento, di ragionevolezza e di proporzionalità[18].

Questo comma eleva il principio del risultato a criterio prioritario su più livelli operativi[19]:

per l'esercizio della discrezionalità amministrativa: Significa che ogni scelta discrezionale

[13] La maggior parte di questi principi è già stata oggetto di riconoscimento giurisprudenziale e dottrinale anche prima della loro codificazione esplicita.

[14] Per un'analisi approfondita del riconoscimento giurisprudenziale dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, si veda la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 23 novembre 2007, n. 9, disponibile su https://www.giustizia-amministrativa.it/. La pronuncia sottolinea l'importanza di tali principi come corollari del principio costituzionale di buon andamento ex art. 97 Cost.

[15] G. Arena, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), La disciplina generale dell'azione amministrativa.

[16] Sulla buona fede nel diritto amministrativo, cfr. F. Bassi, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1995, pag.141; Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2017, n. 4277. Sull'affidamento, cfr. Diritto amministrativo a cura di F.G Scoca, Giappichelli, Torino, 2025.

[17] U. Baldi, G. Balocco, V. Bontempi et al., *Il nuovo codice degli appalti (D.lgs. n. 36/2023). Analisi delle novità, aspetti operativi e indicazioni pratiche*, Milano, Wolters Kluwer, 2023.

[18] Sul punto si veda Consiglio di Stato, sentenza n. 6495 del 22 luglio 2025. Ai sensi dell'art. 1 del Codice dei contratti pubblici, il risultato che si è prefisso l'amministrazione può rappresentare, esso stesso, un parametro in base al quale il giudice può sindacare la ragionevolezza, logicità e congruità delle scelte compiute, potendo tali scelte non apparire coerenti con il risultato individuato; pertanto, se il risultato è lo smaltimento dei rifiuti, l'eventuale offerta che preveda il solo "trattamento/recupero" degli stessi non può per ciò solo essere esclusa, dovendo la stazione appaltante verificare se tale offerta sia comunque idonea a conseguire il risultato dello smaltimento dei rifiuti.

[19] F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, Giustizia insieme, 2023. Si veda anche M. Clarich, Manuale di diritto amministrativo, V ed., Bologna, il Mulino, 2022, pag. 1-521.

ISSN 2036-7821

dell'amministrazione (es. scelta della procedura, dei criteri di aggiudicazione, delle specifiche tecniche) deve essere orientata a massimizzare il conseguimento del risultato atteso[20]. Non basta che la scelta sia legittima; deve essere anche la più efficace per il raggiungimento dello scopo pubblico[21].

per l'individuazione della regola del caso concreto: Implica che, di fronte a situazioni complesse o non compiutamente disciplinate, la soluzione da adottare debba essere quella che concretamente garantisce il miglior risultato[22]. Questo conferisce all'amministrazione una maggiore flessibilità e capacità di adattamento alle specificità della realtà operativa[23].

per l'interpretazione delle disposizioni del Codice: Ogni norma del d.lgs. 36/2023 deve essere letta e applicata in funzione del principio del risultato, privilegiando interpretazioni che ne favoriscano il conseguimento[24]. Ciò impone un'ermeneutica teleologica, superando un'interpretazione meramente letterale o formalistica che potrebbe ostacolare il buon esito dell'appalto[25].

concorre all'individuazione e applicazione delle altre disposizioni anche di carattere generale che regolano l'azione amministrativa: Questo estende la portata del principio del risultato al di là del solo Codice dei Contratti Pubblici, rendendolo un parametro rilevante per l'intera azione amministrativa che interseca il settore degli appalti[26]. È una chiara manifestazione del principio di specialità, per cui una direttiva specifica del settore si irradia su norme più generali[27].

La norma, inoltre, esplicita che il principio del risultato è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. Questa specificazione rafforza la sua dimensione pubblicistica e la sua coerenza con il diritto euro-unitario, che pure valorizza l'efficienza e l'efficacia nell'uso dei fondi pubblici.

---

[20] Cons. Stato, Sez. V, 12 luglio 2022, n. 5985, che già prima del codice valorizzava l'orientamento al risultato nell'esercizio della discrezionalità.

[21] A. Pellegrino, *La responsabilità dirigenziale*, in Diritto.it, 15 novembre 2022 https://www.diritto.it/la-responsabilita-dirigenziale/

[22] Per un approfondimento sul concetto di discrezionalità tecnica come valutazione specializzata del caso concreto, si rimanda all'articolo "Discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e merito amministrativo: nozioni e differenze", pubblicato sul sito dello Studio Legale Lupone https://studiolegalelupone.it/2013/05/discrezionalita-amministrativa-discrezionalita-tecnica-e-merito-amministrativo-nozioni-e-differenze/

[23] G. Terraciano, *Una nuova configurazione della responsabilità erariale funzionale all'autonomia decisionale dei funzionari pubblici in coerenza con i principi del risultato e della fiducia*, in Amministrativ@mente, 2023, 3.

[24] F. Caringella, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Prima e dopo il correttivo*, Dike Giuridica, Roma, 2025.

[25] La dottrina parla di interpretazione sistemica e teleologica che supera la mera interpretazione letterale. Cfr. S. Biancardi, Il principio del risultato quale elemento innovativo e centrale nel nuovo codice, in Appalti e Contratti, 2025.

[26] L'irradiazione su disposizioni generali evidenzia la volontà del legislatore di dare al principio del risultato una valenza quasi costituzionale per la materia. Cfr. R. Greco, Principio del risultato e tutela della legalità nel nuovo codice dei contratti pubblici, Giust. Amm. 2025.

[27] R. Giaquinto, *Il principio di specialità nel concorso di norme e nel rapporto tra artt. 316-bis e 640-bis c.p.* https://rivista.camminodiritto.it/public/pdfarticoli/4368_10-2019.pdf

ISSN 2036-7821

La connessione con i principi di buona amministrazione, di buon andamento, di ragionevolezza e di proporzionalità lo radica infine nell'alveo dei principi costituzionali, in particolare l'art. 97 Cost., come vedremo in seguito[28]. A mio avviso, il principio del risultato rappresenta una svolta fondamentale nell'azione amministrativa, poiché sposta l'attenzione dall'adempimento formale alla concreta efficacia delle scelte pubbliche.

Sotto il profilo metodologico, la presente indagine si snoda attraverso un duplice binario d'analisi. Da un lato, si procede a una disamina dogmatica del dato normativo, volta a decostruire le funzioni interpretative, limitative e integrative del principio del risultato. Dall'altro, attraverso una ricognizione critica della giurisprudenza amministrativa, si intende superare una prospettiva meramente ricostruttiva per evidenziare le criticità applicative dell'impianto codicistico. Il nucleo problematico della ricerca si concentra, infatti, sul rischio che l'assolutizzazione del risultato, qualora non ancorata a rigidi parametri oggettivi, possa tradursi in una formula vuota o, peggio, in un grimaldello per legittimare forzature procedurali, minando i presidi di imparzialità e le garanzie concorrenziali.

1.2. L'articolo 4 del d.lgs. 36/2023: la portata imperativa dei principi fondamentali.

L'articolo 4 del Codice svolge un ruolo cruciale nella gerarchia e nell'applicazione dei principi, in particolare del principio del risultato[29]. Il comma 1 stabilisce che le disposizioni del presente codice si applicano tenendo conto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, quasi una norma sulla norma, che impone agli operatori del diritto e alle amministrazioni aggiudicatrici un obbligo esplicito e cogente: nell'applicazione di ogni singola disposizione del Codice, si deve avere riguardo ai principi enunciati nei primi tre articoli[30].

In particolare, il richiamo all'articolo 1 rafforza ulteriormente la preminenza del principio del risultato[31], ma non è solo tale articolo a definire il risultato come criterio interpretativo prioritario, ma l'art. 4 estende questa direttiva a tutte le altre norme del Codice. Ciò significa che qualsiasi interpretazione di norme procedurali, sostanziali o di dettaglio deve essere filtrata attraverso la lente del risultato. Se una norma potesse essere interpretata in più modi, l'interpretazione che meglio consente il raggiungimento del risultato (massima tempestività, migliore rapporto qualità/prezzo[32]) deve essere preferita[33].

---

[28] A. Romano, *Diritto Amministrativo*, Giappichelli, 2023.

[29] R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale dei contratti pubblici*, Bari, Nel Diritto editore, 2023,

[30] A. Sandulli, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo*, in Dir. pubblico, 2024, 349-364.

[31] Questo rinforzo deriva dal fatto che l'art. 4 impone una lettura risultato-orientata di tutte le norme del Codice. Cfr. M. Santise, *Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2025.

[32] Sul punto si veda Interesse pubblico e principio di risultato, TAR Sicilia, Palermo, Sez. V, 29 settembre 2025, n. 2115. L'esclusione di un'impresa che ha presentato una polizza provvisoria contraffatta è stata giudicata illegittima poiché il ricorso è in buona fede e la decisione produce un danno all'interesse pubblico sostanziale. Il

ISSN 2036-7821

Questo comma attribuisce ai principi dei primi tre articoli (risultato, fiducia, accesso al mercato) una funzione non solo interpretativa in senso lato, ma quasi di direttiva applicativa che permea l'intero Codice[34]. È una chiara indicazione del legislatore a superare un approccio eccessivamente formalistico o burocratico nell'applicazione delle norme, per privilegiare invece una visione pragmatica e funzionale, orientata all'efficienza e all'efficacia dell'azione amministrativa[35]. In caso di contrasto apparente tra una regola e un principio, la regola deve essere interpretata in modo da armonizzarsi con il principio, e se ciò non fosse possibile, il principio potrebbe fungere da criterio per disapplicare o temperare la regola, se quest'ultima ne ostacolasse irragionevolmente il perseguimento del risultato[36]. La combinazione degli articoli 1 e 4 è, quindi, un potente segnale di un cambio di paradigma: il sistema non è più solo orientato alla correttezza formale e alla prevenzione del rischio, ma al conseguimento effettivo degli obiettivi pubblici, con una consapevolezza della necessità di bilanciare i diversi interessi in gioco per un'azione amministrativa più performante e responsabile[37].

2. Natura e funzioni del principio del risultato: innovatività e rapporto con i valori fondamentali.

Il principio del risultato esercita nel sistema dei contratti pubblici[38] la triplice funzione tipica dei principi generali: interpretativa, integrativa e limitativa del potere[39-40]. In chiave interpretativa[41], esso impone un'ermeneutica teleologica delle

principio del risultato impone che la commessa sia affidata rapidamente al migliore rapporto qualità-prezzo. L'annullamento d'ufficio è giustificato solo da motivi concreti di interesse pubblico, divergenti dal mero ripristino della legalità.

[33] Il bilanciamento tra i principi è fondamentale, ma l'art. 4 eleva il risultato a criterio di bilanciamento primario. Cfr. M. Cafagno, *Funzioni delle gare e principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento*, in Giornale di diritto amministrativo, 2024, 1, p. 96 ss.

[34] L. Magli, *Il nuovo mercato dei servizi cloud per le pubbliche amministrazioni. Note a margine dell'aggiudicazione del Polo Strategico Nazionale*, pubblicato nel 2024 nel numero 2 della rivista Munus. Rivista giuridica dei servizi pubblici.

[35] La finalità è superare la burocrazia difensiva, enfatizzando la sostanza rispetto alla forma. Cfr. A. Manna e G. Salcuni, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, lalegislazionepenale.eu

[36] F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in IRIS – Università degli Studi Internazionali di Roma, 2023, disponibile all'indirizzo: https://iris.unint.eu/handle/20.500.14090/7521.

[37] Il Codice promuove una P.A. più manageriale e orientata alla performance. Cfr. S. Cassese, *Amministrare la Nazione: la pubblica amministrazione in Italia*, Mondadori, Milano, 2017, p. 150 ss.

[38] G. Trovato, *Il principio del risultato come 'stella polare' dell'azione amministrativa*, in Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni, https://www.rivistagiuridicadeicomuni.eu/wp-content/uploads/2024/10/09-TROVATO.pdf.

[39] R. Bin, *Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità*, SSM, quaderno 26. A. Massera, *Principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in Riv. dir. amm., 2005, p. 702 ss.

[40] N. Durante, *I principî del diritto amministrativo nella giurisprudenza*, in Giust.amm., 2025. S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, 2000.

disposizioni, privilegiando letture che favoriscano il tempestivo conseguimento dell'obiettivo pubblico. Sotto il profilo integrativo, colma le lacune normative guidando l'amministrazione, nei casi non espressamente regolati, verso la soluzione più idonea al fine pubblico[42-43]. Infine, nella sua funzione limitativa, argina l'arbitrio amministrativo, esigendo che la discrezionalità massimizzi la qualità e l'economicità della prestazione ed escludendo decisioni formalmente ineccepibili ma concretamente inefficaci[44].

Il risultato[45], pur essendo implicitamente presente nell'ordinamento attraverso concetti come quello di buona amministrazione (art. 97 Cost.) e di efficacia, acquisisce con il d.lgs. n. 36/2023 una veste esplicita e una dignità normativa autonoma e preminente. Come sottolineato da Luigi Martini nel suo studio[46], la qualificazione della sua natura giuridica è fondamentale per comprenderne la portata innovativa e il suo impatto sistematico.

L'analisi condotta ha permesso di rilevare che l'innovazione risiede non solo nella sua espressa codificazione, ma soprattutto nella sua elevazione a criterio prioritario per l'esercizio della discrezionalità amministrativa e per l'individuazione della regola del caso concreto[47]. Questo lo pone su un piano di preminenza rispetto ad altri principi pur fondamentali, come la trasparenza e la concorrenza, che pur rimanendo cardini del sistema, devono essere funzionalizzati al raggiungimento del risultato[48]. L'intento del legislatore è chiaro: superare un'eccessiva formalizzazione delle procedure che, in passato, ha spesso sacrificato l'efficacia dell'azione amministrativa sull'altare della mera osservanza delle regole procedurali[49]. Il principio del risultato spinge l'amministrazione a guardare al cosa si vuole ottenere più che al come, senza ovviamente negare la necessità di un'azione legittima e trasparente.

---

[41] Cfr. R. Alexy, È autore di tre classici della teoria del diritto: Teoria dell'argomentazione giuridica (trad. it. Giuffrè, 1998), Teoria dei diritti fondamentali (trad. it. Il Mulino, 2012) e Concetto e validità del diritto, che qui si presenta in una nuova traduzione. Nel 2022 ha pubblicato Law's Ideal Dimension (Oxford University Press), sulla distinzione tra regole e principi. Nel diritto amministrativo, si vedano Diritto amministrativo, diretto da Francesco Caringella - Roberto Chieppa Bernardo Giorgio Mattarella, Giuffrè, 2025.

[42] R. Caranta, *I principi generali del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022.

[43] Si vedano i *Principi generali del diritto amministrativo*, in Dizionario di diritto pubblico, diretto da S. Cassese, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006.

[44] Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 luglio 2022, n. 5985, che, pur in vigenza del vecchio codice, già valorizzava la necessità di un'azione amministrativa orientata al risultato.

[45] F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in IRIS – Università degli Studi Internazionali di Roma, 2023, disponibile all'indirizzo: https://iris.unint.eu/handle/20.500.14090/7521.

[46] L. Martini, *Il principio del risultato nel codice dei contratti pubblici: un cambio di paradigma*, in Il Diritto Amministrativo, 2024, disponibile all'indirizzo: https://www.ildirittoamministrativo.it/Il-principio-del-risultato-nel-codice-dei-contratti-pubblici-un-cambio-di-paradigma/ted1096

[47] Art. 1, comma 4, d.lgs. 36/2023.

[48] F. D'Abronzo, *Il principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in De Iustitia, n. 2, 2025 – contributo anonimamente valutato, disponibile online su De Iustitia (rivista ufficiale).

[49] H. Simonetti, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Judicum, Pacini giuridica, 2023.

Martini evidenzia come il principio del risultato chiarisca che il fine dell'azione amministrativa, nelle procedure di gara e nella conclusione di un contratto, sia il buon esito dell'assegnazione e della sua corretta esecuzione, da perseguire con la massima tempestività e con il miglior equilibrio possibile tra qualità e prezzo. Questo orientamento, definito neo-contabilista o performante, mira a garantire che le risorse pubbliche siano utilizzate in modo efficiente per produrre benefici concreti per la collettività[50].

Il rapporto tra il principio del risultato e il principio di legalità è particolarmente delicato e ha generato ampie discussioni in dottrina, ponendo l'interrogativo se il risultato possa derogare alla legalità o se debba essere a esso subordinato[51]. Tradizionalmente, la legalità imponeva che l'azione amministrativa fosse conforme alla legge in senso stretto (principio di legalità formale) o che fosse funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico nei limiti e con le modalità stabilite dalla legge (principio di legalità sostanziale)[52]. Con l'introduzione del principio del risultato, emerge una nuova dimensione che, pur non soppiantando la legalità, ne ridefinisce i contorni in una prospettiva teleologica, trasformando la legalità da mero vincolo procedurale a strumento per l'ottenimento di un fine concreto e misurabile[53].

Luigi Martini, rifacendosi alla dottrina più recente, suggerisce che il risultato stesso debba divenire un criterio del sindacato di legittimità della procedura di gara[54]. Questo significa che, anche se una procedura dovesse apparire formalmente ineccepibile, essa potrebbe essere contestata se si dimostrasse che non è idonea a garantire il miglior risultato possibile in termini di efficacia, economicità e qualità della prestazione[55]. Un esempio lampante può essere quello dell'affidamento in house: sebbene l'art. 7 del Codice lo consenta, la scelta dell'in house anziché il ricorso al mercato potrebbe essere avversata, non solo sotto il profilo della tutela della concorrenza, ma anche dimostrando che a rimetterci sia proprio il risultato (ovvero l'efficacia e l'economicità dell'azione amministrativa), in termini di minore qualità o

[50] A. Chiarello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in Diritto dell'economia, n. 1, 2023, disponibile su ilDirittoAmministrativo.it

[51] Vaccari, S., *Principio del risultato e legalità amministrativa*, in Giornale di diritto amministrativo, n. 5, 2024, pp. 669–680, esamina come il principio del risultato impatti sul sindacato giurisdizionale e la legalità; disponibile su Giornale di diritto amministrativo.

[52] Di Pietro Cucumile, *Legalità amministrativa e trasparenza*, in Diritto Amministrativo (Rivista ilDirittoAmministrativo.it), n. 8, agosto 2025, in particolare nella sezione "1.1 Dalla legalità formale alla legalità sostanziale".

[53] P. Sandulli, La nuova legalità amministrativa: dal rispetto della forma al conseguimento del risultato, in Diritto Amministrativo, 2023, 4, p. 600 ss.

[54] Per una definizione aggiornata e rigorosa della distinzione tra i concetti di legalità formale (la P.A. deve essere autorizzata dalla legge) e legalità sostanziale (la disciplina dell'azione amministrativa deve essere completa e rispettosa dei diritti), si v. la voce "Principio di legalità" su Diritto.it.

[55] Cfr. F. Goisis, *Il principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici: efficienza e qualità dell'azione amministrativa*, in Federalismi.it, n. 19, 2023.

di maggior prezzo[56]. Ciò apre nuovi orizzonti nel contenzioso in materia di contratti pubblici, spostando l'attenzione non solo sulla correttezza formale, ma anche sulla capacità dell'azione amministrativa di produrre il miglior esito per l'interesse pubblico[57].

Questo non implica un sacrificio della legalità, ma una sua reinterpretazione in chiave funzionale. La legalità non è più fine a sé stessa, ma strumento per il raggiungimento del risultato. L'amministrazione deve agire nella legalità, ma con l'obiettivo costante di produrre esiti concreti e vantaggiosi per la collettività, valorizzando il fine ultimo dell'agire amministrativo[58]. Il principio del risultato, in tal senso, agisce come una direttiva per la concretizzazione della legalità, fornendo un metro di valutazione dell'adeguatezza delle scelte amministrative rispetto agli scopi prefissati e promuovendo una legalità dinamica orientata alla performance[59]. Il Giudice amministrativo, nel suo sindacato, non si limiterà più a una verifica formale ma dovrà compiere una valutazione più complessa che tenga conto del bilanciamento degli interessi e dell'efficienza dell'azione[60].

Il principio di concorrenza, cardine del sistema degli appalti pubblici a livello europeo (artt. 101 e 102 TFUE) e nazionale (art. 41 Cost.), mira a garantire la massima partecipazione degli operatori economici, la non discriminazione e la trasparenza delle procedure[61]. Tradizionalmente, è stato visto come un valore primario, quasi intangibile, fondamento stesso del mercato unico europeo e dell'efficiente allocazione delle risorse[62]. Con l'introduzione del principio del risultato, si è aperta una discussione sulla sua relativizzazione o, meglio, sulla sua funzionalizzazione al conseguimento degli obiettivi pubblici[63].

Il Codice non abolisce la concorrenza, ma la subordina, come strumento, al risultato. L'articolo 1, comma 2, precisa che il principio del risultato concorre, altresì, all'individuazione e all'applicazione delle altre disposizioni anche di carattere generale che regolano l'azione amministrativa. Questo significa che la concorrenza non è più un dogma assoluto, ma uno strumento per ottenere il miglior rapporto qualità/prezzo, ossia il miglior risultato possibile per l'amministrazione[64]. La

[56] Cfr. A. Police, *Il principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici: una rivoluzione copernicana?*, in Federalismi.it, n. 12, 2023, disponibile online: https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=51342.

[57] Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 11 giugno 2024, n. 1778, commentata su Italiappalti.it:

[58] Cfr. S. Vaccari, *Principio del risultato e legalità amministrativa*, in Giornale di diritto amministrativo, n. 5, 2024, pp. 669–680, disponibile online nel repository istituzionale della Bicocca.

[59] F. Manganaro, *Legalità e efficienza: il nuovo volto dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 90 ss.

[60] Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866, con commento in ARS Gestione: "...amplia il perimetro del sindacato giurisdizionale … spostando nell'area della legittimità […] scelte ... ritenute sinora insindacabili"

[61] Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 7 dicembre 2000, C-324/98, Teleaustria.

[62] M. Clarich, *Concorrenza e pubblici poteri*, in Federalismi.it, 2023, n. 10.

[63] Cfr. G. Vesperini, *Il nuovo codice dei contratti pubblici e il principio di concorrenza*, in Giust. Amm., 2023, 6, disponibile all'indirizzo: https://www.giustamm.it

[64] Art. 1, comma 2, D.lgs. 36/2023. La concorrenza diventa un mezzo per un fine superiore.

giurisprudenza ha già in passato riconosciuto un ruolo preminente alla concorrenza, ma il Codice introduce una prospettiva in cui l'interesse della concorrenza deve essere bilanciato con l'esigenza di conseguire in modo efficace l'obiettivo dell'amministrazione[65].

In situazioni eccezionali, o in presenza di un mercato con scarsa offerta, l'amministrazione potrebbe essere legittimata a discostarsi dalla massima apertura concorrenziale se ciò fosse indispensabile per conseguire tempestivamente e efficacemente l'obiettivo pubblico[66]. Tuttavia, questa funzionalizzazione non deve tradursi in un'elusione del principio concorrenziale[67]. La Pubblica Amministrazione dovrà comunque fornire una motivazione rigorosa che giustifichi la scelta di limitare la concorrenza, dimostrando che tale limitazione è strettamente necessaria e proporzionata al perseguimento di un risultato concreto, irrinunciabile e oggettivamente difficilmente raggiungibile con le procedure ordinarie[68]. I principi di trasparenza e parità di trattamento, richiamati anch'essi all'art. 1 del Codice, rimangono coessenziali all'azione amministrativa e fungono da contrappeso per evitare derive arbitrarie[69]. Il punto di equilibrio tra risultato e concorrenza si trova nella capacità dell'amministrazione di dimostrare che la limitazione della concorrenza, ove attuata, è la via più idonea a massimizzare il valore per la collettività, non solo in termini di costo ma di utilità complessiva della prestazione[70]. La valutazione dovrà essere *ex ante* e basata su dati oggettivi che attestino l'impossibilità di raggiungere il medesimo risultato con una maggiore apertura al mercato[71].

3. Il principio del risultato e i principi costituzionali: la proiezione dell'art. 97 Cost.

Il principio del risultato, sebbene di recente codificazione esplicita in materia di contratti pubblici, affonda le sue radici in valori di rango costituzionale, richiamando in particolare l'articolo 97 della Costituzione italiana, che sancisce i canoni di

[65] Cons. Stato, Ad. Plen., 29 agosto 2017, n. 8, in tema di principio di rotazione, già riconosceva la necessità di bilanciare la concorrenza con l'efficienza.

[66] Cfr. C. Marra, *La deroga alla concorrenza nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in Appalti e Contratti, 2023, n. 10, p. 1010 ss., disponibile all'indirizzo: https://www.appaltiecontratti.it.

[67] Cfr. M.A. Sandulli, *Le deroghe al principio di concorrenza nei contratti pubblici*, in Federalismi.it, 2023, disponibile su: https://www.federalismi.it

[68] Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 14 ott. 2020, n. 6209, che afferma come «l'obbligo di motivazione analitica e puntuale sulle giustificazioni» sussista solo in caso di giudizio negativo dell'offerta Gazzetta Amministrativa.

[69] La trasparenza e la parità di trattamento sono richiamate anch'essi all'art. 1, comma 1, D.lgs.. 36/2023, a riprova della loro perdurante centralità.

[70] Cfr. R. Garofoli, *Manuale breve di diritto Amministrativo 2025 Aggiornato al nuovo decreto correttivo dei Contratti pubblici*, Nel diritto editore, 2025.

[71] Cfr. S. Mascelloni, Appalti pubblici: procedura negoziata senza bando solo quando strettamente necessario, Iusletter, 2024, evidenzia che l'amministrazione deve motivare fin dal primo atto le ragioni di ricorso alla procedura negoziata eccezionale, dimostrando con rigore gli effettivi presupposti (es. urgenza, imprevedibilità e non imputabilità).

ISSN 2036-7821

imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione[72].
L'articolo 97 Cost. impone alla pubblica amministrazione di agire in modo efficace ed efficiente per il perseguimento degli interessi pubblici[73]. Il principio del buon andamento, in particolare, è stato tradizionalmente interpretato dalla dottrina e dalla giurisprudenza come una direttiva per l'attività amministrativa che mira all'efficienza, all'efficacia, all'economicità e alla produttività[74]. In questa prospettiva, può essere visto non come un principio nuovo e distinto, ma come una specificazione, una concretizzazione e un rafforzamento del buon andamento nell'ambito peculiare e strategico della contrattualistica pubblica[75]. Non è, quindi, avulso dal contesto costituzionale, ma piuttosto una sua esplicitazione e rafforzamento in un settore cruciale per la spesa pubblica e la realizzazione di infrastrutture e servizi per la collettività[76].
Nell'esperienza di studio maturata, la giurisprudenza costituzionale e amministrativa ha spesso richiamato l'art. 97 Cost. per sindacare l'operato dell'amministrazione in termini di eccesso di potere per sviamento, illogicità, irragionevolezza o ingiustizia manifesta, tutte figure sintomatiche di un'azione che non persegue in modo ottimale l'interesse pubblico o che si discosta dalle finalità indicate dalla legge[77]. Il principio del risultato fornisce ora un parametro più diretto e misurabile per valutare se l'azione amministrativa, nel contesto degli appalti, sia effettivamente orientata al raggiungimento degli obiettivi preposti, andando oltre la mera legittimità formale[78] per abbracciare l'efficacia sostanziale[79]. Esso opera come una sorta di bussola per l'applicazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, anch'essi richiamati nell'art. 1 del Codice, e considerati espressioni del buon andamento[80]. La Corte Costituzionale ha più volte ribadito che l'efficienza e l'efficacia sono funzionali alla realizzazione degli interessi pubblici[81].
In sintesi, il principio del risultato non si pone in antitesi, ma in sinergia con i

[72] G. Scoca, *Principi costituzionali e diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 80 ss.
[73] Cfr. G. Napolitano, *Buona l'ultima? La terza codificazione del diritto dei contratti pubblici alla prova dei risultati*, in Giornale di diritto amministrativo, 2023, n. 3, disponibile su: www.giustiziaamministrativa.it.
[74] G. Cottino, *Il principio di buon andamento nell'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 50 ss.
[75] Cfr. A. Amore, *Il giudizio di anomalia dell'offerta nella nuova "stagione" dei principi della contrattualistica pubblica: il valore del principio di risultato e la metamorfosi del sindacato giurisdizionale*, P.A. Persona e Amministrazione, 2024, V. 14, n. 1, disponibile online a libero accesso. L'articolo esamina proprio la positivizzazione del principio del risultato nel nuovo codice degli appalti e il conseguente mutamento nella portata del sindacato giurisdizionale.
[76] Il D.lgs. 36/2023 è stato concepito anche per dare attuazione all'art. 97 Cost. nel settore dei contratti pubblici. Cfr. L. Carbone, op. cit., p. 441 e ss.
[77] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 23 novembre 2007, n. 9; Corte Cost., sent. n. 104 del 1989.
[78] Si veda S. Miriello, *Il rapporto tra il super principio del risultato e il principio di legalità*, Rivista della Corte dei conti, 2025, 3, pag. 276 ss.276 ss.
[79] A. L. De Cesaris, *Sull'estensione del sindacato giurisdizionale in materie di discrezionalità tecnica*.
[80] Cfr. G. Corso, Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto amministrativo, in Federalismi.it, 2023, n. 4, disponibile su: https://www.federalismi.it
[81] Corte Cost., sent. n. 104 del 1989, che ha affermato il valore di efficienza e economicità quale corollario del principio di buon andamento.

principi costituzionali, fornendo uno strumento normativo ulteriore per garantire che l'azione amministrativa in materia di contratti pubblici sia non solo legittima, ma anche efficace, efficiente e orientata al valore per la comunità, come richiesto dalla Carta Costituzionale. Questa armonia rafforza la legittimità e la cogenza del principio del risultato nel panorama giuridico italiano[82].

Tuttavia, l'elevazione del risultato a criterio prioritario non è esente da insidie sistematiche. Il profilo maggiormente critico risiede nell'indeterminatezza del concetto di risultato, il quale rischia di prestarsi a interpretazioni opportunistiche. Se il risultato diviene l'esclusivo metro di valutazione dell'azione amministrativa, il pericolo immanente è quello di una pericolosa torsione del sistema in cui il fine giustifica i mezzi. In quest'ottica, la dequotazione delle regole procedurali per la celerità o per il risultato economico potrebbe tradursi in un'elusione dei presidi anticorruzione e in una ingiustificata compressione dei diritti di difesa degli operatori economici. Il problema centrale, dunque, non è l'affermazione del principio in sé, ma la sua perimetrazione oggettiva. Come evitare che la discrezionalità amministrativa si tramuti in arbitrio? La soluzione non può che risiedere in un rafforzamento dell'onere motivazionale: l'amministrazione che intenda derogare a una regola formale in nome del risultato deve fornire una dimostrazione rigorosa, basata su dati istruttori inconfutabili, che tale deroga era l'unica via percorribile per tutelare l'interesse pubblico preminente. Il sindacato giurisdizionale, di conseguenza, è chiamato a un compito gravoso: non potendosi più limitare alla mera verifica formale, dovrà addentrarsi nell'analisi della ragionevolezza economica e tecnica della scelta, fermandosi però sulla soglia del merito amministrativo.

4. Il difficile bilanciamento tra il principio del risultato e il principio di rotazione.

L'introduzione del principio del risultato ha comportato un delicato bilanciamento con altri principi già consolidati e specifici del settore dei contratti pubblici, come quello di rotazione degli appalti, evidenziando il difficile rapporto tra questi due principi, sottolineando come la loro coesistenza nel Codice generi aree di potenziale frizione e richieda un'attenta opera di interpretazione e armonizzazione[83].

Il principio di rotazione, finalizzato a garantire la massima partecipazione degli operatori economici, la non discriminazione e a prevenire la formazione di rendite di posizione e situazioni di dipendenza[84], era già un caposaldo nella disciplina dei contratti sotto soglia, sebbene prima del d.lgs. 36/2023 fosse principalmente desumibile dalle Linee Guida ANAC (n. 4, ora abrogate) e dalla giurisprudenza

[82] Cfr. L. Randazzo, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: il rapporto tra principi (risultato, fiducia, buona fede e tutela dell'affidamento) e esigenze di mercato, solidarietà e sussidiarietà orizzontale*, in Diritto Amministrativo, agosto Il Diritto Amministrativo.

[83] F. Mastragostino, *Il principio di rotazione tra tutela della concorrenza e favor partecipationis nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in Federalismi.it, 2024, n. 5.

[84] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 agosto 2017, n. 8, che ha fissato i paletti del principio di rotazione.

amministrativa consolidata[85]. Ora, l'articolo 49 del d.lgs. 36/2023 lo disciplina organicamente per gli affidamenti sotto soglia, riprendendo le indicazioni delle Linee Guida ANAC e indicando chiaramente presupposti di applicazione e casi di deroga. L'art. 48, comma 1, prevede che gli affidamenti di cui alla presente Parte avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, nonché del principio di rotazione e garantendo l'effettiva possibilità di partecipazione delle micro, piccole e medie imprese.

La disciplina così posta, tuttavia, come sottolineato da Cammareri, non tiene pienamente conto delle importanti innovazioni recate dalla riforma del 2023, in particolare l'introduzione del principio del risultato tra i principi informatori dell'intera materia. Il punto di frizione emerge soprattutto nelle deroghe al principio di rotazione e nella loro interpretazione. Il legislatore, con l'articolo 1, ha voluto mettere in chiaro che il fine dell'azione amministrativa è il risultato, inteso come massima tempestività e migliore rapporto qualità/prezzo. Questa finalità può entrare in conflitto con la rigidità del principio di rotazione, che mira a garantire la massima partecipazione e a prevenire la creazione di rendite di posizione da parte del contraente uscente[86].

Il decreto correttivo al Codice prevede la modifica dell'art. 49 nei seguenti termini: in casi motivati, con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, previa verifica dell'accurata esecuzione del precedente contratto nonché della qualità della prestazione resa, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto [87]. Il Consiglio di Stato, chiamato a rendere il previsto parere sullo schema di decreto, ha spiegato che il testo mira nella sostanza a meglio specificare l'affidabilità del contraente uscente[88].

Tuttavia, Cammareri rileva che a una prima lettura non sembra che la riforma apporti delle importanti novità sostanziali, considerato che il requisito della qualità della prestazione resa avrebbe potuto ritenersi ricompreso in quello dell'accurata esecuzione del precedente contratto. L'autore suggerisce che sarebbe stato più utile, forse, un richiamo alla competitività del prezzo offerto, per allineare maggiormente la norma all'art. 1 e con il risultato cui deve tendere ogni affidamento, ossia il

[85] ANAC, Linee Guida n. 4 – Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici, approvate con Delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, aggiornate con Delibera n. 206 del 1° marzo 2018 (GU n. 69 del 23 marzo 2018).

[86] Cons. Stato, Sez. III, 27 novembre 2023, n. 9812, che evidenzia la necessità di bilanciare i principi di concorrenza, risultato e buon andamento nell'applicazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, https://www.giustizia-amministrativa.it/

[87] F. Goisis, *Il decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, in Federalismi.it, 2024, n. 7, p. 10 ss.

[88] Parere del Consiglio di Stato n. 1463/2024 del 2 dicembre 2024, Commissione speciale, che rileva critiche all'iter adottato per lo schema di decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 36/2023), LavoriPubblici.it.

ISSN 2036-7821

migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo [89].
Questo dibattito evidenzia la complessità di bilanciare principi che, pur mirando entrambi all'interesse pubblico (il principio di rotazione alla tutela della concorrenza e alla trasparenza, il principio del risultato all'efficacia e all'efficienza), possono presentare approcci contrastanti nel caso concreto. La giurisprudenza sarà chiamata a fornire ulteriori indicazioni su come interpretare e applicare queste deroghe, garantendo che la flessibilità introdotta dal principio del risultato non si traduca in un arbitrio, ma sia sempre giustificata da un'effettiva e motivata necessità di conseguire il miglior risultato per l'amministrazione, nel rispetto di una concorrenza non fine a sé stessa ma funzionale all'obiettivo[90]. Il bilanciamento tra rotazione e risultato rimane, quindi, un aspetto critico nell'applicazione pratica del Codice, richiedendo un'attenta valutazione caso per caso e una motivazione rafforzata in caso di deroga[91].

5. Il principio del risultato nella giurisprudenza: TAR Bari, Sezione Terza, Sentenza n. 932/2025.

La sentenza TAR Bari n. 932/2025 si inserisce all'interno dell'evoluzione giurisprudenziale recentemente accelerata dal D.lgs. 36/2023, che colloca il principio del risultato al centro della disciplina degli appalti pubblici, come valore dominante e criterio prioritario per l'esercizio della discrezionalità amministrativa. Sul piano scientifico, tale principio opera come attuazione concreta del buon andamento amministrativo ex art. 97 Cost., nonché dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, ponendosi quale parametro interpretativo e operativo, capace di orientare non solo le fasi procedurali, ma anche la verifica sostanziale dell'idoneità degli atti rispetto agli interessi pubblici sottesi[92].
La letteratura più recente evidenzia che il principio del risultato funge sia da canone ermeneutico delle disposizioni di legge, sia da parametro di legittimità degli atti: la PA e il giudice sono chiamati a valutare le scelte, non solo per astratta conformità normativa, ma soprattutto per ragionevolezza, congruità e coerenza rispetto agli obiettivi agiti nel caso concreto. In questa prospettiva, la giurisprudenza amministrativa ha registrato oltre centocinquanta sentenze dal 2023 che tematizzano

[89] G.M. Cammareri, *Il principio di rotazione degli appalti pubblici nel D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Il difficile rapporto con il nuovo principio del risultato*, in Il Diritto Amministrativo, 2024, p. 10, disponibile su: https://www.ildirittoamministrativo.it/Il-principio-di-rotazione-degli-appalti-pubblici-nel-Dlgs-31-marzo-2023-36-difficile-rapporto-nuovo-principio-del-risultato/ted1077

[90] ANAC, Parere n. 58 del 15 novembre 2023, sulle modalità applicative dell'art. 49 del D.lgs. 36/2023.

[91] SentenzeAppalti.it, Principio del risultato e strumentalità delle forme (art. 1 d.lgs. n. 36/2023), 20 aprile 2023.

[92] Si veda anche Tar Emilia-Romagna, Sez. I, 29 aprile 2024, n. 98. La sentenza barese originava dall'affidamento di una fornitura di apparecchiature elettromedicali e relativi sistemi di stampa integrati, ove il giudice ha valutato l'effettiva rispondenza tecnica dell'offerta alle esigenze strutturali e di autonomia dei collegamenti richieste dalla stazione appaltante.

ISSN 2036-7821

il risultato come canone operativo e limite degli automatismi formali[93].
La decisione barese rappresenta uno snodo metodologico di rilievo: l'oggetto del contendere viene giudicato con parametri rigorosamente funzionali. Il Collegio accerta che le soluzioni adottate, pur non enunciate esplicitamente come "risultato", assicuravano piena integrazione e adattamento alle esigenze strutturali della stazione appaltante (collegamenti, protezione da interferenze, autonomia delle connessioni). Ciò consente al TAR di respingere tanto il ricorso principale quanto quello incidentale, rafforzando una concezione di legittimità sostanziale, fondata sulla rispondenza effettiva dell'offerta alle necessità pubbliche[94].
La motivazione si distacca dalle rigidità formali e valorizza invece la capacità dell'amministrazione di ottenere, tramite scelte tecniche e valutazioni della commissione di gara, un esito concretamente utile e soddisfacente per la collettività. In altri termini, il risultato perseguito si identifica con la reale corrispondenza tra fornitura e esigenza pubblica, in una prospettiva che trascende il mero rispetto della procedura[95].
Sul piano accademico, la sentenza barese si allinea ai nuovi orientamenti del Consiglio di Stato[96], secondo cui il risultato diventa criterio sostanziale per sindacare la logicità delle scelte amministrative, anche laddove le offerte differiscano dai modelli tradizionali, purché idonee a conseguire effettivamente gli scopi pubblici individuati. Questa accentuazione del controllo sostanziale muove la giurisprudenza verso un sindacato rafforzato sui presupposti di merito e di metodo, non solo di conformità astratta.
Il principio del risultato implica una responsabilizzazione della discrezionalità tecnica, che deve essere motivata e documentata sulla base di indicatori oggettivi e parametri di utilità sociale e funzionalità amministrativa. Le valutazioni formalistiche cedono il passo a un controllo di impatto, dove la validità dell'offerta e della procedura si misura in relazione all'effettività delle prestazioni ottenute[97].
La decisione appare coerente anche con la proiezione costituzionale del risultato, che trova nel binomio legalità/buon andamento una sintesi dinamica. In chiave

[93] Si veda tra gli altri Esposito R., *Il principio (di conservazione) dell'equilibrio contrattuale tra risultato e intelligenza artificiale*, in giustizia-amministrativa.it, 2024.
[94] Redazione di Altalex/Wolters Kluwer, *L'ambito applicativo dei principi del risultato e della fiducia nel nuovo codice degli appalt*i, 8 ottobre 202.)
[95] Cfr. A. Antonini, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria: la giurisprudenza costituzionale accende il faro della Corte*, Federalismi.it, 2017, n. 22, che evidenzia come il diritto alla salute rappresenti un interesse pubblico primario, caratterizzato da una "spesa costituzionalmente necessaria" che non può essere subordinata a logiche di bilancio.
[96] Vedi infra.
[97] Cfr. G. Trovato, *Il principio del risultato come "stella polare" dell'azione amministrativa*, in Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni, 2024, n. 2, che analizza come il nuovo Codice dei contratti pubblici trasformi il principio del risultato in riferimento fondamentale per l'azione amministrativa, portando il giudice a sindacare decisioni basate su obiettivi concreti, misurabili e orientati all'efficacia rispetto al mero controllo formale della legittimità. (rivistagiuridicadeicomuni.eu)

accademica, la motivazione va letta come applicazione del principio "immanente" di buon andamento e fiducia, secondo il quale la PA deve perseguire il miglior risultato possibile con massima tempestività e qualità, nel rispetto di trasparenza e concorrenza. Il ciclo di vita della gara diventa il luogo di verifica del valore pubblico generato, dei benefici "reali" per l'utenza finale e della coerenza delle scelte tecniche ed economiche con il fine pubblico.

Nel caso TAR Bari, l'approccio è pragmatico e scientifico: la decisione valorizza la capacità delle soluzioni tecniche di produrre un miglioramento materialmente percepibile e suscettibile di misurazione in termini di servizio pubblico essenziale—qui, l'effettiva fruibilità del sistema di stampanti integrato[98]. La pronuncia non si limita a respingere l'istanza in base al mero rispetto dei requisiti minimi, ma verifica ex ante ed ex post che la soluzione adottata sia la più rispondente all'interesse pubblico tra quelle disponibili, secondo un principio di ragionevolezza, proporzionalità e fiducia tecnica. Quest'impostazione risulta essere non solo conforme al dettato normativo, ma anche evolutiva, poiché stimola l'amministrazione e i ricorrenti a motivare le proprie scelte con criteri di misurazione del valore pubblico creato e della capacità di generare risultati concreti. Le implicazioni sono notevoli: si affermano nuovi standard motivazionali, si incentiva la documentazione dei benefici effettivi, si circoscrive il sindacato giurisdizionale ai vizi veramente lesivi per la funzione pubblica, si promuove una logica di accreditamento delle scelte tecniche in fase di valutazione e di controllo ex post.

6. Analisi di un caso concreto: TAR Milano, Sezione Prima, Sentenza n. 2642/2025.

La sentenza TAR Milano 2642/2025 rappresenta una tappa di rilievo nella concreta attuazione del principio del risultato, ponendosi quale esempio di come il giudice amministrativo sia chiamato a vagliare non soltanto l'osservanza formale delle regole procedurali, ma soprattutto l'effettiva funzionalità della procedura pubblica rispetto al raggiungimento degli interessi collettivi perseguiti dall'amministrazione. Il principio del risultato è consacrato quale criterio prioritario nell'esercizio del potere discrezionale e nella definizione delle regole del caso concreto, imponendo un approccio finalistico e teleologico all'azione pubblica, volto a garantire la massima tempestività, il miglior rapporto qualità-prezzo e la piena coerenza con i valori costituzionali di buon andamento (art. 97 Cost.), efficienza ed economicità.

Nel merito, il TAR Milano analizza la procedura di affidamento facendo leva sulla centralità del risultato concreto: la verifica e il bilanciamento delle offerte sono orientati esplicitamente alla produzione di un valore aggiunto sociale e amministrativo rispetto agli obiettivi prefissati dalla stazione appaltante, cioè la

[98] Cfr. G. Scaccia, *Il diritto alla salute come interesse pubblico primario dopo la sentenza n. 275/2016 della Corte costituzionale*, in Federalismi.it, 2024, n. 2, disponibile su: https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm.

somministrazione di un servizio di ristorazione scolastica in tempi e modalità funzionali alle esigenze didattico-educative[99]. Il Collegio si sofferma non solo sugli aspetti formali della procedura, ma compie una valutazione sostanziale dell'idoneità delle offerte a realizzare nei fatti il bene amministrativo concreto, mostrando con accuratezza come il principio del risultato debba tradursi in una prassi operativa di massima efficienza, proporzionalità e qualità dell'esecuzione[100].

Questa impostazione trova fondamento sia nell'art. 1, commi 3 e 4 del Codice ("criterio prioritario" per il potere discrezionale e per la regola del caso concreto), sia nel costante richiamo ai principi di concorrenza e trasparenza, i quali vengono concepiti come strumenti per il conseguimento dell'interesse pubblico attraverso il miglior risultato possibile, non come vincoli rigidi e indipendenti dal fine ultimo dell'azione amministrativa[101].

La sentenza in commento si contraddistingue per il rigore nell'affermare che le doglianze basate su interpretazioni formalistiche delle norme di gara o su carenze marginali che non incidano sulla possibilità di conseguire l'obiettivo pubblico devono essere rigettate, a meno che non ledano in modo sensibile la sostanza della procedura e la sua idoneità a produrre utilità per la collettività[102].

Il TAR sottolinea l'inammissibilità di annullamenti meramente "difensivi" o ispirati a logiche iper-garantiste che, di fatto, ostacolerebbero la tempestiva conclusione e l'efficacia degli appalti, in contrasto con la ratio legis del nuovo Codice e con la missione generale di impiegare al meglio le risorse pubbliche. L'autorità giudiziaria esige, quindi, una prova rigorosa dell'eventuale pregiudizio concreto, dimostrando la capacità di graduare il sindacato giurisdizionale in funzione dei risultati attesi. Di particolare rilievo risulta altresì il bilanciamento fra tutela della concorrenza e concreto conseguimento dell'interesse pubblico: il TAR rimarca come la concorrenza sia finalizzata, secondo la nuova gerarchia dei principi, alla realizzazione del miglior risultato (art. 1, co. 2), sicché motivazioni che adducono carenze solo formali, non produttive di un danno reale per l'interesse pubblico, non possono prevalere sugli obiettivi sostanziali della procedura.

---

[99] Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2014, che chiarisce come la dichiarazione di infondatezza di un ricorso implichi una valutazione piena sul merito, con accertamento dell'assenza di vizi sostanziali nell'azione amministrativa e non solo un controllo formale di legittimità. In tema di rapporto risultato-vizi, si veda Consiglio di Stato, sez. V, 18 giugno 2026, n. 4896: *anche l'invocazione del principio del risultato non potrebbe essere utilizzata per superare vizi sostanziali che inficiano la validità stessa dell'offerta e la certezza dell'impegno negoziale. L'operato della stazione appaltante, lungi dall'essere formalistico, si sarebbe invece posto in piena attuazione del medesimo principio del risultato, che esige affidabilità e certezza dei rapporti giuridici sin dalla fase di ammissione alla gara.*

[100] Art. 108, comma 4, d.lgs. 36/2023: l'offerta economicamente più vantaggiosa.

[101] Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2024, n. 9510, che applica il principio di conservazione degli atti evitando l'annullamento della procedura in presenza di vizi non invalidanti.

[102] Cons. Stato, Sez. III, 20 dicembre 2023, n. 11092, che riconosce la ristorazione scolastica come servizio pubblico essenziale. La sentenza milanese in commento verteva sull'affidamento di un servizio di ristorazione scolastica, in cui il Collegio ha valutato l'idoneità dell'offerta a garantire tempistiche e modalità di esecuzione concretamente funzionali alle primarie esigenze didattico-educative.

ISSN 2036-7821

Dottrina recente ha osservato che la sentenza in esame si ispira al paradigma del "neo-contabilismo amministrativo": il baricentro si sposta dalla legittimità meramente formale e documentale all'efficacia tangibile e misurabile dell'azione amministrativa. Il principio del risultato, dunque, non è solo parametro interpretativo, ma "norma di condotta" applicabile sia alle amministrazioni sia al giudice amministrativo, nella prospettiva di un rilancio della discrezionalità responsabile.

La giurisprudenza valorizza il controllo sostanziale: il vantaggio pubblico deve essere effettivo, sostenuto da valutazioni comparative, trasparenza delle scelte, motivazioni rafforzate e prova di impatto sulla qualità della prestazione. In questa prospettiva, il principio del risultato funge da baluardo contro derive formalistiche e burocratiche, ma anche da stimolo per la responsabilità amministrativa e tecnica, introdotta espressamente dall'art. 1, co. 4 anche ai fini della valutazione e incentivazione del personale.

In prospettiva applicativa, la sentenza costituisce una guida per amministrazioni, operatori e giudici nella gestione dei rapporti contrattuali pubblici: orientare tutte le fasi, dalla stesura della *lex specialis* alla valutazione tecnica e all'aggiudicazione, deve essere ispirato dal raggiungimento del beneficio collettivo netto, sulla base di parametri di qualità, economicità, tempestività, equità e affidabilità. Ciò comporta che eventuali errori procedurali non gravi, privi di effettivo impatto sul risultato, non sono idonei a inficiare la validità della gara o dell'aggiudicazione, a meno che non si dimostri un pregiudizio reale per l'amministrazione o gli utenti finali. Questo orientamento evoca una legalità "funzionalizzata" (non più fine a se stessa, bensì condizionata dalla reale utilità finale), e una concorrenza che funge da mezzo e non da fine.

Da ultimo, la sentenza milanese si pone come punto di riferimento per l'evoluzione ermeneutica del Codice, in un sistema che non mira più solo alla correttezza amministrativa ex ante, ma richiede verifiche stringenti ex post e durante sulla capacità della procedura di produrre concretamente i risultati attesi e dichiarati. Ciò implica, per il futuro, un ampliamento degli strumenti di motivazione amministrativa e di "accountability" e un'ulteriore valorizzazione della responsabilità sostanziale piuttosto che della sola correttezza formale. In tal modo, il principio del risultato si conferma quale nuova misura di ragionevolezza, proporzionalità e legittimità sostanziale dell'azione pubblica, richiedendo per ogni fase una giustificazione fondata non su mere esigenze documentali, ma su analisi argomentate del valore aggiunto prodotto per la società e la collettività amministrata.

7. La funzione attuativa del principio del risultato nella giurisprudenza amministrativa: analisi della sentenza Consiglio di Stato n. 6337/2025.

La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 6337 del 18 luglio 2025, rappresenta un

ISSN 2036-7821

contributo di grande rilievo all'attuazione concreta del principio del risultato all'interno del Codice[103].

La pronuncia afferma con chiarezza che la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 1, deve orientare sia la fase di affidamento sia quella di esecuzione del contratto al conseguimento degli interessi pubblici sottesi alla commessa, in particolare garantendo prestazioni effettivamente utili e funzionali rispetto alle esigenze degli utenti. Il principio del risultato viene così interpretato come parametro ermeneutico e operativo che obbliga la pubblica amministrazione a verificare, già in gara, la rispondenza concreta delle offerte ai requisiti funzionali richiesti, evitando che la mera osservanza formale delle regole possa vanificare l'efficacia dell'azione pubblica.

Il Collegio censura il ragionamento del primo giudice di merito, il quale aveva ritenuto riservata alla sola fase esecutiva la verifica della conformità tecnica dei veicoli, rilevando come ciò contraddica la logica sostanziale del risultato e rischi di produrre effetti distorsivi sul piano concorrenziale.

Il Consiglio di Stato afferma che la *lex specialis* di gara deve essere letta, alla luce del principio del risultato, come una disciplina che impone alla stazione appaltante il dovere di accertare in sede di esame delle offerte la piena idoneità dei mezzi proposti, sì da escludere ogni possibilità di successiva modifica "essenziale" delle prestazioni offerte. Laddove tale verifica sia omessa o svolta con modalità insufficienti, il rischio concreto è che l'esecuzione della commessa risulti inadeguata rispetto agli interessi pubblici perseguiti, introducendo inefficienze, disservizi o addirittura discriminazioni ai danni degli utenti più fragili, come gli alunni con disabilità. La sentenza valorizza l'accertamento tecnico svolto in sede di verificazione, evidenziando che il modello di veicolo successivamente proposto dall'aggiudicataria era privo delle caratteristiche minime richieste dal capitolato (comfort adeguato, possibilità di passaggio interno per l'accompagnatore), la cui rilevanza costituisce diretta proiezione del risultato perseguito dall'azione amministrativa.

La decisione sottolinea inoltre che, in presenza di requisiti tecnici funzionali alla realizzazione degli interessi pubblici sottesi alla gara, la mancata verifica in sede di gara integra violazione del principio di immodificabilità dell'offerta e della *par condicio* fra i concorrenti. Questo implica che non sia sufficiente una valutazione solo "formale" della legittimità dell'offerta tecnica, ma occorra una verifica sostanziale orientata all'effettiva capacità della prestazione di produrre gli effetti attesi in termini di beneficio sociale e soddisfazione delle esigenze degli utenti. È il risultato, nel senso appena precisato, che deve guidare tanto la predisposizione della *lex specialis* quanto

[103] Il caso attiene a un appalto pluriennale per il servizio di trasporto scolastico di alunni con disabilità, nell'ambito del quale l'assenza delle caratteristiche tecniche minime dei veicoli (comfort e passaggi interni) è stata considerata ex se inidonea a soddisfare l'interesse pubblico perseguito.

il controllo giurisdizionale sulla correttezza dell'azione amministrativa[104].
Già la dottrina aveva rimarcato come il Codice, con la centralizzazione del principio del risultato (artt. 1 e 4), intenda superare l'approccio formalistico della precedente disciplina, orientando l'attività contrattuale pubblica verso la massima efficacia, tempestività e qualità dell'esecuzione, in coerenza anche con le esigenze euro-unitarie. La sentenza in commento si colloca perfettamente in questo solco, proponendo una lettura sistemica che valorizza non solo la tutela dell'interesse pubblico in astratto, ma la realizzazione di un beneficio concreto, misurabile e idoneo a soddisfare le peculiarità del servizio di trasporto scolastico per soggetti vulnerabili.
Un particolare punto di interesse è il bilanciamento tra il rispetto della disciplina formale di gara (*lex specialis*), il principio di concorrenza e la tutela effettiva dell'utenza: nella prospettiva del risultato, la scelta dei mezzi e delle modalità operative deve essere orientata a garantire l'effettività del servizio e la minimizzazione dei rischi operativi, con una motivazione rafforzata delle decisioni assunte dalla pubblica amministrazione. La Corte evidenzia come il mancato rispetto dei requisiti tecnici equipari la prestazione a un *aliud pro alio* e come il giudice amministrativo debba andare oltre la mera valutazione cartolare per giungere a un controllo sostanziale delle condizioni di effettività e qualità del servizio.
La sentenza costituisce un riferimento essenziale per la giurisprudenza successiva, sia nel campo degli appalti di servizi ad alta connotazione sociale sia nella generalità dei settori comuni della contrattualistica pubblica. Infatti, ogni procedimento di selezione e aggiudicazione dovrà tenere conto a monte della concreta possibilità di conseguire il risultato pubblico prefissato, pena la nullità degli atti e la possibile esperibilità di tutele risarcitorie e/o di subentro. In questa prospettiva, trova piena conferma la tesi per cui il giudice amministrativo è chiamato a un sindacato approfondito e concreto sull'idoneità delle soluzioni offerte, superando schemi difensivi e privilegiando l'efficacia dell'azione pubblica.

8. Conclusioni.

Il principio del risultato, così come codificato dal D.lgs. 36/2023 e ribadito dall'articolo 4 del Codice dei contratti pubblici, rappresenta un vero punto di svolta nella governance degli appalti pubblici in Italia, affermandosi come criterio prioritario e imprescindibile per orientare l'azione amministrativa nel settore contrattuale. In tal senso, opportuna è la sua lettura in chiave costituzionale, essendo diretto dispiegamento del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., e correlato ai valori di efficienza, efficacia ed economicità che presiedono alla gestione

[104] Cfr. S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici*, in Lamministrativista.it, 2023, pag. 3: «(…) Non che il principio del risultato non serpeggiasse già in alcune disposizioni del codice pregresso, come per esempio quella concernente il soccorso istruttorio della stazione appaltante».

ISSN 2036-7821

della cosa pubblica.

Tale principio non si configura come una mera enunciazione programmatica, bensì come una norma di diretta applicazione, con una funzione triplice e integrata: interpretativa, integrativa e limitativa della discrezionalità amministrativa. Esso impone che ogni fase della procedura – dall'affidamento all'esecuzione – sia amministrata secondo una prospettiva teleologica che privilegia il raggiungimento concreto degli obiettivi pubblici, oltre il mero rispetto formale delle regole.

La portata del principio del risultato è stata cristallizzata in importanti pronunce giurisprudenziali, commentate nel presente lavoro, le quali hanno approfondito il nuovo paradigma sostanzialista. Tali sentenze evidenziano come il giudice amministrativo si sia dovuto spostare da una verifica della sola legittimità formale verso un sindacato più articolato e sostanziale, fondato sull'analisi della rispondenza concreta dell'azione amministrativa alla finalità pubblica perseguita e alla capacità delle offerte di produrre utilità effettivamente misurabile per la collettività.

Nel concreto, la fase di valutazione delle offerte richiede ora un bilanciamento sistematico tra qualità, tempestività, economicità e altri parametri di efficacia funzionale, secondo una logica che premia soluzioni capaci di garantire risultati tangibili e sostenibili nel tempo. A tal fine, il principio del risultato funge da metro di giudizio anche per le scelte tecniche e la responsabilizzazione degli operatori e dell'amministrazione, stimolando la motivazione esaustiva e il controllo della congruità e compatibilità delle scelte con le esigenze reali e con le caratteristiche del contesto operativo.

Il delicato rapporto tra principio del risultato e altri principi chiave del sistema di contrattualistica pubblica, quali concorrenza, trasparenza, parità di trattamento e rotazione, viene oggi riletto in chiave funzionale e non dogmatica. Ciò significa che nessun principio è assoluto o prioritario a prescindere, ma ciascuno deve essere interpretato e applicato in modo da contribuire effettivamente al conseguimento del miglior risultato possibile, compatibilmente con l'ordinamento e con le specificità del caso concreto.

Da questo punto di vista, il principio del risultato introduce un forte criterio di selezione e di valutazione che consente di superare il formalismo e la burocrazia difensiva – spesso causa di ritardi e contenziosi – in favore di un'amministrazione proattiva, responsabile e orientata alla performance. La sua efficacia giuridica *erga omnes* impone una revisione delle prassi e degli strumenti di gestione degli appalti, richiedendo uno sforzo sistematico di innovazione e adattamento sia alle amministrazioni sia ai consulenti e operatori economici.

L'analisi condotta ha permesso di rilevare che il principio del risultato si configurerà sempre più come paradigma ordinatore del diritto amministrativo contemporaneo, coinvolgendo non solo i processi del settore contrattuale ma anche l'intero sistema dell'azione pubblica, con ricadute positive in termini di trasparenza, efficienza,

efficacia e legittimità complessiva delle decisioni pubbliche.
In conclusione, il principio del risultato non è solo un nuovo elemento normativo: è la stella polare di una rivoluzione culturale nel modo di concepire e gestire i contratti pubblici, imperniata su una più matura consapevolezza del valore e dell'impatto dell'azione amministrativa sulla collettività. Questa rivoluzione impone una sfida continua – ancora tutta da vincere – in termini di formazione, organizzazione e controllo, invitando a un costante aggiornamento delle strategie e delle modalità operative, nella direzione di una pubblica amministrazione sempre più efficiente, sostenibile e responsabile.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Dieci anni dopo: l'Unione bancaria alla luce dei più recenti sviluppi legislativi e giurisprudenziali, tra rischi di limitazione al diritto di difesa e problematica valenza dei procedimenti amministrativi compositi

di **Raffaele Caroccia**

(Professore a contratto di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Introduzione; 2. Il credito ed i beni giuridici ad esso collegati tra (*i.*) statuto costituzionale e (*ii.*) primi interventi europei; 3. Le diverse risposte dell'UE alla crisi, con particolare riferimento alle Autorità Europee di Vigilanza (A), all'Unione Bancaria (B), al c.d. MVU (C), ed una valutazione del loro impatto sull'impresa bancaria (D); 4. Unione bancaria e tutela giurisdizionale tra (*i.*) spinte limitatrici e (*ii.*) strumenti di garanzia

Abstract

This paper reviews the functioning of the Banking Union ten years after the launch of the Single Supervisory Mechanism. The proposed framework will begin with a presentation of the constitutional status of credit and the European legislator's initial interventions in this area. It will then summarize the legislator's multifaceted responses to the major financial crisis, which also served as the trigger for the construction of the Banking Union, the main features of which will be highlighted. Finally, it will review the most recent legislative interventions regarding central counterparties and the latest decision of the Court of Justice on composite supervisory procedures, highlighting the critical aspects, the level of guarantees, and the scope for improvement of this complex legal mechanism..

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

1. Introduzione.

Il ricorrere dei 10 anni dall'avvio del sistema di vigilanza bancaria comune[1] costituisce l'occasione di queste riflessioni, che si innestano su una letteratura (giuridica e politologica) ormai abbondante[2].

[1] Per una valutazione sull'impatto dell'Unione Bancaria sulla storia istituzionale europea è ora imprescindibile il riferimento a N. VÉRON, *Europe's banking union at ten: unfinished yet transformative*, Brussels, 2024; il primo decennio di vita del meccanismo di vigilanza comune è definita una storia di successo dall'Autore, parere unanime sia in dottrina che negli osservatori pratici. La prima volta, in cui è stata utilizzata l'espressione Unione Bancaria, si deve proprio a N. VÉRON, *Europe must change course on banks*, in *Voxeu*, 2011. Come è noto, la vigilanza comune è entrata in funzione nel novembre 2014, mentre la risoluzione comune nel gennaio 2016.

[2] Si vedano, senza pretesa di esaustività: D. SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 45 ss.; G L. TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 681 ss.; M. SARCINELLI, *L'unione bancaria europea e la stabilizzazione dell'Eurozona*, in *Moneta e credito*, 2013, p. 7 ss.; F. GUARRACINO, *Supervisione bancaria europea. Sistema delle fonti e modelli teorici*, Padova, 2012; M. TONVERONACHI, *L'unione bancaria europea. Di nuovo un disegno istituzionale incompleto*, in *Moneta e credito*, 2013, p. 397 ss.; F. CIRAOLO, *Il Regolamento UE n. 1024/2013 sul meccanismo unico di vigilanza e l'unione bancaria europea. Prime riflessioni*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2013; A. DI MARCO, *Il controllo delle banche nell'UEM: la (problematica) nascita di un sistema integrato di vigilanza prudenziali*, in *Dir. Un. Eu.*, 2013, p. 549 ss.; F. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Torino, 2013; M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni di Ricerca giuridica Banca d'Italia*, Roma, 2013; E. FERRAN, V. BABIS, *The European Single Supervisory Mechanism*, in *Legal Studies Research Paper Series University of Cambridge*, Cambridge, 2013; F. MERUSI, *I rimedi dell'Unione Europea: il "Meccanismo unico di vigilanza bancaria"*, in ID., *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013, p. 111 ss.; M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 1000 ss.; S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 79 ss.; P. G. TEIXEIRA, *The Single Supervision Mechanism: legal and institutional foundations*, in AA. VV., *Dal Testo Unico Bancario all'Unione bancaria: tecniche normative ed allocazione dei poteri*, Roma, 2014, p. 73 ss. ; E. FERRAN, *European Banking Union: imperfect, but it can work*, in *Legal Studies Research Paper Series University of Cambridge*, Cambridge, 2014; M. P. CHITI, *The new Banking Union. The passage from banking supervision to banking resolution*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, p. 1A ss.; G. CERRINO FERRONI, *Verso il Meccanismo Unico di Vigilanza sulle banche. Ruolo e prospettive dell'European Banking Authority (EBA)*, in *www.federalismi.it*, 2014; M. LAMANDINI, *Il diritto bancario dell'Unione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, p. 423 ss.; D. HOWARTH, L. QUAGLIA, *The steep road to European Banking Union: constructing the Single Resolution Mechanism*, in *Journal of Common Market Studies*, 2014, p. 1 25 ss.; T. H. TROEGER, *The Single Supervisory Mechanism – Panacea or quack banking regulation?*, Frankfurt am Main, 2014; E. WYMEERSCH, *The Single Supervisory Mechanism or "SSM", part one of the Banking Union, National Bank of Belgium Papers*, Brussels, 2014; S. PUGLIESE, *L'Unione bancaria europea tra esigenze di coerenza interna e risposte alle sfide globali*, in *Dir. Un. Eu.*, 2014, p. 831 ss.; S. ANTONIAZZI, *L'Unione bancaria europea: I nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi ed il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie, I-II*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, p. 359 ss. e p. 717 ss.; N. VÉRON, *Europe's radical banking union*, Brussels, 2015; E. CHITI, G. VESPERINI (a cura di), *The administrative architecture of financial integration. Institutional design, legal issues, perspectives*, Bologna, 2015; M. MIRAGLIA, *Il trasferimento dei compiti di vigilanza alla BCE: verso una governance multilivello del credito in Europa*, in *Riv. dir. soc.*, 2015, p. 477 ss.; L. TORCHIA, *L'Unione bancaria europea: un approccio continentale?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 11 ss.; EAD., *Moneta, banca e finanza tra unificazione europea e crisi economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 1501 ss.; M. MACCHIA, *L'architettura europea dell'Unione bancaria tra tecnica e politica*, *ibidem*, p. 1579 ss.; M. LAMANDINI, D. RAMOS MUNOZ, J. SOLANA ALVAREZ, *Dipicting the limits to the SSM's supervisory powers: the role of constitutional mandates and on fundamental rights' protection*, in *Quaderni di ricerca giuridica Banca d'Italia*, Roma, 2015; S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Padova, 2016; G. BOCCUZZI, *The European Banking Union*, London, 2016; A. BAGLIONI, *The European Banking Union*, London, 2016; M. DE BELLIS, *Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella regolazione europea dei mercati finanziari*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 1553 ss.; M. MACCHIA, *Modelli di coordinamento della vigilanza bancaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 367 ss.; V. FERRARO, *Public Law Approaches Toward the European Banking Union: A Focus on the Italian Experience*, in *European Public Law Review*, 2016, p. 227 ss.; G. VESPERINI, *La crisi e le nuove amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, p. 695 ss.; D. SICLARI, *La*

Tanto anche allo scopo di condurre una verifica della persuasività del generale giudizio positivo, di cui è tributario il nuovo sistema istituzionale, il quale ha saputo essere un efficace strumento per mitigare le conseguenze della crisi successiva alla pandemia da corona virus[3].

Va immediatamente precisato che, allo stato, non sembra possibile un completamento dell'Unione bancaria, benché più volte esso sia stato auspicato dalle istituzioni europee[4]: in paradossale esito del successo ottenuto dalla vigilanza

---

regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla "neutralizzazione" dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 189 ss.; F. CAPRIGLIONE, *Regolazione europea e prospettive di ricerca del diritto dell'economia: il difficile equilibrio tra politica e finanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 537 ss.; M. P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016; R. D'AMBROSIO, *Meccanismo di Vigilanza Unico*, in *Enc. dir., Ann. IX*, 2016, p. 589 ss.; ID., *La stabilità finanziaria tra gli obiettivi della legislazione dell'Unione sui mercati finanziari, SEVIF e Unione bancaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, p. 1469 ss.; R. IBRIDO, *Unione Bancaria Europea. Profili costituzionali*, Torino, 2017; L. LIONELLO, *L'attuazione del progetto di Unione bancaria europea. Problematiche e prospettive di completamento*, in *Dir. comm. int.*, 2017, p. 650 ss.; D. SCICCHITANO, M. MACCHIA, *Le nuove figure di composizione amministrativa: l'Unione Bancaria*, in L. TORCHIA (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, pp. 89- 122; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e Unione bancaria*, Torino, 2018; N. RUCCIA, *Caratteri, limiti e prospettive dell'Unione bancaria*, Bari, 2018; A. NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 181 ss.; P. MONTALENTI, M. NOTARI (a cura di), *La banca nel nuovo ordinamento europeo: luci e ombre*, Milano, 2018; G. LO SCHIAVO (a cura di), *The European Banking Union and the role of law*, Cheltenham, 2018; V. SANTORO, *La partecipazione qualificata nelle banche. Profili di competenza autorizzativa e di conseguente competenza giurisdizionale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, p. 393 ss.; M. P. CHITI, V. SANTORO, *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, Londra, 2019; R. D'AMBROSIO, *The SSM: allocation of tasks and powers between the ECB amd the NCAS and organisational issues*, in AA. VV., *Law and practice of the Banking Union and of its governing institutions*, in *Quaderni di Ricerca giuridica Banca d'Italia*, Roma, 2020; P. G. TEXEIRA, *The legal history of the Banking Union*, Oxford, 2020; N. DOLCI, *Gli effetti della Vigilanza prudenziale sulla performance di esercizio delle banche italiane nell'ambito del nuovo modello di governance economica europea*, in *Il dir. dell'ec.*, 2020, p. 635 ss.; A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2020; A. BARONE, G. DRAGO, C. NICOLOSI, *L'erompere della vigilanza bancaria europea*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2021, p. 665 ss.; M. P. CHITI, *L'Unione bancaria europea e il diritto amministrativo. Questioni aperte*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 505 ss.; A. BROZZETTI (a cura di), *L'ordinamento bancario europeo alla ricerca di un assetto stabile*, Bologna, 2022; A. BARONE, G. DRAGO (a cura di), *La vigilanza prudenziale della BCE*, Roma, 2022; A. ENRIA, *A new stage for European banking supervision*, in *www.bankingsupervisione.europa.eu*, 2022, il quale sottolinea da osservatore privilegiato come nell'ambito del nuovo assetto la vigilanza sia già passata da un approccio normativo ad uno pragmatico e concentrato sui rischi dei singoli intermediari, evoluzione che ora permette grazie alle procedure di valutazione iniziale, alla riduzione dei crediti deteriorati ed alla modifica dei modelli interni via via effettuati un ordinamento più uniforme a livello continentale; L. SILVA MORALES, *Perspectives for reform of the European crisis management framework for banks and the completion of European Banking Union*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2023, p. 164 ss.; E. CIBELLA, *Unione Bancaria Europea: il rapporto tra la Banca centrale europea e le Autorità nazionali competenti, un ritorno al modello della coamministrazione*, in *Il processo*, 2023, p. 166 ss.; R. DAGOSTINO, *Vigilanza bancaria europea e stabilità sistemica*, Napoli, 2023; R. LO CONTE, *L'ordinamento pubblico europeo del credito: profili evolutivi*, in *Diritto pubblico Europeo Rasssegna on line*, 2023, p. 401 ss.; M. DE BELLIS, *La costruzione giurisprudenziale dell'Unione bancaria tra consolidamento e garanzie: un bilancio a dieci anni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2024, p. 65 ss.; M. LAMANDINI, *SSM ten years since. Where we are*, in *Giur. comm.*, 2024, p. 526 ss.; M. MACCHIA, *Vigilanza bancaria e paradigmi di integrazione amministrativa europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2024, p. 349 ss.

[3] Sulla risposta anche legislativa delle istituzioni europee alla crisi del 2020 ed i suoi influssi pure sulla legislazione bancaria si veda A. BROZZETTI, *La legislazione bancaria europea. Le revisioni del 2019-2020*, Milano, 2020, pp. 259-282.

[4] Si veda, ad esempio, il c.d. rapporto dei cinque presidenti, reperibile al *link*: https://commission.europa.eu/document/download/261ad02b-070a-47a1-b52b-

comune, la gestione delle crisi, la risoluzione e la protezione dei depositanti restano ancora impostate (seppur parzialmente) su basi nazionali, con conseguenze negative sul pieno sviluppo di un mercato continentale integrato dei servizi bancari[5].

A parziale ed immediatato temperamento del già richiamato giudizio positivo, si può dire quindi che lo sviluppo in senso funzionalista della costruzione dell'Unione bancaria è stato temperato ed indirizzato dal ruolo dei governi nazionali, le cui resistenze hanno sin ora impedito di realizzare un sistema comune di gestione dell'economia continentale[6].

Questa situazione è stata spiegata dalla dottrina[7], che si è più di recente occupata dello sviluppo dell'Unione bancaria, come la conseguenza di un vero e proprio nazionalismo bancario, identificato come elemento costitutivo del sistema bancario europeo. Vi sarebbe un rapporto necessitato tra Stati e banche, nel senso che i primi favorirebbero la crescita delle seconde e ne socializzerebbero i costi in caso di crisi, le seconde sarebbero pronte ad intervenire nelle sottoscrizione del debito pubblico o nell'indirizzare i loro finanziamenti verso settori strategici o ritenuti tali dai decisori nazionali. Questo legame impedisce una piena manomissione del controllo in senso lato degli intermediari bancari dai circuiti nazionali.

Ad onor del vero, tale relazione speciale tra Autorità pubbliche e questo segmento di mercato non pare essere tipica dell'Europa dal 1800 in poi, ma rappresenta un elemento distintivo del fenomeno del credito, in cui sussistono sin dall'istituzionalizzazione una *facies splendens* – caratterizzata dalla razionalità economica e dall'idea, secondo cui tutti i soggetti di diritto siano tra loro uguali – ed una *facies obscura*, dove si annida la decisione politica da cui può conseguire un stato di favore verso un ramo di industria o alcuni suoi attori da parte dei pubblici poteri[8].

L'ordine giuridico del mercato[9], in effetti, non vive solo di astrazione, ma di drammatiche concretezze e di mutevoli rapporti di potere: d'altra parte, tale aspetto è stato confermato dalla costruzione dell'Unione Bancaria, nel cui processo di istituzionalizzazione ha giocato un ruolo rilevante la divisione tra interessi degli Stati creditori e di quelli debitori, la quale ha condotto alla sua incompletezza.

---

b242db48addf_en?filename=The%20Five%20President%27s%20Report%3A%20Completing%20Europe%27s%20Economic%20and%20Monetary%20Union

[5] Le resistenze al tentativo di acquisizione di Commerzbank da parte di Unicredit sono esemplari (e non è causale che la seconda abbia poi avviato un'operazione su una banca italiana, Banco BPM, oggetto di ulteriori opposizioni in sede nazionale). Per una presentazione della vicenda si rinvia, per tutti, a https://www.ft.com/content/65d85df6-aace-488b-ab17-c5ffa6842d5e

[6] G. L. TOSATO, *L'integrazione cit.*, p. 695.

[7] N. VÉRON, *Europe's cit.*, *passim*.

[8] In ripresa della terminologia e delle categorie concettuali di E. BARCELLONA, *Ius monetarium*, Bologna, 2012. La centralità della tensione tra tecnica e politica quale elemento per una corretta ricostruzione dei rapporti giuridici dell'Unione Bancaria viene sottolineata anche da M. DE BELLIS, *La costruzione cit.*, p. 98.

[9] Secondo la notissima espressione di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.

Qundi, se va attenuato il giudizio positivo su questa nuova politica europea, si può aggiungere una seconda notazione introduttiva.

La disciplina delle attività bancarie si è progressivamente spostata verso il diritto pubblico, dapprima in una dimensione nazionale e, da ultimo, in una dimensione sovranazionale[10].

Tale fenomeno è stato definito da attenta dottrina[11] come parte del più vasto movimento di amministrativizzazione del diritto delle imprese, che si caratterizza non solo per la regolazione *ab externo* dell'attività privata, ma soprattuto: a. per la presenza di diverse matrici di regolazione con differente durezza; b. per una procedimentalizzazione dell'operatività dei soggetti regolati; c. per un intervento sul loro assetto organizzativo. Il complesso di questi fattori comporta il mutamento dei confini degli istituti del diritto pubblico, con un'invasione di questi ultimi negli spazi tradizionalmente riservati al diritto privato.

Una spia della forte curvatura pubblicistica di questi temi trova una conferma da un'analisi storica. Nell'ordinamento italiano l'erogazione del credito e la raccolta del risparmio sono state originariamente definite funzioni pubbliche, riservate ad Enti autorizzati e doverosamente organizzati in tipi sociali definiti[12]. Proprio una simile connotazione ha portato la miglior dottrina italiana ad identificare in quest'ambito un ordinamento sezionale[13].

Se tale impostazione è stata – come si vedrà *infra* – superata, ancora attuale è la pesante conformazione pubblicistica del settore del credito. Oggi la regolazione dell'economia bancaria è – con una costruzione piramidale discendente - la somma di atti genuinamente internazionali e di tipo volontario, di atti vincolanti europei e di atti nazionali, che costituiscono recezione ed applicazione dei primi e dei secondi. Anche la vigilanza (novità più recente) si svolge ora non solo alla base di indicazioni sovranazionali, ma anche attraverso soggetti non immediatamente riconducibili all'ordinamento statale, quantomeno per le istituzioni più rappresentantive.

---

[10] Per un quadro sintetico dell'evoluzione della disciplina italiana in materia si rinvia per tutti a: M. CLARICH, *La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge bancaria del 1936 all'Unione bancaria europea*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 32 ss.; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012; S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla regulation unica europea*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 391 ss.

[11] S. AMOROSINO, *L'"amministrativizzazione" del diritto delle imprese*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 607 ss.

[12] Il riferimento è all'art. 1, I c., l. n. 141/1938, secondo cui: "*La raccolta del risparmio fra il pubblico sotto ogni forma e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico regolate dalle norme della presente legge*" ed al II c. della stessa disposizione, che aveva introdotto specifiche tipologie di esercizo dell'attività: "*Tali funzioni sono esercitate da Istituti di credito di diritto pubblico, da Banche di interesse nazionale, da Casse di risparmio e da Istituti, Banche, Enti ed Imprese private a tale fine autorizzati*".

[13] M. S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, p. 707 ss; ID., *Gli ordinamenti sezioni rivisitati (traendo spunto dall'ordinamento creditizio)*, in S. AMOROSINO (a cura di), *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, Milano, 1991, p. 246 ss.; il concetto è stato analizzato in modo critico alla luce delle recenti evoluzioni del diritto bancario da A. CLINI, *Ordinamento sezionale del credito e diritti fondamentali della persona*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, p. 137 ss.

Il risultato di questo complesso di fonti disomogenee per rango, statuto ed ordinamento d'origine è che lo spazio per il diritto privato risulta pressocché azzerato rispetto all'organizzazione imprenditoriale, mentre residua per la sola dimensione del rapporto tra istituto e cliente, pure se anch'essa è fortemente conformata da esigenze di tutela della parte debole con spazi (forse solo teorici) per l'autonomia delle parti, di cui una resta in grado di imporre in modo unilaterale le condizioni negoziali.

La necessità di un intervento pubblico opera in relazione alle particolarità di questo segmento di attività economiche, capaci di avere effetti (positivi e negativi) sul complesso del contesto in cui sono inserite e nel quale i singoli attori sono influenzati in modo pesante da quanto capita ai loro concorrenti.

La dimensione del diritto dell'economia bancaria è, pertanto, dominata dalla protezione della fiducia di tutti i consociati della quale si fanno carico i pubblici poteri con garanzia della stabilità del segmento, del valore della moneta e dell'affidabilità dei sistemi di pagamento, tutti beni la cui dimensione non è originariamente giuridica.

Ciò permette di affermare che l'esigenza alla base della presa in carico da parte dell'apparato amministrativo di questo segmento di mercato è quella di evitare le contagiose corse agli sportelli, evento da cui si desume la perdita di certezza nella stabilità delle banche, della moneta e dei depositi con pregiudizi a catena su risparmiatori, imprese, ceto bancario ed economia generale. Pertanto, il potere amministrativo tutorio è tanto più necessario quando si profilano situazioni di crisi o di turbolenza mentre, in situazione di tranquillità, esso può costituire un limite all'emersione di questi rischi.

Individuata la *ratio* principale dell'intervento dei pubblici poteri sul settore del credito, si può aggiungere che, in termini generali, la vigilanza[14] prudenziale sugli istituti di credito attiene alla tutela degli investitori (a cui rispondono le regole su informazioni e condotta), dei depositanti (a cui risponde la verifica della solidità degli intermediari), del mercato (a cui rispondono le regole sul rischio sistemico).

A questa prima ragione di intervento del diritto pubblico, se ne aggiungono altre due:

a. il credito è capace di influenzare il valore della moneta, bene pubblico per eccellenza e che ha anch'esso oggi una dimensione esclusivamente fiduciaria;

b. gli operatori del credito impiegano parte della loro raccolta in titoli di Stato, finanziando in tal modo le esigenze degli apparati pubblici.

Si crea così un altro circuito vizioso per il quale la solidità degli emittenti influenza ed è influenzata dalla solidità e dalla reputazione dei soggetti, che detengono quote

[14] Per una presentazione del contenuto di questa funzione amministrativa si rinvia per tutti a R. LENER, E. RULLI, *La vigilanza sui mercati finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, p. 447 ss.

importanti dei titoli da loro ammessi.
Il rischio bancario può diventare in tal modo rischio sovrano, in caso di difficoltà dei detentori del debito degli Stati.
Se vogliamo, in queste poche righe sta la spiegazione teorica dell'emersione della c.d. Unione Bancaria e della spinta alla ri-publicizzazione di questo segmento di mercato, di cui essa è espressione.
Essa ha costituito il modo, con cui è stato realizzato - in modo quasi totalitario - il passaggio di competenze in materia di banca a livello delle istituzioni UE e si è proceduto ad un completamento dell'Unione economica e monetaria.
La presentazione più diffusa dell'Unione Bancaria fa riferimento alla stessa come costituita da tre pilastri (vigilanza, risoluzione, garanzia comune dei depositi), che poggiano su una normazione comune.
Tale ricostruzione è stata criticata perché passa sotto silenzio il problema causato dalla concentrazione dei rischi bancari collegata all'esposizione verso il debito degli Stati, in cui le banche hanno base, e la circostanza che risoluzione e garanzia comune non sono elementi separati, ma uniti. E' stato suggerito che il completamento del progetto potrà essere possibile solo se si interverrà su entrambi i fattori frenanti[15], con l'introduzione di un limite massimo all'esposizione in titoli di stato e di un'autorità che gestisca in maniera unitaria sia la risoluzione che la garanzia dei depositi esclusivamente a livello europeo.
Questa prospettiva, se coglie nel segno quando identifica un fattore inibitore dello sviluppo del nuovo ambito istituzionale, pecca forse di eccessivo ottimismo quando immagina un suo futuro superamento; ad onor del vero – come anticipato - non sembra che il completamento dell'Unione bancaria rappresenti la principale preoccupazione dei decisori europei in questo frangente per le ulteriori cessioni di sovranità che comporterebbe.
Ma – a parere di chi scrive – è necessario prima di affrontare i problemi di prospettiva posti dall'Unione Bancaria accennare a come si sia arrivati alla stessa.

2. Il credito ed i beni giuridici ad esso collegati tra (i.) statuto costituzionale e (ii.) primi interventi europei.

i Alla luce delle tre sintetiche ragioni sopra indicate che giustificano la regolazione pubblica dell'attività bancaria, non stupisce che moneta, credito e risparmio abbiano nel nostro ordinamento una dimensione costituzionale comune[16] e siano

[15] N. VÉRON, *Europe's banking cit*., p. 87 ss.
[16] Sull'art. 47 Cost. si vedano: V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in. *Rass. dir. pubbl*., 1962, p. 348 ss.; S. ORTINO, *Banca d'Italia e Costituzione*, Pisa, 1979; F. MERUSI, *Art. 47*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1980, p. 153 ss.; G. M. SALERNO, *Art. 47*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 318 ss.; F. GUIZZI, *La tutela del risparmio nella Costituzione*, in *Il Filangieri*, 2005, p. 172 ss.; S. BARONCELLI, *Art. 47*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 11 ss.; S. DETTORI, A. ZITO, *Risparmio (tutela del)*, in G.

ISSN 2036-7821

programmaticamente[17] considerati insieme quali destinatari di politiche di protezione e stimolo (in una visione oggettiva della loro tutela[18]), soprattutto in funzione dei c.d. piccoli risparmiatori, le cui quote di reddito non consumato - derivante dal lavoro o da rendite -, da un lato, devono essere reimmesse nel circuito economico tramite operazioni creditizie e, dall'altro, devono essere destinatarie di impieghi volti all'attuazione della giustizia sociale o dal forte valore personalistico (ad esempio, accesso alla proprietà della casa) anche nel quadro dei valori complessivamente emergenti dal tessuto costituzionale.

Pertanto, si può dire che la tutela del risparmio sia il risultato delle attività amministrative di regolazione e controllo della moneta e del credito; vi è, quindi, una dimensione obiettiva e mediata della protezione, che ha a che fare soprattuto con gli impieghi non puramente speculativi.

In una visione più ampia - la quale non valorizzi esclusivamente il valore della stabilità monetaria (intesa quale protezione dall'inflazione e dalla deflazione) o il carattere compromissorio della disposizione costituzionale (punto di incontro tra una visione liberale ed una di tipo solidaristico, influenzata - a diversa ragione - dal pensiero politico cattolico e marxista) – la moneta, il risparmio e la loro conservazione costituiscono veri e propri diritti dei risparmiatori funzionali alla garanzia di una vita dignitosa e diventano in tal modo obiettivi dell'esercizio dei

---

GRECO, M. P. CHITI, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, IV, Milano, 2007, p. 1732 ss.; G. COLAVITTI, *Profili costituzionali della vigilanza bancaria*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2008; M. GIAMPIERETTI, *Commento all'art. 47 della Costituzione*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 474 ss.; M. D'AMICO, S. CATALANO, *Tutela del risparmio e principi costituzionali*, in *Il dir. dell'ec.*, 2008, p. 35 ss.; F. ZATTI, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2010; E. GLIOZZI, *La tutela del risparmio e la banca universale*, in *Giur. comm.*, 2015, p. 465 ss.; L. DELLA LUNA MAGGIO, *Il risparmio tra tutele costituzionali e interventi legislativi*, in *Rivista AIC*, 2015; C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca centrale europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell'Unione*, in *www.costituzionalismo.it*, 2017; P. GROSSI, *La tutela del risparmio a settant'anni dall'approvazione dell'art. 47 della Costituzione*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2017; F. SCUTO, *La tutela costituzionale del risparmio negli anni della crisi economica. Spunti per un rilancio della dimensione oggettiva e sociale dell'art. 47 Cost.*, in *www.federalismi.it*, 2019. Centrale per l'inquadramento dell'attività bancaria con le lenti del diritto amministrativo è S. AMOROSINO, *Banca (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Ann. VI*, Milano, 2000, p. 141 ss.

[17] Il valore programmatico dell'art. 47 Cost. è stato affermato dal Giudice delle leggi; si veda C. cost., sent. 27 luglio 1982, n. 143. P. GROSSI, *La tutela cit.*, p. 6 ritiene difficile continuare con quest'inquadramento perché la norma – letta insieme a tutto il disposto costituzionale – assume la portata di fonte immediata di diritti. Quest'indirizzo ermeneutico – assolutamente pregevole – non è, però, ancora stato oggetto di un precipitato nelle sentenze del Giudice delle leggi. Esso acquista centralità, come si vedrà *infra* dopo gli interventi UE in materia, la cui logica è molto diversa da questa prospettiva. Le sentenze del Giudice delle leggi qui citate sono in libera consultazione al sito www.cortecostituzionale.it.

[18] Moneta e tutela del risparmio sono materie di legislazione statale esclusiva, come previsto dall'art. 117, II c., lett. e), Cost. Al contrario, rientrano nelle materie di legislazione concorrente le casse di risparmio, le casse rurali, le aziende di credito a carattere regionale e gli enti di credito fondiario ed agrario a carattere regionali ai sensi dell'art. 117, III c.

ISSN 2036-7821

poteri autoritativi[19]. L'intervento di questi ultimi perde una dimensione meramente programmatica ed acquista un significato ed un ambito di applicazione soggettivo.
La considerazione sulle matrici storiche ed operative, cui sono astretti i tre beni giuridici prima indicati, permette anche di ricostruire in termini non meramente descrittivi o nominalistici la costituzione economica dell'ordinamento[20], rendendola coerente con l'impostazione personalistica del testo costituzionale.
Il risparmio acquista in tal modo una dimensione *ab origine* umana, intesa come espressione di cura per il futuro.
Ma veniamo ora ad un'altra considerazione introduttiva.
ii. Il rapporto tra i tre aspetti prima citati - il quale emerge dall'art. 47 Cost. e dall'apparato amministrativo (precostituzionale, in quanto risalente alla legge bancaria del 1936-1938), in cui la disposizione della Carta trovava espressione - deve essere letto avendo bene presenti le conseguenze dell'adesione dell'Italia all'ora Unione Europea, che non rende più attuale l'impostazione dirigista della normativa in materia riveniente dal testo costituzionale.
Tali effetti hanno operato in due direzioni, il cui discrimine temporale corre con riferimento all'adozione della moneta unica[21], ed il cui sviluppo delinea il passaggio di ruolo dell'organizzazione sovranazionale da un sistema amministrativo di missione ed indiretto ad uno pienamente esecutivo[22].
Prima dell'introduzione dell'euro l'influsso del diritto allora comunitario[23] è stato caratterizzato da un'impronta "efficientista", cosa che ha propiziato il passaggio da un mercato del credito amministrato ad uno regolato. Esso, cioè, si è dispiegato nel senso di rendere meno discrezionali i poteri dell'Autorità di vigilanza e di introdurre - in modo invero blando ed in ossequio alla c.d. armonizzazione minima delle discipline dei singoli ordinamenti - una libertà di circolazione sia dei servizi bancari che dei capitali, con l'aspirazione di realizzare un c.d. *level playing field*. Con tale espressione, si designa un insieme di regole comuni, grazie al quale gli intermediari avrebbero potuto competere tra loro anche su base sovranazionale nel quadro: i. di una sana e prudente gestione, che ha sostituito come stella polare della vigilanza i

[19] Questa lettura, che ha il merito di espungere dallo scopo di tutela dei beni giuridici in discorso da parte dei pubblici poteri la sola stabilità monetaria, si deve ad A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, p. 349 ss.

[20] Si utilizza l'espressione che ha dato il titolo ad un fortunato volume, S. CASSESE (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2021.

[21] Per i tentativi di introdurre sistemi di vigilanza comune, anche prima della firma del Trattato di Maastricht, si vedano: F. VELLA, *Banca Centrale Europea, banche centrali nazionali e vigilanza bancaria: verso un nuovo assetto dei controlli nell'area dell'euro?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, p. 150 ss.; E. MOURLON-DRUOL, *Banking Union perspective: the initiative of the European Commission in the 1960s-1970s*, in *Journal of Common Market Studies*, 2016, p. 913 ss.

[22] A. MAGLIARI, *Vigilanza cit.*, p. 20.

[23] Particolarmente rilevanti sono state le direttive 77/780/CE, 83/350/CEE e 89/646/CE.

ISSN 2036-7821

poteri di indirizzo strutturale, tipici dell'ordinamento sezionale; ii. della trasparenza dei comportamenti delle banche a protezione degli investitori e dei consumatori; e iii. in coerenza con l'evoluzione del mondo della finanza, caratterizzato da un'integrazione tra credito, finanza e servizi assicurativi.

Il substrato concettuale di questi interventi era l'idea che le banche non fossero più istituzioni ma imprese[24], a cui poteva essere rilasciata un'autorizzazione in forza del solo possesso di requisiti di tipo patrimoniale e non più secondo considerazioni di sistema di natura discrezionale. Il c.d. passaporto unico, applicazione del principio del mutuo riconoscimento[25], e la despecializzazione, con la conseguente possibilità di avviare attività di c.d. banca universale, costituiscono ulteriori istituti espressione di questa svolta.

Come si vede, l'ottica di quest'intervento resta nell'ambito della promozione della concorrenza, in quanto ad essere protetto è in ultima il consumatore cui si vorrebbero garantire servizi più efficienti in conseguenza di un mercato più funzionante.

La sua principale conseguenza in ambito pubblicistico attiene ai profili organizzativi, con l'abbandono del modello di banche costituite quali enti pubblici economici per il tramite delle privatizzazioni[26]. Un'ulteriore contaminazione del quadro pubblicistico deriva dall'applicazione dell'*home country control*, secondo cui il soggetto autorizzato può operare in tutto il territorio europeo attraverso succursali benché resti vigilato dall'Autorità dello Stato d'origine; un provvedimento ed un'attività amministrativi acquistano in tal modo efficacia anche in un ambito diverso dall'ordinamento di origine.

Nell'ottica di questa prospettiva, definita di *integration through law*, questo complesso di norme ha avuto l'effetto di creare le condizioni per la nascita di istituti bancari, capaci di operare a livello transfrontaliero e di influenzare le economie di più Stati membri. Pertanto, sin dalle proposte di introduzione di quello che è poi divenuto il Trattato di Maastricht erano state ipotizzate forme di coordinamento della vigilanza, al fine di evitare fenomeni di fuga verso ordinamenti con regolazioni meno severe e di rendere le istituzioni finanziarie attive su più mercati nazionali fonte di rischi per la stabilità dell'intero mercato europeo.

Dopo l'introduzione dell'euro, il problema invece ha assunto una dimensione eminentemente pubblicistica (con particolare riferimento agli aspetti della protezione dei bilanci pubblici), in conseguenza del c.d. trilemma finanziario[27]. Secondo questa

[24] Come precisato dall'art. 10 del d. lgs. n. 385/1993.

[25] Imposto dalla direttiva 89/646/CE, recepita con il d. lgs. 481/1992. Sui problemi posti dall'efficacia transnazionale di un atto amministrativo all'interno dell'ordinamento europeo è ancora centrale L. DE LUCIA, *Autorizzazioni transazionali e cooperazione amministrativa nell'ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, p. 759 ss.

[26] Di rilievo è il riferimento alla l. n. 218/1990.

[27] L'espressione si deve a D. SCHOENMAKER, *The financial trilemma*, *Duisenberg school of finance Tinberg Institute Discussion Paper*, 2011 ed è un'evoluzione della teoria di Mundell-Fleming, secondo cui è impossibile in un

teoria, in un sistema finanziario interconnesso non è possibile conseguire in contemporanea tre obiettivi: la stabilità, l'integrazione, la sovranità nazionale in tema fiscale e di vigilanza sul credito. Di conseguenza, la condivisione dei benefici di un'unione sovranazionale con un'unica moneta comporta nel medio/lungo termine anche la cessione delle parti della sovranità idonee a garantirne il valore, pena il rischio di disgregazione dell'unione stessa[28] a ragione del fatto che il controllo nazionale sulle banche può essere svolto in modo diverso e portare alla concentrazione di pericoli per la stabilità collettiva e che le differenti politiche di bilancio possono creare squilibri complessivi. Al fine di garantire la stabilità del sistema[29], infatti, l'allocazione delle competenze di queste ultime funzioni deve transitare a livello sovranazionale.

Strutturalmente [pur con le ambiguità del capoverso dell'art. 127 *ex* 105 del Trattato sul Funzionamento dell'UE[30] (TFUE), che ha reso possibile la soluzione poi attuata nel 2013 e che il rapporto Delors aveva avuto solo la forza di suggerire, ma non di imporre prima della firma del Trattato di Maastricht], anche per effetto di differenti tradizioni e resistenze nazionali, nell'ordinamento UE le attività di politica monetaria e quelle di vigilanza bancaria prima del 2014 non solo non erano in capo al medesimo soggetto, ma addirittura erano svolte in diversi ordinamenti. Alla Banca Centrale Europa (d'ora in poi BCE) era riservata esclusivamente una funzione consultiva in materia, volta esclusivamente al coordinamento delle prassi nazionali[31].

La base giuridica richiamata prevede un meccanismo rinforzato, riguarda la vigilanza solo su aspetti specifici ed esclude espressamente le imprese assicurative.

La carenza dell'integrazione in tema di vigilanza era conseguenza della circostanza

---

sistema economico aperto ottenere contemporaneamente la libera circolazione dei capitali, tassi di cambio fissi e politiche monetarie autonome e basate su obiettivi nazionali.

[28] M. P. CHITI, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 1 ss., rileva appunto come i recenti sviluppi abbiano imposto all'UE il passaggio da "*comunità di benefici*" a "*comunità dei benefici e dei rischi*". Sulla tensione a cui le scelte europee hanno sottoposto gli Stati membri con possibile *vulnus* al loro *status* di democrazie costituzionali di diritto, si rinvia per tutti a: F. BALAGUER CALLEJÒN, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, in *KorEuropa*, 2013; P. BILANCIA, *Il governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea*, in *Rivista AIC*, 2014.

[29] R. D'AMBROSIO, *La stabilità finanziaria tra gli obiettivi della legislazione dell'Unione su mercati finanziari, SEVIF e Unione bancaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, *passim*.

[30] "*Il Consiglio, deliberando all'unanimità mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, previa consultazione del Parlamento europeo e della Banca centrale europea, può affidare alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, escluse le imprese di assicurazione*". La politica di vigilanza rientra nella competenze concorrenti tra Stati ed Unione. La CGUE, I sez., con sent. 2 ottobre 2019 in cause C-158/18 P e C-159/18 P ha chiarito che in caso di gruppo bancario la vigilanza prudenziale può essere effettuata anche nei casi in cui l'organismo centrale non abbia la qualità di ente creditizio. Le sentenze dei Giudici europei citate nel presente scritto sono in libera consultazione al sito https://curia.europa.eu.

[31] Sul ruolo della BCE in tema di vigilanza nel periodo successivo al Trattato di Maastrich e precedente all'istituzione dell'Unione bancaria, si veda S. DELL'ATTI, *La vigilanza creditizia in Italia dopo Maastricht: adozione del modello tedesco o rivisitazione dell'attuale rapporto autoritativo di vertice*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, p. 763 ss.

ISSN 2036-7821

che l'Unione economica e monetaria era un progetto soprattutto di natura politica e non economica[32]. A ragione dei rapporti tra credito e finanza pubblica richiamati all'inizio[33] (costituiti dal fatto che negli attivi delle banche si trovavano e si trovano grandi quantità di titoli del debito pubblico degli Stati di origine), restava il rischio della propagazione di situazioni di tensione dal mercato bancario ai bilanci statali[34], agevolato dalla carenza di un efficace coordinamento delle politiche fiscali nazionali.
Quest'incompletezza aveva portato a criticare l'euro come moneta adatta solo a condizioni economiche di bel tempo[35]: in effetti, la crisi in Europa è stata la conseguenza della debolezza fiscale di alcuni Stati membri, combinata al più generalizzato fallimento delle politiche di vigilanza, incapaci di tener dietro a realtà cresciute spesso senza solide basi per un atteggiamento benevolo dei regolatori, volto alla creazione di campioni nazionali e comunque disposto a socializzare le perdite.

3. Le diverse risposte dell'UE alla crisi, con particolare riferimento alle Autorità Europee di Vigilanza (A), all'Unione Bancaria (B), al c.d. MVU (C), ed una valutazione del loro impatto sull'impresa bancaria (D).

Solo con la grande crisi finanziaria degli anni 2008/2011 l'assetto della regolazione bancaria è cambiato tanto da rivoluzionare il riparto di competenze in materia[36]: oggi si può sostenere che da quel momento la disciplina europea in materia ha visto una crescita sia quantitativa che qualitativa, sicché la regolazione dei fenomeni finanziari è divenuta una delle principali attività delle istituzioni[37], con particolare riferimento

[32] Per l'EMU e le sue caratteristiche, si rinvia per tutti a R. M. LASTRA, J. V. LOUIS, *European Economic and Monetary Union: History, Trends and Prospects*, 2013, in libera consultazione al *link*: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2244764.

[33] Come nota G. PITRUZZELLA, *La costituzione economica europea: un mercato regolato e corretto, nulla a che vedere con il fondamentalismo di mercato*, in *www.federalismi.it*, 2018, la concorrenza fa riferimento ai soggetti privati, la politica economica, fiscale e monetaria a quelli pubblici. Dal momento in cui l'UE ha iniziato ad occuparsi anche delle seconde, è stato necessario – anche se con ritardo – che le sue attribuzioni dirette di tipo amministrativo si ampliassero anche ai soggetti privati (le banche) che con la moneta hanno strutturalmente a che fare. Ad oggi, quindi, diversamente da quanto capitava ai suoi esordi, la costituzione economica europea ha a che fare con aspetti micro e macro economici.

[34] Per una seminale indicazione delle conseguenze che questa contaminazione comporta per lo studio del diritto pubblico si veda G. NAPOLITANO, *From the financial to the sovereign debt crisis: new trends in public law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 81 ss. Per una presentazione delle prime iniziative dell'Unione si rinvia a A. VITERBO, R. CISOTTA, *La crisi della Grecia, l'attacco speculativo all'euro e le risposte dell'Unione Europea*, in *Dir. Un. Eu.*, 2010, p. 961 ss.

[35] Su tale giudizio e sugli sviluppi istituzionali che anche a seguito della crisi del 2008 hanno portato al suo definitivo superamento si rinvia a J. PISANI-FERRY, A. S. POSEN, *The euro at ten: the next global currency?*, Brussels, 2009.

[36] La risposta non è stata scandita da tempi rapidi a ragione dell'incompletezza del disegno istituzionale europeo; sulla (mancata) velocità di reazione, a differenza di quanto capitato con le crisi successive e nell'ordinamento statunitense, si veda A. PISANESCHI, *Dalla crisi Lehman Borthers alla crisi Covid. Istituzioni europee e regolazione bancaria alla prova dello stress test*, in *www.federalismi.it*, 2022, p. 240 ss.

[37] F. ANNUNZIATA, M. LAMANDINI, *"Questo è un nodo avviluppato": divagazioni sulla regolazione del mercato finanziario*, in *Giur. comm.*, 2022, p. 34 ss.

alla BCE[38]. Tale funzione si è aggiunta alla tutela della stabilità dei prezzi, la quale aveva portato a conferire all'istituto di Francoforte un notevolissimo grado di indipendenza nella conduzione della politica monetaria.

Ciò ha comportato la fine del modello economico dello Stato regolatore ed un più incisivo intervento dei pubblici poteri nelle attività economiche, con una serie di interventi che hanno costituito quello che la dottrina ha definito un complesso movimento legislativo, i cui spazi bianchi sono stati ora completati da una regolamentazione amministrativa alluvionale[39], e che in termini di organizzazione amministrativa è caratterizzato, secondo una prima tesi, da strutture e da procedimenti compositi[40] o, a parere di una seconda lettura, da un'imponente sovrapposizione di norme e soggetti giuridici[41].

Quest'ultima linea interpretativa – nell'identificare gli esiti di questo processo di riforma – vi individua un esempio di federalismo funzionalista, al cui centro sono stati posti apparati tecnocratici. Per equilibrare questa prevalenza ed in aggiunta alla teorica della c.d. legittimazione per risultati (coerente con l'impostazione tecnocratica, evidenziata dalla prima visuale), si propone pertanto di valorizzare i rapporti tra la BCE ed i Parlamenti, sia nazionali che europeo[42], quale fattore di *accountability* del nuovo sistema.

In una visione equilibrata che combini gli apporti delle due teorie succitate, è possibile affermare che l'espansione delle funzioni amministrative dell'Unione è avvenuta sia attraverso l'ampliamento delle attribuzioni esclusive, con la nascita di numerose figure *ad hoc*, che attraverso la creazione di procedimenti condivisi tra Amministrazioni statali ed europee[43]; resta, tuttavia, il dubbio sull'effettiva democraticità di quest'assetto.

A. Come primo tempo delle riforme europee in materia, dopo il rapporto de Larosiére[44] e nell'ottica di un'armonizzazione massima, sono state istituite in forma di agenzie[45] dotate di indipendenza e con competenza estesa a tutti gli Stati membri

[38] Sulla BCE si vedano, senza pretesa di esaustività: F. BELLI, V. SANTORO (a cura di), *La Banca centrale europea*, Milano, 2003; D. HOWARTH, P. LOEDEL, *The European Central Bank*, London, 2005; F. PAPADIA, C. SANTINI, *La Banca centale europea*, Bologna, 2012; C. BUZZACCHI (a cura di), *La Banca centrale europea. Il custode della costituzione economica*, Milano, 2017.

[39] M. P. CHITI, *L'Unione bancaria europea cit*., p. 510.

[40] Il riferimento è a S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in AA. VV., *Dal Testo Unico Bancario all'Unione Bancaria: tecniche normative ed allocazione dei poteri*, in *Quaderni di ricerca giuridica Banca d'Italia*, 2014, p. 15 ss.

[41] R. IBRIDO, *Unione Bancaria Europea cit.*, pp. 195-205.

[42] R. IBRIDO, *Unione Bancaria Europea cit.*, pp. 221-294.

[43] Tanto avrebbe portato alla nascita di un vero e proprio pluralismo amministrativo secondo M. AVBELIJ, *Constitutional and administrative pluralism in the EU system of banking supervision*, in *German Law Journal*, 2016, p. 780 ss.

[44] Consultabile al link: https://www.esrb.europa.eu/shared/pdf/de_larosiere_report_it.pdf.

[45] Sui problemi posti da questa modalità organizzativa – costituente una "*realtà giuridica e istituzionale estremamente eterogenea e differenziata*" - si rinvia ad E. CHITI, *L'accountability delle reti di autorità amministrative*

tre Autorità europee di vigilanza, rispettivamente sulle banche (EBA[46]), sui mercati finanziari (ESMA[47]), sulle assicurazioni ed i fondi pensione (EIOPA[48]), inserite - insieme al Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS[49]) - in un Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF).

Le tre autorità hanno competenza sui rischi relativi ai singoli operatori (c.d. microprudenziali) e di elaborazione della legislazione primaria attraverso la definizione di *standard*, coordinando i regolatori nazionali, mentre il Comitato si occupa degli aspetti, che mettono a repentaglio il mercato nel suo complesso (rischi c.d. macroprudenziali).

Esse hanno sosituito i precedenti comitati, cui erano attribuite funzioni di tipo consultivo e che erano stati istituiti nell'ambito del c.d. sistema Lamfalussy e rappresentano un'evoluzione ed un rafforzamento delle reti di regolatori europei. Nella nuova impostazione organizzativa, che costituisce una modalità di cooperazione rafforzata, sono integrate anche le rispettive autorità nazionali di tutti gli Stati membri e la Banca Centrale Europea.

Il sistema è imperniato sul principio di leale cooperazione ed opera principalmente nel campo della regolamentazione tecnica sia ai fini dell'armonizzazione sia ai fini dell'individuazione delle condizioni di applicazione degli atti di natura legislativa che conferiscono competenze di esecuzione alla Commissione, cioè di fonti - almeno all'apparenza - sprovviste di un tasso di politicità. Entrambi questi gruppi di norme rientrano poi nel c.d. single *rulebook* (su cui i*nfra*).

Inoltre, le Autorità hanno il compito di emanare orientamenti e di formulare raccomandazioni per avvicinare la prassi di vigilanza in tutto il territorio dell'UE; in questo, la loro attività è stata definita di secondo grado, in quanto rivolta soprattutto ai regolatori nazionali[50].

In tre casi eccezionali, le autorità di coordinamento micro prudenziale possono espletare la supervisione diretta dei soggetti dei rispettivi ordinamenti sezionali: in

---

dell'Unione Europea, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, p. 29 ss. Sulla natura anfibia delle autorità finanziarie europee e sulle differenze con BCE, si rinvia per tutti ad E. D'ALTERIO, *Agenzie e Autorità europee: la disfasia dei modelli di organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2012, p. 801 ss. Per una valutazione prospettica si veda, invece, M. LAMANDINI, *La vigilanza diretta dell'ESMA. Un modello per il futuro?*, in *Giur. comm.*, 2016, p. 448 ss.

[46] Istituita dal regolamento 1093/2010, poi modificato – per allinearlo all'assetto risultante dall'Unione bancaria – dal regolamento 1022/2013 e dal regolamento 2175/2019.

[47] Istituita dal regolamento 1095/2010, a cui si sono aggiunti il regolamento 513/2011, che ha attribuito ad ESMA la vigilanza sulle agenzie di *rating*, ed il regolamento 648/2012, che le ha attribuito la vigilanza sui repertori dati di negoziazione in derivati. Sui poteri di ESMA inerenti alle agenzie di *rating* si veda M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 607 ss. Il regolamento 263/2012, modificato dal regolamento 600/2014 ha dato ad ESMA anche il potere di vietare temporaneamente di determinati prodotti finanziari o limitarne la distribuzione.

[48] Istituita dal regolamento 1094/2010.

[49] Istituito dai regolamenti 1092 e 1096 2010.

[50] A. MAGLIARI, *Vigilanza cit.*, pp. 38-39.

ISSN 2036-7821

caso di violazione del diritto europeo da parte delle Autorità nazionali, in caso di contrasto tra queste ultime su questioni di carattere transnazionale, in caso di emergenza dichiarata dal Consiglio.

La sola ESMA ha poi il potere (emergenziale e sussidiario) di vietare temporaneamente le vendite allo scoperto[51] e quello di vietare temporaneamente o di limitare la commercializzazione, la distribuzione o la vendita di prodotti finanziari nel territorio dell'Unione.

Ai fini della vigilanza, conta pure di ricordare che ABE ha il potere di condurre sui maggiori gruppi europei *stress test* per la verifica del rischio sistemico, unitamente al CERS[52].

L'innovazione della struttura europea sulla vigilanza finanziaria ha dovuto fare i conti e superare perlomeno in parte sia la dottrina Meroni, con cui si negava alle Agenzie europee l'esercizio di poteri discrezionali, che quella Romano[53], in forza della quale era precluso ai medesimi soggetti il potere normativo[54].

B. Quale secondo tempo delle riforme dell'UE in materia finanziaria, con il rapporto Van Rompuy del 2012[55] e quello dei quattro presidenti del medesimo anno[56], nel solco di un'ulteriore centralizzazione e del passaggio da un modello debole di coordinamento ad uno forte di vigilanza diretta, si è avviata prima e si è tentata di consolidare poi la costruzione di un'Unione bancaria[57].

Essa:

a. riguarda i soli Paesi aderenti all'euro, con possibilità di adesioni volontarie tramite accordi di stretta collaborazione per la vigilanza, cosa che rafforza l'evoluzione verso un assetto europeo a più velocità[58] e permette di individuare nella nuova Unione la risultante di una vera e propria cessione di sovranità dei partecipanti alla UE ed alle

[51] Su tale attribuzione, prevista dal regolamento 236/2012, è intervenuta la Corte di Giustizia con la sent. 22 gennaio 2014, pronunziata in C-270/12.

[52] Anche BCE ha potere di condurre simili esami su tutti gli intermediari con riferimento, però, ai soli profili microprudenziali.

[53] Per una sintetica presentazione della rivisitazione delle due teorie in riferimento all'Unione bancaria, si rinvia a M. P. CHITI, *L'Unione bancaria europea cit.*, p. 520-521.

[54] Per tale specifica osservazione si veda G. VESPERINI, *La crisi e le nuove amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 695 ss., il quale propone un'originale interpretazione del complesso di riforme poste in essere dalla UE nel campo della vigilanza sulla finanza privata per rispondere alla crisi finanziaria.

[55] Consultabile al *link*: https://www.bankingsupervision.europa.eu/about/milestones/shared/pdf/2012-06-26_towards_genuine_economic_and_monetary_union.pl.pdf.

[56] Consultabile al *link*: https://www.consilium.europa.eu/media/23818/134069.pdf.

[57] L'Unione bancaria è il primo tassello di un'integrazione più stretta che dovrebbe sfociare in un'Unione dei mercati di capitali (progetto su cui si vedano almeno G. TROVATORE, F. SAVASTA, *Il progetto della Capital Markets Union e l'art. 47 della Costituzione (brevi note sul valore del risparmio)*, in *www.federalismi.it*, 2021; M. GARGANTINI, *Diritto europeo e discipline nazionali dei mercati finanziari: l'armonizzazione normativa dopo la Capital Markets Union*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2024, p. 20 ss.) ed in un'ancora più futuribile Unione fiscale.

[58] Hanno di recente aderito Croazia, che ha poi adottato l'euro ed è divenuta così membro necessitato, e Bulgaria.

sue istituzioni;
b. si traduce, soprattutto, in un ampliamento delle competenze dirette della BCE, organismo indipendente già presente nell'assetto istituzionale ed i cui compiti vengono ampliati dall'originaria cura della stabilità dei prezzi alla più generale stabilità finanziaria[59] (la quale, a guisa di precondizione di contesto, fa aggio sul valore della promozione della concorrenza, in vista di cui le istituzioni europee avevano - come visto - in precedenza normato il settore bancario[60]), con possibilità di interferenze sulla politica monetaria ed in coerenza con il modello presente in alcuni Stati membri[61];
c. ha messo da parte il sistema delle agenzie, aprendosi a quello inedito del meccanismo, sprovvisto di personalità giuridica propria ed il cui fine è il coordinamento tra realtà amministrative di istituzioni e Stati anche attraverso norme prudenziali armonizzate, con differenti modalità di interazione e con al pari differenti strumenti giustiziali *ad hoc* per la soluzione di eventuali controversie[62];
d. a ragione della natura eminentemente tecnica dei poteri amministrativi esercitati e dall'indipendenza[63] riconosciuta all'istituzione loro titolare, si caratterizza per una legittimazione basata più che sui tradizionali canoni democratici sui risultati, i quali devono essere effettivi e basati su scelte razionali[64];
e. incide (forse spingendo al suo tramonto) l'idea che le istituzioni svolgano un ruolo

[59] Il principio, nelle sue duplici accezioni, è riconosciuto all'art. 127 TFUE ed all'art. 19 reg. n. 2013/1024. Su tale metamorfosi del fine principale della BCE si rinvia a K. TUORI, *The European Central Bank and the European Macroeconomic Constitution*, Cambridge, 2022.

[60] Tale cambio di ottica è evidente sin dall'art. 1 reg. 2013/1024, in cui l'attribuzione della vigilanza alla BCE viene espressamente collegata "*al fine di contribuire alla sicurezza e alla solidità degli enti creditizi e alla stabilità del sistema finanziario all'interno dell'Unione e di ciascuno Stato membro, con pieno riguardo e dovere di diligenza riguardo all'unità e all'integrità del mercato interno, in base alla parità di trattamento degli enti creditizi al fine di impedire l'arbitraggio regolamentare*".

[61] Formula una serie di suggerimenti volti a mitigare il carattere tecnocratico dell'Unione Bancaria, che ha il suo motore nella BCE (caratterizzata da un particolare regime di indipendenza ed il cui obiettivo statutario resta la sola tutela della stabilità dei prezzi), A. CIANCIO, *I nodi della governance europea: euro, politica fiscale, bilancio unico dell'Unione. Per una nuova legittimazione democratica della BCE*, in *www.federalismi.it*, 2015. Propone – in modo convincente e pragmatico – di non assolutizzare la separazione tra funzioni monetarie e di vigilanza A. MAGLIARI, *Vigilanza cit*., pp. 78-79, in vista di un modello di governo del credito, in cui le due attribuzioni si coordinino tra loro.

[62] Su questi istituti si rinvia a L. SANTA MARIA, F. MAZZOCCHI, *Rights and remedies of credit institutions and investors in the Banking Union*, in *Dir. comm. int*., 2018, p. 845 ss.; M. CLARICH, *Il riesame amministrativo delle decisioni della Banca centrale europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 2015, p. 1513 ss. Più in generale sui rimedi amministrativi nell'ordinamento europeo si veda L. DE LUCIA, *I ricorsi amministrativi nell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona*, *ibidem*, 2013, p. 323 ss.

[63] L'indipendenza ha la sua espressione centrale nel divieto per qualsiasi organismo nazionale di dare istruzioni ai membri del Consiglio di vigilanza, come espressamente indicato nell'opinione della BCE 7 settembre 2016 CON/2016/43. Pertanto, l'istituzione ed i suoi membri curano l'interesse esclusivo dell'Unione.

[64] M. P. CHITI, *La legittimazione per risultati dell'Unione Europea quale "comunità di diritto amministrativo"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 397 ss. Il carattere problematico di una simile modalità di legittimazione dei poteri amministrativi unionali ha trovato larga analisi in dottrina; si veda almeno G. NAPOLITANO, *La crisi di legittimazione e di capacità amministrativa dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2016, p. 717 ss.

arbitrale tra una pluralità di interessi pubblici e privati, prospettiva che aveva costituito un tratto distintivo nello studio tradizionale dei rapporti tra diritto amministrativo statale e diritto amministrativo europeo[65], e si apre alla presenza di un interesse pubblico genuinamente europeo[66];

f. lascia presagire un ruolo avanzato di risposta alla crisi anche amministrativa dell'Unione[67], in cui siano messe da parte la preferenza verso la protezione degli interessi interni che normalmente le amministrazioni nazionali tendono a sopravvalutare;

g. fa emergere nell'ordinamento europeo la necessità che non si mettano insieme più i soli vantaggi ma anche i rischi[68];

h. prevede moduli procedimentali altamente settoriali, che coinvolgono più livelli amministrativi senza uno schema unitario e, comunque, cercano di garantire (per la vigilanza più che per la risoluzione)[69] – oltre all'autonomia ed alla discrezionalità tecnica delle parti pubbliche – i diritti di partecipazione e di difesa agli interessati[70].

Si è in questo modo creata una nuova area del diritto amministrativo dell'Unione, che ha logiche organizzative ed operative del tutto peculiari, tanto è che si è parlato di "*unione specializzata di diritto amministrativo*"[71].

Recentemente (per evidenziare la fortuna di tale innovativa impostazione) questo modello è stato replicato anche nel settore della lotta al riciclaggio, materia che non era stata originariamente compresa nelle attribuzioni della vigilanza comune. Tanto è avvenuto – nell'ambito della riforma del diritto unionale – con il regolamento 1620/2024, il quale ha istituito una nuova unione amministrativa di settore. In essa, ai fini della prevenzione dei fenomeni di riciclaggio, alcuni enti sono direttamente supervisionati dall'Autorità per la lotta al riciclaggio ed al finanziamento del terrorismo (AMLA), mentre i soggetti meno significativi restano destinatari della vigilanza nazionale, comunque coordinata dall'Autorità, chiamata ad applicare il diritto nazionale recettivo di quello unionale[72].

Il quadro del nuovo sistema copre, dopo due decenni di intensa *deregulation*, tutta

---

[65] La migliore formulazione di questa teoria e di una conseguente irriducibilità tra diritto amministrativo europeo e diritti amministrativi nazionali si legge in B. G. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 909 ss.

[66] Questa prospettiva è stata segnalata da C. NICOLOSI, *La vigilanza prudenziale e i modelli di integrazione amministrativa europea: dall'agentification a un unicum sovranazionale*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 2022.

[67] G. NAPOLITANO, *La crisi cit.*, p. 717 ss.

[68] E. CHITI, P. G. TEIXEIRA, *The constitutional implications of the European responses to the financial and public debt crisis*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 683 ss.

[69] M. P. CHITI, *L'Unione bancaria europea cit.*, p. 525.

[70] Si rinvia a M. DE BELLIS, *La costruzione cit.*, § 3.2 per una rassegna delle sentenze dei Giudici europei in ordine al diritto di accesso nei procedimenti di vigilanza.

[71] M. P. CHITI, *op. ult. cit.*, p. 508.

[72] Su tale ultimo sviluppo – anche nei suoi rapporti con la vigilanza bancaria – si rinvia a D. ANDRACCHIO, *"Pluteunomìa". La vigilanza bancaria europea alla prova della supervisione antiriciclaggio*, in *www.federalismi.it*, 2024.

l'attività amministrativa inerente ai fenomeni bancari: vigilanza[73], crisi/risoluzione[74], garanzia dei depositanti[75].

Essa viene portata avanti – in ciò un'ulteriore novità – con un aumento di poteri discrezionali, che sostituiscono quelli di natura vincolata, su cui si era basata l'intera impostazione liberalizzatrice europea e con il superamento delle logiche improntate alla *soft law*.

Come anticipato la base giuridica per la vigilanza è l'art. 127, 6 c. del TFUE, mentre per le attività di risoluzione e di garanzia dei deposito la base giuridica è costituita dall'art. 114 TFUE, a norma del quale è possibile il riavvicinamento delle discipline nazionali per la realizzazione ed il funzionamento del mercato interno con comprensibile maggior spazio per gli Stati, gelosi dell'uso delle loro risorse.

La *ratio* di questa complessiva opera di ri-regolamentazione è, da un punto di vista di analisi economica del diritto, evitare le esternalità negative nel territorio dell'Unione derivanti da una perturbazione nel settore bancario in uno Stato membro; sempre secondo la medesima prospettiva, la sorveglianza unica è stata identificata come condizione per una ricapitalizzazione degli istituti ad opera del MES, fonte finanziaria disponibile in caso di crisi di istituti significativi[76]. L'obiettivo è, comunque, garantire una sana e prudente gestione degli istituti bancari in modo da scongiurare rischi sistemici.

Inoltre, si può osservare che scopo del sistema è anche quello di evitare i salvataggi o gli interventi a spese del contribuente; è questa figura più che il consumatore quella che riceve ora protezione.

Il nuovo ambito ha come punto di debolezza la presenza di diverse fonti istitutive di diritto derivato, a differenza dell'Unione economica e monetaria. Il carattere plurale

[73] Alla vigilanza è dedicato il Meccanismo Unico di Vigilanza, istituito con reg. 1024/2013 (di seguito, regolamento SSM, *Single Supervisory Mechanism* o – in italiano – Meccanismo Unico di Vigilanza),il cui quadro di funzionamento è stato tracciato dal reg. BCE n. 468/2014. E' il caso di menzionare anche un accordo tra BCE e Parlamento europeo, il quale disciplina le modalità di diffusione delle informazioni della Banca agli organi parlamentari.

[74] Alla risoluzione è dedicato il Meccanismo Unico di Risoluzione o SRM, istituto con reg. 806/2014, mentre la disciplina sostanziale è contenuta della dir. 59/2014, detta BRRD, cioè *Bank Recovery and Resolution Directive*. E' da notare che la prima fonte sulla crisi degli istituti di credito si applica ai soli Stati la cui valuta è l'euro, mentre la seconda a tutti gli Stati membri e, quindi, a tutte le banche quale che ne siano le dimensioni. Il quadro è completato dal regolamento 806/2014 e da un accordo intergovernativo del 21 maggio 2014, con cui è disciplinato il Fondo di risoluzione unico (SRF, *Single Resolution Fund*), strumento operativo di *extrema ratio* delle attività di ristrutturazione e di risoluzione. Per esigenze di economia del presente contributo, questo argomento ne resta al di fuori.

[75] Alla garanzia dei depositanti sarà dedicato con una struttura ancora *in fieri* un Sistema Unico di garanzia, obiettivo verso cui tende la direttiva 49/2014 di riforma e di armonizzazione dei sistemi nazionali analoghi, che restano non mutualizzati. Anche quest'argomento resta fuori dal fuoco del presente scritto.

[76] Interpretazione presente in AA. VV., *IMF staff discussion note, A Banking Union for the euro area*, 2013, reperibile al *link*: https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2016/12/31/A-Banking-Union-for-the-Euro-Area-40317.

ISSN 2036-7821

degli atti istitutivi è figlio dell'emergenza, nel corso della quale il nuovo gruppo di politiche è stato forgiato e che ha impedito una riforma organica dei Trattati[77].

Le riforme, che hanno portato alla creazione del SEVIF e dell'Unione Bancaria, sono entrambe strumenti stabili, destinati a caratterizzare l'ordinamento europeo anche a crisi terminata; tale elemento le differenzia dalle misure straordinarie coeve avviate da BCE in favore di Stati ed istituzioni bancarie, costituite rispettivamente da acquisiti di titoli del debito pubblico e da finanziamenti.

Tale sforzo rappresenta dunque l'ultimo sviluppo dell'organizzazione amministrativa europea, oramai tributaria di funzioni proprie, perseguite con personale ed uffici propri che agiscono in modo autonomo o con le più varie forme di cooperazione con le Amministrazioni nazionali[78]. L'apparato esecutivo europeo si sta evolvendo verso una forma ordinamentale, in cui l'esercizio delle potestà amministrative non è più solo delegato ai singoli Stati, ma portato avanti in modo più o meno contestuale dalle istituzioni e da questi ultimi con apertura ad un federalismo cooperativo[79] ed un rafforzamento del quadro dell'Unione Economica e Monetaria, politica dell'UE in cui è inserita l'Unione Bancaria[80].

C. Con un certo senso di scettico realismo si può affermare che il primo elemento di questo nuovo aspetto ad entrare in funzione è stato la vigilanza comune, in quanto non ha richiesto la condivisione di risorse, ma lo spostamento di competenze amministrative.

Certo, la presenza di più soggetti operativi nel campo della vigilanza pone complessi problemi di coordinamento[81]: è stato suggerito – come criterio generale – che ad ABE spetti il potere regolamentare, alla BCE ed all'Autorità nazionali il potere di vigilanza ed al SRM quello di gestione delle crisi, con profonda innovazione rispetto a quanto previsto nell'ordinamento italiano nel quale tutti questi poteri erano in capo al medesimo soggetto e premio al valore della stabilità finanziara, intesa come protezione dei bilanci pubblici dall'uso di risorse dei contribuenti per affrontare crisi bancarie[82].

Tale criterio, pur se a volo d'uccello, è sicuramente utile per districarsi nel complesso

[77] N. RUCCIA, *Caratteri cit.*, p. 142.

[78] Sui temi posti dallo studio dell'organizzazione amministrativa europea si rinvia per tutti a C. FRANCHINI, *Le fasi e i caratteri del processo evolutivo dell'organizzazione amministrativa europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, p. 375 ss., ed alla bibliografia ivi citata.

[79] A. CUOMO, *Unus pro omnibus, omnes pro uno: the Single Supervisory Mechanism as a unitary multivel administration*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, p. 707 ss.

[80] Da questo punto di vista, A. MAGLIARI, *Vigilanza cit.*, pp. 168-169, evidenza che la vigilanza comune rappresenta un'evoluzione adattiva del modello costituito dal Sistema Europea delle Banche Centrali, con un maggior coinvolgimento delle autorità nazionali anche alla luce della complessità e dell'attività quotidiana che la vigilanza richiede.

[81] Il lavoro, in cui è stato affrontato *funditus* il problema, si deve a S. DEL GATTO, *Il problema dei rapporti tra la Banca centrale europea e l'Autorità bancaria europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 1221 ss.

[82] M. MANCINI, *Dalla vigilanza cit.*, pp. 41-44.

dei nuovi organismi[83], anche alla luce del fatto che regolazione e vigilanza sono campi di applicazione assai contigui tra loro (con possibile differenziazione tra il carattere necessariamente astratto della prima e quello singolare ed applicativo della seconda, che pure richiede della normazione organizzativa di competenza di BCE) con un primo sistema teso alla produzione ed alla regolamentazione ed un secondo all'applicazione conforme delle regole elaborate dal primo[84], al pari di vigilanza e risoluzione, in cui il rapporto è ancora più stretto perché si può ipotizzare che le situazioni di stress finanziario dipendano anche da un non diligente esercizio dei poteri di vigilanza.

Quest'ultima si effettua, pertanto ed in superamento dell'originario progetto secondo cui tutti gli istituti di credito sarebbero stati vigilati da BCE, in modo diretto sugli intermediari creditizi significativi ed in modo indiretto su quelli non significativi (la categoria dei soggetti vigilati comprende oltre alle banche singole anche i gruppi bancari ed i conglomerati finanziari, al fine di evitare che scelte di comodo possano escludere l'applicazione della vigilanza comune ed in uno sforzo teso a superare eventuali differenze nazionali sulle forme di conduzione dell'attività bancaria). La classificazione tra enti significativi e non corre su criteri quantitativi/dimensionali di tipo vincolato, su una decisione discrezionale e su una ragione emergenziale; la distinzione tra le due categorie di istituti è coerente con i principi di sussidiarietà e proporzionalità. Comunque, anche nel caso di intermediari non significativi, su cui la vigilanza è esercitata - in via delegata o ausiliaria - dalle Autorità nazionali, BCE conserva un potere di raccomandazione ed orientamento.

Nella prima categoria (che comprende più dell'80% degli attivi bancari) rientrano, le banche il cui totale delle attività superi i 30 miliardi di euro, che abbiano un rapporto superiore al 20% tra le loro attività ed il PIL dello stato che le ospita, il cui totale di attività in caso di ente transfrontaliero superi i 5 miliardi e le attività transfrontaliere siano più del 20% delle attività totali o sia riscontrabile un medesimo rapporto tra passività transfrontaliere e passività totali, siano qualificate tali per i loro effetti sull'economia nazionale o della UE come tali da BCE, siano uno dei tre enti più significativi dello Stato membro o, infine, abbiano richiesto tramite lo Stato membro assistenza al MES[85].

I criteri non hanno tutti natura rigida; infatti, BCE può spostare da una categoria

[83] L'architettura istituzionale è completata anche dal Meccanismo Europeo di Stabilità, che potrebbe evolversi in una sorta di Fondo Monetario Europeo a cui attingere risorse in ultima istanza anche per ristrutturare le banche di dimensione sistemica in crisi. L'analisi di quest'ulteriore soggetto è al di fuori dell'economia del presente contributo; su esso si rinvia per tutti ad A. VALZER, *Il Meccanismo Europeo di Stabilità oggi. Appunti*, in *Banca bors. tit. cred.*, 2020, p. 212 ss. Sempre solo in nota per ragioni di economia argomentativa si può ricordare che tale strumento si affianca alle operazioni straordinarie o non convenzionali, condotte o annunziate da BCE a sostegno sia degli Stati che delle istituzioni bancarie.

[84] Su questo complesso problema si vedano anche le considerazioni di A. MAGLIARI, *Vigilanza cit.*, pp. 94-102.

[85] Secondo l'art. 6 del regolamento SSM.

ISSN 2036-7821

all'altra un intermediario per assicurare *standard* di vigilanza più adeguati o per circostanze particolari.
La verifica sulla persistenza dei criteri si effettua su base annuale; se un soggetto per tre anni di fila non ha soddisfatto alcun criterio di significatività, può essere declassificato.
Invece, nel caso inverso, il superamento di una delle soglie quantitative comporta immediatamente la riqualificazione.
BCE ed Autorità nazionali devono cooperare lealmente nel passaggio di competenze.
Le decisioni sulla classificazione sono prese ad esito di un procedimento *ad hoc*, aperto alla partecipazione degli enti bancari.
Oggi si tende ad affermare – in coerenza con la ricostruzione dei Giudici europei[86], tesa anche a rafforzare la legittimazione del SSM ed a garantirne la maggiore effettività[87] – che il sistema di vigilanza è di competenza esclusiva della BCE[88], la quale può delegare alcune sue attività alle Autorità di controllo nazionali, in luogo di una duplice allocazione delle competenze a ragione della significatività o meno dell'intermediario. Ciò perché la protezione della gestione adeguata degli istituti di credito e della stabilità finanziaria è di competenza della sola BCE, che può agire a tutti i livelli ove sorga un pericolo per i due obiettivi che deve perseguire. L'istituzione europea agisce come introduttore necessario nel mercato del credito e può avvalersi in una logica sussidiaria delle autorità nazionali in competenze proprie anche rispetto a competenze non esclusive ed in funzione di ausiliari decentrati. Rilevante da un punto di vista organizzativo nel senso di un sistema fortemente accentrato è anche l'istituzione di un'apposita Direzione Generale della BCE che verifica le banche non significative, di competenza delle autorità nazionali, per valutare un'estensione della vigilanza diretta. Tali caratterizzazioni sembrano limitare di molto il pluralismo amministrativo, che – a ben vedere - non riguarda tanto le organizzazioni coinvolte nel meccanismo quanto i loro rapporti.

---

[86] Trib. UE, sent. 16 maggio 2017 in causa T-122/15, su cui si rinvia per tutti a: A MAGLIARI, *Il sistema di ripartizione delle competenze all'interno del Single Supervisory Mechanism: una questione di significatività. Considerazioni critiche a margine della sentenza Landeskreditbank Baden-Württemberg c. BCE*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, p. 65 ss., il quale propende per una differente interpretazione del problema recuperando il modello italiano del decentramento amministrativo (ID., *Vigilanza cit.*, pp. 144-149); A. PIERINI, *L'Unione bancaria al vaglio del Tribunale dell'Unione Europea: prime indicazioni sulla ripartizione delle funzioni di vigilanza prudenziale tra BCE ed Autorità nazionali*, in *DPCE on line*, 2017, p. 743 ss.; R. D'AMBROSIO, M. LAMANDINI, *La "prima volta" del Tribunale dell'Unione Europea in materia di meccanismo di vigilanza unico*, in *Giur. comm.*, 2017, p. 594 ss. Il giudizio di prime cure è stato confermato dalla Corte in causa C-450/17. E' il caso di evidenziare che la banca tedesca oggetto della sentenza è comunque stata esclusa dalla vigilanza prudenziale con dir. 36/2023.

[87] A. MAGLIARI, *Vigilanza cit.*, p. 158, definisce l'ottica del Giudice europeo molto simile a quella di un Giudice costituzionale, in quanto volta a legittimare e rinforza la posizione della BCE in vista del perseguimento degli obiettivi della UE in una logica di "*institutional empowerment*".

[88] A tale ricostruzione si oppone, seppur in parte, la Corte costituzionale tedesca; essa nel giudizio 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14 del 30 luglio 2019 ha ritenuto che la competenza esclusiva della BCE sia limitata alla circostanze particolari indicate nel regolamento all'art. 6, 4 c.

ISSN 2036-7821

Inoltre, vi sono alcune attività materialmente sempre e comunque riservate alla BCE[89] (quali, ad esempio, il rilascio ed il ritiro dell'autorizzazione bancaria, l'autorizzazione all'acquisto di partecipazione rilevanti, l'imposizione di misure speciali per la conservazione del capitale, la conduzione di verifiche di vigilanza e di *stress test*).
Accanto a questo modello, in cui vi è una separazione funzionale tra BCE ed Autorità nazionali, è possibile pure ricostruire ulteriori relazioni[90] caratterizzate da:
- supremazia, in cui la BCE dà istruzioni alle Autorità nazionali sullo svolgimento della vigilanza sugli enti meno significativi;
- collaborazione, in cui le autorità nazionali svolgono attività istruttoria per la BCE, cui compete la decisione (è il caso, per limitarci ad un solo esempio, del rilascio dell'autorizzazione all'avvio dell'attività bancaria, con la precisazione che in caso negativo il provvedimento si forma in sede nazionale mentre in caso positivo alla BCE spetta definire il provvedimento su proposta dell'Autorità nazionale anche *per silentium*, sicché l'Autorità nazionale ha solo il potere di esprimere un provvedimento negativo, mentre quella europea è l'unica a poter emanare un atto dal contenuto di vantaggio per il privato impresa[91]);
- cooperazione, in cui i due livelli si scambiano informazioni tra loro (è il caso della conduzione giornaliera di attività di vigilanza[92]);
- quella presente nei procedimenti sanzionatori, in cui alla BCE spetta il potere di irrogare una sanzione se pecuniaria e se prevista in atti direttamente applicabili, mentre negli altri casi le appartiene solo un potere di impulso con responsabilità dell'istruttoria e degli esiti del procedimento in capo alle Autorità nazionali.
In ciascuno dei modelli sopra ricordati, è necessario che le parti coinvolte rispettino il principio di buona fede, che costituisce il criterio che informa i loro rapporti riconducibili ad un potere di direzione di BCE sulle Autorità nazionali[93].
Nel complesso, alla BCE competono quindi poteri di vigilanza, poteri ispettivi, poteri autorizzatori, poteri regolamentari e poteri sanzionatori.

---

[89] Tanto ai sensi dell'art. 4 del regolamento SSM.

[90] A. MAGLIARI, *Vigilanza cit.*, pp. 183-234 propone una ricostruzione dei rapporti basata su sei tipi di relazioni: esecuzione diretta, esecuzione indiretta attraverso le Autorità nazionali con potere di richiesta per il tramite di istruzioni di BCE, coamministrazione, sorveglianza BCE sull'attività delle Autorità nazionali, competenza parallela di BCE, applicazione diretta da parte di BCE di norme nazionali. Si tratta di una tassonomia solo formalmente differente, in quanto il quadro dei rapporti resta il medesimo di quella qui indicata.

[91] F. GUARRACINO, *Le procedure cit.*, p. 264 ipotizza in maniera convincente la presenza di due procedimenti nel caso delle autorizzazioni (uno nazionale ed uno eventuale europeo) e che, una volta che vi sarà una totale omogeneizzazione dei requisiti per l'accesso al mercato, alle Autorità nazionali spetterà solo un compito istruttorio con la decisione riservata alla BCE in ogni caso anche rispetto al meta-requisito della sana e prudente gestione.

[92] Nella quotidianità l'attività di vigilanza sulle banche più significative viene svolta attraverso gruppi di vigilanza congiunti, sulle cui caratteristiche si rinvia ad A. MAGLIARI, *Vigilanza cit.*, pp. 121-125.

[93] L'individuazione di una relazione giuridica stabile di direzione tra i soggetti che compongono il meccanismo di vigilanza si deve a V. FERRARO, *I procedimenti cit.*, p. 1239.

ISSN 2036-7821

Inoltre, all'Istituzione è possibile applicare le regole nazionali di recepimento della normazione europea in luogo del tradizionale schema di funzionamento, in cui erano le Autorità nazionali ad applicare le discipline di matrice europea[94].
Alla luce di tanto è stato osservato che il sistema costituisce un modello di integrazione sfaccettato, in cui si combinano diverse figure di rapporti[95].
Ai fini di sterilizzare il potenziale conflitto tra funzioni monetarie e di vigilanza, per l'emanazione degli atti finali è stato istituito all'interno di BCE un Consiglio di vigilanza, il quale elabora un progetto di provvedimento, che viene comunque adottato dal Consiglio direttivo grazie ad un meccanismo di silenzio assenso o di non obiezione entro 10 giorni lavorativi. Solo se quest'ultimo organo obietta in modo motivato (con riferimento – si presume - ad elementi di politica monetaria), si apre un'ulteriore parentesi procedimentale, in cui un comitato di mediazione può mediare tra i due consigli in caso di ulteriore disaccordo.
Comunque, l'adozione degli atti è imputata al Consiglio direttivo in adesione alla già richiamata dottrina Meroni.
Questo, in rapidissima sintesi, è il quadro della vigilanza sugli istituti di credito.
Per quanto attiene alla normazione, si è messa da parte l'ottica di armonizzazione minima per introdurre una disciplina comune non derogabile attraverso il c.d. *single rulebook*[96], con base regolamentare e contenente prescrizioni anche sui requisiti prudenziali di capitale (che hanno giuridificato il contenuto dei c.d. accordi Basilea[97]).
Tale sforzo è stato in particolare perseguito attraverso il coinvolgimento dell'EBA, che – come indicato *supra* - ha la competenza di introdurre in via regolamentare *standard* tecnici immediatamente vincolanti.

---

[94] Su quest'istituto, previsto dall'art. 4, c. 3 del regolamento SSM, si vedano almeno A. MAGLIARI, *Il Single Supervisory Mechanism e l'applicazione dei diritti nazionali da parte della Banca Centrale Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 1348 ss.; F. ANNUNZIATA, *L'applicazione del diritto degli Stati membri da parte della Banca Centrale Europea*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 707 ss.; F. ANNUNZIATA, T. DE ARRUDA, *Il caso Corneli e l'applicazione del diritto nazionale da parte della Banca centrale europea*, *ibidem*, 2024, p. 62 ss., scritto a commento di Trib. UE, sent. 12 ottobre 2022, in C-T-502/19 (su cui si veda anche G. SANDRELLI, *Diritto nazionale e norme europee nell'unione bancaria: la sentenza del Tribunale UE sul caso Carige*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 1435 ss.), prima sentenza con cui è stata annullata una decisione di BCE nell'ambito delle crisi bancarie.

[95] G. VESPERINI, *La crisi cit.*, p. 708.

[96] Sul *single rulebook* in materia bancaria, il quale ha assunto oramai dimensioni enciclopediche per il suo estremo dettaglio, si vedano almeno: V. BABIS, *Single Rulebook for prudential regulation of banks: mission accomplished?*, *University of Cambridge Faculty of Law, Legal Studies Research Papers Series*, 2014; A. BROZZETTI, *La legislazione cit.* Il testo copre l'accesso all'attività creditizia, i requisiti prudenziali, il risanamento e la risoluzione, la disciplina in tema di vigilanza e di garanzie sui depositi. Dopo l'istituzione del sistema di vigilanza unico, tra i compiti dell'ABE è presente anche la redazione di un *single supervision rulebook*. La necessità di un consolidamento della legislazione bancaria europea per superarne il carattere alluvionale è stata di recente sottolineata da M. LAMANDINI, *SSM cit.*, p. 528.

[97] Sulle modalità con cui nel diritto UE sono stati recepiti i contenuti dei vari accordi di Basilea, sull'oggetto e sulla natura giuridica di questi atti si rinvia, per tutti, a F. ACCETTELLA, *L'accordo di Basilea III: contenuti e processo di recepimento all'interno del diritto dell'UE*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, p. 462 ss.

ISSN 2036-7821

A queste prime direttrici di riforma nel quadro delle attività finanziarie, si sono accompagnate anche iniziative rivolte a rafforzare la disciplina fiscale degli Stati membri, le quali hanno quindi una dimensione esclusivamente pubblicistica[98].

D. Il risultato degli interventi sopra sintetizzati è che il sistema dei controlli sul credito è elefantiaco nella sua dimensione normativa e presenta profili organizzativi assai frastagliati, in contrapposizione con il tradizionale assetto nell'ordinamento italiano caratterizzato dalla presenza di un'unica autorità di vigilanza, cui competevano poteri di regolazione, vigilanza e gestione della crisi[99].

Inoltre, si è passati dal concetto di vigilanza a quello di supervisione, teso ad imporre *standard* unificanti agli attori del sistema bancario[100].

La banca risulta così sottoposta ad un complesso regole, che ne condizionano fortemente struttura, organizzazione[101], operatività, crisi[102] allo scopo di garantirne un assetto ed una funzionalità adeguate e di rafforzarne la solvibilità: tutto al fine di garantire la stabilità del sistema economico con la riduzione dei rischi sia livello micro (cioè del singolo operatore) che macro (cioè del mercato nel suo complesso) prudenziale, preoccupazione da cui deriva un'impostazione di scrutinio giurisdizionale deferente delle valutazioni effettuate dalle Autorità competenti.

Il carico normativo attuale induce a dubitare che oggi la banca non sia altro che un complesso di regole, con prevalenza delle attività in senso lato amministrativo/giuridiche su quelle tipiche e seri pregiudizi alla sua funzione istituzionale (oltre che con intuibili difficoltà di conformazione poco gestibile per gli operatori di medio-piccole dimensioni, i quali non possono dedicare tempo e risorse sproporzionati ad ambiti di azione non principali)[103].

Anche a non voler accedere a quest'ipotesi estrema, risulta difficilmente contestabile che il complesso delle riforme europee abbia – in modo controintuitivo alla tradizionali esigenze di liberalizzazione tipiche del diritto ora unionale – portato ad una sostanziale ripubblicizzazione delle regole e dei soggetti afferenti al settore del

[98] Per una loro sintetica presentazione si vedano almeno: R. PEREZ, *L'azione finanziaria europea al tempo della crisi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, p. 1043 ss.; EAD., *La crisi del debito pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 669 ss.

[99] Questa novità è massa in luce da M. SEPE, *Supervisione bancaria e risoluzione delle crisi: separatezza e contiguità*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2018, p. 302 ss.

[100] S. AMOROSINO, *I quattro livelli della supervisione bancaria*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2015, p. 273 ss.

[101] Sulla centralità dell'organizzazione imprenditoriale quale garanzia per una sana e prudente gestione e sulla pervasività sul punto della disciplina secondaria richiama l'attenzione R. CALDERAZZI, *La funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, p. 261 ss.

[102] Le nuove regole con l'introduzione dell'istituto del *bail in* hanno anche la finalità di impedire salvataggi bancari a carico degli Stati e responsabilizzare azionisti ed amministratori. Il complesso problema della risoluzione degli istituti di credito resterà fuori dal fuoco di questo contributo.

[103] Rischio ben colto da A. ANTONUCCI, *Considerazioni conclusive*, in A. BROZZETTI (a cura di), *L'ordinamento cit.*, p. 110, la quale definisce la banca come "*un involucro regolamentare*", involuzione che ne pregiudica le tradizionali attività di intermediazione a tutto vantaggio di quelle di prestazione di servizi. Sulla parziale correzione dell'originaria impostazione ed una maggiore apertura alla proporzionalità quanto meno per ciò che concerne i requisiti di vigilanza, si veda A. BROZZETTI, *La legislazione cit.*, p. 146-147.

ISSN 2036-7821

credito[104] o quantomeno un forte sincretismo degli interessi pubblici e privati rilevanti nel mercato bancario in un'accentuata logica di stabilità sistemica perseguita attraverso una funzione che richede procedimenti fortemente integrati[105].

Resta aperto il problema di quali siano le conseguenze di un tale sovraccarico normativo: c'è già chi[106] si è spinto ad ipotizzare che il complesso di regole – analoghe alla contabilità di stato per la loro persavisità – confliggeranno con le spinte ad una maggiore concorrenza, comporteranno un aumento dei costi e renderanno la soluzione non definitiva, a differenza di ciò che avrebbe comportato l'abbandono del modello della banca universale ed il ritorno sia ad istituti specializzati che esclusivamente attivi in operazioni creditizie.

4. Unione bancaria e tutela giurisdizionale tra (i.) spinte limitatrici e (ii.) strumenti di garanzia effettiva.

La giurisprudenza europea in materia bancaria è particolarmente ampia, perché i provvedimenti in questa materia hanno destinatari individuati ed attrezzati anche economicamente per la contestazione di vicende dall'elevato valore.

Essa si è da subito contraddistinta per un atteggiamento più deferente e meno severo rispetto a quello avuto in tema di *antitrust*. Ad esempio, è stato evidenziato come la Corte si sia accontentata di un mero riscontro di verosimiglianza senza pretendere una verifica sullo scenario più probabile, benché abbia dato particolare risalto alla completezza della motivazione[107].

Altra dottrina[108] ha, però, completato l'analisi, con la sottolineatura di alcune criticità: i tempi dei giudizi non sono compatibili con una tutela effettiva e nello stesso senso militano anche: a. il fatto che le misure cautelari siano concesse in modo estremamente selettivo; b. il grado limitato delle valutazioni dei Giudici unionali di fronte ad un potere discrezionale[109]. Tale caratterizzazione rende molto complicato anche il rimedio risarcitorio, per il quale devono sussistere violazioni sufficientemente gravi costituite da un travalicamento manifesto dei limiti della discrezionalità. Un ulteriore limite è costituito dal fatto che la causa determinante del danno deve essere il comportamento addebitabile alle istituzioni, oggetto di un

[104] A. NIGRO, *La banca nel nuovo ordinamento europeo*, in P. MONTALENTI, M. NOTARI (a cura di), *La banca cit.*, p. 29.

[105] R. DAGOSTINO, *Funzione di vigilanza bancaria europea e stabilità finanziaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2024, p. 323 ss.

[106] F. MERUSI, *Contro la banca univerale o la contabilità di stato bancario*, in ID., *Il sogno cit.*, p. 67 ss.

[107] M. LAMANDINI, *SSM cit.*, p. 531. In giurisprudenza si rinvia per tutte a Trib. UE, sez. II ampliata, sent. 8 luglio 2020 in causa T-576/2018.

[108] M. P. CHITI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nella intersezione del diritto nazionale e del diritto europeo*,in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2024, p. 1 ss.

[109] *Leading case* in materia di sindacato giurisprudenziale su poteri amministrativi discrezionali nella materia *de qua* è CGUE, sez. I, sent. 4 maggio 2023, in causa C-389/2021 P, secondo cui il Giudice deve limitare la propria verifica all'esattezza materiale, all'attendibilità ed alla coerenza degli elementi presi in considerazione nei provvedimenti di BCE ed alla non implausibilità delle valutazioni effettuate da quest'ultima, senza poter invadere ambiti ulteriori della scelta discrezionale.

ISSN 2036-7821

giudizio di fatto che può sconfinare nell'arbitrarietà. Infine, la durata dei processi inibisce anche l'avvio di soluzioni di sistema per casi analoghi sinché le stesse siano *sub iudice*, con danni a tutto il comparto e pregiudizi alla stabilità finanziaria.

Con riferimento ad un'autorevole dottrina[110], si può proporre che tutti gli interventi di vigilanza passati sopra in rassegna abbiano una funzione di protezione della sicurezza economica; tanto è avvenuto, però, in senso debole – cioè come mera garanzia di un ambiente, in cui si possano prevedere ed organizzare i propri affari da parte dei privati – e non forte, cioè come garanzia di diritti sociali.

Se vogliamo, torniamo così ad un'alternativa che ha a che fare soprattutto con la concezione oggettiva o soggettiva della tutela del credito - polarità già identificata nella Costituzione italiana - e con il rapporto che c'è tra questo elemento ed altri analoghi beni giuridici.

Nel caso di auspicata costruzione soggettiva delle funzioni pubblicistiche in materia, risulta centrale la garanzia dei privati sia in fase procedimentale che processuale.

Sarà questa la direttrice dell'analisi, in cui ci si concentrerà nella quarta parte dello scritto con specifico riferimento ai profili processuali, su cui la dottrina[111] ha già segnalato che la crisi ha fortemente inciso nel senso di arretrare i margini di tutela.

L'urgenza, peraltro, non ha qui tanto a che fare con aspetti transeunti, ma con una sedimentazione ormai decennale; essa stabilmente pone in questione le garanzie giurisdizionali.

In questo quadro di tensioni, le questioni processuali restano centrali, in quanto l'ordine pubblico finanziario necessita per essere credibile di un'adeguata protezione giurisdizionale dei soggetti che operano nel mercato, benché il fulcro della tutela si sia ora spostato sulla garanzia della stabilità del sistema stesso, con una problematica riemersione della tendenza del G.A. a sindacare atti e provvedimenti in vista della tutela di interessi pubblici[112].

Nella consapevolezza di tale rischio di arretramento della tutela, è stato effettuato un catalogo[113] delle limitazioni che la nuova disciplina introduce, divise in indirette e dirette.

Come tagli del primo tipo, si fa riferimento al *self restraint* a cui si attengono i Giudici in caso di scrutinio di decisioni fortemente connotate in senso tecnico, agli strumenti giudiziali presenti sia nel Meccanismo di Vigilanza Unico che nel Meccanismo di Risoluzione unico che nell'ABE, all'assenza di garanzie procedimentali prevista dall'art. 63, c. 2, BRRD, al problematico regime di giustiziabilità di atti come raccomandazioni e linee guida, alla difficoltà di individuare il Giudice competente.

---

[110] M. CLARICH, *Profili giuridici della "sicurezza economica" nell'età della crisi*, in *Giur. comm.*, 2012, p. 346.

[111] F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo, crisi finanziaria globale e mercati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, p. 451 ss.

[112] F. FRACCHIA, *Giudice cit.*, p. 470.

[113] A. NIGRO, *Il nuovo ordinamento cit.*, p. 193.

Come limitazioni del secondo tipo, il riferimento è all'art. 85, c. 4, lett. b) BRRD di presunzione relativa di contrarietà all'interesse pubblico di una decisione di sospensione dell'efficacia di un provvedimento dell'autorità di risoluzione ed al potere di richiesta di sospensione da parte dell'autorità di risoluzione al giudice dei procedimenti giurisdizionali, di cui è parte un ente sottoposto a risoluzione *ex* art. 86, c. 3, BRRD.

Va detto che tali limitazioni, da un punto di vista, concettuale possono essere spiegate (ma non giustificate) con il ruolo che gli oggetti giuridici del credito e della moneta hanno assunto nella prevalente impostazione dottrinaria e legislativa; essi non costituiscono più dei mezzi finalizzati alla realizzazione di altri diritti o valori, ma sono divenuti un fine in sé. E' evidente che tale reintepretazione comporta una contestuale e corrispettiva curvatura *in minus* della tutela giurisdizionale.

Diviene, quindi, centale interrogarsi sulla liceità di tale mutazione, uno dei cui caratteri principali è costituito dal ruolo surrogatorio della tutela risarcitoria rispetto a quella ripristinatoria[114].

In verità, su questa linea argomentativa, è stato già affermato che il prevalere dell'accento portato dal diritto europeo alla stabilità dei mercati finanziari rispetto ai diritti nazionali, in cui si tutelano più gli interessi dei singoli come risparmiatori o investitori, sarebbe possibile solo in caso di gravi episodi o rischi alla stabilità del sistema; in questo caso, pertanto, i due ordinamenti non sarebbero componibili secondo la tradizionale logica dei controlimiti, ma secondo una logica di integrazione complementare[115].

Pare evidente che non si possa cancellare la dimensione soggettiva a cui è possibile ricondurre i poteri di vigilanza sul credito di matrice costituzionale e che, quindi, tali interventi del diritto europeo presentino profili particolarmente critici.

i. E' il momento ora di dedicarci ad un elemento problematico per l'immediata limitazione della protezione giuridica. Rispetto alle controparti centrali[116] (escluse dall'ambito di applicabilità della vigilanza comune[117], ma disciplinate dal diritto europeo bancario[118]), c'è da dire che esse sono state introdotte per ridurre l'opacità nel mercato dei derivati: il loro carattere obbligatorio impone che alcuni tipi di contratti siano scambiati per il tramite di compensazione appunto su una controparte centrale, che si interpone tra le controparti di altro tipo e raccoglie e conserva le

[114] Tale elemento è sottolineato da M. PERASSI, *Il sistema dei controlli nell'Unione bancaria: punti di forza e di criticità*, in A.. BROZZETTI (a cura di), *L'ordinamento cit*., p. 37.

[115] Come suggerito da M. PASSALACQUA, *Profili giuridici del governo del rischio*, in A.. BROZZETTI (a cura di), *L'ordinamento cit*., p. 54.

[116] Si tratta di un istituto poco analizzato sia in dottrina che in giurisprudenza; per indicazioni bibliografiche e per i problemi inerenti al suo funzionamento, si rinvia a C. ANGELICI, *Note preliminari sulle operazioni di borsa*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2017, p. 715 ss.

[117] M. DE BELLIS, *Unificazione cit.*, p. 1570.

[118] La definizione di controparte centrale è prevista al numero 1 dell'art. 2 regolamento n. 648/2012.

ISSN 2036-7821

informazioni su tutte le operazioni al fine di aumentare la trasparenza del mercato. Inoltre, la controparte opera nell'interesse di entrambe le parti delle singole operazioni (o forse, meglio, del mercato nella sua interezza) e garantisce il buon fine dell'operazione. Ciò rende più agevole la gestione del rischio, acuito dal fatto che molte delle operazioni curate comportano la presenza di un elemento transnazionale e dalla natura complessa dei prodotti trattati, e favorisce la stabilità finanziaria. Giacché il rischio si sposta tutto sulle controparti centrali, ne diviene vitale una corretta vigilanza. L'autorizzazione ad operare come controparte è rilasciata a livello nazionale al pari dei provvedimenti di risoluzione (che mirano, ove possibile, a garantire la continuità dell'intermediario nelle funzioni essenziali), mentre per la gestione ordinaria è competente l'ESMA, ciò perché in questo caso la vigilanza opera al livello dove si può verificare la perturbazione.

Il soggetto abilitato ad emanare un provvedimento su una controparte centrale è l'Autorità nazionale, in Italia identificata nella Banca d'Italia.

In effetti, con l'art. 22 del d. lgs. 224/2023 (il quale introduce la disciplina di un rito speciale al di fuori del c.p.a.) le decisioni amministrative inerenti alle procedure di risanamento e di risoluzione delle controparti centrali[119] sono state attratte alla giurisdizione esclusiva del G.A. con: a) applicazione del rito speciale *ex* art. 119 c.p.a.; b) competenza funzionale del T.A.R. del Lazio sede di Roma. Per tali controversie non solo viene escluso il ricorso straordinario al Capo dello Stato, ma soprattutto è vietata la possibilità di disporre una consulenza tecnica o una verificazione. Ciò è conseguenza apparente di quanto stabilito a livello europeo, ove si prevede che la valutazione della legittimità del provvedimento in giudizio si fondi "*sulle valutazioni economiche dei fatti effettuate dall'autorità di risoluzione*"[120].

Tale limitazione deve essere sottoposta ad una stretta interpretazione a ragione della sua natura eccezionale e degli effetti fortemente limitativi sulla tutela giurisdizionale e sul giusto processo; inoltre, potrebbe essere sproporzionata rispetto al contenuto del testo del regolamento, che ha a che fare esclusivamente con aspetti economici e non – ad esempio – meramente fattuali sicché essa pare difficilmente spiegabile a livello costituzionale, anche in quanto vi si potrebbe applicare la teoria dei controlimiti a ragione dell'incidenza su una libertà fondamentale. La riduzione dei mezzi istruttori si giustifica con difficoltà anche perché la legislazione europea prevede in caso di illegittimità dell'atto che l'unica tutela erogabile sia quella risarcitoria, con salvezza degli effetti del provvedimento viziato ed ulteriori pregiudizi alla pienezza della tutela, stavolta anche sul fronte non dell'istruttoria ma della satisfattività della protezione[121].

---

[119] Disciplinate dal regolamento n. 23/2021, che mira soprattutto ad una celere attuazione delle misure di risoluzione.

[120] Art. 74 regolamento n. 23/2021.

[121] L'attenzione su questa disposizione è stata richiamata da R. CHIEPPA, *Sulla tendenza del legislatore a limitare la tutela giurisdizionale: una norma speciale limita l'istruttoria nel processo amministrativo*, in

Infine, è possibile che l'Amministrazione resistente – Banca d'Italia – possa chiedere una sospensione impropria del processo "*per un periodo congruo al perseguimento degli obiettivi della risoluzione*".

La limitazione della tutela giurisdizionale renderebbe centrale l'esercizio della partecipazione procedimentale, che pure non è necessaria nell'ottica di protezione obiettiva del valore della stabilità che emerge dal sistema europeo.

Risulta difficilmente giustificabile, quindi, la scelta del legislatore europeo prima e nazionale poi che – nel delineare uno statuto dell'azione amministrativa e del suo scrutinio fortemente derogatorio - causa vuoti di tutela, non recuperabili né nel procedimento né nel processo.

ii. Invece, un secondo elemento caratterizzante la disciplina bancaria europea presenta aspetti di maggior garanzia per il privato e merita di essere oggetto di segnalazione, anche alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza. Il riferimento è ai procedimenti compositi.

In sintesi estrema, questi sono i fatti su cui è intervenuta l'ultima, recente pronuncia del Giudice europeo in materia:

- nell'ottobre 2014 Banca d'Italia aveva emanato un provvedimento, con cui Fininvest S.p.A. era stata onerata di cedere le azioni detenute in Mediolanum S.p.A. nella parte eccedente il 9,99% del capitale dopo la condanna definitiva di Sivio Berlusconi. Da tale sentenza derivava la perdita dei requisiti di onorabilità in capo a quest'ultimo, titolare indiretto della quota, ed il rischio che non potesse essere garantita una sana e prudente gestione alla banca;
- l'ordine di dismissione della quota era stato contestato sia dalla società che dal socio persona fisica;
- con sent. n. 882 del 3 marzo 2016 il Consiglio di Stato, in riforma della statuizione di prime cure, aveva annullato tale provvedimento, in quanto il requisito di onorabilità - contemplato nel TUB rinnovato nel 2015[122] per adeguarlo alla legislazione europea[123] - non aveva portata retroattiva e, pertanto, non si applicava alle partecipazioni già possedute;

---

https://ius.giuffrefl.it/amministrativo, 2024, il quale evidenzia il rischio che l'esclusione di alcuni mezzi istruttori possa essere applicata anche ad altri ambiti processuali.

[122] Il riferimento è all'art. 19, c. 5, Testo Unico Bancario, che nella sua formulazione attuale recita: "*L'autorizzazione è rilasciata dalla BCE, su proposta della Banca d'Italia. La proposta è formulata quando ricorrono condizioni atte a garantire una gestione sana e prudente della banca, valutando la qualità del potenziale acquirente e la solidità finanziaria del progetto di acquisizione in base ai seguenti criteri: la reputazione del potenziale acquirente ai sensi dell'articolo 25; l'onorabilità, la correttezza, la professionalità e competenza, ai sensi dell'articolo 26, comma 3, di coloro che, in esito all'acquisizione, svolgeranno funzioni di amministrazione e direzione nella banca; la solidità finanziaria del potenziale acquirente; la capacità della banca di rispettare a seguito dell'acquisizione le disposizioni che ne regolano l'attività; l'idoneità della struttura del gruppo del potenziale acquirente a consentire l'esercizio efficace della vigilanza; la mancanza di un fondato sospetto che l'acquisizione sia connessa ad operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. L'autorizzazione può essere sospesa o revocata se vengono meno o si modificano i presupposti e le ondizioni per il suo rilascio*".

[123] Ai sensi della direttiva 2007/44/CE.

- Banca Mediolanum aveva nel frattempo acquisito Mediolanum S.p.A., di modo che Fininvest era divenuta direttamente socia di un istituto di credito e non più di una finanziaria;
- dopo tale evento la BCE invitava Fininvest a chiedere l'autorizzazione per il possesso di una partecipazione qualificata in un banca;
- Fininvest non seguiva l'indicazione del regolatore europeo;
- a questo punto, Banca d'Italia aveva ritenuto di avviare d'ufficio il procedimento per l'acquisto di partecipazioni rilevanti ai sensi del reg. 1024/2013 e concluso negativamente l'istruttoria con riferimento ai requisiti di onorabilità previsti nella direttiva 36/2013;
- con provvedimento del 25 ottobre 2016, la BCE aveva formulato un diniego al mantenimento della partecipazione qualificata di Fininvest in Banca Mediolanum per carenza del requisito di onorabilità in capo al socio principale dell'acquirente;
- tale provvedimento è stato contestato innanzi al Tribunale UE, innanzi al TAR Lazio ed innanzi al Consiglio di Stato con azione di ottemperanza;
- il Giudice amministrativo d'appello si era rivolto in quest'ultimo giudizio alla Corte di Giustizia al fine di chiarire chi fosse competente a decidere sugli atti del procedimento autorizzatorio;
- con sent. del 19 dicembre 2019 in C-219/17 il Giudice del Lussemburgo aveva chiarito che questa competenza appartiene solo ai Giudici europei, perché rilevano atti finali delle istituzioni rispetto a cui il contributo delle Amministrazioni nazionale è solo preparatorio;
- il Consiglio di Stato aveva, pertanto, dichiarato non ammissibile il ricorso per ottemperanza con sent. 2890/2019;
- questa decisione era stata oggetto di ricorso per cassazione per rifiuto di giurisdizione;
- la Corte di Cassazione a Sezioni Unite aveva respinto il ricorso, con sent. n. 10355 del 20 aprile 2021, sul presupposto che gli atti oggetto del ricorso di ottemperanza avessero natura esclusivamente preparatoria di un provvedimento finale, sindacabile esclusivamente dai Giudici europei in parallelo alla competenza unica di BCE in materia di vigilanza con pieno recepimento delle indicazioni della Corte di Giustizia;
- in sede europea, il Tribunale con sent. 11 maggio 2022 in causa T-913/16, ripresa dopo la pronunzia della Corte di Giustizia citata nei precedenti alinea, aveva respinto il ricorso presentato contro la decisione di BCE del 2016;
- questa statuizione è stata impugnata innanzi alla Corte di Giustizia Europea, di fronte alla quale con sent. del 19 settembre 2024 in cause riunite C-512/22 e C-513/22 si è conclusa quella che è divenuta una vera e propria saga processuale;

ISSN 2036-7821

- in particolare, è stato evidenziato che non si sarebbe mai dovuta avviare una procedura di autorizzazione, in quanto la partecipazione di Fininvest - diretta o indiretta - è rimasta sempre la medesima quale che ne fosse la struttura giuridica. Essa – come viene definita dall'Avvocato generale nel suo parere – è "*storica*", quindi sottratta al meccanismo autorizzatorio che riguarda solo i nuovi acquisti in questo caso mai avvenuti;
- tale precisazione fattuale fa recedere l'importanza sull'applicazione retroattiva o meno delle disposizioni in tema di onorabilità contenute nella direttiva 36/2013, la quale si applica solo alle acquisizioni successive alla sua entrata in vigore, non verificatesi;
- inoltre, è stato pure ritenuta ammissibile una critica in forza della sentenza della CGUE sopravvenuta alla proposizione al ricorso al Tribunale, con cui erano stati contestati anche gli atti preparatori, originariamente fuori dal fuoco del ricorso in sede unionale, ciò perché la giurisprudenza europea in tema di procedimenti amministrativi compositi era innovativa;
- su tali presupposti, è stato - in riforma della statuizione del Giudice europeo di prime cure - annullato il provvedimento di BCE del 2016.

Prima di affrontare i temi posti direttamente dalla legislazione bancaria, si può ricordare che i procedimenti compositi (cioè caratterizzati da una contitolarità delle funzioni tra plessi amministrativi nazionali ed istituzioni europee)[124] erano già presenti con particolare riferimento alla materia dei fondi strutturali e delle sovvenzioni in agricoltura.

In tali procedimenti, espressione particolarmente avanzata dell'integrazione tra ordinamenti, intevengono sia l'Autorità nazionale che quella europea: risulta centrale identificarne gli apporti rispettivi e l'effetto sul procedimento al fine di individuare il Giudice competente in presenza di più Amministrazioni coinvolte su livelli diversi.

---

[124] Rispetto a tale categoria di procedimenti resta centrale l'inquadramento operato da M. P. CHITI, *I procedimenti composti nel diritto comunitario e nel diritto interno*, in AA. VV., *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, Torino, 1997, p. 55 ss., cui *adde*: G. DELLA CANANEA, M. GNES (a cura di), *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea. Un'indagine. Atti del Convegno di studio*, Torino, 2004; G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea*, in F. BIGNAMI, S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, *Quaderno 1*, Milano, 2004, p. 307 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario. Contributo allo studio della nozione*, Torino, 2006; F. GUARRACINO, *Le "procedure comuni" nel meccanismo di vigilanza unico sugli enti creditizi: profili sostanziali e giurisdizionali*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2014, p. 252 ss.; M. ELIANTONIO, *Judicial review in an Integrated Administration: the Case of "Composite Procedures"*, in *Review of European Administrative Law*, 2014, p. 65 ss.; V. FERRARO, *I procedimenti amministrativi per la vigilanza prudenziale nei confronti delle imprese bancarie "significative". La natura del potere discrezionale esercitato dalle Autorità coinvolte in tali procedimenti e la partecipazione dei soggetti interessati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, p. 1235 ss.; W. GIULIETTI, *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative "composte"*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 327 ss.; M. P. CHITI, *I procedimenti amministrativi composti e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, p. 193 ss.; S. DEL GATTO, *Procedimenti composti e competenza del giudice europeo*, *ibidem*, 2021, p. 493 ss.; F. CHIRICO, *Vigilanza bancaria e procedimenti compositi: problemi di tutela procedimentale e giurisdizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2024, p. 293 ss.

Sostanzialmente – in coerenza con i tradizionali ed i più recenti approdi giurisprudenziali - se l'atto dell'Amministrazione nazionale è vincolante il sindacato spetterà al Giudice statale, se al contrario non ha tale portata l'effetto lesivo sarà esclusivamente del provvedimento della BCE con giurisdizione dei Giudici europei.
Nel caso dell'Unione bancaria, il procedimento è di norma definito a livello centrale, quindi la competenza resta in capo ai Giudici del Lussemburgo.
Rispetto alla particolare tipologia di procedimenti compositi qui in discorso – il rilascio dell'autorizzazione all'acquisto di partecipazione qualificate – è oramai *ius receptum* che la competenza a sindacare il loro esito sia esclusivamente rimessa ai Giudici europei, i quali potranno valutare in via incidentale anche eventuali vizi degli atti preparatori imputabili alle Amministrazioni nazionali, secondo un principio di concentrazione delle tutele[125].
Nell'ambito del diritto bancario, si è registrato un aumento di questa tipologia di procedimenti, con tendenziale riconduzione del loro sindacato ai Tribunali europei e riduzione della discrezionalità in sede procedimentale.
L'art. 15 del regolamento SSM prevede che, in caso di autorizzazione all'acquisto (o alla conservazione) di partecipazioni qualificate, la banca debba notiziare di tanto l'Autorità nazionale, che cura l'istruttoria rispetto alle condizioni previste dal diritto nazionale e da quello UE, notifica alla BCE il deposito della richiesta di autorizzazione, informandola dei termini previsti dal diritto nazionale per la conclusione del procedimento, e trasmette alla medesima istituzione - una volta definita l'istruttoria - una proposta di accoglimento anche alla luce del piano industriale presentato unitamente alla richiesta, in caso di diniego il provvedimento negativo viene emanato dall'Autorità nazionale. Va notato che ai fini dell'autorizzazione assume particolare rilevanza la verifica della solidità patrimoniale dei possibili soci, in quanto sono i primi interlocutori della vigilanza in caso di necessità di un aumento di capitale. BCE decide sulla richiesta con motivazione autonoma in ultima istanza e con atto esclusivamente imputabile a tale istituzione. La logica procedimentale è *bottom up* con integrazione funzionale tra i due segmenti di attività amministrativa[126].
Nell'autorizzazione all'acquisto – a differenza che in quella all'avvio dell'attività - le Autorità nazionali hanno poteri solo istruttori, in quanto anche in caso di esito negativo sulla verifica dei requisiti dell'acquirente non possono concludere il procedimento con un atto a quest'ultimo pregiudizievole, sempre riservato a BCE. Ciò è conseguenza del regime di massima armonizzazione rispetto a condizioni oggetto di disciplina esclusivamente europea[127]. La nozione di partecipazione

[125] C. giust. Ue, 19 dicembre 2019, in causa C-219/17; C. giust. UE, 3 dicembre 2019, in causa C-414/18; Cons. st., sez. VI, sent. 3 maggio 2019, n. 2890; Cass. civ., SS. UU., sent. 20 aprile 2021, n. 1355.
[126] Secondo la proposta di A. MAGLIARI, *Vigilanza cit.*, p. 198.
[127] F. GUARRACINO, *Le procedure cit.*, p. 274.

qualificata va, quindi, interpretata esclusivamente secondo il diritto unionale[128].
La conseguenza è che questo procedimento è sempre costituito da due segmenti, uno preparatorio e non vincolante ed uno volto all'emanazione dell'atto definitivo con la necessità di garantire la partecipazione dell'interessato in entrambe le fasi, di cui la prima è presupposto essenziale della seconda[129]. In tale caso, però, fonte del pregiudizio è solo il provvedimento definitivo di BCE con necessaria competenza del Giudice unionale[130], come statuito dalla CGUE sin dal 2019. Pare il caso di aggiungere che sulla proposta dell'Autorità nazionale non può formarsi un giudicato e che, pertanto, non è possibile che dalla stessa derivino preclusioni rispetto alla decisione di BCE.
In una recente indagine ad ampio raggio sul tema dei procedimenti compositi[131], è stato evidenziato come vi sia particolarmente forte l'interferenza tra aspetti tecnici e politici. La loro combinazione giuridica è influenzata dalle modalità di conduzione del procedimento stesso e dalle circostanze che: 1. nell'attuale contesto la tecnica ha parzialmente scalzato la politica come strumento di guida delle decisioni pubbliche, benché la seconda possa conservare un ruolo di argine alla prima; 2. l'ordinamento europeo privilegia, come base dell'integrazione che propone, aspetti tecnici - anche a ragione della loro natura indeterminata - pure a causa della carenza di una nitida configurazione dei suoi poteri esecutivi, i quali spesso si rifugiano nella normazione tecnica ausiliati da Agenzie o altri soggetti istituzionali *ad hoc*; 3. l'esistenza di moduli procedimentali di composizione tra le esigenze di Amministrazioni europee ed Amministrazioni nazionali esalta il ruolo della tecnica nella soluzione dei casi concreti, in quanto idonea a fornire un indice comune a diversi livelli di governo.
Simili caratteristiche risultano riscontrabili, in particolare, sia nelle decisioni sull'immissione in commercio di OGM che in quelle che riguardano l'Unione bancaria. Nel primo caso, la preminenza della tecnica nella valutazione dei rischi viene però bilanciata dal principio di precauzione, che lascia spazio aperto a mediazioni politiche, le quali possono intervenire nelle diverse fasi del procedimento perché non vi è una rigida separazione tra le due valutazioni, indipendentemente dal livello nazionale o centrale in cui esse intervengano. Nel secondo caso, invece, proprio la pretesa tecnicalità delle decisioni ha costituito la base per il loro accentramento, ottenuto con la primazia di soggetti indipendenti e con l'accentuazione dell'interesse alla stabilità finanziaria. In quest'evenienza, il procedimento e l'esistenza di una forte relazione tra i regolatori sono capaci di far emergere e comporre la dialettica tra interessi tecnici e considerazioni politiche in senso lato (stabilità monetaria/stabilità del sistema; rapporti tra libertà di

[128] Aspetto messa in evidenza da F. ANNUNZIATA, T. DE ARRUDA, *Il caso cit.*, p. 89.
[129] F. GUARRACINO, *Le procedure cit.*, p. 275.
[130] F. GUARRACINO, *Le procedure cit.*, p. 277.
[131] W. GIULIETTI, *op. ult. cit.*, p. 328.

ISSN 2036-7821

stabilimento/stabilità del mercato).
In particolare, tali caratteristiche risultano dalla procedura di non obiezione alle proposte del Comitato di vigilanza, dall'esistenza del Comitato di mediazione, da una fase di istruttoria nazionale. Tutte queste emergenze costituiscono stimoli giuridici per far emergere una prassi comune di vigilanza ed un'armonizzazione piena delle regole del settore in vista di una piena integrazione di mercato.
Più aperta agli influssi della politica è, invece, la parte dell'Unione bancaria che si occupa della risoluzione, per evitare la quale possono essere formulate considerazioni di interesse pubblico da soggetti quali il Consiglio e la Commissione. Queste istituzioni sono assenti nel meccanismo di vigilanza e dovrebbero adottare scelte che esulano dalla mera tecnica, aspetto curato da BCE e dal Comitato Unico di risoluzione.
Da queste articolazioni sfaccettate emerge quale strumento di composizione delle diverse valutazioni la centralità del procedimento, che consiste in uno strumento di legittimazione della tecnica, che *ex se* non è sufficiente a garantire la democraticità dell'ordinamento.
A chi scrive pare che il procedimento, nelle sue diverse scansioni e sottofasi, abbia in questo contesto proprio lo scopo di coordinare i fatti e le valutazioni di volta in volta emersi nei diversi livelli ordinamentali in cui articola il meccanismo e costituisce – più che l'attenzione ai nuovi plessi organizzativi – il corretto modo di studiare le relazioni tra le diverse realtà coinvolte nel meccanismo di vigilanza, che assume pregnanza giuridica proprio attraverso questa fattispecie di produzione di effetti giuridici. Il procedimento si conferma il miglior modo di studiare il diritto amministrativo, in quanto costituisce la dimensione naturale di esercizio del potere, ovunque ciò avvenga.
Altra dottrina[132] ha precisato che l'emersione della stabilità – da bene giuridico che interessava gli intermediari assurto a valore pubblico – quale fine della vigilanza ha fatto sì che una disciplina eminentemente tecnica si colorasse di discrezionalità pura e potesse, in conseguenza di tanto, superare i principi di proporzionalità e sussidiarietà, anche nell'allocazione delle competenze tra le Amministrazioni coinvolte nei diversi ordinamenti.
La conformazione composita del procedimento pone particolari problemi sin dal momento della partecipazione procedimentale, la quale – secondo una condivisibile proposta dottrinaria[133] – deve essere garantita in tutti gli snodi in cui l'attività amministrativa, si articola a precindere dall'effetto vincolante o meno dell'atto conclusivo della fase nazionale sul procedimento che si celebra innanzi alle istituzioni europee o, quantomeno ed in un approccio unitario all'esercizio della funzione, deve dare la possibilità che anche in quest'ultima sede si possano effettuare

[132] V. FERRARO, *I procedimenti cit.*, p. 1258.
[133] A. MAGLIARI, *op. ult. cit.*, pp. 261-270.

considerazioni sull'operato dell'Autorità nazionale.
Proprio la riarticolazione delle competenze tra Autorità nazionale ed europee induce anche ad osservazioni sulla necessità di superare l'impostazione, secondo cui vi sarebbe una rigida separazione tra le rispettive giurisdizioni. L'effettività della tutela deve cioè rendere possibile che i Giudici europei conoscano anche della fase nazionale del procedimento, secondo un'idea di integrazione del sistema di protezione simile a quella che aveva caratterizzato la partecipazione nei procedimenti compositi, disapplicando eventuali regole nazionali che impediscano il sindacato di atti preparatori o (meglio) concentrando in sede europea le contestazioni avverso l'atto finale che incorporerebbe l'operato giuridico delle Amministrazioni statali il cui sindacato sarebbe condotte comunque con riferimento al diritto nazionale[134].
Tale accorgimento è funzionale a garantire un controllo giurisdizionale unico, che si apre in via incidentale all'esame di profili di invalidità degli atti non definitivi delle Amministrazioni nazionali, e dovrebbe rappresentare un punto di approdo per l'intero sistema di tutela (senza essere, cioè, limitato alla vigilanza sulle banche) in materia di procedimenti composti.
L'impossibilità di un sindacato nazionale si profila anche servente ad evitare contrasti tra giudicati[135], senza che la presenza di azioni specifiche in ambito nazionale possa avere effetti su questa *ratio*.
Nella fattispecie dei procedimenti inerenti alle partecipazioni qualificate l'atto interno non potrà mai costituire un arresto procedimentale, a differenza di quanto avviene in caso di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria[136], in cui è possibile per l'Autorità nazionale emanare un provvedimento di diniego. Pertanto, gli atti endoprocedimentali potranno essere sindacati esclusivamente dal Giudice europeo, competente a decidere sulla sorte dell'atto lesivo; tale circostanza accentua la creazione di un unico spazio giuridico, anche in ambito processuale.
L'articolazione del procedimento in due fasi costituisce anche uno strumento di matrice organizzativa, in quanto serve a collegare soggetti di ordinamenti diversi ed a fornire un'intelaiatura ai loro rapporti[137]. In particolare, emerge la natura ausiliaria e collaborativa dei compiti affidati all'Autorità nazionale, che agisce in funzione strumentale della BCE, la quale ha bisogno dell'attività della prima per completare la propria e pervenire alla produzione degli effetti secondo lo schema legale. Ciò

[134] A. MAGLIARI, *op. ult. cit.*, pp. 273-285. La soluzione è stata poi accolta dal Giudice europeo in CGUE, sent. 19 dicembre 2018, in causa C-219/2017.
[135] Aspetto sottolineato con particolare incisività da V. SANTORO, *La partecipazione cit.*, p. 395.
[136] Il criterio dell'arresto procedimentale per l'*actio finium regundorum* tra giurisdizione nazionale ed europea è presentato come "*regola d'ingaggio, pressoché consolidata*" da F. D'ANGELO, *La collaborazione amministrativa nella funzione di vigilanza (bancaria). Profili di giurisdizione e procedimentali (nota a Cass SU 20 aprile 2021, n. 10355)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2022, p. 5.
[137] La prospettiva organizzativa è particolarmente accentuata in F. D'ANGELO, *La collaborazione cit.*, *passim*

benché le due Amministrazioni coinvolte nel procedimento conservino la loro autonomia, che deve appunto essere portata ad unità con il modulo procedimentale. Tale visuale è particolarmente adeguata quando si affronta un fenomeno come l'Unione bancaria, il cui *proprium* è costituire uno schema comune di regolamentazione dei fenomeni economici a livello dell'eurozona; il procedimento composito sarebbe lo strumento con cui si realizza la collaborazione tra più Autorità poste in diversi ordinamenti ma curanti un medesimo interesse, coordinamento necessario per conseguire la *ratio* del sistema di vigilanza.

5. Conclusioni.

In conclusione dello scritto, si effettuano brevissime considerazioni, soprattutto anche sulla scorta delle tematiche processuali oggetto del precedente §.

Se l'Unione bancaria si caratterizza per una cessione di sovranità, è coerente che anche la *potestas iudicandi* si sposti verso il plesso ordinamentale dove la sovranità viene esercitata.

Quindi, la concentrazione delle tutele nei procedimenti compositi innanzi al Giudice europeo risulta giustificabile proprio in relazione al nuovo livello di esercizio della funzione.

Ciò che non è coerente e non può essere giustificato con un accentramento delle potestà amministrative nell'ordinamento UE è un'eventuale modificazione dell'ampiezza della tutela, in quanto tale aspetto nulla a che fare con il luogo di esercizio della funzione.

Tuttavia, allo stato questo difetto (che caratterizza il rito processuale ed il procedimento in tema di provvedimenti di risoluzione sulle controparti centrali) potrà essere superato solo con una riforma, che non pare però ipotizzabile a breve, o con un intervento del Giudice delle leggi.

Mentre la seconda soluzione pare possibile ma non è stata ad oggi percorsa, la seconda è assai ardua anche solo da ipotizzare.

Da un lato, il nuovo sistema di vigilanza comune funziona, dall'altro risoluzione e garanzia dei depositi comuni sono obiettivi troppo ambiziosi in assenza di un bilancio europeo.

La loro realizzazione pare dunque distante dalle preoccupazioni degli attuali decisori politici, presumibilmente restii a modificare le regole in tema di controlli sul credito.

Di conseguenza, l'unica prospettiva concreta resta l'analisi *de iure condito*.

Quindi, non ci resta che concludere con l'affermazione che nell'attuale quadro normativo risulta assai complesso affermare un adeguato livello di garanzie in tema di Unione Bancaria.

O meglio, se esso esiste, lo è esclusivamente nel campo della vigilanza, grazie allo strumento costituito dal procedimento composito di cui si sono elencate sopra le peculiarità e gli effetti in tema di giurisdizione e di tutela degli amministrati.

ISSN 2036-7821

Una conclusione di analogo tenore è molto più difficile rispetto alla risoluzione unica, in cui si assiste - a ragione dell'elevata politicità delle scelte - ad una iperprotezione delle decisioni.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Dati e trasformazione digitale dell'istruttoria processuale

di **Adriana Ciafardoni**

(Assegnista di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara)

Sommario

1. L'istruttoria nel processo amministrativo. – 2. La digitalizzazione nell'istruttoria processuale. – 3. La digitalizzazione dell'istruttoria processuale. – 4. Considerazioni conclusive.

Abstract

This paper aims to analyze the changes in the administrative judge's investigative powers in light of the progressive digital transformation of public administration. Starting from the centrality of the preliminary investigation as a place to rebalance information asymmetries between the parties, the paper examines the impact of the digitalization of evidence in the trial, with regard, on the one hand, to the introduction and evaluation of data as evidence and, on the other, to the possibility of using artificial intelligence in the preliminary investigation phase.

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

1. L'istruttoria nel processo amministrativo.

L'istruttoria processuale, pur non essendo formalizzata nel codice del processo amministrativo come fase autonoma, rappresenta il momento decisivo dell'accertamento della verità, in quanto spazio in cui si formano le prove. Essa, in un sistema di fatto dominato dal principio dispositivo[1], è caratterizzata dalla centralità della figura del giudice[2]. La legittimazione di un intervento istruttorio officioso[3] si è, di fatto, consolidata come risposta all'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale e alla realizzazione del giusto processo[4]. Nel processo amministrativo, infatti, il giudice non opera quale spettatore neutrale, ma come garante dell'effettività del contraddittorio e, in tal modo, della giustizia della decisione del caso concreto, in una tensione tra terzietà e garanzia della ricerca della verità[5].

---

[1] Cfr. V. DOMENICHELLI, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 26 ss.

[2] M. NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Il Foro it.*, 1967, 2, 9 ss. In generale, sui poteri istruttori del giudice amministrativo, cfr. F. CAMMEO, *Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1916, III, 104 ss.; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006, 72 ss.; ID., (voce) *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 204 ss.; G. DE LISE, *La prova nelle procedure delle giurisdizioni amministrative*, in *Cons. Stato*, 1974, II, 954 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 7 ss.; G. ABBAMONTE, *La prova nel processo amministrativo*, in *Riv. amm. rep. it.*, 1985, 679 ss.; E. PICOZZA, (voce) *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, 492 ss.; L. ACQUARONE, *Il sistema probatorio*, in AA.VV., *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, Atti del XXXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna, 19-21 settembre 1985), Milano, 1988, 147 ss.; ID., *Riflessioni e proposte in tema di riforma del sistema probatorio*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 155 ss.; R. LASCHENA, *Profili costituzionali dell'istruzione nel processo amministrativo*, in AA.VV., *Studi per il centenario della IV Sezione*, Roma, 1989, 769 ss.; ID., *L'istruzione nel processo amministrativo: profili generali*, in AA.VV., *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, 1809 ss.; L. MIGLIORINI, *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990; C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994, 143; ID., *I poteri istruttori del giudice amministrativo*, in *Ius pubblicum*, maggio 2017; ID., (voce) *Istruttoria processuale* (dir. amm.), AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, 3297 ss.; L. BAGAROTTO, *Posizioni giuridiche soggettive e mezzi di prova nei giudizi amministrativi*, in *Cons. Stato*, 1999, II, 293 ss.; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 185.

[3] L. MIGLIORINI, *Istruzione del processo amministrativo*, cit., definisce l'istruzione probatoria come «l'attività svolta dalle parti e dal giudice per la conoscenza dei fatti, finalizzata a rendere possibile una pronuncia definitiva sulla base della conoscenza della realtà su cui si fondano le affermazioni delle parti».

[4] V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, 179, secondo cui «giusto processo significa anche un processo proporzionato ed adeguato».

[5] Al giudice, in particolare, spetta «il potere di disporre l'ammissione delle prove richieste dalle parti», quello di «valutare le prove acquisite ai fini del giudizio», nonché «il potere di disporre il completamento dell'istruttoria»: così, L. GIANI, *La fase istruttoria*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, IX ed., Torino, 2023, 419. Invero, la centralità istruttoria del giudice è sembrata «contrastare [...] con i principi dello Stato liberale, il quale comporta che il giudice non si faccia parte»: in questi termini, A. CARIOLA, *Il giudice amministrativo e la prova: una provocazione a tesi su processo e politica*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 23. Tuttavia, il giudice seppur non indifferente all'effettività del contraddittorio, resta terzo, limitandosi ad assicurare le condizioni necessarie a che la decisione sia giusta. Sottolinea F. BENVENUTI, *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 205: «sono dunque le parti e non il giudice che possono compiere l'introduzione nel processo dei fatti della realtà esterna occorrenti per mettere il giudice in grado di verificare la esattezza delle loro affermazioni, siano essi i fatti (principali) che formano oggetto della prova che si vuol dare, siano essi quegli altri fatti (secondari) destinati a fornire, per via di indizio, la prova dei fatti principali. Resta, pertanto, escluso che l'introduzione dei fatti nel

ISSN 2036-7821

Del resto, il codice non ha individuato un punto di equilibrio prestabilito tra attività delle parti e poteri istruttori del giudice[6] e, più che definire l'onere probatorio in capo alle prime, ha indicato i confini dell'intervento del secondo che, in questo modo, assume un carattere residuale, attivandosi solo quando le parti non sono nella condizione di assolvere autonomamente all'onere della prova[7]. Infatti, l'art. 64 c.p.a. limita l'onere probatorio a quanto nella «disponibilità» delle parti, prevedendo, al contempo, la possibilità per il giudice di acquisire informazioni e documenti nella disponibilità dell'amministrazione. Allo stesso tempo, dal tenore letterale delle norme, sembra che l'intervento del giudice sia strutturato in termini di possibilità («può chiedere…», «può ordinare…», «può disporre…»), evidenziando il carattere discrezionale del potere attribuito[8]. Tuttavia, la discrezionalità istruttoria del giudice amministrativo non va intesa in termini di arbitrarietà: essa è funzionale alla ricerca della verità e deve essere letta alla luce degli artt. 111 Cost., 2 c.p.a. e 6 CEDU[9]. Tale soluzione, che storicamente si giustifica in ragione dell'asimmetria che caratterizza le parti nel processo amministrativo, è ancor più accentuata dal progressivo espandersi della digitalizzazione dell'apparato pubblico[10]. Sono, infatti, i documenti (anche digitali) formatisi nel corso dell'istruttoria procedimentale a essere la principale base probatoria[11]. Peraltro, in un sistema sempre più informatizzato il concetto di "disponibilità" della prova non può coincidere (solo) con la mera disponibilità materiale del dato, ma richiede la concreta capacità di comprenderlo. D'altro canto, la digitalizzazione non incide soltanto sul contenuto della prova, ma investe anche le modalità con cui l'istruttoria viene condotta.

2. La digitalizzazione nell'istruttoria processuale.

processo possa avvenire ad opera del giudice, come è nel sistema inquisitorio». Cfr., altresì, L. R. PERFETTI, *Prova (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2008, 934. M. TRIMARCHI, *Il giudizio di primo grado*, in M.P. VIPIANA, V. FANTI, M. TRIMARCHI, *Giustizia amministrativa*, II, Torino, 2024, 317.

[6] Difficilmente tale bilanciamento può trovare esplicitazione in una norma, sulla questione cfr. P. CHIRULLI, *L'istruttoria*, cit., 537-538.

[7] P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1, 110.

[8] L'unica eccezione è data dal comma 3 dell'art. 65 c.p.a. che configura come vincolante («ordina…») il potere del giudice di chiedere all'amministrazione «l'esibizione del provvedimento impugnato e degli altri atti ai sensi dell'articolo 46», qualora non siano stati depositati. In questi termini, L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 429, dove si sottolinea che, salvo la disposizione di cui all'art. 65, comma 3, c.p.a., «quanto ai confini entro cui il giudice può esplicare il potere acquisitivo, va rilevato in primo luogo che, all'interno del Codice, nulla è detto in generale sulla tipologia, né sulla doverosità dello stesso».

[9] Sulla natura dell'attività istruttoria del giudice mi sia consentito il rimando ad A. CIAFARDONI, *La natura dell'attività istruttoria del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2025, 2, 661 ss.

[10] Osserva V. FANTI, *Intelligenza artificiale e diritto amministrativo: prospettive, limiti, pericoli*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 4, 1001 come si sia «passati dall'adozione della decisione amministrativa con il supporto e l'utilizzo di un algoritmo esaustivamente definito dal programmatore, in modo predeterminato e prevedibile, alla completa automatizzazione della decisione amministrativa, basata su algoritmi complessi».

[11] M. TRIMARCHI, *Il giudizio di primo grado*, cit., 315.

Un primo aspetto da considerare riguarda il (possibile) ricorso ai dati, risultato e motore della digitalizzazione e, in particolare, al loro possibile impiego come elementi di prova su cui il giudice possa fondare il proprio libero convincimento. In realtà, da tempo nel processo amministrativo i dati hanno trovato un progressivo riconoscimento. Il crescente numero di fonti elaborate su base digitale ha favorito lo svilupparsi di una nuova idea di prova come risultato di un'estrazione, ossia come *output* di un sistema informativo attraverso cui ottenere una rappresentazione digitale che permette di conoscere un fatto: prove documentali, sempre, ancorché contenute in fonti non tradizionali quali documenti cartacei o a stampa.

Peraltro, i dati cui si è stata attribuita rilevanza sono sia di proprietà pubblica sia soggetti a licenze private. Nel primo senso è emblematico il noto caso delle concessioni balneari ove il Consiglio di Stato[12], per stabilire la scarsità del litorale, ha utilizzato i dati forniti dal sistema informativo del demanio marittimo del Ministero delle Infrastrutture[13].

Parimenti il giudice amministrativo si è trovato a utilizzare dati e informazioni con licenze private, il cui impiego nel processo potrebbe giustificarsi in ragione della tempestività con cui è possibile ottenere informazioni e notizie. Il riferimento è, tra gli altri, ai *software* con funzioni di geolocalizzazione, come Google Earth, Google Maps o Google Street View[14]. Spesso la giurisprudenza in materia edilizia ne ha fatto uso al fine di attestare lo stato dei luoghi: le risultanze probatorie di Google Earth sono state definite «prove documentali che rappresentano fatti, persone o cose»[15].

Ulteriori applicazioni riguardano i dati estrapolati da piattaforme di *e-procurement*, per accertarne il malfunzionamento, i tempi di invio o l'integrità dei plichi di gara, ciò ancor di più con la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti cui tende il d.lgs. n. 36/2023[16]. Infatti, l'art. 25 sancisce l'obbligo per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti di utilizzare le piattaforme di approvvigionamento digitale «per svolgere le procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici» e di assicurare «la partecipazione alla gara anche in caso di comprovato

[12] Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18.

[13] Nella sentenza, al fine di dimostrare la scarsità del litorale, si evidenzia che «i dati forniti dal sistema informativo del demanio marittimo (SID) del Ministero delle Infrastrutture rivelano che in Italia quasi il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti balneari, con picchi che in alcune Regioni (come Liguria, Emilia-Romagna e Campania) arrivano quasi al 70%». In dottrina, sul ricorso ai dati nella giurisprudenza, cfr. F. FOLLIERI, Open data *e istruttoria nel processo amministrativo*, in C. BUSSOLI, A. GARZONI, R. MARTINO, F. VERGINE (a cura di), *Scritti in Memoria di Felice Gnagnarella*, Milano, 176 ss.

[14] G.G. COUSENZA, *La rilevanza probatoria delle nuove tecnologie nel processo amministrativo. Una rassegna*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 2, 426 ss.

[15] Cons. Stato, Sez. II, 3 giugno 2024, n. 4973.

[16] Cfr. Tar Sardegna, Cagliari, Sez. I, 8 aprile 2021, n. 246, riconosce l'intangibilità del contenuto delle offerte e l'incorruttibilità dei documenti contenuti. T.A.R. Reggio Calabria, Sez. I, 5 giugno 2023, n. 480, considera la consegna in piattaforma come momento di presentazione dell'offerta, considerando illegittima l'esclusione operata dalla commissione nei confronti dei soggetti che non avessero predisposto un ulteriore messaggio tramite PEC per confermare l'invio tramite piattaforma.

malfunzionamento, pur se temporaneo, delle piattaforme, anche eventualmente disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del malfunzionamento»[17].

Il giudice amministrativo, dunque, ammette i dati nel processo, ritenendoli idonei elementi di prova[18]. Ciò solleva, però, due quesiti: da una parte, la rilevanza probatoria di tali dati e, dall'altra, le modalità con cui introdurli nel processo.

Con riferimento al primo profilo, occorre interrogarsi sui criteri idonei a determinare la rilevanza probatoria del dato, potendosi individuare elementi in grado di garantire maggiore o minore attendibilità, anzitutto legati alla fonte. La questione, peraltro, non coincide (necessariamente) con la dicotomia pubblico/privato. Basti pensare che Google Maps è stato utilizzato per individuare la data di realizzazione di un fabbricato e la documentazione fotografica estrapolata dal software è stata definita inconfutabile[19]. Rilevano, infatti, le qualità della piattaforma o del *software* generativo del dato, come, ad esempio, l'impossibilità di modificare o influenzare il dato o la presenza o meno di prove sul malfunzionamento degli strumenti digitali[20]. Tutti elementi, comunque, rimessi al libero apprezzamento del giudice.

Particolarmente delicata è la questione relativa al soggetto abilitato a introdurre il dato nel processo[21]. Del resto, la prova si muove in un terreno condiviso tra parti e giudice, al fine di perseguire non solo la legalità formale del processo, ma anche la verità sostanziale dei fatti[22]. La sussistenza dell'onere della prova in capo alle parti anche nel processo amministrativo fa sì che laddove siano queste a introdurre i dati, non sorgano particolari difficoltà. Tuttavia, l'onere è limitato a quanto nella loro «disponibilità» (art. 64, comma 1). Ne deriva, quindi, un onere di allegazione alleggerito, affiancato dal potere del giudice di acquisire le informazioni e i documenti che siano nella disponibilità dell'amministrazione (art. 64, comma 3) e non del ricorrente. In particolare, il codice del processo amministrativo stabilisce la possibilità per il giudice di chiedere alle parti chiarimenti e documenti (art. 63,

[17] In dottrina cfr., *ex multis*, D. GAMBETTA, *Digitalizzazione (artt. 19-36)*, in V. FANTI (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Napoli, 2023, 93 ss.; A. LARICCIA, *Art. 25*, in S. CIMINI, A. GIORDANO (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2025, 240 ss.

[18] G.G. COUSENZA, *La rilevanza probatoria delle nuove tecnologie nel processo amministrativo. Una rassegna*, cit., 430.

[19] Cons. Stato, Sez. VI, 19 novembre 2021, n. 7748.

[20] "I rilevamenti fotografici tratti da Google Earth, pur non assicurando di per sé soli con certezza la data del rilevamento, assumono tuttavia un valore quantomeno indiziario", in questi termini T.A.R. Cagliari, Sez. I, 8 ottobre 2019, n. 779.

[21] Il problema è sollevato da F. FOLLIERI, Open data *e istruttoria nel processo amministrativo*, cit., 183.

[22] Si legge in Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2023, n. 5786, che «fermo restando l'onere della prova a carico delle parti, il giudice può chiedere alle stesse anche d'ufficio chiarimenti o documenti. Tale strumento di acquisizione, nel suo concreto atteggiarsi, non determina alcuna violazione delle prerogative processuali delle parti, ovvero una compressione del principio della "parità delle armi" poiché è conforme al principio dispositivo temperato con metodo acquisitivo che connota il processo amministrativo». Nello stesso senso anche, Cons. Stato, Sez. II, 17 febbraio 2023, n. 1688; Cons. Stato, Sez. IV, 4 gennaio 2018, n. 36.

ISSN 2036-7821

comma 1, c.p.a.), nonché di ordinare, anche a terzi, l'esibizione di documenti o di quant'altro ritenga necessario (art. 63, comma 2, c.p.a.). Ed ancora, è previsto che il giudice possa disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini della decisione che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione (art. 64, comma 3, c.p.a.). Infine, ove l'amministrazione non provveda al deposito del provvedimento impugnato e degli altri atti ai sensi dell'art. 46 c.p.a., il presidente o un magistrato da lui delegato ovvero il collegio ordina l'esibizione degli atti e dei documenti nel termine e nei modi opportuni (art. 65, comma 3, c.p.a.). Il processo amministrativo è, infatti, caratterizzato dalla sussistenza di un modello misto in cui convivono il potere dispositivo delle parti e quello ufficioso del giudice. Il valore sociale legato alla necessità, alla base del processo amministrativo, di valutare la legittimità di una decisione pubblica comporta che la determinazione della realtà processuale non possa essere demandata esclusivamente alle parti, giustificandosi, così, l'attribuzione al giudice del potere di ricercare fatti su cui fondare la propria decisione.

Il quadro che ne viene fuori solleva alcune perplessità in merito alla possibilità del giudice di ricorrere ai poteri ufficiosi per la raccolta di dati. Di conseguenza, almeno *prima facie*, l'intervento del giudice non sarebbe ammissibile almeno per gli *open data*, cioè per quei dati che, per definizione, sono disponibili a tutti, mentre si potrebbe ammettere l'ordine di esibizione per i soli dati nella disponibilità di una delle parti (si pensi ai dati di una piattaforma di *e-procurement*)[23]. Tuttavia, *re melius perpensa*, il concetto di *open data* più che riferirsi a tipologie specifiche di dati, indica un regime di accessibilità, il che potrebbe richiedere una rilettura del concetto di disponibilità. Dunque, non è tanto la classificazione dei dati in "aperti" a essere dirimente, quanto la nozione processuale di disponibilità in senso sostanziale. Infatti, se la disponibilità andasse intesa in senso meramente materiale (come mero possesso del dato reperibile in rete) si dovrebbe concludere che l'*open data*, essendo accessibile, ricadrebbe sempre nell'onere della prova in capo alle parti. Tuttavia, il concetto di disponibilità risulta essere ancora più stringente rispetto alla mera possibilità di reperire un dato: esso non si limita, infatti, a un solo giudizio di "possesso", ma circoscrive tale obbligo a quanto effettivamente la parte sia in grado di introdurre nel giudizio e, quindi, di comprendere. Per questo, il concetto di disponibilità implica un ulteriore accertamento sull'accessibilità alla prova che tenga conto del caso concreto. Detto altrimenti, risulta necessario non solo che il ricorrente abbia accesso alla documentazione e che tale accesso sia praticabile con i tempi del rito, ma che il dato, alla luce dell'evoluzione tecnologica, possa essere "compreso"[24].

[23] Cfr. F. FOLLIERI, Open data *e istruttoria nel processo amministrativo*, cit., 183-184.

[24] L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 439, segnala come, qualora l'esito di tale accertamento sia negativo, la valutazione condotta non venga manifestata espressamente, il che costituisce sicuramente un pregiudizio per il ricorrente che non viene messo nelle condizioni di sapere le ragioni della decisione, in evidente contrasto con il

Così inteso, il concetto di disponibilità non si sovrapporrebbe alla mera accessibilità. Il dato, infatti, seppur aperto potrebbe non essere nella reale disponibilità della parte, perché potrebbe necessitare di chiarimenti su provenienza e completezza sul periodo cui si riferisce o, ancora, su possibili aggiornamenti intervenuti tali da rendere incerta la riferibilità al momento di interesse. Per questo, anche in tali circostanze l'intervento del giudice potrebbe rendersi necessario non per accedere al dato, ma per renderlo un elemento probatorio effettivamente rilevante. È, infatti, in questa zona grigia tra disponibilità del dato e sua concreta accessibilità che si innesca il compito del giudice, quale strumento funzionale alla garanzia dell'effettività della tutela.

Più lineare è il caso in cui il dato sia nella disponibilità dell'amministrazione (o di soggetti che operano per essa), come potrebbe accadere per le piattaforme di *e-procurement*. In questa ipotesi l'asimmetria è sia conoscitiva che strutturale. La parte privata non dispone degli elementi necessari per dimostrare il malfunzionamento, i tempi di invio o verificare l'integrità dei plichi se non attraverso quei dati nella disponibilità della controparte. In questa ipotesi il ricorso ai poteri officiosi appare non solo pienamente coerente con il sistema istruttorio previsto dal codice del processo amministrativo, ma addirittura doveroso. Qualora il ricorrente non abbia disponibilità di quanto necessario è sufficiente, per lo stesso, assolvere a un principio di prova, nel senso che potrà limitarsi a prospettare al giudice una ricostruzione attendibile dei fatti sotto il profilo giuridico e fattuale[25].

Al contrario, sull'amministrazione non graverà solamente il compito di semplice resistente, ma di soggetto titolare di obblighi collaborativi specifici, la cui condotta incide non solo sull'onere della prova, ma anche sull'equità del processo. L'amministrazione finisce, così, per racchiudere in sé una doppia natura: quella di parte, al pari del privato, e quella «di soggetto esterno al processo e titolare di sue specifiche competenze esercitabili esclusivamente per il raggiungimento del pubblico interesse»[26].

In tale contesto, emerge la figura del giudice amministrativo quale arbitro non neutrale, ma imparziale: un soggetto che, pur terzo, non è indifferente alle logiche di potere tra le parti; garante del contraddittorio, ma non estraneo all'accertamento della verità.

3. La digitalizzazione dell'istruttoria processuale.

D'altronde il progressivo espandersi della tecnologia rende necessario interrogarsi

---

principio di collaborazione previsto dall'art. 2, comma 2, c.p.a. Nello stesso senso anche F.G. SCOCA, *Artt. 63 e 64*, cit., 539.

[25] L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 426 ss.; C. SILVANO, *Il principio dispositivo con metodo acquisitivo alla luce del principio di trasparenza e del processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione: un'analisi critica*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, 2, 381-382.

[26] C.E. GALLO, *Giudizio amministrativo*, in *Digesto, Disc. Pubbl.*, 1991.

ISSN 2036-7821

sul possibile ricorso agli strumenti digitali, non solo come mezzo o oggetto di prova, ma anche (e soprattutto) come strumento di ausilio alla ricerca e alla valutazione della prova[27]. L'uso di strumenti di intelligenza artificiale prima nel procedimento e poi nel processo amministrativo apre inevitabilmente nuovi scenari[28].

Anche i più recenti interventi legislativi pongono al centro la questione. Il Regolamento (UE) 2024/1689 (c.d. *AI act*)[29] inserisce tra i sistemi ad alto rischio l'uso dell'intelligenza artificiale nell'amministrazione della giustizia «per via del loro impatto potenzialmente significativo sulla democrazia, sullo Stato di diritto, sulle libertà individuali e sul diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale»[30]. Proprio per questo, dal punto di vista del destinatario della decisione, il richiamato Regolamento prevede il diritto di interloquire con una persona professionalmente attrezzata e dotata per legge del potere di intervenire sul sistema per impedirne esiti illegittimi[31]. Del resto, il Regolamento impone una vera e propria *human oversight*[32]: i sistemi ad alto rischio devono essere progettati e utilizzati prevedendo ruoli e procedure di supervisione, formazione del personale, possibilità per l'operatore umano di sospendere o ignorare l'esito del sistema e tracciamento delle valutazioni e degli interventi effettuati.

Non diversamente, la legge n. 132 del 2025, recante disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale, prevede la riserva in favore del giudice sulla «decisione sull'interpretazione e sull'applicazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sull'adozione dei provvedimenti» (art. 15). Pur al netto delle perplessità che potrebbe sollevare l'introduzione di una normativa nazionale su una questione già disciplinata a livello comunitario, emerge una chiara direttrice antropocentrica: l'intelligenza artificiale resta strumento e non decisore; le scelte

[27] Cfr. G. TITTA, *Lo strumento digitale nell'istruttoria procedimentale e processuale*, in *Il Processo*, 2025, 2, 701 ss. De resto, in generale la dottrina e la giurisprudenza si stanno interrogando sulla possibilità di continuare ad applicare regole e principi sinora validi nel nostro ordinamento o se, piuttosto, si renda necessario un ripensamento. Cfr. G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e buone forme di intelligibilità*, Napoli, 2019; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, 305 ss.; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, 2, 199 ss.; A. DI MARTINO, *L'amministrazione per algoritmi ed i pericoli del cambiamento in atto*, in Il diritto dell'economia, 2020, 3, 599 ss.; F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. pubb.*, 2019, 1, 357 ss.; L. TORCHIA, *Lo Stato digitale e il diritto amministrativo*, in Liber amicorum *per Marco D'Alberti*, Torino, 2022, 487. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881; Cons. Stato, Sez. III, 28 dicembre 2020, n. 8435; Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891 e su tale evoluzione, in dottrina, L. CARBONE, *L'algoritmo e il suo giudice*, in J.B. AUBY, G. DE MINICO, G. ORSONI (a cura di), *L'amministrazione digitale*, cit., 111 ss.

[28] R. DAGOSTINO, *I mezzi di prova*, in L.R. PERFETTI, G. PESCE (a cura di), *L'istruzione nel processo amministrativo*, Milano, 2024, 282 ss.

[29] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio.

[30] Considerando 61. In dottrina cfr. R. DAGOSTINO, *I mezzi di prova*, cit., 284.

[31] Art. 14, par. 4, lett. d) ed e).

[32] Sulla questione mi sia consentito il rimando ad A. CIAFARDONI, *L'algoritmo nella costruzione del potere amministrativo, tra opportunità e questioni ancora aperte*, in *Questa rivista*, 2025, 3, 1248 ss.

ISSN 2036-7821

automatizzate devono essere presidiate da un controllo umano effettivo e qualificato, affiancato da obblighi di trasparenza e tracciabilità.

In questo senso, un possibile profilo di indagine concerne l'ammissibilità dell'impiego dell'intelligenza artificiale nel processo[33], con particolare riguardo alla fase istruttoria e all'attività ausiliaria del giudice[34]. Infatti, l'attività finalizzata a ricostruire il fatto rappresenta sicuramente un terreno sensibile a tali innesti, proprio perché l'ordinamento ammette da tempo forme di ausilio tecnico: dalla richiesta di chiarimenti e documenti, alla verificazione, finanche alla consulenza tecnica d'ufficio. In tal senso, si potrebbe immaginare il ricorso all'IA come strumento integrativo di valutazione dei fatti in causa o come ausilio tecnico di cui il giudice può avvalersi, come si avvale della verificazione o della consulenza tecnica d'ufficio[35], configurandosi un parere non vincolante fornito dal sistema informatico[36]. Si avrebbe, così, non uno strumento sostitutivo della funzione giurisdizionale, che resta per espressa previsione normativa decisione umana, ma un supporto all'accertamento dei dati rilevanti, analogo (da un punto di vista funzionale, non già ontologico) a un giudizio tecnico non vincolante. La differenza, tuttavia, è di tutta evidenza: CTU e verificazione implicano una responsabilità personale, un contraddittorio strutturato e la sussistenza di un regime di incompatibilità e ricusazione. È chiaro che in tale prospettiva l'IA finisca per introdurre rischi specifici che impongono presidi e garanzie ulteriori, non riconducibili ai modelli tradizionali[37].

Una prima questione attiene all'opacità dell'algoritmo, cioè l'impossibilità di comprendere il processo decisionale della macchina. Sia perché essa opera come una "scatola nera": i sistemi di *machine learning* nelle varie declinazioni, dal *deep learning* alle reti neurali, sono caratterizzati dalla capacità del sistema di apprendere dai dati attraverso un processo che non può essere stabilito a monte. Sia perché i principali e più sviluppati sistemi che utilizzano l'intelligenza artificiale sono di proprietà di imprese private che non hanno interesse a rendere disponibile il codice sorgente al

[33] *Ex multis*, G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Milano, 2023, *passim*; A. PAJNO, *Intelligenza artificiale e sistema di tutela giurisdizionale*, in *Astrid Rassegna*, 2020, n. 3; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 2020, 1; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *Giustizia Amministrativa*, 2018.

[34] L'uso dell'intelligenza artificiale nell'istruttoria complica inevitabilmente il quadro relativo all'accertamento del fatto posto a fondamento dell'esercizio del potere, in quanto l'uso di strumenti informatici e dell'intelligenza artificiale nel processo apre nuovi scenari sul difficile rapporto tra umanità e automazione. R. DAGOSTINO, *I mezzi di prova*, cit., 282.

[35] F. FRATINI, *Intelligenza artificiale e consulenza tecnica nel processo civile*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 20 febbraio 2024, 1209.

[36] M. FRANCAGLIA, *IA e funzioni giurisdizionali: alcune questioni preliminari alla luce del quadro costituzionale*, in *Riv. it. di informatica e diritto*, 2025, 1, 11 ss.

[37] In generale, sui fattori di rischio legati al ricorso all'IA nella fase istruttoria, cfr. R. DAGOSTINO, *I mezzi di prova*, cit., 285, nonché N. DURANTE, *Brevi considerazioni in tema di amministrazione algoritmica e di giustizia predittiva*, in *Giustizia Amministrativa*, 2024.

ISSN 2036-7821

fine di tutelare i diritti di proprietà intellettuale sullo stesso.
Questa oscurità dell'algoritmo comporta, peraltro, l'impossibilità di instaurare il contraddittorio nel corso della formazione dell'elaborato del "perito artificiale". Infatti, se l'algoritmo operasse come consulente, per ammettere l'esito dell'attività della macchina si dovrebbe assicurare il contraddittorio non solo sull'atto finale, ma anche durante tutte le operazioni prodromiche alla stesura della relazione tecnica, così come in generale avviene nel caso di ricorso a CTU[38]. Ciò, tuttavia, proprio in ragione dell'opacità dell'algoritmo, risulta difficilmente praticabile rispetto al processo di formazione della "relazione" del sistema informatico, anche qualora si introducessero obblighi di spiegabilità del dato digitale.
Ci sarebbe, poi, un problema di attendibilità delle risultanze che, a sua volta, da una parte, è connesso al c.d. *automation bias*, cioè la tendenza a non confutare le risultanze di una macchina e, dall'altra, all'obbligo di motivazione delle decisioni: il giudice non potrebbe limitarsi a richiamare le risultanze dell'algoritmo, ma al contempo si troverebbe nella complessa situazione di dover argomentare una relazione informatica di cui è oscuro il processo di formazione[39].
Da ciò discendono conseguenze sistematiche che rendono l'argomento più rilevante della sola promessa di riduzione dei tempi della giustizia[40]. I possibili rischi del ricorso all'IA nella fase istruttoria si manifestano in tutta la loro significatività. L'effetto acceleratorio diventa così un beneficio possibile (sempre se necessario, almeno per il processo amministrativo), ma condizionato. Il risultato, cioè, di un corretto innesto dell'IA nell'istruttoria come ausilio non vincolante governato da regole di controllabilità, contestabilità e responsabilità[41].
Infatti, qualora si dovesse ammettere l'uso dell'IA nel processo, sarebbe necessaria una disciplina di dettaglio che offra adeguate garanzie, prevedendo i casi in cui è ammissibile, i limiti di tale ammissibilità, le possibilità per le parti di chiedere un'attività integralmente umana, conoscenza del processo decisionale della macchina, modalità di svolgimento del contraddittorio e così via.
Tra l'altro, il processo è considerato dall'*AI Act* attività ad alto rischio, quindi i sistemi basati sul ricorso all'intelligenza artificiale dovrebbero, inoltre, essere progettati e utilizzati prevedendo ruoli e procedure di supervisione, formazione del

[38] F. FRATINI, *Intelligenza artificiale e consulenza tecnica nel processo civile*, cit., 1210.
[39] G. TERRACCIANO, *I.I.A. (intelligenza artificiale amministrativa) e sindacato giurisdizionale*, in *Amministrativ@mente*, 2022, 2. L'A. sottolinea «il rischio che il decisore umano finisca per appiattirsi al calcolo matematico, per quanto complesso e sofisticato, dando credito alla predizione e con ciò favorendo la realizzazione dell'evento supposto».
[40] Sull'impatto dell'IA nel processo in termini di riduzione dei tempi della giustizia, cfr. M. FRANCAGLIA, *IA e funzioni giurisdizionali: alcune questioni preliminari alla luce del quadro costituzionale*, cit., 11-12.
[41] V. FANTI, *Intelligenza artificiale e diritto amministrativo: prospettive, limiti, pericoli*, cit., 1007 sottolinea, peraltro, la necessità «di trovare un equilibrio non solo tra cultura umanistica e tecnologia, ma anche tra quest'ultima e le esigenze sociali ed ecologiche». In generale, *ex plurimis*, cfr. E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo* and artificial intelligence, in *Giur. it.*, 7, 2019, 1761-1771; D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3, 2019.

personale, possibilità per l'operatore umano di sospendere o ignorare l'esito del sistema e tracciamento delle valutazioni e degli interventi effettuati.
Sono, queste, garanzie che, in qualche modo, metterebbero al riparo da una decisione integralmente artificiale. Per cui, con adeguati limiti e con un'idonea disciplina, la digitalizzazione non dovrebbe spaventare troppo. Se restassero ferme le garanzie costituzionali, il timore tecnologico sarebbe solo un pregiudizio.

4. Considerazioni conclusive.

L'istruttoria è il luogo principale di formazione della prova e di accertamento della verità. In questo snodo, la digitalizzazione, aggiungendo nuovi contenuti probatori da rimettere alla valutazione del giudice, aumenta possibili divari di accesso alla prova: metadati, *log*, *dataset*, banche dati interoperabili, evidenze generate o mediate da piattaforme e sistemi algoritmici rendono più complessa sia l'acquisizione sia la comprensione del materiale probatorio. Ne deriva che l'effettività della tutela dipende anche dalla possibilità di reperire dati e documenti informatici[42]. La disponibilità deve, infatti, misurarsi con la piena accessibilità e conoscibilità del dato.
In questo terreno angusto, l'intervento del giudice è un presidio di giustizia: la discrezionalità istruttoria tende a trasformarsi in dovere ogniqualvolta l'accertamento dei fatti dipenda da informazioni che la parte privata non possa ragionevolmente ottenere.
Tuttavia, la vera sfida si colloca un passo oltre: l'uso di strumenti tecnologici per selezionare, organizzare e valutare materiali probatori comporta opportunità di efficienza, ma anche rischi sistemici. Per questo, le prospettive che l'intelligenza artificiale apre anche in sede di istruttoria processuale, impongono di riflettere «sulle grandi potenzialità ma anche sui rischi che un uso improprio di tali strumenti potrebbe comportare, non potendosi legittimare, in un sistema democratico e legalitario, modelli di giustizia predittiva e di automazione della decisione giudiziaria, dovendo trovarsi un adeguato compromesso fra efficienza probatoria decretata dall'uso degli strumenti informatici e riserva di umanità, a garanzia del giusto processo»[43].
Se anche l'IA venisse inquadrata come ausilio tecnico non vincolante la sua ammissibilità sarebbe comunque subordinata alla sussistenza di regole tecniche coerenti con la centralità della supervisione umana e con la riserva della decisione in capo al giudice.
Proprio per questo la digitalizzazione non deve essere letta né come promessa salvifica di risoluzione di tutti i mali, né come minaccia inevitabile alla giustizia della

[42] Secondo L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, II, Bologna, 2025, le tecnologie digitali costituiscono, infatti, un nuovo strumento di governo dell'amministrazione.

[43] R. DAGOSTINO, *I mezzi di prova*, cit., 282. Sui modelli di giustizia predittiva e di automazione della decisione giudiziaria M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Riv. AIC*, 2018, n. 3.

ISSN 2036-7821

decisione: quello della giustizia è un terreno su cui misurare la capacità dell'ordinamento di mantenere ferme le garanzie del processo. La direttiva più convincente è, allo stato, quella antropocentrica: la tecnologia come supporto e mai come sostituto. L'istruttoria digitale e digitalizzata può diventare strumento di riduzione di divari e asimmetrie tra le parti solo se accompagnata non solo da poteri ufficiosi finalizzati a ridurre i divari, ma da un rafforzamento degli obblighi collaborativi dell'amministrazione e da una chiara disciplina di impiego delle tecnologie. Solo così la modernizzazione dell'ecosistema giustizia potrà tradursi in una giustizia più equa e vicina alle esigenze delle parti.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Sanità e digitalizzazione: il ruolo del privato tra efficienza ed uguaglianza

di **Angela Chianese**

(Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Premessa. – 2. Alleanze istituzionali e logiche concorrenziali nella sanità a doppio binario. – 3. La transizione digitale e le nuove dinamiche del rapporto pubblico-privato in sanità. – 4. (segue) la telemedicina come cartina di tornasole del nuovo modello sanitario. – 5. Conclusioni. Spunti per la valorizzazione della pluralità degli attori del sistema sanitario.

Abstract

The digitalization of healthcare today lies at the crossroads of technological innovation, administrative efficiency, and the protection of social rights. From this perspective, the digital transition process, made urgent by the pandemic crisis and supported by extraordinary investments such as those envisaged by the National Recovery and Resilience Plan (PNRR), is redefining the scope and delivery methods of public healthcare services, requiring a rethink on the very structure of the National Health System. This process, however, presents significant challenges, including the protection of sensitive data, system interoperability, and the digital divide; yet, at the same time, it offers unprecedented opportunities to improve access to care, personalize treatments, and optimize the system's efficiency.

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

1. Premessa.

La digitalizzazione della sanità si colloca oggi al crocevia tra innovazione tecnologica, efficienza amministrativa e tutela dei diritti sociali. In tale prospettiva, il processo di transizione digitale, reso urgente dalla crisi pandemica e sostenuto da investimenti straordinari come quelli previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), sta ridefinendo il perimetro e le modalità di erogazione delle prestazioni sanitarie pubbliche, imponendo una riflessione sulla configurazione stessa del Sistema Sanitario Nazionale. Questo processo, tuttavia, presenta sfide significative, tra cui la protezione dei dati sensibili, l'interoperabilità dei sistemi e il divario digitale; ma, al contempo, offre opportunità senza precedenti per migliorare l'accesso alle cure, personalizzare i trattamenti e ottimizzare l'efficienza del sistema.

Come noto, l'art. 32 della Costituzione[1] riconosce il diritto alla salute come diritto fondamentale e interesse della collettività, ma non vincola il legislatore all'adozione di un modello organizzativo sanitario specifico[2]. Infatti, la configurazione universalistica e pubblica del Sistema Sanitario Nazionale (SSN) è frutto di una scelta politica, attuata con la legge n. 833 del 1978[3], che si è affermata in un contesto storico determinato e che, almeno in linea teorica, può essere modificata o integrata[4].

Rispetto ai modelli mutualistici o assicurativi, il sistema universalistico è stato ritenuto il più idoneo a realizzare i principi posti a fondamento della Carta costituzionale, primo tra tutti il principio di uguaglianza sostanziale ex art. 3, comma 2, della Costituzione.

Nondimeno, negli ultimi anni, il SSN è attraversato da una crisi profonda, che mette in discussione la tenuta dello stesso sistema, cui si accompagna un indebolimento

[1] Per una ricostruzione approfondita dell'art. 32 della Costituzione si veda B. PEZZINI, *Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del servizio sanitario nazionale: le criticità strutturali di un diritto sociale,* in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2019, p. 117 e ss.

[2] L. BUSATTA, *Potenzialità e aspetti critici del nuovo volto della sanità territoriale, tra esigenze di uniformità e difficoltà attuative*, in *federalismi.it,* n. 26/2023, p.20, definisce lungimirante la scelta dei costituenti di non vincolare il legislatore, nella prospettiva di consegnare al Paese una Costituzione duratura, scritta in un contesto di attesi e profondi rinnovamenti in un momento storico particolare. L'A. non manca di sottolineare che, dai dibattiti tenuti in sede di Assemblea costituente, traspare una preferenza verso il modello universalistico, considerato il migliore a realizzare gli obiettivi di valorizzazione della persona, posti al centro del nuovo ordinamento repubblicano.

[3] Come rileva I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale, oggi,* in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2019, p.15, l'opzione del legislatore per il cosiddetto sistema Beveridge si è rivelata coerente con il dettato costituzionale, poiché contempla una partecipazione progressiva e proporzionale alle spese sanitarie e risponde al dovere di solidarietà posto dalla Costituzione alla base di qualunque prestazione sociale.

[4] Sul punto cfr. M. D'ANGELOSANTE, *Sistemi universalistici e sistemi occupazionali a confronto*, in A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. M. RACCA, M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Rimini, 2011, p. 21 e ss. L'A. rileva che la legge del 1978 era intervenuta per superare la frammentarietà del sistema mutualistico precedente. Nello stesso senso, M. CONTICELLI, *Pubblico, privato e comunità in sanità. Quali lezioni dal passato?* in, F. APERIO BELLA, M.A. SANDULLI *(a cura di), Pubblico, privato e comunità in sanità. Atti del Convegno del 15 maggio 2023*, Napoli, 2024, p. 89; F. GAMBARDELLA, *La tutela integrata della salute e dell'ambiente per l'approccio one health,* Napoli, 2025, p. 24 e ss.

strutturale, dovuto a decenni di politiche di contenimento della spesa pubblica, che hanno progressivamente ridotto le risorse disponibili per garantire pienamente il diritto alla salute[5].

Le criticità stratificatesi nel tempo sono emerse con evidenza nel contesto della recente emergenza pandemica da Covid-19, mettendo in luce la crescente distanza tra il modello universalistico originario e l'attuale assetto del sistema sanitario[6].

In risposta a tali difficoltà, il sistema sanitario ha progressivamente adottato soluzioni innovative e complementari, volte a superare le criticità esistenti e a garantire una migliore erogazione dei servizi[7].

Tra queste, la digitalizzazione rappresenta uno strumento strategico per modernizzare l'organizzazione, facilitare l'accesso alle prestazioni e ottimizzare i processi gestionali. Nello stesso tempo, si è assistito a un coinvolgimento sempre più marcato di soggetti privati, che intervengono non solo come fornitori di tecnologie o servizi ausiliari, ma anche in ruoli di gestione e coordinamento nell'ambito dell'erogazione delle prestazioni sanitarie.

Alla luce di quanto esposto, con il presente contributo si intende fornire degli spunti di riflessione al fine di comprendere se il modello universalistico sia ancora attuale o se siamo, invece, di fronte ad una trasformazione più profonda in cui il pubblico arretra progressivamente, lasciando sempre più spazio al privato[8].

Il nodo cruciale consiste nel coniugare efficacemente la flessibilità e l'efficienza tipiche del settore privato con gli obiettivi costituzionali di universalità, equità e tutela dei diritti sociali, assicurando che la digitalizzazione non si traduca in uno strumento di esclusione o disparità, ma contribuisca, al contrario, a costruire un sistema sanitario più inclusivo e sostenibile. In tal senso, l'apertura al privato può

[5] M. G. DE FILICAIA, *Legge di bilancio e sanità: si aggravano i nodi critici del funzionamento del Servizio sanitario nazionale*, in *Politiche Sociali*, n. 1/2025, p. 295 e ss. Dal 2000 al 2024, il finanziamento pubblico in termini nominali è stato incrementato ogni anno. Occorre, tuttavia, far riferimento al finanziamento in termini reali, cioè, tenendo conto dell'inflazione, e rispetto al PIL. I dati della legge di bilancio evidenziano che siamo di fronte a una progressiva riduzione del finanziamento destinato al SSN in quota PIL: nel triennio 2025-2027, a fronte di un incremento del PIL nominale del 3,0% in media, l'incremento del Fondo sanitario nazionale è del 1,78%.

[6] D. MORANA, *L'effettività del diritto alla salute "oltre le Corti": vecchie e nuove questioni*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 1/2022, p. 23, sottolinea che l'emergenza sanitaria ha rappresentato un momento critico in cui la carenza di prestazioni ospedaliere, sia in termini di strutture che di dispositivi medici, si è scontrata con un'imponente domanda di assistenza, proveniente non solo dai pazienti affetti da Covid-19, ma anche da soggetti colpiti da altre patologie gravi.

[7] Sulle misure adottate per far fronte all'emergenza pandemica cfr. C. ACOCELLA, *Spigolature sulle dimensioni del tempo nella stagione dell'emergenza da Covid-19*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2/2020, p. 20 e ss.; A. SAPORITO, *Il diritto alla salute alla prova del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Queste istituzioni*, n. 4/2022, p. 84 e ss.

[8] Come riportato da E. CECCONI, *Il servizio sanitario nazionale e le sue criticità*, in *Astrid*, n. 9/2024, p. 16, il percorso di privatizzazione continua ad aumentare, senza trovare alcun ostacolo. Lo Stato è il primo cliente per la sanità privata: il SSN acquista, infatti, il 60 % delle sue prestazioni, senza considerare gli acquisti di beni e servizi del SSN. In particolare, per l'acquisto di servizi medici e farmacologici più del 50% delle istituzioni sanitarie che si occupano di malattie croniche sono appannaggio dei privati. In senso critico, C. GIORGI, *L'espansione del privato in sanità: il caso italiano nel contesto globale*, in *Politiche sociali*, n. 3 /2023. L'A. osserva come non emergano evidenze univoche a supporto di una maggiore efficienza, qualità o efficacia del settore privato rispetto a quello pubblico.

ISSN 2036-7821

rappresentare una risposta concreta alle crescenti esigenze di innovazione e specializzazione, ma comporta al contempo il rischio di compromettere i valori fondanti del Sistema Sanitario Nazionale.

2. Alleanze istituzionali e logiche concorrenziali nella sanità a doppio binario.

Il nostro sistema sanitario è oggi caratterizzato dalla cd. sanità a doppio binario: da un lato, il Servizio Sanitario Nazionale, ispirato, come anticipato, ai principi di uguaglianza, equità e universalità; dall'altro, un sistema privato che agisce in maniera complementare o suppletiva nel ruolo di erogatore dei servizi sanitari.

Nell'ambito del SSN, il principio di uguaglianza impone all'amministrazione pubblica di garantire l'accesso alle cure a tutti i cittadini, inclusi coloro che, per condizioni personali o sociali, rischierebbero di essere esclusi. Il principio di universalità discende dal riconoscimento del diritto alla salute come diritto fondamentale, il cui nucleo essenziale deve essere assicurato a chiunque[9]. Infine, l'equità mira a modulare l'intervento pubblico in funzione delle specifiche condizioni dei singoli, al fine di ridurre le disuguaglianze nell'accesso e nella fruizione dei servizi sanitari.

In tale prospettiva, il carattere fondamentale del diritto alla salute, sancito dall'art. 32 della Costituzione, pur imponendo puntuali doveri di cura in capo ai soggetti pubblici coinvolti nell'erogazione delle prestazioni sanitarie, non implica la realizzazione di un sistema caratterizzato dal monopolio pubblico dell'offerta sanitaria; anzi, il principio di sussidiarietà orizzontale ex art. 118 co 4 della Costituzione sembra precludere, anche nel settore sanitario, opzioni ispirate a logiche monopolistiche[10].

Preliminarmente all'analisi dei rapporti tra pubblico e privato, bisogna distinguere le due anime del "privato" in sanità: da una parte, il privato puro, ossia quel settore che opera al di fuori del circuito del finanziamento pubblico e che si rivolge direttamente al cittadino, con prestazioni totalmente a carico dell'utente *(cd. spesa out of the pocket)*; dall'altra parte, il privato accreditato, vale a dire, quei soggetti che, pur essendo giuridicamente privati, sono funzionalmente inseriti nel sistema pubblico attraverso il meccanismo dell'accreditamento istituzionale e del convenzionamento.

A tal proposito, è opportuno soffermarsi, seppur senza pretese di esaustività,

[9] In merito all'universalità, si veda la sentenza della Corte costituzionale n. 252/2001, in *www.cortecostituzionale.it*, secondo cui "*Il nucleo irriducibile di tutela della salute, quale diritto fondamentale della persona deve essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso.*".

[10] A. GIANNELLI, *Il sistema sanitario della regione Lombardia, tra "sussidiarietà competitiva" e "sussidiarietà partecipativa"*, in *federalismi.it*, n. 12/2024, p. 243. Bisogna superare le "esasperate contrapposizioni", talvolta non immuni dalle velature dell'ideologia, che si registrano nel dibattito concentrato sul ruolo del pubblico e sulla presenza dei gestori privati nell'offerta sanitaria. In termini analoghi N. AICARDI, *La sanità*, in *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) S. CASSESE, Seconda edizione, Milano, 2003.

ISSN 2036-7821

sull'articolazione del rapporto tra soggetto pubblico e soggetto privato nell'ambito dell'erogazione delle prestazioni sanitarie, rapporto che può essere ricostruito attraverso tre fasi ideali, note come meccanismo delle tre A: Autorizzazione, Accreditamento e Accordo[11].

La prima fase consiste nel rilascio dell'autorizzazione, presupposto necessario per la realizzazione delle strutture e l'esercizio dell'attività sanitaria. Essa è subordinata al possesso di requisiti minimi, relativi, in particolare, al rispetto degli *standard* di sicurezza e alla qualità delle prestazioni. Il titolo autorizzatorio, tuttavia, non abilita di per sé all'erogazione di servizi per conto del Servizio Sanitario Nazionale, possibilità che si concretizza solo con il successivo accreditamento e, soprattutto, con la stipula dell'accordo[12].

L'accreditamento, seconda fase del meccanismo, è a sua volta subordinato alla verifica di ulteriori requisiti di natura igienico-strutturale e tecnico-sanitaria, nonché alla coerenza tra le prestazioni offerte dalla struttura e la programmazione sanitaria e finanziaria predisposta dalla regione competente[13].

Infine, la terza e ultima fase è rappresentata dall'accordo, con cui si attribuiscono obblighi di prestazione alla struttura sanitaria privata, la quale, in tal modo, entra stabilmente nel circuito dell'erogazione pubblica dei servizi sanitari[14].

In sintesi, il privato accreditato svolge un ruolo essenziale nella concreta attuazione del diritto alla salute: eroga prestazioni incluse nei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA), opera su incarico e con risorse del sistema sanitario regionale, ed è soggetto

[11] Il meccanismo è disciplinato dal d.lgs. 30 dicembre 1992 ed in particolare agli artt. 8-ter, 8-quater, 8-quinquies. Su tale meccanismo si vedano, *ex multis*, F. TRIMARCHI BANFI, *Pubblico e privato nella sanità. Autorizzazioni e convenzioni nel sistema della riforma sanitaria*, Milano, 1990; F. LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1996; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Politiche pubbliche del Servizio Sanitario. Profili giuridici*, Napoli, 2003; V. MOLASCHI, *Autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali tra esigenze di contenimento della spesa pubblica e tutela della concorrenza*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 3/2014, p. 675 e ss.

[12] Come osservato da F. APERIO BELLA, *pubblico, privato e comunità in sanità: prospettive collaborative guardando al terzo settore*, in F. APERIO BELLA, M.A. SANDULLI *(a cura di), Pubblico, privato e comunità in sanità. Atti del Convegno del 15 maggio 2023*, Napoli, 2024, p. 30, quando il privato intende concorrere con il pubblico nell'ambito dei servizi alla persona è possibile limitare l'iniziativa economica privata per il perseguimento di motivi di interesse generale ex art. 41 della Costituzione.

[13] C. BOTTARI, *La tutela della salute: lavori in corso*, Torino, 2020, p. 134, definisce l'accreditamento come la capacità di operare, in capo ai soggetti autorizzati, in nome e per conto del sistema sanitario nazionale e regionale, rappresentando la forma principale di affidamento prevista per i servizi sanitari.

[14] A. GIANNELLI, *Il sistema sanitario della regione Lombardia, tra "sussidiarietà competitiva" e "sussidiarietà partecipativa", op.cit.*, p. 230, analizza il diverso modello adottato dalla regione Lombardia, la quale ha optato per un approccio improntato alla liberalizzazione, sostituendo la fase dell'autorizzazione con la segnalazione certificata di inizio attività (SCIA). L'A. rileva che tale scelta è costituzionalmente legittima, dal momento che le strutture autorizzate non vantano alcun coinvolgimento, nemmeno potenziale, nell'erogazione delle prestazioni per conto del Servizio Sanitario Nazionale. Di segno opposto appare la scelta della regione Veneto, la quale ha subordinato il rilascio dell'autorizzazione alla valutazione positiva della compatibilità con la programmazione socio-sanitaria regionale, anticipando, rispetto allo schema delineato dal legislatore statale, la verifica programmatoria che normalmente si colloca nella fase dell'accreditamento. In tal modo, il sistema veneto limita l'accesso al mercato già nella fase autorizzatoria, attenuando le dinamiche concorrenziali tra operatori pubblici e privati.

agli stessi *standard* di qualità e controllo del sistema pubblico[15]. In altri termini, emerge il ruolo del privato in una prospettiva collaborativa, ossia partecipando alla rete dei servizi.

Diversa è la posizione del privato non accreditato, il quale agisce in regime di concorrenza rispetto al pubblico e, talvolta, intercetta la domanda di chi, per ragioni economiche, può permettersi di aggirare le criticità del sistema pubblico, *in primis* le liste d'attesa. In tal caso, il privato non svolge una funzione integrativa, ma piuttosto supplente o, addirittura, alternativa al sistema pubblico, rispondendo unicamente a logiche di mercato[16].

Questa impostazione si riflette nel principio di libera scelta dell'assistito, secondo cui ogni cittadino ha il diritto di scegliere se rivolgersi ad un presidio pubblico o privato[17].

Lo scenario che si è delineato rappresenta l'esito delle riforme che hanno interessato il settore sanitario, a partire dagli anni Novanta, le quali hanno progressivamente superato la concezione della sanità, come risorsa della collettività, posta alla base dell'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, con l'obiettivo di trasformarla in una macchina produttiva di servizi[18].

In particolare, si fa riferimento alle scelte normative introdotte a partire dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, che, per la prima volta, ha previsto la possibilità di una competizione tra erogatori pubblici e privati nell'ambito delle prestazioni sanitarie, avviando contestualmente l'aziendalizzazione dei servizi sanitari regionali. Il processo riformatore è stato ulteriormente rafforzato nel 1999 con il d.lgs. 3 febbraio 1999 n. 30, che ha ridefinito l'organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale, consolidando la logica aziendalistica e ampliando gli strumenti di regolazione e

---

[15] Sul punto cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 2 maggio 2019, n. 2854, secondo cui *"Chi intende operare nell'ambito della sanità pubblica deve accettare le condizioni da questa imposte, dovendo comunque e in primo luogo assicurare, pur in presenza di restrizioni, beni costituzionali di superiore valore, quale i livelli essenziali relativi al diritto alla salute. In alternativa, agli operatori resta la scelta di agire come privati nel privato. Dunque, le strutture private che decidono di lavorare con il Servizio sanitario sanno bene di dover sacrificare parte della loro autonomia imprenditoriale ma accettano tale limitazione in cambio della sicurezza – assente nel libero mercato – di un minimo di prestazioni garantite."*

[16] Sulla praticabilità e sulla portata dei processi di liberalizzazione nell'area dei servizi sociali e sanitari si rinvia a C. ACOCELLA, *Modelli organizzativi e gestionali dei servizi sociali e sanitari e logiche di mercato*, in F. LIGUORI, C. ACOCELLA (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo,* Napoli, 2015, p. 63 e ss.

[17] In tal senso si veda M. D'ANGELOSANTE, *Cittadinanza amministrativa, salute e sanità attraverso la lente dei rapporti fra i pubblici poteri e i privati e fra sistemi sanitari,* in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale,* n. 3/2016, p. 481 e ss. L'A. rileva che la libertà di scelta si articola su più livelli: nella prospettiva orizzontale, la scelta è tra il sistema pubblico e il sistema privato, mentre nella prospettiva verticale si distingue la scelta fra erogatori dello stesso sistema dalla scelta tra erogatori di sistemi diversi e, quindi, anche tra sistemi sanitari differenti.

[18] In questi termini A. PIOGGIA, *La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro,* in *Diritto pubblico,* n. 2/2020, p. 390. L'attenzione è concentrata solo sulla produzione e sui costi delle prestazioni sanitarie, trascurando - se non addirittura dimenticando - la valenza sociale, culturale e simbolica del SSN.

controllo tra le diverse componenti del sistema[19].
Le novelle normative appena menzionate si inseriscono nel più ampio contesto teorico del *New Public Management*, un modello di *governance* delle amministrazioni pubbliche che valorizza la competizione e l'approccio gestionale, tipico delle imprese private, come strumenti per migliorare l'efficienza e l'efficacia dell'azione pubblica[20].
Da ultimo, per uno sguardo d'insieme, non può sottacersi il possibile ruolo degli enti del Terzo Settore, posti accanto ai poli tradizionali del pubblico e del privato *for profit*, spesso marginalizzati nel dibattito istituzionale[21], ma portatori di una dimensione complementare e radicata nei territori[22]. Infatti, pur operando in una posizione talvolta invisibile, tali enti contribuiscono in modo strategico alla tenuta del sistema, soprattutto nei contesti di maggiore fragilità sociale e nella promozione di modelli di prossimità, inclusione e sussidiarietà[23].

3. La transizione digitale e le nuove dinamiche del rapporto pubblico-privato in sanità.

Dall'osservazione delle dinamiche fin qui descritte nel rapporto tra pubblico e privato in ambito sanitario, si può evidenziare che se, per un verso, vi sono spinte a favore di un ruolo centrale dello Stato, maggiormente coerente con le finalità costituzionali di universalità e uguaglianza nell'accesso alle cure; per altro verso, ed in direzione contraria, il legislatore – attraverso le riforme richiamate - sembra riconoscere che il sistema pubblico, da solo, non sia pienamente in grado di

[19] Secondo F. LIGUORI, *Flessibilità e modelli organizzativi del S.S.N.*, in F. LIGUORI, A. ZOPPOLI (a cura di), *La sanità flessibile*, Napoli, 2012, p. 13 e ss., l'apertura al mercato realizzata con la riforma del 1992 è stata superata dall'intervento legislativo del 1999, caratterizzato da una rigidità programmatoria, con effetti protezionistici per gli operatori privati già inseriti nel SSN in regime di riserva.

[20] In senso critico G.G. CARBONI, *Il diritto alla salute e l'eguaglianza territoriale*, in *federalismi.it*, n.8/2020, p. 292, osserva che oggi si tende a coniugare l'universalità con la sostenibilità, riservando un ruolo prioritario alla seconda.

Nello stesso senso, F. F. GUIZZI, *La tutela della salute nel sistema nazionale*, in *Rivista giuridica ambiente diritto*, n. 1/2025. L'A. rileva come la competitività e l'ossessiva attenzione alla remunerazione e al bilancio, nonché l'ottenimento di quote premiali ha accentuato le asimmetrie territoriali.

[21] G. GOSETTI, *La riforma sanitaria e le sue implicazioni*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, n. 1/2024, p. 69 e ss. evidenzia la differenza tra "lavorare per la comunità", che implica riflettere sulla pianificazione e programmazione per rispondere ai bisogni di salute di un territorio, e "lavorare con la comunità", che significa sviluppare strategie di coinvolgimento della popolazione e degli attori significativi, in un disegno di attivazione delle risorse necessarie per la salute.

[22] Come emerge dal Rapporto Euricse, *Tra sanità e assistenza: una filiera da ricomporre. Evoluzione e ruolo del Terzo Settore in Italia*, Trento, 2022, la distribuzione degli enti del Terzo Settore sul territorio nazionale presenta notevoli differenze. In particolare, il nord-ovest ospita la quota più elevata di organizzazioni attive nelle attività sanitarie e assistenziali, pari al 28,1% del totale. Nel nord-est, al centro e al sud, la presenza di tali enti si mantiene su livelli più contenuti, intorno al 20%, mentre nelle Isole si registra la percentuale più bassa, con appena l'11,5% delle unità economiche del settore.

[23] F. APERIO BELLA, *pubblico, privato e comunità in sanità: prospettive collaborative guardando al terzo settore*, *op.cit.*, p. 34, rileva che le organizzazioni senza scopo di lucro operanti nella sanità occupano una quota di mercato che si aggira attorno al 28%, e concentrano la loro attività nel settore dell'assistenza sanitaria domiciliare e in quello delle case di cura.

ISSN 2036-7821

rispondere alla crescente complessità dei bisogni sanitari.
Il rapporto tra pubblico e privato, dunque, si configura come un pendolo in costante oscillazione tra due visioni contrapposte[24], il quale oggi pare nuovamente essere messo in discussione da un fenomeno inarrestabile: la digitalizzazione. Quest'ultima contribuisce, infatti, a rendere sempre più sfumato il confine tra pubblico e privato, imponendo forme di collaborazione e integrazione che superano la tradizionale logica binaria e sollecitano un ripensamento complessivo della *governance* del sistema sanitario.
In questa prospettiva, si ritiene opportuno soffermarsi su come la transizione digitale, che sta investendo la sanità, promossa anche nell'ambito della missione 6 "Salute" del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)[25], si inserisce nel rapporto tra strutture pubbliche e strutture private.
Orbene, il PNRR ha inteso potenziare il sistema sanitario destinando alla Missione Salute 15,63 miliardi di euro, pari all'8,16% dell'importo totale, ma, complessivamente, le risorse straordinarie superano i 20 miliardi di euro.
L'impiego della telemedicina, della cartella clinica elettronica e dei sistemi basati su intelligenza artificiale mira a incrementare l'efficienza del sistema sanitario e a promuovere modelli di cura maggiormente personalizzati e centrati sul paziente[26].
Tuttavia, come anticipato, la trasformazione digitale non può essere considerata un processo neutro: essa, infatti, costituisce non solo un'opportunità per ampliare l'accesso alle prestazioni sanitarie, ma anche un potenziale fattore di aggravamento delle disuguaglianze.
Tra le principali iniziative del PNRR in materia sanitaria si annoverano il potenziamento del fascicolo sanitario elettronico (FSE) e lo sviluppo della telemedicina, di cui si dirà *infra*[27].
Attraverso tali strumenti, l'innovazione tecnologica si concretizza in nuovi approcci

[24] R. FERRARA, *Il servizio sanitario nazionale oggi e gli operatori privati nel campo della sanità: qualche semplice spunto di riflessione*, in *Ceridap*, n. 2/2023, p. 172 parla di "moto del pendolo".

[25] Gli interventi della Missione Salute (6) sono divisi in due Componenti: la prima dedicata a *"Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale"*, la seconda a *"Innovazione, ricerca e digitalizzazione del servizio sanitario nazionale"*. Tali misure perseguono tre importanti obiettivi: la ridefinizione della sanità territoriale attraverso un investimento su modelli di prestazione e formule organizzative che promuovono la prossimità delle cure, la promozione di ricerca e innovazione e infine, l'ammodernamento, il rafforzamento e la digitalizzazione del sistema.

[26] Sull'uso dell'intelligenza artificiale si veda E. GIUSTI, *La sanità del futuro tra tecnologie e privacy*, in *Diritto e salute, Rivista di sanità e responsabilità medica*, n.2/2023, p. 22 e ss. Il riferimento a tali tecnologie non è univoco, ma ricomprende soluzioni caratterizzate da diversi livelli di complessità ed autonomia. Si va, infatti, da applicazioni basate su *chatbot*, che consentono al paziente di interagire con un assistente virtuale ottenendo risposte preliminari rispetto ai sintomi e alle informazioni inserite — non senza i connessi rischi di valutazioni inadeguate — fino a sistemi avanzati, potenzialmente in grado di sostituirsi integralmente all'operato del medico.

[27] Per un quadro completo su come la tecnologia può innovare l'ambito sanitario si rinvia al Rapporto OASI 2019, *Osservatorio sulle Aziende e sul Sistema sanitario Italiano*. In particolare, gli ambiti di riferimento sono: i sistemi di accesso al sistema sanitario, già da tempo utilizzati; i modelli di presa in carico dei pazienti; l'intelligenza artificiale e i sistemi di apprendimento meccanico e l'uso della robotica come supporto nei processi di cura.

terapeutici, nei quali si delinea un rinnovato ruolo del paziente: non più soggetto passivo affidato esclusivamente alle cure del medico, ma parte attiva nella gestione della propria salute e del percorso di cura[28]. Ne consegue una progressiva "democratizzazione" della conoscenza medica[29], che cessa di essere prerogativa esclusiva di una categoria professionale, per divenire accessibile a fasce sempre più ampie della popolazione, con la precisazione che tutto ciò è possibile solo se alla base della relazione terapeutica tra medico e paziente vi sia un adeguato scambio di informazioni.

Partendo dall'analisi del fascicolo sanitario elettronico, esso è una raccolta digitale di tutti i dati, documenti sanitari e sociosanitari relativi alla storia clinica di un soggetto, rappresenta una vera e propria carta d'identità digitale sanitaria del singolo cittadino. In altri termini, si tratta di uno strumento informativo, una sorta di "memoria storica" che dà accesso a tutti gli episodi di rilievo clinico di un individuo, con l'obiettivo di tracciarne la storia sanitaria e condividerla con gli operatori, sanitari e non, per una più efficace valutazione degli eventi[30].

Tuttavia, sebbene siano passati più di dieci anni dalla sua introduzione – avvenuta con il d.lgs. 179/2012 - nella pratica questo strumento presenta ancora molte criticità.

Innanzitutto, essendo istituito e gestito a livello regionale, il sistema risulta fortemente frammentato: le disparità territoriali sono evidenti, sia per quanto riguarda l'alimentazione dei dati, sia per la possibilità concreta di accesso da parte dei cittadini, a causa del persistente analfabetismo digitale[31].

Al fine di superare tali limiti, il PNRR ha previsto una nuova versione del Fascicolo Sanitario, il cosiddetto FSE 2.0, il quale prevede un maggiore coinvolgimento anche dei soggetti privati, in particolare di quelli accreditati o autorizzati, nel processo di alimentazione del fascicolo.

In questo modo, anche strutture sanitarie private, compresi gli studi medici, possono contribuire a integrare i dati del paziente, rendendo il quadro clinico più completo e

[28] In questi termini M. T. BORDOGNA, *La digitalizzazione in sanità: il cittadino paziente fra tradizione e innovazione,* in G. NUVOLATI (a cura di), *Sviluppo urbano e politiche per la qualità della vita,* Firenze, 2018, p.101. L'A. rileva che la sanità digitale può creare un terreno favorevole per l'*empowerment* dei cittadini i quali, assieme agli operatori, possono diventare attori centrali del sistema di cura.

[29] *Ibidem,* p. 95.

[30] Per un'analisi approfondita del FSE si rinvia *ex multis* a E. SORRENTINO, A.F. SPAGNUOLO, *La sanità digitale in emergenza Covid-19. Uno sguardo al fascicolo sanitario elettronico,* in *federalismi.it,* n. 30/2020.; G. CRISAFI, *Fascicolo sanitario elettronico: "profilazione" e programmazione sanitaria* in *federalismi.it,* n. 5/2021; N. POSTERARO, *La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza),* in *federalismi.it,* n. 26/2021.

[31] In termini P. LOMBARDI, *Sicurezza dei dati in ambito sanitario ed evoluzione tecnologica tra passato, presente e futuro,* in *Il diritto dell'economia,* n.3/2021, p. 70 e ss. L'A. si sofferma sul *digital divide*, vale a dire, sul divario tra coloro che hanno accesso alle tecnologie e coloro che non ce l'hanno, evidenziando come ciò possa compromettere la realizzazione della "eguaglianza digitale", ormai divenuta una vera e propria "emergenza democratica". Inoltre, si rileva che il fenomeno del *digital divide* può essere guardato sia sul versante del cittadino, che sul versante degli agenti dell'amministrazione.

aggiornato. Il sistema punta a realizzare una maggiore interoperabilità tra pubblico e privato e una visione unitaria del percorso di cura, a prescindere dal tipo di struttura a cui il cittadino si è rivolto. Si tratta, in definitiva, di una forma di collaborazione che non risponde a logiche di mercato, ma che si sviluppa in funzione della cura del paziente.

Del resto, la pluralità di strutture che possono accedere al fascicolo sanitario elettronico è la caratteristica che lo distingue dal cd. dossier sanitario, il quale si configura come uno strumento documentale in formato digitale che raccoglie le informazioni cliniche di un paziente, limitatamente all'attività svolta presso una singola struttura sanitaria. La sua portata, dunque, è circoscritta al contesto organizzativo e professionale dell'ente presso cui il paziente è stato preso in carico, senza consentire una condivisione sistematica dei dati con altre strutture[32].

L'interoperabilità tra le strutture pubbliche e private rappresenta certamente un passo avanti importante, ma comporta anche delle responsabilità nuove, soprattutto in capo alle aziende sanitarie pubbliche, che restano titolari della funzione di controllo[33].

Infatti, l'attività di monitoraggio deve essere effettuata periodicamente ed è di natura sia qualitativa, mirata a verificare che vengano inviate al FSE tutte le tipologie di referti afferenti alle prestazioni per cui tale struttura risulta accreditata, sia un'analisi quantitativa del numero di referti inviati, rapportato al numero di prestazioni erogate.

Da quanto esposto emerge che, anche in un contesto sempre più digitalizzato, il ruolo del soggetto pubblico rimane fondamentale, non solo come fornitore diretto di servizi, ma soprattutto come soggetto regolatore, garante dell'equità del sistema e responsabile del controllo[34].

In relazione al controllo svolto, i dati più recenti mostrano che l'attuazione del FSE 2.0 sta procedendo in modo disomogeneo. Infatti, ad oggi soltanto quattro documenti su sedici monitorati sul portale pubblico, vale a dire, lettera di dimissione ospedaliera, referti di laboratorio, di radiologia e verbale di pronto soccorso,

[32] Sul punto C. SARTORIS, *La tutela dei dati personali dei pazienti di fronte alle sfide della sanità digitale*, *op.cit.*, definisce il fascicolo sanitario come un insieme di dossier sanitari.

[33] R. MICCU', *Il diritto fondamentale alla salute e la digitalizzazione dei servizi sanitari nell'epoca della pandemia: una prospettiva multilivello,* in *La cittadinanza europea online,* n.2/2023, p. 332. L'Autore sottolinea la necessità di stipulare accordi tra entità pubbliche e private finalizzati alla condivisione dei dati, al fine di garantire una *governance* efficace dei dati sanitari, nel rispetto di adeguati *standard* di sicurezza, nonché di prevenire e gestire le eventuali criticità connesse ai processi di condivisione.

[34] Sulla funzione di controllo svolta dai soggetti pubblici cfr. G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute,* in *Diritto pubblico,* n. 1/2002, p. 95-96. Si passa da una verifica meramente formale sugli atti e sulle prestazioni, ad un controllo sostanziale sulla gestione delle strutture, fino a giungere alla valutazione della qualità del servizio.

Per un quadro completo sul ruolo dello Stato come regolatore del mercato si rinvia a S. CATUOGNO, *Il partenariato pubblico-privato in sanità. Il ruolo del non profit e le implicazioni sulla performance,* Torino, 2017, p.36 e ss.

risultano effettivamente disponibili in tutte le regioni[35].
E non sono incoraggianti nemmeno i numeri circa il consenso alla consultazione dei dati: trattandosi di informazioni sensibili, il personale sanitario può accedervi solo previo consenso del paziente, che può revocarlo in qualsiasi momento[36].
Del resto, la mancata autorizzazione alla consultazione del FSE non comporta conseguenze nell'erogazione delle prestazioni sanitarie, tuttavia non permette in via ordinaria ai professionisti sanitari che prendono in cura il paziente di acquisire informazioni utili per una cura più sicura e appropriata.
Inoltre, considerando che il cittadino può svolgere un ruolo fondamentale anche nell'alimentazione del fascicolo sanitario, potendo richiedere l'inserimento di determinate informazioni di natura sanitaria o amministrativo-sanitaria, è necessario che i dati da quest'ultimo inseriti siano chiaramente distinti da quelli inseriti dagli operatori sanitari, così da garantire la trasparenza e rendere sempre evidente la paternità dell'atto a chi vi accede[37].
Ad oggi risulta che, a livello nazionale, solo il 42% dei cittadini ha espresso il consenso alla consultazione dei propri dati sanitari da parte dei medici. Eppure, il divario tra le regioni è enorme, basti pensare che si passa dall'1% in Abruzzo, Calabria e Campania al 92% in Emilia-Romagna[38].
Tali numeri sollevano interrogativi significativi in merito all'effettiva capacità della sanità digitale di farsi strumento di riequilibrio sociale, dal momento che, nonostante gli investimenti previsti dal PNRR emerge il rischio concreto che le innovazioni tecnologiche finiscano per riprodurre – o addirittura accentuare – disuguaglianze già radicate nel sistema, piuttosto che contribuire al loro superamento.

4. (segue) la telemedicina come cartina di tornasole del nuovo modello sanitario.

Nell'ambito di un'analisi che intende soffermarsi sulla ridefinizione dei rapporti tra pubblico e privato nel nuovo contesto di transizione digitale, assume senza dubbio rilevanza la telemedicina, quale banco di prova emblematico per valutare le reali

[35] Dati pubblicati sul portale del Fascicolo Sanitario Elettronico 2.0, a cura del Ministero della Salute e del Dipartimento per la Trasformazione Digitale.

[36] In particolare, i dati sanitari sono parte di quella categoria che è stata definita dei c.d. "dati sensibili", o "categorie particolari di dati" che godono di una specifica protezione da parte del Regolamento UE n. 679/2016. Infatti, il regolamento definisce i "dati relativi alla salute" come quei dati di una persona fisica in grado di rilevare informazioni relative al suo stato di salute (art. 4, n.15, GDPR).

[37] In senso critico C. SARTORIS, *La tutela dei dati personali dei pazienti di fronte alle sfide della sanità digitale,* in *Diritto e salute, Rivista di sanità e responsabilità medica,* n. 1/2023, p. 45. L'A., pur guardando con favore il ruolo attivo del paziente – espresso nella facoltà di attivare o meno il FSE, determinare i soggetti autorizzati alla consultazione e selezionare le informazioni da rendere visibili - evidenzia il rischio connesso all'inserimento di dati non pertinenti, o addirittura, erronei, in assenza di un preventivo controllo da parte del medico.

[38] Dati pubblicati sul portale del Fascicolo Sanitario Elettronico 2.0, a cura del Ministero della Salute e del Dipartimento per la Trasformazione Digitale.

ISSN 2036-7821

capacità del sistema di adattarsi ad un nuovo paradigma[39].
La telemedicina costituisce una modalità di erogazione dei servizi di assistenza sanitaria, tramite il ricorso a tecnologie innovative, in situazioni in cui il professionista della salute e il paziente non si trovano nella stessa località[40].
Si tratta di uno strumento che ha mostrato le sue potenzialità durante la recente emergenza pandemica[41] e, per tale ragione, il PNRR punta molto sullo stesso, al fine di rafforzare l'assistenza domiciliare integrata e trasformare la "casa come primo luogo di cura"[42], in modo da garantire l'equità nell'offerta dei servizi specialistici per gli utenti delle aziende sanitarie, specialmente se residenti in territori periferici, con infrastrutture limitate per il raggiungimento dei presidi e con difficoltà nella mobilità[43].
Anche tale novità non è priva di criticità: in primo luogo, si rischia di perdere l'alleanza medico-paziente e la dimensione umana dell'approccio terapeutico, fattore imprescindibile in un ordinamento come quello italiano, costruito intorno alla centralità della persona in qualità di paziente, in base al principio personalista ex art.

[39] Come rilevato da A. COIANTE, *L'implementazione della telemedicina come elemento strutturale del SSN: dalla frammentarietà all'uniformità. La stabilizzazione post-PNRR e il possibile ruolo dei LEA*, in *federalismi.it*, n.28/2025, p. 47, i sistemi sanitari contemporanei non sono chiamati semplicemente a integrare nuove tecnologie, ma anche a ridefinire assetti regolatori e modelli organizzativi capaci di valorizzarne le potenzialità senza compromettere l'equilibrio tra innovazione, sostenibilità e qualità dell'assistenza.

[40] G. CANGELOSI, *I servizi pubblici sanitari: prospettive e problematiche della telemedicina*, in *Diritto di famiglia*, n.1/2007, p. 431. Si distingue tra: telemedicina domiciliare e territoriale, in cui il medico di famiglia, o direttamente il paziente esegue la registrazione attraverso dispositivi medici e la trasmette ad una Centrale di ascolto, in cui medici specialisti ricevono ed interpretano il risultato dell'indagine; la telemedicina intesa come strumento di diagnosi e facilitatore di scambi attraverso la creazione di un collegamento tra reparti o tra diverse strutture ospedaliere; ed infine la telemedicina come gestione delle situazioni di emergenza, intesa sia in termini di intervento, che in termini di selezione delle richieste di assistenza e di prestazioni sanitarie.

[41] Nel rapporto dell'Istituto Superiore della Sanità Covid-19, *Indicazioni ad interim per servizi assistenziali di telemedicina durante l'emergenza sanitaria COVID-19*, n. 12/2020, 13 aprile 2020, si evidenziava la necessità di offrire servizi sanitari e supporto psicologico, usando soluzioni in telemedicina in caso di isolamento domiciliare indotto dalle norme di distanziamento sociale per quelle specifiche categorie di persone che necessitano di continuità assistenziale, pur non essendo state contagiate.

[42] L'obiettivo assunto in tale ambito è ambizioso: fare dell'Italia il primo Paese in Europa per assistenza domiciliare agli anziani. Attualmente, secondo i dati disponibili, la Germania e la Svezia assistono a domicilio circa il 9% degli over 65, mentre l'Italia, grazie anche a recenti interventi normativi come il Decreto Rilancio (d.l. 34/2020), ha raggiunto il 6%. Il PNRR punta a superare la soglia del 10%, segnando un cambio di paradigma nell'organizzazione dell'assistenza alle persone fragili. In senso critico A. PIOGGIA, *La sanità nel piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2022, p. 124, evidenzia i pericoli che potrebbero derivare da un mero aumento delle persone curate a domicilio, senza che a questo si accompagni un investimento anche sulla qualità, quantità e uniformità delle prestazioni. In particolare, l'assistenza domiciliare non è vista come alternativa al ricovero, ma le prestazioni sono eseguite da familiari o *caregiver*, i quali spesso non hanno le necessarie competenze professionali.

[43] Sulla difficoltà da parte dei residenti delle isole di raggiungere i presidi ospedalieri si rinvia a F. SAITTA, *La tutela della salute nelle isole minori: il punto della situazione*, in *Sanità Pubblica e Privata*, n. 4/ 2017, p. 5 e ss. L'Autore evidenzia come la distanza dalla terraferma renda difficili i trasporti e osserva inoltre che, in queste aree, gli investimenti nelle infrastrutture e la disponibilità di risorse professionali sono scarsi a causa del basso numero di abitanti.

2 della Costituzione[44].

In secondo luogo, vi è il problema delle disuguaglianze generazionali, riconducibile alla difficoltà, da parte di una fascia consistente della popolazione[45] – in particolare quella più anziana – di accedere e interagire efficacemente con le tecnologie digitali, a causa dell'assenza di competenze informatiche adeguate[46].

È bene, tuttavia, sottolineare che la telemedicina non deve porsi in alternativa o in sostituzione della medicina tradizionale, ma piuttosto come un ulteriore strumento integrativo, capace di ampliare e rendere più accessibile l'offerta sanitaria, garantendo continuità assistenziale e tempestività delle cure[47]. L'integrazione tra le diverse modalità di erogazione delle prestazioni è volta a migliorare efficacia, efficienza e appropriatezza della prestazione medica. In altri termini, si tratta di una pratica che va utilizzata in maniera complementare all'assistenza sanitaria tradizionale, utile nel momento in cui facilita le pratiche sanitarie dove la compresenza fisica dei partecipanti non è indispensabile, poiché consente al medico di intervenire sulla base dei dati trasmessi a distanza dal paziente mediante tecnologie informatiche, spostando così l'intervento sanitario dalla dimensione ospedaliera a quella territoriale[48].

Da un'altra prospettiva, che riguarda direttamente il rapporto tra sistema pubblico e sistema privato, la telemedicina viene sempre più identificata come mezzo per

---

[44] In termini M. C. SPENA, *La salute tra nuove sfide della contemporaneità. Digitalizzazione, privacy e modelli di governance*, Napoli, 2023, p.70 e ss. L'A. rileva anche la difficoltà di spostare la sanità in rete, a causa del progetto sull'approvazione della cd. autonomia differenziata, la quale implica una maggiore responsabilizzazione da parte delle regioni.

[45] Secondo gli ultimi dati forniti dall'Istituto Superiore della Sanità entro il 2050 la fascia di popolazione over 65 anni sarà pari al 22% della popolazione totale.

[46] In tal senso U. IZZO, P. GUARDIA, *Sanità elettronica, tutela dei dati personali e digital divide generazionale. Ruolo e criticità giuridica della delega alla gestione dei servizi di sanità elettronica da parte dell'interessato*, in *Trento law and technology research group research paper series*, n. 3/2010, p. 17. Si evidenzia la necessità di avviare un ampio processo di alfabetizzazione digitale, al fine di consentire a tutti i cittadini di acquisire le competenze tecnologiche indispensabili per interagire in modo efficace con gli strumenti di *e-health* messi a loro disposizione. Nello stesso senso C. NICOLOSI, *Telemedicina, PNRR e Piani di rientro sanitari: uniformità versus autonomia nell'organizzazione sanitaria?*, in *amministrativamente*, n.3/2024, p. 1058, si interroga sulla necessità di prevedere una valutazione di eleggibilità del paziente dal punto di vista clinico, tecnologico, culturale e di autonomia o disponibilità di un *caregiver* per l'utilizzazione dei sistemi informatici.

[47] L. FERRARO, *La telemedicina quale nuova (e problematica) frontiera del diritto alla salute*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, n.4-5/2022, p. 837. L'A. evidenzia i rischi di un possibile ricorso eccessivo alla sanità digitale, motivato da ragioni di bilancio e dei rischi in tema di riservatezza, dovuti alla gran mole di dati di salute trasmissibili attraverso i servizi di telemedicina.

[48] Tale intenzione è tradotta nel D.M. 77/2022, il quale definisce i nuovi modelli organizzativi e le linee guida per rafforzare l'assistenza sanitaria sul territorio. In particolare, la riforma si fonda su tre pilastri: Case di Comunità, Ospedali di Comunità e Assistenza Domiciliare Integrata. Sul tema si rinvia, *ex multis*, a G. RAZZANO, *La missione salute del PNRR: le cure primarie, fra opportunità di una "transizione formativa" e unità di indirizzo politico e amministrativo*, in *Corte Supreme e Salute*, n. 2/2022; G. BOTTINO, *Curare è prendersi cura: dalla medicina territoriale alla nuova medicina di comunità*, in *Secondo Welfare*, settembre 2022; F. PIZZOLATO, *Le Case della Comunità e il rapporto tra città e salute*, in *Diritti fondamentali*, n.1/2022; A. PIOGGIA, *Quale sostenibilità per il Servizio Sanitario italiano?*, in *Diritto amministrativo*, n.3/2024.

ridurre le liste d'attesa del settore pubblico, punto nevralgico del nostro sistema sanitario[49]. Infatti, i tempi eccessivamente lunghi per ottenere una diagnosi o per accedere a prestazioni specialistiche possono seriamente mettere in discussione l'effettività del diritto alla salute, con evidenti ripercussioni anche sul piano dell'equità sociale.

In assenza di risposte tempestive da parte del sistema pubblico, il diritto alla salute tende a configurarsi come un diritto condizionato alla disponibilità economica del singolo, creando una frattura tra titolarità formale del diritto e possibilità concreta di esercitarlo[50]. In altre parole, può curarsi in tempo solo chi ne ha le possibilità.

I dati più recenti ne forniscono una dimostrazione lampante: risulta che, su 100 tentativi di prenotazione di visite o esami specialistici nel pubblico, in circa 40 casi i cittadini finiscono per rivolgersi al settore privato, con marcate disomogeneità territoriali, in quanto le percentuali più elevate si registrano nel mezzogiorno e nelle isole, soprattutto tra le fasce di popolazioni più fragili[51]. Alla luce di quanto rilevato, il ricorso alle strutture private tende a far riemergere le disuguaglianze che il sistema pubblico aveva il compito di eliminare e, tenuto conto della complessità delle conseguenze che ne derivano, interviene la telemedicina, configurandosi non solo come strumento innovativo di erogazione delle cure, ma anche come possibile filtro organizzativo, capace di alleggerire il carico delle strutture ospedaliere e indirizzare in modo più razionale l'accesso alle prestazioni in presenza[52].

Ciò consente, in linea teorica, di ridurre le liste d'attesa di accesso al servizio pubblico e di riservare le risorse disponibili ai pazienti con effettive urgenze cliniche, limitando il ricorso al privato, spesso dettato, come anticipato, dall'urgenza e dall'impossibilità di attendere i tempi del sistema pubblico[53].

---

[49] In merito alle liste d'attesa, R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Pubblico e privato nella tutela della salute. Sulle misure introdotte dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza e dalle nuove disposizioni in tema di assistenza territoriale,* in *Nuove autonomie,* n. 3/2022, p. 790, rileva che nella legge annuale per il mercato e la concorrenza in tema di tutela della salute è stato previsto l'obbligo per tutti i soggetti (pubblici e privati accreditati) di indicare sul proprio sito internet i tempi di attesa previsti e quelli medi effettivi per ciascuna prestazione erogata, in modo da attuare il principio di trasparenza e soprattutto, orientare l'utenza favorendo una scelta consapevole.

[50] Come osservato da L. ANTONINI, *Il diritto alla salute e la "spesa costituzionalmente necessaria",* in *federalismi.it,* n.22/2017, p.3, il diritto alla salute è tra i diritti sociali quello che maggiormente dipende dalle risorse pubbliche stanziante.

Per tutelare il diritto alla salute sono sempre indispensabili strutture e professionisti (medici, infermieri, etc.) che lo garantiscano.

[51] Dal *Rapporto annuale 2025. La situazione del Paese* dell'Istat emerge che nel 2024, quasi 1 italiano su 10 ha rinunciato a cure necessarie. Si tratta del dato più alto degli ultimi anni: si passa dal 6,3% nel 2019 al 9,9% di oggi.

[52] In questi termini C. MENEGON, L. DEL BENE, *Il ruolo della telemedicina nella gestione delle liste di attesa e nell'ampliare l'accesso a prestazioni di specialistica ambulatoriale. L'esperienza nella Regione del Veneto,* in *Mecosan,* n.130/2024, p. 69 e ss.

[53] Al fine di superare il problema delle liste d'attesa, nel 2019 è stato approvato il nuovo Piano nazionale per il governo delle liste d'attesa (PINGLA), il quale prevedeva l'obbligo per le regioni e per le province autonome di adottare di adottare un Piano regionale di governo delle liste di attesa (PRGLA) in cui vengano fissati i tempi massimi di attesa per tutte le prestazioni erogate sul proprio territorio.

5. Conclusioni. Spunti per la valorizzazione della pluralità degli attori del sistema sanitario.

Le criticità emerse, tanto con riferimento al Fascicolo Sanitario Elettronico, quanto all'utilizzo della telemedicina, evidenziano l'impossibilità di mettere in discussione il ruolo centrale del sistema sanitario pubblico, a favore di un'espansione incontrollata della sanità privata. Il rischio concreto è quello di una progressiva privatizzazione "di fatto" del sistema, che si determinerebbe non per scelta politica, ma come conseguenza dell'incapacità del settore pubblico di fornire risposte adeguate e tempestive ai bisogni di salute della popolazione.

Non si può, tuttavia, negare la necessità di operare un ripensamento complessivo del modello di *governance* del Sistema Sanitario Nazionale, superando la rigida dicotomia tra pubblico e privato, dal momento che l'attuale disarticolazione territoriale[54] e la frammentazione normativa[55] hanno finito per erodere i principi fondanti del sistema, con il rischio di svuotarne la portata costituzionale.

In tale contesto, il coinvolgimento del privato non deve essere inteso come una mera alternativa allo Stato, ma come un'opportunità di integrazione virtuosa e di miglioramento strutturale del sistema[56], in cui assume una portata rivoluzionaria l'innovazione digitale, che può e deve essere uno strumento per rafforzare l'equità e non un moltiplicatore di disuguaglianze[57].

Occorre, però, un cambiamento di prospettiva: non basta introdurre nuove

[54] La disarticolazione territoriale provoca il fenomeno della cd. migrazione sanitaria, ossia lo spostamento di molti cittadini, soprattutto del mezzogiorno, verso altre regioni per ottenere prestazioni sanitarie non disponibili, o non erogate in tempi congrui, nel proprio territorio di residenza. Peraltro, la mobilità sanitaria è un'opzione solo per chi dispone di adeguati mezzi economici. Sul tema cfr. G. COSTA, C. DI GIROLAMO, *Salute disuguale: un metro per valutare l'impatto dei cambiamenti,* in *Politiche sociali,* n. 3/2023, p. 456; G. MESSINA, *Declino demografico e divari nell'offerta di servizi pubblici nel Mezzogiorno: un circolo vizioso da disinnescare*, in *Rivista economica del Mezzogiorno,* n.1-2/2024.

[55] Un chiaro esempio della frammentazione normativa è stato recentemente rilevato nel parere n. 881/2022 del Consiglio di Stato, reso sul D.M. 77/2022. Pur esprimendo un giudizio complessivamente favorevole, il Supremo Consesso ha sottolineato l'assenza di adeguati raccordi con la disciplina preesistente, auspicando un intervento di semplificazione volto a espungere dall'ordinamento le disposizioni ormai superate.

[56] Per F. SAITTA, *Il servizio sanitario nazionale: punti fermi e prospettive evolutive*, in *Nuove autonomia,* n. 1-2/2024, p. 98, bisogna affermare un nuovo rapporto tra settore pubblico e settore privato, secondo cui lo Stato assume, da un lato, la funzione di stimolatore dell'evoluzione di assetti organizzativi chiamati ad annullare l'inefficienza della sanità e, dall'altro, la funzione di regolatore, cioè di ordinatore che agisce in modo promozionale della società civile per scongiurare i rischi del privatismo sanitario. Al tempo stesso, al settore privato, spetta il duplice compito di fornire le risorse aggiuntive, rispetto a quelle raccolte con la fiscalità generale, per rendere sostenibile un *welfare* sanitario di tipo universalistico e di contrastare le tentazioni ricorrenti di dirigismo economico e politico, mostrando, con i fatti, come si possa arrivare a esiti socialmente ottimali in sanità.

[57] A. COIANTE, *L'implementazione della telemedicina come elemento strutturale del SSN: dalla frammentarietà all'uniformità. La stabilizzazione post-PNRR e il possibile ruolo dei LEA*, *op.cit.*, p.65. L'A. propone l'istituzione di una nuova categoria di Lea digitali, dedicata all'erogazione di prestazioni sanitarie erogate mediante strumenti tecnologici, in modo da garantire *standard* comuni sull'intero territorio nazionale. Tale proposta, tuttavia, implica la trasformazione dei fondi straordinari del PNRR in risorse permanenti, indispensabili per garantirne la continuità oltre la scadenza dei finanziamenti europei.

tecnologie, ma bisogna rafforzare l'intervento pubblico, garantire un adeguato finanziamento al Servizio Sanitario Nazionale e, soprattutto, pianificare il ruolo del privato in modo coerente con gli obiettivi del sistema pubblico, e cioè creare una forma di pianificazione concertata e partecipata in grado di produrre processi di collaborazione tra tutte le istituzioni[58], i gruppi e le associazioni che compongono il sistema sanitario[59].

Questo è ancora più urgente se si considera che il sistema pubblico è oggi vincolato a parametri finanziari precostituiti, che finiscono per configurare il diritto alla salute come un "diritto finanziariamente condizionato", visto che il legislatore deve necessariamente tenere in conto altri principi e valori costituzionalmente protetti, tra cui l'esigenza di equilibrio della finanza pubblica[60].

Del resto, la sfida che si pone è quella di perseguire un contemperamento tra l'esigenza di contenimento della spesa pubblica e la tutela dei diritti sociali[61]. In questo contesto, il bilanciamento non può tradursi in una compressione indiscriminata delle tutele, ma deve ispirarsi a criteri di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza, assicurando che anche nei momenti di crisi economica sia preservato quel nucleo essenziale delle prestazioni, che rappresenta il minimo inderogabile di tutela per ogni individuo[62].

La posta in gioco, infatti, non è solo il futuro del Servizio Sanitario Nazionale, ma più

---

[58] F. GAMBARDELLA, *La tutela integrata della salute e dell'ambiente per l'approccio one health, op.cit.*, p. 44 e ss. Nell'articolazione tra livello centrale e regionale, l'azione amministrativa è organizzata secondo lo schema della *stewardship*. Ciò implica il riconoscimento all' amministrazione del ruolo di guida di un processo decisionale, il quale non viene esercitato attraverso imposizioni dall'alto, bensì mediante un percorso condiviso di scelte con le altre realtà amministrative coinvolte nell'attività di cura. Infatti, il modello *stewardship* si basa su due parole chiave: guida e collaborazione.

[59] In questi termini si veda S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p.74, secondo cui "*le politiche di welfare devono essere caratterizzate da diritti e servizi sociali che si convertono in doveri dello Stato e in obblighi di soggetti economici privati finalizzati alla garanzia dei diritti fondamentali e delle condizioni per il loro esercizio*".

[60] Su tali aspetti cfr. Corte Cost. 27 luglio 2011, n. 248, secondo cui *"la natura di diritto finanziariamente condizionato del diritto alla salute in relazione alle insopprimibili esigenze di riequilibrio finanziario, per cui "la particolarità del SSN richiede al legislatore ordinario di bilanciare le esigenze, da un lato, di garantire egualmente a tutti i cittadini, e salvaguardare, sull'intero territorio nazionale, il diritto fondamentale alla salute, nella misura più ampia possibile; dall'altro, di rendere compatibile la spesa sanitaria con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che è possibile ad essa destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi da realizzare in questo campo"*. Nello stesso senso si vedano Corte Cost., sent. nn. 111 del 2005, 203 del 2008, 248 del 2011, 203 del 2016, in *www.cortecostituzionale.it*.

Su tale tema si rinvia a S. TUCCILLO, *La Corte Costituzionale e i limiti all'autonomia regionale nella disciplina degli istituti del procedimento amministrativo. Livelli essenziali delle prestazioni e strumenti di semplificazione,* in M. A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023.

[61] Come rileva S. SPATOLA, *Il solito dilemma: il finanziamento della salute tra effettività della tutela ed esigenze di bilancio. Evoluzione, critiche e prospettive alla luce del recente dibattito sociale*, in *Corti supreme e salute*, n. 3/2023, p. 715 e ss., la discrezionalità del legislatore è limitata dall'alto dalle regole europee di stabilità economica e dal basso, sia dal nucleo essenziale del diritto alla salute, che dalle necessità finanziarie degli altri diritti.

[62] Sulla necessità di superare la mera logica economica nell'erogazione delle prestazioni P. D'ONOFRIO, *Il diritto alla salute tra tradizione costituzionale ed innovazione digitale*, Milano, 2022, p. 248. "*La tutela della libertà di iniziativa economica sembra ancora essere trattata come "gentile concessione", perdendo di vista la sua strumentalità rispetto ai benefici che l'apertura alla concorrenza rende alla collettività, in termini di incremento della qualità prestazionale."*

in generale il futuro del nostro modello di *welfare*, fondato sull'idea che il benessere delle persone – in termini di salute, istruzione, assistenza, previdenza, abitazione – sia un diritto garantito, non una variabile dipendente dalle possibilità individuali[63]. In questo senso, nel momento in cui lo Stato non è più in grado di garantire tale forma di benessere, si propone l'idea di un *welfare mix*, ossia della cooperazione tra poteri pubblici e soggetti privati nella realizzazione di fini propri dello Stato sociale[64]. In tale contesto, come rilevato, non può essere trascurato il contributo dato dal cd. privato *non profit,* gli Enti del Terzo Settore, i quali possono svolgere un ruolo di *"need detectors"* e di intermediazione tra la cittadinanza e le istituzioni[65]. In particolare, grazie alla capacità di intercettare "dal basso" in modo tempestivo le esigenze dei cittadini, si trasformano da meri portatori della domanda dei bisogni a soggetti che concorrono alla configurazione dell'offerta dei servizi[66].

A ben vedere, già nel corso dell'emergenza pandemica era emersa l'importanza della costruzione di una rete di sussidiarietà e di inclusione, idonea a garantire servizi adeguati, anche agli utenti che incontrano difficoltà a ricorrere al servizio pubblico, sia al settore privato *for profit* a causa dei costi eccessivi[67].

In definitiva, ciò che davvero rileva è la cura della persona in quanto tale, risultando indifferenti le qualità soggettive delle strutture di servizio abilitate a conseguire tale obiettivo, anche al fine di garantire la salute come stabilito dalla definizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, secondo cui la salute è "uno stato di totale benessere fisico, mentale e sociale", e non semplicemente "assenza di malattie o infermità"[68].

È necessario tornare a considerare la sanità come una risorsa e non soltanto come un

---

[63] In questi termini M. DEL SIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica,* in *Diritto Amministrativo,* n. 3/2018, p. 615. Allo stesso tempo, l'A. si mostra critica rispetto al rischio di un'abdicazione da parte dello Stato di compiti che dovrebbero restare ineludibili sulla base del dettato costituzionale finché perdurino ostacoli sociali ed economici, tali da impedire il pieno sviluppo della persona.

[64] C. ACOCELLA, *Il Welfare nella prospettiva della ripresa e resilienza: nuovi punti di equilibrio tra sostenibilità economica e sostenibilità sociale,* in A. LAMBERTI (a cura di), *Ambiente, Sostenibilità e principi costituzionali,* Napoli, 2023, p. 113 e ss. L'A. vede negli obiettivi di *welfare* previsti nel PNRR un nuovo snodo nel percorso degli ultimi decenni teso a tenere assieme la sostenibilità economica e la sostenibilità sociale.

[65] In termini G. COSTA, F. DE LUCA, *Il ruolo delle associazioni di volontariato nelle Case della Salute e nelle Case di Comunità: un approfondimento empirico*, in *"Autonomie locali e servizi sociali"*, n. 1/2023, p. 101 e ss.

[66] Sul ruolo del privato sociale nelle collaborazioni in sanità cfr. S. CATUOGNO, *Il partenariato pubblico-privato in sanità. Il ruolo del non profit e le implicazioni sulla performance, op.cit.* Si distingue il ruolo di *advocacy,* inteso nel senso di protezione dei diritti lesi dall'operatore sanitario, sia nel senso di promozione dell'interazione con le strutture sanitarie pubbliche; ruolo di raccolta e ri-allocazione delle risorse, riferito sia all'attività delle casse sanitarie aziendali, sia al finanziamento della ricerca scientifica (esempio è la fondazione Telethon); ed infine, il ruolo produttivo, vale a dire, il contributo alla produzione e alla erogazione dei servizi assistenziali di base, specialistici, ospedalieri, domiciliari, riabilitativi, di emergenza e socio-sanitari, laddove questi servizi non siano prodotti nella quantità o nella qualità sufficiente, né dal mercato, né dall'operatore pubblico.

[67] Così M. PETRACHI, *Welfare sussidiario, salute e inclusione sociale. Il contributo del Terzo Settore,* in *federalismi.it,* n. 1/2023, p.196 e ss.

[68] In questi termini R. FERRARA, *Il servizio sanitario nazionale oggi e gli operatori privati nel campo della sanità: qualche semplice spunto di riflessione*, *op.cit.*, p. 177.

ISSN 2036-7821

costo, promuovendo un modello sostenibile in cui l'obiettivo del servizio pubblico non sia la massimizzazione del profitto, ma l'individuazione dei reali bisogni di salute dei cittadini e delle modalità più efficaci per soddisfarli in modo continuativo, stabile e uniforme sul territorio, attraverso un sistema in grado di prendersi realmente cura del paziente[69].

Perché, come affermava il titolo di un noto documento programmatico degli anni Settanta, e che oggi più che mai merita di essere ricordato, la sanità deve essere per tutti e non deve trasformarsi in un privilegio[70].

[69] Sulla nozione di sanità sostenibile cfr. A. PIOGGIA, *Quale sostenibilità per il Servizio Sanitario italiano?*, *op.cit.*, p.731. L'A. afferma che la sanità sostenibile è in prima battuta una sanità pubblica, che opera con logiche diverse da quelle strettamente economiche, ma ciò non vuol dire trascurare la dimensione economica della sostenibilità. Bisogna superare l'approccio concorrenziale tra pubblico e privato, a favore della logica collaborativa.

[70] Il riferimento è alla Dichiarazione di Alma-Ata, adottata nel 1978 durante la Conferenza Internazionale sull'Assistenza Sanitaria Primaria promossa dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e dall'UNICEF.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il perimetro di legittimità dell'art. 42 bis d.p.r. n. 327 del 2001 e la rinuncia abdicativa all'attenzione delle Sezioni Unite. Quali tutele per il privato?

di **Antonino Ripepi**

(Procuratore dello Stato presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Reggio Calabria)

Sommario

1. Il quadro normativo e giurisprudenziale originario. 2. La legittimità dell'art. 42-bis t.u. espropriazioni, tra Consulta e Corte EDU. 3. La rinuncia abdicativa nella giurisprudenza civile e nel parere dell'Avvocatura Generale dello Stato. 4. L'Adunanza Plenaria e la sconfessione della teoria dell'atto implicito. 5. Analisi delle ordinanze di rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione. 6. La sentenza delle Sezioni Unite. 7. Conclusioni.

Abstract

This contribution aims to investigate a theme, that of the relationship between art. 42 bis (whose legitimacy has been confirmed by the Constitutional Court and the ECHR) and abdicative renunciation, of great relevance in our legal system, given the impact of the well-known judgments of the Plenary Assembly of the Council of State (nos. 2, 3, 4 of 2020) on the protections that can be enjoyed by the private individual in the face of the exercise of the expropriation power. In closing, we acknowledge the recent referrals to the Court of Cassation with reference to the very configurability of the implicit renunciation, a fundamental theme to the extent that the civil jurisprudence following the arrests of the Plenary Assembly has shown that it does not share the position taken by the latter.

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

1. Il quadro normativo e giurisprudenziale originario.

L'istituto di cui all'art. 42-bis D.P.R. n. 327/2001 sorge sulle ceneri dell'abrogato art. 43 del medesimo Testo Unico e delinea i rapporti tra autorità e libertà nel delicato settore della proprietà privata, al crocevia tra diritto interno ed europeo[1]. Ai sensi dell'art. 42 Cost., infatti, la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che provvede anche a individuarne i limiti, i quali possono derivare dal rapporto con altri interessi privati o, per quanto di rilievo nel diritto amministrativo, con interessi superindividuali[2].

La disamina della citata disposizione postula una ricostruzione degli istituti dell'occupazione acquisitiva e usurpativa[3], che l'art. 42-bis cit. ha contributo a superare definitivamente[4].

Nella seconda metà del secolo scorso, si era posto il problema della lesione del diritto di proprietà derivante da occupazioni illegittime, in quanto sorrette da una dichiarazione di pubblica utilità viziata, o addirittura illecite per radicale difetto di qualsivoglia provvedimento dichiarativo della pubblica utilità. In tale contesto, la Corte di Cassazione aveva elaborato due istituti volti a contemperare i problemi legati a tali violazioni, che spesso sfociavano nella trasformazione del bene immobile per scopo di pubblica utilità, con il riconoscimento di un'adeguata riparazione sul piano economico del proprietario.

In assenza di un dato normativo che regolasse i fenomeni di espropriazione illegittima da parte della P.A., la giurisprudenza ha, nel tempo, elaborato e messo a punto due sistemi rimediali, per consentire al soggetto pubblico di conseguire la proprietà di ciò che fosse stato illegittimamente espropriato e/o costruito: l'occupazione acquisitiva e l'occupazione usurpativa[5].

Il primo, anche definito come "accessione invertita", a significare l'inversione del

---

[1] Rilevano notevoli differenze tra il diritto di proprietà così come espresso dall'art. 42 Cost. e il diritto di proprietà garantito a livello europeo, ove non si menziona la funzione sociale e tale diritto è ispirato a una concezione individualista. Sul punto, v. E. BRUNETTO, *Acquisizione sanante e riparto di giurisdizione tra antiche questioni e nuove prospettive*, in *Ratio iuris*, disponibile in https://ratioiuris.it/acquisizione-sanante-e-riparto-di-giurisdizione-tra-antiche-questioni-e-nuove-prospettive/. V. anche L. MACCARI, *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante. Il commento,* in *Urb. app.*, 2011, 10, 1143.

[2] Come si legge in U. NICOLINI, *Espropriazione per pubblica utilità*, Enc. Dir., Milano, 1966, XV, 802: "*i rapporti fra lo Stato e la proprietà costituiscono, insieme con quello della libertà dell'individuo, il problema cardine della vita organizzata socialmente; e l'espropriazione per pubblica utilità costituisce il punto di incontro più drammatico tra l'autorità dello stato e l'autonomia privata*".

[3] R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006; ID., *Diritto di proprietà e CEDU, Itinerari giurisprudenziali europei*, Roma, 2012; ID., *Commento all'art. 43*, in AA. VV., *L'espropriazione per pubblica utilità nel nuovo testo unico,* a cura di F. CARINGELLA – G. DE MARZO, Milano, 2005, 455 ss.

[4] N. CARDULLO, *Dall'incostituzionalità dell'art. 43 t.u. espropriazioni alla possibile incostituzionalità dell'art. 42 bis t.u. espropriazioni: la storia (infinita?),* in www.amministrativamente.com, 5-6/2014.

[5] Sul tema delle occupazioni abusive della Pubblica Amministrazione, F. VOLPE, *Le espropriazioni amministrative senza potere*, Padova, 1996; G. SANTANIELLO, *Espropriazione (voce), d) espropriazioni anomale*, in Enc. Dir., vol. XV, Milano, 1966; M. COMPORTI, L'occupazione illegittima di immobili fra la disciplina della proprietà e quella dell'illegalità, in Riv. Giur. Ed., 1981.

ISSN 2036-7821

meccanismo dell'accessione, modo di acquisto della proprietà a titolo originario, regolato dagli artt. 934 e ss. c.c., si fondava sull'acquisto della proprietà del fondo da parte della P.A. che vi avesse costruito sopra, in forza della destinazione funzionale dell'opera realizzata.

In sostanza, con l'occupazione acquisitiva (o accessione invertita), la P.A., pur in assenza di un provvedimento di esproprio, acquistava la proprietà del fondo per effetto della sola dichiarazione di pubblica utilità dell'opera e, quindi, destinazione funzionale dell'opera al soddisfacimento dell'interesse pubblico.

In particolare, la fattispecie acquisitiva dell'accessione invertita, secondo la giurisprudenza, si perfezionava in conseguenza della irreversibile trasformazione del fondo[6]: da questo fatto, poi, si configurava un illecito aquiliano da parte della P.A., realizzatrice del danno ingiusto da estinzione del diritto di proprietà privata del soggetto espropriato[7]. Più nel dettaglio, l'illecito aquiliano sarebbe stato istantaneo con effetti permanenti.

La giurisprudenza ha poi accostato e distinto dall'ipotesi dell'occupazione acquisitiva quella della occupazione usurpativa, caratterizzata da una più grave forma di illegittimità, poiché perpetrata dalla P.A. oltreché in assenza di un valido provvedimento di esproprio, financo senza una dichiarazione di pubblica utilità[8].

---

[6] In tal caso, si verificava un'inversione del principio civilistico, sotteso al modo di acquisto della proprietà dell'accessione, per cui *superficies solo cedit*. In particolare, il privato, a fronte dell'irreversibile trasformazione del bene di proprietà privata compiuta in funzione del perseguimento di un'utilità pubblica, perdeva la proprietà del bene (art. 938 c.c.) e, quindi, la possibilità di ottenerne la restituzione, nonostante l'illegittimità del procedimento espropriativo e la mancanza di un titolo idoneo a determinare il trasferimento della proprietà dalla sfera privata a quella pubblica.

[7] Tale istituto ha sempre posto il dilemma derivante del fatto che, paradossalmente, da un'azione amministrativa illegittima (o, a seconda dei punti di osservazione, illecita) dovrebbe derivare l'acquisto del diritto di proprietà. Sul punto, è illuminante Cass., Sez. Un., ord. 13 gennaio 2014, n. 442, in Federalismi.it, ove si legge: "ci si chiede se alla P.A. che abbia commesso un fatto illecito, fonte per qualsiasi soggetto dell'obbligazione risarcitoria/restitutoria di cui agli art. 2043 e 2058 cod. civ., possa essere riservato un trattamento privilegiato (conforme alla normativa dell'art. 3 Cost.) ed attribuita la facoltà di mutare, successivamente all'evento dannoso prodotto nella sfera giuridica altrui, e per effetto di una propria unilaterale manifestazione di volontà, il titolo e l'ambito della responsabilità, nonché il tipo di sanzione (da risarcimento in indennizzo) stabiliti in via generale dal precetto del "neminem laedere" per qualunque soggetto dell'ordinamento. Soprattutto al lume del principio costituzionale (ritenuto da Corte Cost. 204/2004 "una conquista liberale di grande importanza") che nel sistema vigente è privilegiata la tutela della funzione amministrativa e non della p.a.".

[8] Questa distinzione implicava una rilevante ripercussione applicativa sulle problematiche concernenti il risarcimento del danno patito dal proprietario. Infatti, l'occupazione acquisitiva, comportante l'estinzione del diritto di proprietà del privato e l'acquisizione a titolo originario in capo all'ente costruttore, costituiva un fatto illecito (istantaneo, sia pure con effetti permanenti), che abilitava il privato a chiedere, nel termine prescrizionale di cinque anni dal momento dell'irreversibile trasformazione del fondo, la condanna dell'ente medesimo a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà. Il *dies a quo* del termine quinquennale avrebbe dovuto essere individuato nel momento (invero, non sempre facilmente localizzabile) in cui si era realizzata l'irreversibile trasformazione del bene occupato, o, secondo altri, nel momento della scadenza del termine di occupazione legittima. Sul punto, rileva G. MARI che "l'unico elemento di differenziazione ancora esistente tra le due ipotesi riguarderebbe, invece, l'individuazione del dies a quo di commissione dell'illecito: in caso di occupazione usurpativa, esso va identificato nel momento dell'immissione in possesso da parte dell'amministrazione, mentre in caso di occupazione appropriativa nella scadenza del termine di occupazione

ISSN 2036-7821

In questo caso, al privato illegittimamente espropriato non restava che rinunciare alla proprietà e chiedere il risarcimento dei danni: a differenza dell'occupazione acquisitiva, il momento dell'estinzione del diritto di proprietà coincideva con la decisione del privato di rinunciare al bene. L'illecito della P.A. era permanente e non istantaneo: si rinnovava ogni giorno finché il privato non avesse rinunciato al bene.
Il sistema così delineato, di creazione giurisprudenziale, dunque, lasciava al privato il solo ristoro del risarcimento del danno, senza nessuna possibilità di ottenere la restituzione del bene.
In sostanza, si trattava di una forma di espropriazione sostanziale priva di base legale certa e, come tale, censurata dalla Corte EDU perché ritenuta in contrasto con la tutela che il Protocollo addizionale della CEDU riconosce alla proprietà privata, per di più non prevedibile per il privato, poiché affidata alla sola elaborazione giurisprudenziale[9]. La Corte ha affermato, in particolare, necessità che l'espropriazione del privato si fondasse sul rispetto del principio di legalità e che avvenisse per mezzo di un provvedimento che ne spiegasse le ragioni di interesse pubblico, oltreché di un indennizzo[10].
A fronte di un siffatto quadro normativo e giurisprudenziale interno, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha dunque statuito il contrasto degli istituti costruiti in via pretoria con l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU, che sancisce il diritto al pacifico godimento della proprietà e la garanzia che l'eventuale privazione del possesso avvenga nel rispetto delle regole normativamente fissate, quali principi sulla cui base interpretare il potere riconosciuto agli Stati contraenti di controllare l'uso della proprietà per la soddisfazione dell'interesse generale. Il rispetto del principio di legalità, a giudizio della Corte EDU, è prioritario rispetto alla verifica di un giusto bilanciamento tra interesse pubblico e interesse privato. Quanto allo strumentario rimediale, la Corte EDU, pur rilevando che la restituzione del bene costituiva la forma più adeguata di riparazione a favore del proprietario illegittimamente spogliato del suo bene, ha comunque ammesso la possibilità di una tutela per equivalente, purché la somma versata al privato a titolo di indennizzo costituisca un "serio ristoro".

---

legittima del terreno" (EAD., *Rassegna delle questioni ancora aperte sull'acquisizione sanante ex art. 43 d.p.r. n. 327 del 2001: i persistenti dubbi di legittimità costituzionale*, in Riv. giur. edilizia, fasc. 6/2008, 147.

[9] Corte EDU, 17 maggio 2005, Scordino c. Italia; 17 maggio 2005, Pasculli c. Italia; 19 maggio 2005, Acciardi e Campagna c. Italia. Cfr., altresì, i simili casi Binotti c. Italia del 17 novembre 2005 e De Sciscio c. Italia del 20 aprile 2006.

[10] Per il rapporto tra CEDU e ordinamento interno con riferimento al diritto di proprietà, v. ampiamente F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, 327. In altro scritto, l'A. ricorda che "un profilo fortemente individualistico si materializza nelle sentenze in tema di proprietà privata, sempre considerata diritto umano individuale, anche quando questa idea contrasta con le Costituzioni nazionali (come la nostra) che non lo ritengono tale" (ID., *I diritti umani sono diritti soggettivi non limitabili dal potere amministrativo*, in *LexItalia.it*, n. 10/2009.

ISSN 2036-7821

2. La legittimità dell'art. 42-bis t.u. espropriazioni, tra Consulta e Corte EDU.

E proprio per porre rimedio alle incoerenze con la Convenzione europea rilevate dalla Corte EDU, è stato emanato l'art. 43 d.P.R. n. 327/2001[11], che, nelle intenzioni del legislatore, aveva il fine di ovviare alla mancanza di una base legale dell'acquisizione del bene alla proprietà pubblica come effetto di occupazioni *sine titulo* unitamente all'intervenuta trasformazione del bene, attribuendo all'Autorità, "che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità", il potere di disporre, "valutati gli interessi in conflitto", l'acquisizione al suo patrimonio indisponibile. La P.A. avrebbe potuto acquisire, ora per allora e retroattivamente, il bene che aveva illegittimamente espropriato, liquidando al privato un indennizzo correlato al valore venale[12].

Tale meccanismo sarebbe stato dichiarato incostituzionale dalla Corte costituzionale con sentenza n. 293/2010[13], ancorché per ragioni formali, di eccesso di delega, che, infatti, era diretta ad un riordino e non ad innovare. La Corte Costituzionale, in *obiter*, affermò comunque che il contenuto dell'art. 43 non sarebbe stato in linea con il dettame del Protocollo CEDU ed il preventivo ammonimento della Corte EDU[14].

---

[11] L. MARUOTTI, Art. 43, in F. CARINGELLA – G. DE MARZO – R. DE NICTOLIS, *L'espropriazione per pubblica utilità*, 2ª ed., Milano, 2003.

[12] Per una ricognizione delle critiche mosse a tale disposizione e al regime da essa previsto, v. G. FRANCESCO ROMANO, *Illegittimità del procedimento di esproprio e obbligo di restituzione del bene*, in *Riv. giur. edilizia*, fasc. 2/2012.

[13] Vedila in Consulta Online, con commenti di F. PATRONI GRIFFI, *Prime impressioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010, in tema di espropriazione indiretta*, in Federalismi.it, n. 19/2010; in particolare, l'A. evidenzia che "Il quadro giurisprudenziale e lo stesso dibattito dottrinale erano tanto incerti e variegati, anche in considerazione della varietà dei casi concreti, che questa situazione è stata all'origine delle ripetute condanne dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha, tra l'altro, sempre rifiutato la rilevanza, quanto all'effetto di violazione della Convenzione, tra occupazione appropriativa ed occupazione usurpativa, ricomprendendo entrambe nel genere indifferenziato dell'espropriazione indiretta. Questa, in sintesi, è contrassegnata dall'assenza di una base legale e da una illegittima compressione del ristoro economico e, più in generale, proprio alla luce della giurisprudenza nazionale, da un quadro privo di una "regolamentazione stabile, concreta e prevedibile". V. anche A. GUAZZAROTTI, *"Seguito" delle sentenze CEDU e opportunismi legislativi*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 25 febbraio 2011; S. SALVAGO, *(Prima) declaratoria di incostituzionalità per la c.d. «acquisizione (coattiva) sanante» Nota a Corte Costituzionale, 8 ottobre 2010, n. 293*, in Giust. civ., fasc. 2/2011.

[14] La Consulta ha evidenziato, in particolare, come la norma fondasse una "espropriazione indiretta", suscettibile di porsi in violazione del principio di legalità in quanto non suscettibile di assicurare un sufficiente grado di certezza, risolvendosi in un aggiramento della espropriazione "in buona e dovuta forma", che consentiva all'Amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da azioni illegali.

In secondo luogo, si è censurata la parte della disposizione che contemplava la c.d. acquisizione giudiziaria, riguardante le ipotesi in cui la Pubblica Amministrazione, nel corso del giudizio per l'annullamento di un atto del procedimento ablatorio o per la restituzione del bene utilizzato per scopi di interesse pubblico, avesse chiesto al giudice di disporre, in caso di fondatezza della domanda, la condanna al risarcimento del danno per equivalente, con esclusione della restituzione del bene espropriato. In tal modo, infatti, l'esercizio del potere ablativo, di natura discrezionale, anziché svolgersi in sede procedimentale con le garanzie partecipative e gli oneri istruttori e motivazionali propri del procedimento e provvedimento amministrativo, si sarebbe manifestato attraverso un'eccezione processuale sollevata dalla difesa dell'Amministrazione, e la relativa decisione finale sarebbe stata

Per colmare il vuoto normativo così delineatosi, il legislatore è intervenuto con l'art. 42-bis del d.P.R. n. 327/2001, inserito dall'art. 34 D.L. 6 luglio 2011, n. 98, convertito nella legge 15 luglio 2011, n. 111. La nuova norma si differenzia radicalmente dalla precedente in quanto 1) non prevede più la c.d. acquisizione giudiziaria; 2) contempla esplicitamente l'effetto ex nunc (e non, alla stregua di una sanatoria, ex tunc) dell'acquisto disposto dalla P.A.; 3) prevede l'obbligo, imposto a quest'ultima, di una motivazione rafforzata, stringente e assistita dalle garanzie partecipative delineate dalla L. n. 241/1990, che evidenzi le ragioni attuali ed eccezionali che dimostrino sia la sussistenza dell'interesse pubblico, sia la non praticabilità, nel caso concreto, di soluzioni alternative.

Nel nuovo sistema, dunque, la P.A., all'esito della valutazione delle circostanze e comparati gli interessi in conflitto secondo i criteri previsti dal comma 4 dell'art. 42-bis, è posta dinanzi all'alternativa, oggetto di valutazione provvedimentale, di disporre l'acquisizione o di restituire l'area al proprietario previo ripristino dello stato anteriore, affrontando le spese di demolizione e di ripristino[15].

Nel caso di acquisizione del bene da parte della P.A., l'art. 42-bis cit. disciplina la misura dell'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale conseguente alla perdita definitiva del bene, valutato al valore venale (al momento del trasferimento, alla stregua del criterio della *taxatio rei*), maggiorato della componente non patrimoniale (dieci per cento senza onere probatorio per l'espropriato), e con salvezza della possibilità, per il proprietario, di provare ulteriori autonome voci di danno. Nel caso, invece, in cui la P.A. non intenda acquisire il bene al proprio patrimonio indisponibile, si ritiene che il principio di legalità e di buon andamento (artt. 97 Cost., 1 L. n. 241/90) impongano il dovere, in capo alla prima, di far venir meno la occupazione *sine titulo*, ossia di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto non incisa dall'occupazione medesima, attraverso la restituzione previa rimessione in pristino.

Tanto premesso su tali controversie ermeneutiche, si osserva che il "nuovo" art. 42-bis (e il conseguente assetto di tutele) è stato considerato soddisfacente sia dalla Corte costituzionale, che ha rigettato le qq.ll.cc. proposte contro l'art. 42-bis cit., sia – da ultimo – dalla Corte EDU, come si dirà[16].

---

rimessa all'organo giudicante, in violazione del principio di separazione dei poteri e dell'esigenza di delineare il potere di acquisizione in termini più certi e prevedibili.

[15] Il privato, a fronte dell'inerzia della P.A., potrà tutelarsi agendo contro il silenzio inadempimento (art. 31 e 117 c.p.a.), a fronte del quale, in considerazione della natura discrezionale e non vincolata del potere rimesso alla P.A., il G.A. non potrà condannare la prima a un *facere* specifico, ma potrà semplicemente imporre l'obbligo di provvedere in generale, ferma restando la discrezionalità della valutazione in capo alla P.A.

[16] La Corte ha autorevolmente osservato, infatti, che la nuova normativa risponde all'esigenza di consentire alla Pubblica Amministrazione di riprendere a muoversi nell'alveo della legalità amministrativa, esercitando una funzione amministrativa ritenuta meritevole di tutela privilegiata, in funzione degli scopi di pubblica utilità perseguiti, sebbene emersi successivamente alla consumazione di un illecito ai danni del privato cittadino e, al

ISSN 2036-7821

La Corte costituzionale, nella fondamentale sentenza n. 71/2015[17], si sofferma, al principio della propria analisi, sull'esame delle differenze con il previgente regime, al fine di evidenziare in primo luogo le difformità sostanziali della nuova norma e riconoscere che "si è in presenza di un istituto diverso" da quello disciplinato dall'art. 43. Infatti, nel nuovo quadro normativo, l'acquisizione sanante dovrebbe disporsi esclusivamente in una situazione di eccezionalità, ove l'opera pubblica è già stata costruita, e dove non residuino alternative percorribili; inoltre, è previsto uno stringente onere motivazionale in capo all'Amministrazione, da riconnettersi direttamente ai "motivi di interesse generale" posti dall'art. 42 Cost. quale condizione per l'espropriazione di pubblica utilità, arrivando a comprimere il diritto di proprietà "sol quando lo esiga il limite della funzione sociale"[18].

E' stato pertanto rilevato in dottrina che, in tale pronuncia, la Corte valorizza, ai fini del giudizio di conformità a Costituzione della norma censurata, il limite della funzione sociale, che, nella situazione di "eccezionalità" che si viene a creare in casi di occupazione illegittima, giustifica la compressione del diritto di proprietà anche tramite un procedimento alternativo e per certi versi semplificato[19].

Nella medesima scia si colloca la fondamentale e relativamente recente pronuncia della Corte EDU, sez. I, 5 dicembre 2023, Domenica Sorasio e altri c. Italia.

Più nel dettaglio, la Corte EDU, dopo aver richiamato la propria giurisprudenza[20] per inquadrare il diritto e la prassi italiana in materia di espropriazione, illustra la disciplina prevista dall'art. 42 bis cit., dedicando parte del suo ragionamento a valutare il modo in cui il legislatore italiano, nell'introdurre l'art. 42 bis del testo unico sulle espropriazioni, abbia risposto all'indicazione data dalla Corte stessa, ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione, nella causa Scordino c. Italia secondo cui l'Italia avrebbe dovuto scoraggiare pratiche incompatibili con le regole dell'espropriazione in buona e dovuta forma, adottando misure dissuasive e ritenendo responsabili coloro che ponessero in essere tali pratiche[21].

In motivazione, la Corte EDU ha osservato che il risarcimento dell'art. 42-bis include

---

contempo, garantisce la tutela di questi, attraverso una protezione azionabile dapprima in sede procedimentale e, successivamente, mediante la pretesa dell'indennizzo.

[17] Vedila in Foro it., 2015, I, 2629, con nota di R. PARDOLESI; in Urb. e appalti, 2015, 767, con nota di R. Artaria e E. Barilà; in Guida al dir., 2015, 21, 84, con nota di D. PONTE; in Resp. civ. e prev., 2015, 1492, con nota di F. REGA; in Giur. cost., 2015, 998, con nota di A. MOSCARINI, in Europa e dir. privato, 2015, 951, con nota di G. GRISI; in Riv. giur. edilizia, 2015, I, 581, con nota di G. MARI – G. STRAZZA. A livello monografico, la sentenza è richiamata e analizzata anche da N. CARDULLO, *L'occupazione acquisitiva: origine ed evoluzione dell'istituto nella giurisprudenza delle giurisdizioni superiori*, Napoli, 2016.

[18] F. MACARIO, art. 42, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, Commentario alla Costituzione, Torino, 2006.

[19] L. SALVIA, *Un "legale rimedio" per acquisire la proprietà dei beni illegittimamente occupati dalla PA: l'acquisizione sanante supera il vaglio della Corte Costituzionale. (Commento a Corte Costituzionale, sentenza 71/2015.)*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, Luglio 2015, 10.

[20] Guiso-Gallisay c. Italia no. 58858/00, §§ 18-48, 22 dicembre 2009; Papamichalopoulos e altri c. Grecia, 31 ottobre 1995, § 38, Serie A n. 330-B, e Scordino c. Italia § 37.

[21] CEDU, sez. I, 5 dicembre 2023, Domenica Sorasio e altri c. Italia.

ISSN 2036-7821

il pagamento di una somma per compensare i proprietari espropriati per il danno non pecuniario subito, che deriva dal riconoscimento di un atto illegale; tale indennizzo, secondo la giurisprudenza della stessa Corte EDU, dovrebbe riflettere l'idea di una totale eliminazione delle conseguenze dell'ingerenza illegittima e che, in linea di principio, la restituzione dei terreni dovrebbe porre i richiedenti, per quanto possibile, in una situazione equivalente a quella in cui si sarebbero trovati se non ci fosse stata la violazione dei loro diritti di proprietà.
Nel caso di specie, la Corte ha rilevato che il commissario straordinario ha determinato una somma che riflette il valore di mercato del terreno alla data di emissione dell'ordinanza di esproprio, basando la propria valutazione su un'analisi comparativa dell'andamento dei prezzi di appezzamenti di terreno comparabili. D'altronde, i ricorrenti non avevano presentato specifiche osservazioni per contestare questo aspetto del risarcimento ricevuto o l'esattezza della somma assegnata.
Com'è stato condivisibilmente rilevato, la Corte "legittima e disvela, ai fini del giudizio sulla eventuale lesione del Prot. 1, una particolare ratio del 42-bis, ovvero la sua natura di 'riconoscimento di colpevolezza' per aver posto in essere l'autorità una attività illegittima/illecita, con conseguente previsione del rimedio, sia procedimentale che patrimoniale, nel medesimo articolo"[22]. Per tale via, e nell'ambito di quell'apertura al dialogo sottesa al rapporto tra le due Corti nella materia in analisi, la Corte EDU pare rinviare alle motivazioni contenute nella sentenza n. 71/2015 della Corte Costituzionale, pur mutuando solo alcune particolari argomentazioni della medesima[23].

3. La rinuncia abdicativa nella giurisprudenza civile e nel parere dell'Avvocatura Generale dello Stato.

Una volta accertata in via pretoria la legittimità del più volte richiamato art. 42-bis, si pose la questione delle tecniche di tutela dell'interesse del privato, con particolare riferimento alla possibilità di rinunciare al diritto di proprietà[24].
E' proprio con riferimento alla figura dell'occupazione usurpativa che ha preso corpo

[22] S. PIERONI, *Il dialogo delle Corti 'salva' l'art. 42-bis d.p.r. n. 327 del 2001: ultima puntata (?)*, leggibile in https://diritti-cedu.unipg.it/wp-content/uploads/2024/04/Pieroni-Il-dialogo-delle-Corti-%E2%80%98salva-lart.42-bis-d.p.r.-n.-327-del-2001.pdf, 11-12

[23] *Ivi*, 12. Nello stesso senso, L. SALVIA, in *op. cit*., aveva affermato che "la sentenza 71/2015 va a collocarsi dunque come un ulteriore tassello nel "dialogo" costantemente in corso tra le Corti in materia di tutela del diritto di proprietà" (p. 10). Per la stessa impostazione, seppur in epoca antecedente, v. F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà* cit.

[24] Su tale annoso problema, in ottica civilistica, v. A. DE MAURO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, Napoli, 2018; G. V. COLONNA, *A proposito della causa della rinuncia abdicativa alla proprietà*, in Notariato, 2020; G. IACCARINO, *La rinuncia al diritto di (com)proprietà nella prassi notarile*, in Notariato, 6, 2016; E. MANCINI, *Note in tema di rinuncia alla proprietà*, in Vita not., 2, 2013; R. QUADRI, *La rinuncia al diritto reale immobiliare. Spunti di riflessione sulla causa dell'atto unilaterale*, Napoli, 2018; N. SCARANO, *La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà (esclusiva) sui beni immobili: osservazioni sui più recenti orientamenti e prospettive comparate*, in Contratto e impresa, n. 3, 2021.

l'elaborazione giurisprudenziale in punto di rinuncia abdicativa al diritto di proprietà. Ciò derivava dal fatto che, nel caso di specie, mancava qualsiasi collegamento tra occupazione del bene e interesse pubblico immanente al vincolo di scopo impresso all'opera dalla preventiva dichiarazione di pubblica utilità. Pertanto, muovendo dall'argomento per cui la pretesa restitutoria del privato avrebbe potuto trovare ostacolo o nell'eccessiva onerosità di essa per il debitore (art. 2058, secondo comma, c.c.) o nel pregiudizio per l'economia nazionale (art. 2933, secondo comma, c.c.), sembrava inopportuno escludere la possibilità che il privato potesse formulare la sua pretesa in termini di risarcimento del danno per la perdita del bene, allo scopo di non lasciarlo privo di qualsiasi tutela.

Tali annotazioni sono fondamentali in quanto, ancora oggi, il dissidio giurisprudenziale tra giurisprudenza civile e amministrativa si consuma proprio sul versante della necessità di assicurare adeguata protezione al diritto di proprietà del privato.

La giurisprudenza civile ha tradizionalmente ritenuto ammissibile la rinuncia abdicativa qualora manchi la dichiarazione di pubblica utilità e si sia in presenza di una perdita definitiva del bene, ponendo in essere *"un meccanismo abdicatorio che non manca di riscontri nel nostro ordinamento positivo (artt. 1070, 1104, 550 c.c.)"*[25].

Peraltro, a tale ricostruzione sistematica si affiancano ulteriori indici testuali, desunti dall'art. 1350, n. 5, c.c. che prevede la forma scritta per gli atti tra vivi di rinuncia "ai diritti indicati nei numeri precedenti", e l'art. 2653, n. 5, c.c. che prevede la trascrizione degli "atti tra vivi di rinuncia ai diritti menzionati negli articoli precedenti", diritti tra cui rientra il diritto di proprietà sui beni immobili. Inoltre, l'ordinamento contempla espresse figure di rinuncia a diritti reali minori, come gli artt. 882, 1070 e 1104 c.c. e l'art. 1118, secondo comma, c.c. che, nel sancire espressamente l'irrinunciabilità da parte del condòmino al diritto sulle parti comuni, *a contrario* dimostra che, salva l'eccezione prevista, il diritto di proprietà è rinunciabile[26].

---

[25] In tali termini, Cass., Sez. Un., 4 marzo 1997 n. 1907, con commento di M. ANNUNZIATA, *Azione risarcitoria per occupazione illegittima e prescrizione del diritto*, in *Riv. Giur. Edil.*, 3/1997, 508 ss.; G. GIACALONE, *L'occupazione illegittima, non assistita da (valida) dichiarazione di pubblica utilità, quale illecito permanente*, in Giust. Civ., 5/1997, 1237 ss. Ulteriori argomenti sono stati enucleati da Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2015, n. 735, con nota di R. CONTI, *Addio alle occupazioni illegittime dopo Cass. S.U. n. 735/2015*, in *Corriere giuridico*, n. 3/2015.

Il primo è rappresentato dalla generale disponibilità di un diritto patrimoniale, come la proprietà: come qualsiasi altro diritto patrimoniale disponibile, il diritto di proprietà deve essere suscettibile di rinunzia. Ulteriore argomento a sostegno dell'ammissibilità del negozio abdicativo della proprietà viene tratto dal principio generale dell'autonomia negoziale ex art. 1322 c.c., in assenza di un divieto espresso.

Inoltre, la presenza nel nostro sistema dell'art. 827 c.c. comporta che la rinuncia al diritto di proprietà, oltre che l'effetto suo proprio di estinzione del diritto in capo al rinunciante, produca anche un effetto indiretto, e cioè l'acquisto a titolo originario della proprietà dell'immobile da parte dello Stato, che non potrebbe rifiutare.

Per un'efficace sintesi, v. F. SCOGNAMIGLIO, *La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà*, in *Rass. Avvocatura Stato*, n. 4/2023.

[26] V. nota precedente.

Inoltre, nell'ambito di un importante parere[27], l'Avvocatura Generale dello Stato ha qualificato come negozio atipico la rinuncia alla proprietà immobiliare. Considerato il contenuto patrimoniale, deve necessariamente estendersi al negozio unilaterale dismissivo della proprietà il giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c., in virtù del meccanismo imperniato sull'art. 1324 c.c. Infatti, nel caso di trasferimento in capo all'erario ex art. 827 c.c. dei costi necessari per le opere di manutenzione o di demolizione dell'immobile, con la relativa responsabilità (sia civile: ex artt. 2051 e 2053 c.c., che penale: cfr. art. 449 c.p.) per i danni che dovessero occorrere a cose e/o a persone nel caso di crollo e/o rovina del medesimo immobile, tale atto di rinuncia sarebbe nullo in ragione della non meritevolezza e/o illiceità della relativa causa in concreto ex artt. 1322 e 1343 c.c. Si verificherebbe, infatti, un contrasto con le istanze solidaristiche immanenti nella funzione sociale della proprietà ex art. 42 Cost., e (comunque) con gli obblighi di solidarietà economica e sociale desumibili dall'art. 2 Cost., nonché con il limite del rispetto della sicurezza dei consociati ex art. 41, comma 2, Cost., l'una e gli altri costituenti limite inderogabile delle prerogative dominicali ex art. 832 c.c.

Il fatto che la rinuncia possa avere effetto meramente abdicativo e non anche traslativo implica, in tale ricostruzione, che l'effetto traslativo sia collegato all'atto di liquidazione del danno adottato dall'amministrazione occupante convenuta in giudizio. Da un lato, dunque, si avrà il negozio unilaterale di rinuncia del privato, implicitamente desumibile dalla domanda risarcitoria, dall'altra l'atto di liquidazione dell'amministrazione, da trascriversi ai sensi dell'art. 2643, comma primo, n. 5 c.c.; più precisamente, l'abdicazione insita nella domanda risarcitoria di un privato, non essendo propriamente traslativa del diritto di proprietà, sarà risolutivamente condizionata al pagamento, da parte della P.A., del risarcimento del danno.

4. L'Adunanza Plenaria e la sconfessione della teoria dell'atto implicito.

Tali argomenti sono stati confutati, oltre che da una parte della giurisprudenza amministrativa di merito[28], da tre fondamentali sentenze dell'Adunanza Plenaria[29], le

[27] Parere della terza Sezione dell'Avvocatura Generale dello Stato, A.L. n. 37243/2017, avv. Giovanni Palatiello, in *Rass. Avvocatura Stato*, 2019, III, 217-226.

[28] Cfr., *ex multis*, TAR Latina, Sez. I, 6 febbraio 2019, n. 87, in *Foro Amministrativo (Il) 2019, 2, 303*, secondo cui "alla luce della disciplina imperativa contenuta nell'art. 42-bis, d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 deve escludersi la possibilità che un privato possa unilateralmente e legittimamente rinunciare alla proprietà del bene immobile, acquisendo il diritto ad ottenere un risarcimento commisurato al valore venale di esso, anche a prescindere dalla adozione di un decreto di acquisizione non retroattiva; tale possibilità non può, infatti, essere desunta in via interpretativa da norme che ne disciplinano casi specifici, dalle quali semmai si dovrebbe ricavare che il legislatore ha voluto ammettere solo ipotesi tipiche; né essa si può evincere, in maniera chiara, dagli artt. 1350, comma 1, n. 5 e 2643, comma 1, n. 5, cod. civ. che disciplinano la forma della rinunzia traslativa e bilaterale al diritto di proprietà, e non abdicativa unilaterale; neppure l'art. 827 cod. civ. contiene alcun riferimento alla rinunzia abdicativa a diritti immobiliari e segnatamente alla rinunzia al diritto di proprietà o agli atti e fatti giuridici che possono aver dato luogo alla esistenza di beni immobili privi di proprietario".

ISSN 2036-7821

quali hanno affermato la non configurabilità della rinuncia abdicativa nel nostro sistema, sulla scorta di plurimi argomenti.

In primo luogo, quand'anche voglia riconoscersi che l'atto abdicativo sia astrattamente idoneo a determinare la perdita della proprietà privata, non è possibile affermare che esso determini l'acquisto della proprietà in capo all'autorità espropriante e non si può, a tal fine, richiamare l'art. 827 c.c., che predica il suddetto acquisto in capo allo "Stato", che ben potrebbe essere soggetto diverso dall'autorità espropriante. Inoltre, non può riconoscersi effetto traslativo alla trascrizione della sentenza di condanna al risarcimento del danno, giacché si tratta di un adempimento rilevante soltanto ai fini dell'opponibilità verso i terzi; per la medesima ragione, ai fini traslativi non può assumere rilievo la trascrizione dell'atto di liquidazione del risarcimento del danno.

Più in generale, l'Adunanza Plenaria osserva che risulta fuorviante il richiamo alla teorica degli atti impliciti, che può riguardare solo gli atti amministrativi e non gli atti del privato. In ogni caso, non è possibile ritenere che la volontà (espressa) del privato di agire per il risarcimento del danno per equivalente implichi inequivocabilmente la volontà (implicita) di rinunciare al diritto di proprietà. La domanda risarcitoria, infatti, denuncia un illecito di cui la parte chiede la riparazione, nulla di più e nulla di meno; tra l'altro, l'implicita volontà di rinuncia promanerebbe non da un atto personalmente sottoscritto dal proprietario e direttamente riconducibile a questi, bensì da un atto processuale sottoscritto dal difensore, che non ha alcun potere dispositivo della proprietà dell'assistito, salva eventuale procura speciale a tal fine conferita.

Inoltre, sul piano sistematico, la Plenaria osserva che la tesi della rinuncia abdicativa rischia di riproporre problemi e dubbi interpretativi propri dell'ormai tramontato istituto dell'occupazione acquisitiva, ritenuto incompatibile dalla Corte EDU con i principi del citato Protocollo Addizionale CEDU. Infatti, ai sensi dell'art. 42 Cost. la proprietà può essere espropriata "nei casi preveduti dalla legge", fra i quali non rientra la rinuncia abdicativa; il codice civile, infatti, non prevede espressamente l'istituto, che per le ragioni già precisate sfugge all'ambito applicativo dell'art. 827 c.c. Né si può richiamare l'utilmente l'art. 1350 c.c., che non prevede espressamente la rinuncia tra gli atti che richiedono la forma scritta, esattamente come l'art. 2643 c.c. in

[29] Si tratta, come noto, delle sentenze nn. 2 e 4 del 2020 dell'Adunanza Plenaria, commentate da C. BONA - R. PARDOLESI, *Rinunzia abdicativa, abdicazione dalla giustizia?*, *Foro It.* 3/2020, 170; A. DI CAGNO, *La rinuncia abdicativa in favore dell'amministrazione nell'ambito delle occupazioni illegittime*, in *Urb. e App.* 1/2020; F. COPPOLA, *L'evoluzione della materia delle espropriazioni e la questione circa l'ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà: la soluzione delle sentenze dell'Ad. Plen. n. 2 e n. 4 del 2020*, in *www.federalismi.it*, 10/2021; E. BARILÀ, *Nuovi interventi del Consiglio di Stato sulla tutela della proprietà rispetto ad occupazioni illegali dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2020, III, 159; E. AMANTE, *L'adunanza Plenaria espunge la rinuncia abdicativa implicita dell'acquisizione sanante*, in *Urb. e App.*, n. 3/2020, 365 ss.; G. ARIEMMA, *Occupazioni e tutela del privato: l'ammissibilità della rinuncia abdicativa in materia di espropriazione per pubblica utilità*, in *Ist. dir. e econ.*, 2/2020, 256 ss.; ID., *CEDU e cultura giuridica italiana 9) La CEDU e il diritto amministrativo*, in *www.giustiziainsieme.it.*, 2020.

ISSN 2036-7821

tema di trascrizione. Ancora, le norme in tema di abbandono liberatorio e impossibilità del condomino di rinunciare alle parti comuni non consentono di affermare la sussistenza di una base legale da cui desumere chiaramente la rinuncia abdicativa.

Ne deriva che, attualmente, l'unica modalità con cui la P.A. può appropriarsi del bene del privato è disegnata dall'art. 42 bis D. Lgs. n. 327/2001, l'esame del quale consente di escludere che il giudice e, a maggior ragione, il privato possano decidere sulla sorte del bene occupato; la scelta di acquisirlo è propria della P.A. e deve restare tale, senza che possano trovare spazio elaborazioni giurisprudenziali che, se giustificate in assenza di una base legale, non si giustificano più una volta che intervenga un'esplicita disciplina normativa.

La soluzione proposta dal supremo consesso amministrativo è stata criticata in dottrina, in quanto rischia di lasciare privo di tutela il privato, dando la stura a ingiustificabili disparità di trattamento[30].

Mentre la giurisprudenza amministrativa successiva, sulla scorta di tali numerosi argomenti, ha aderito alla posizione dell'Adunanza Plenaria, questa è stata sconfessata da alcune importanti successive sentenze della Corte di Cassazione. Si segnalano, in particolare, le sentenze gemelle della Prima Sezione della Corte di Cassazione del 6 giugno 2022 (nn. 18142, 18143, 18167, 18168)[31] con le quali si manifesta dissenso rispetto all'impostazione della Plenaria, che implica l'esposizione del proprietario danneggiato ai rischi insiti nella titolarità del bene in una situazione determinata dal comportamento illecito dell'autorità amministrativa. Il proprietario, in altri termini, verrebbe privato della possibilità di avvalersi del rimedio principale per far cessare immediatamente la prosecuzione degli effetti dell'illecito, ossia la rinuncia forzosa alla proprietà, con conseguente vulnus di tutela.

5. Analisi delle ordinanze di rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione.

Considerato l'evidente contrasto giurisprudenziale, un Tribunale di merito[32] ha sollevato rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 363-bis c.p.c., a fronte del quale le

[30] Si veda l'intervista a R. CARANTA, il quale osserva che "la scelta per l'inammissibilità adottata dalla Plenaria, se pare condivisibile sul piano teorico e della funzione pubblica, finisce, ancora una volta, per riaffermare l'assoluta disparità di trattamento riservata in tale materia alla p.a. (…) rispetto a quella del privato"; l'A. conclude indicando la necessità dell'intervento del legislatore. (R. G. CONTI, CEDU e cultura giuridica italiana 9) La CEDU e il diritto amministrativo, cit., 2020. Nello stesso senso, G. TROPEA, *Per un inquadramento di sistema della disciplina dell'art. 42 bis DPR n. 327/2001 alla luce della giurisprudenza costituzionale e del giudice amministrativo*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2022; v. anche F. MARTINES, *Acquisizione sanante e ammissibilità della rinuncia abdicativa: diversità di vedute fra giudice amministrativo e ordinario (nota a Cass. Civ., Sez. I, 6 giugno 2022, nn. 18142, 18143, 18167, 18168)*, sempre in *www.giustiziainsieme.it*, 2022.

[31] Commentate da F. MARTINES in *op. cit.*

[32] Ci si riferisce a Tribunale di L'Aquila, n. cronol. n. 233 del 17/01/2024, consultabile in https://www.studioclaudioscognamiglio.it/la-rinuncia-abdicativa-al-diritto-di-proprieta-immobiliare-una-questione-controversa-da-rinviare-alle-sezioni-unite/, con breve commento di C. Maranzano, *La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare: una questione controversa da rinviare alle Sezioni Unite*, 12 marzo 2024.

Sezioni Unite della Suprema Corte dovrebbero pronunciarsi a breve.
Il Tribunale ha evidenziato i dissidi pretori insiti nella stessa giurisprudenza di merito e fondati sulle argomentazioni prima sintetizzate. Inoltre, con approccio innovativo, l'ordinanza evidenzia un ulteriore dato che potrebbe ostare alla configurabilità della rinuncia abdicativa: il principio in forza del quale nessuno può essere obbligato ad acquisire un bene, un credito o altro vantaggio patrimoniale neppure a titolo gratuito, desumibile da una pluralità di norme quali gli artt. 1236, 1372 e 1411 c.c. In tal caso, infatti, si assisterebbe a un effetto acquisitivo, in capo allo Stato, della proprietà di un bene derelitto, senza preventivo consenso da parte del proprietario, che dovrà sopportare gli oneri e le obbligazioni inerenti al bene oggetto di dismissione, ciò che appare in contrasto, oltre che con l'art. 2 Cost., con il generale principio civilistico del divieto di arricchimenti imposti.
Merita menzione anche l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia[33], che, con riferimento alle "gravi difficoltà interpretative", evidenzia le diverse posizioni assunte da dottrina e giurisprudenza con riferimento all'ammissibilità in via generale dell'istituto della rinuncia abdicativa nel nostro ordinamento, alla luce delle antitetiche interpretazioni fornite dell'art. 827 c.c., *"quale mera disposizione di chiusura ovvero base giuridica dell'istituto, della positivizzazione di talune ipotesi di rinuncia, da alcuni ritenute di natura abdicativa, da altri ammissibili solo in quanto comportanti l'estinzione di diritti reali minori o della quota di comproprietà, con conseguente riespansione della piena proprietà che non rimarrebbe "acefala" (artt. 1104, 1070, 963 c.c.) ovvero di fattispecie di rinunzia traslativa (art. 1350 n. 5 e 2643 n. 5 c.c.), nonché dei differenti orientamenti sulla nullità o meno dei negozi aventi ad oggetto tale rinuncia ex artt. 1418, 1343 e/o 1344 c.c."*.

6. La sentenza delle Sezioni Unite.
In data 11 agosto 2025 si è pronunciato il massimo Consesso nomofilattico, con sentenza n. 23093.
Le Sezioni Unite, pur riconoscendo la fondamentale "funzione sociale" attribuita dall'art. 42 Cost. alla proprietà privata, ribadiscono che essa non ne comporta la trasformazione in una funzione pubblica, bensì svolge il suo ruolo attraverso limitazioni legali delle facoltà di disposizione e di godimento, individuate ed inviduabili dal solo legislatore, all'esito di opportune valutazioni e necessari bilanciamenti dei diversi interessi: e ciò in conformità alla riserva di legge relativa di cui al secondo comma dell'art. 42 cit., rafforzata dall'indicazione dello scopo della funzione sociale.
Pertanto, da ricercarsi nella legge non è una positiva affermazione che la proprietà possa essere rinunciata, piuttosto un esplicito divieto di rinunciare alla proprietà

[33] Trib. Venezia, sez. I, 23/04/2024, n. 4569.

delle cose, o di alcune cose.
Divieto che, allo stato, non è rintracciabile né desumibile in via sistematica dal vigente regime ordinamentale di appartenenza dei beni, ma che ben potrebbe essere introdotto, purché la rispettiva legge renda oggettivamente e chiaramente identificabili a priori gli immobili rinunciabili e che sia rivolta alla generalità dei soggetti i cui beni si trovino nelle cennate situazioni.
Infatti, stante la sua innata consistenza di diritto soggettivo, il minimo costituzionale del diritto di proprieta` e` dato anche dall'apprezzabile valore economico dello stesso, nel senso che se le facolta` di godere e disporre della cosa risultano annullate, e non residua alcuna utilita` patrimoniale per il dominus, la medesima proprieta` viene meno, non potendosi riqualificare il titolare come gestore nell'interesse collettivo: del resto, la norma che si occupa del diritto di proprietà – l'art. 42 Cost. – è, significativamente, collocata nell'ambito dei diritti patrimoniali e la funzione sociale ad esso ricollegata non vale a negare la sua dimensione individualistica ma ad integrarlo in un contesto comunitario.
Ciò posto, la rinuncia alla proprietà si pone come una delle modalità di esercizio della facoltà di disporre della cosa in modo pieno ed esclusivo accordate dall'art. 832 c.c., la cui funzione tipica è soltanto quella di dismettere il diritto, di disfarsene, senza interessarsi della sorte del bene e del suo eventuale acquisto da parte di altro soggetto: non si tratta di un atto espressivo di un interesse positivo, pur egoistico (il quale rimarrebbe, invero, confinato nell'area dei motivi irrilevanti), ma, all'opposto, di semplice disinteresse.
Ed infatti conseguenze dell'interesse individuale che la rinuncia abdicativa realizza sono la sua l'unilateralità e non recettizietà: in quest'ottica, la rinuncia trova causa (e quindi anche la propugnata meritevolezza dell'interesse perseguito) in sé stessa e non nell'atto di un controinteressato, pur coinvolto direttamente.
Sicché non può invocarsi lo scopo della funzione sociale, richiamato dal Tribunale remittente, per decidere della validità di tale atto, affidando al giudice un sindacato di costituzionalità della medesima rinuncia abdicativa in nome di un bilanciamento di interessi da sovrapporre a quello operato nel codice civile.
Né un atto neutro, e comunque espressivo dei poteri proprietari riconosciuti dall'ordinamento, può considerarsi abusivo e illecito a causa degli effetti dannosi che, solo in via di mero fatto e indirettamente, potrebbe cagionare alla collettività.
D'altronde, si deve rimarcare che l'effetto acquisitivo da parte dello Stato discende non dall'autoregolamento degli interessi dettato dal rinunciante, ma dall'acquisto ex lege stabilito dall'art. 827 c.c.: pertanto, non potrebbe logicamente predicarsi un potere di rifiuto eliminativo dell'acquisto in relazione ad un acquisto che avviene automaticamente e in forza di legge, in nessun modo assimilabile al meccanismo della proposta diretta a concludere un contratto, rifiutabile dal destinatario, di cui all'art. 1333 c.c.: sarebbe, del resto, paradossale sostenere che un atto negoziale possa

ISSN 2036-7821

rendere inoperante una disposizione di legge, per giunta imperativa in quanto posta a tutela dell'ordine pubblico.
Così delineata la rinuncia abdicativa, un controllo esterno si porrebbe in contrasto oltre che con la predetta natura giuridica, anche con lo statuto proprietario vigente (artt. 42 Cost. e 832 ss. c.c.) nel senso che esso finirebbe per rendere, di fatto, la proprietà un diritto parzialmente indisponibile e non più esercitabile in modo pieno ed esclusivo ma limitato – dal giudice, non solo dalla legge – condizionato e conformato dall'interesse altrui – non più, o non solo, dal proprio – e ciò attraverso la clausola generale della "funzione sociale", fisiologicamente indeterminata e da applicarsi discrezionalmente.
Dunque, ammessa la rinuncia alla proprietà, bisogna capire che ruolo possa assumere ove intervenga nell'ambito dell'occupazione usurpativa.
Per quanto di interesse, la pronuncia appena richiamata rimarca la natura meramente abdicativa della rinuncia: l'effetto traslativo nei confronti dello Stato è tale solo in senso improprio, dal punto di vista empirico e indiretto.
E, sempre da tale punto di vista, la rinuncia alla proprietà occupata da parte del privato ha l'effetto di far cessare il comportamento antigiuridico della pubblica amministrazione nei propri confronti, ma, non perché implichi l'avvio della procedura di acquisizione del bene col conseguente obbligo di indennizzo. E ciò perché, da un lato, l'effetto traslativo derivante dall'art. 827 c.c. si realizza nei confronti dello Stato e non dell'ente occupante e, dall'altro, perché, così opinando, si realizzerebbe una inammissibile espropriazione sostanziale imposta dal privato.
L'acquisizione del bene occupato e il conseguente obbligo di indennizzo sono frutto di una scelta discrezionale dell'amministrazione, attuabile solo nelle forme previste dalla legge, in forza del principio di legalità che governa l'azione amministrativa: non può, pertanto, la rinuncia abdicativa del privato costituire un surrogato o una modalità espropriativa alternativa.

7. Conclusioni.

La ricostruzione svolta, riassumendo le principali disposizioni e pronunce giurisprudenziali intervenute in materia, ha cercato di dare atto della complessità del tema, a cavallo tra diritto civile e amministrativo, sospeso tra interventi del legislatore e delle Corti nazionali e sovranazionali, aventi a oggetto il delicato equilibrio tra interessi generali e particolari, tra autorità e libertà, tra Stato e privato.
Autorevolmente riconosciuta, da parte della Corte EDU, la legittimità della disciplina nazionale prevista dall'art. 42 bis d.P.R. n. 327 del 2001, la recente pronuncia delle Sezioni Unite ha deposto nel senso dell'ammissibilità della rinuncia abdicativa e ha conseguentemente ampliato l'arsenale di tutele di cui il privato potrà fruire a fronte del potere autoritativo espropriativo della Pubblica Amministrazione.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Finanziarizzazione, *governance* e valorizzazione immobiliare nel calcio europeo. I casi Milan AC e Atlético Madrid

di Luigi Scipione

(Professore a contratto di "Diritto della finanza di impresa" nell'Università Telematica San Raffaele di Roma)

Sommario

1. Finanziarizzazione del calcio e diritto dell'economia. – 2. La trasformazione finanziaria del calcio professionistico: dalle insolvenze sistemiche al capitale strutturato. - 3. La funzione d'impresa del club calcistico: tra oggetto sociale e veicolo finanziario. - 4. Dal titolo sportivo all'*asset* stadio: metamorfosi dell'oggetto di tutela nell'impresa calcistica contemporanea. – 5. Il caso AC Milan. – 5.1. Il debito come tecnica di governo del club calcistico. – 5.2. *Governance* e proprietà. – 6. Il Rigenerazione urbana a iniziativa privata e sostenibilità economica nel progetto del nuovo stadio del Milan. – 6.1. La separazione giuridica tra club e stadio: infrastruttura sportiva o *asset* finanziario? – 6.2. Il club come piattaforma finanziario-immobiliare. – 7. Il caso Atlético Madrid. – 8. Regolazione territoriale, *de-risking* e *assetization*: la produzione istituzionale dell'*asset* stadio. – 8.1. Il caso San Siro come laboratorio di *assetization* urbana. – 8.2. Allocazione del rischio e socializzazione delle perdite: chi sopporta il *downside* della finanziarizzazione? – 9. Considerazioni finali.

Abstract

The article examines the transformation of European football through the lens of economic law, highlighting how the entry of private equity funds has accelerated the financialization of clubs and their integration into global capital markets. Football clubs are increasingly configured as investment platforms, where value creation depends on financial leverage, asset enhancement – particularly real estate – and the use of structured or "permanent" capital instruments.

The comparative analysis of the acquisition of AC Milan by RedBird Capital Partners and the investment by Apollo Global Management in Atlético Madrid makes it possible to contrast different models of financial intervention and corporate governance.

What emerges is a sector in which the centrality of real estate assets and the adoption of complex financial structures redefine the balance between social function, financial sustainability, and return-oriented logic, raising new regulatory challenges in terms of transparency, stability, and stakeholder protection.

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

1. Finanziarizzazione del calcio e diritto dell'economia.

Negli ultimi due decenni il calcio europeo è stato interessato da una trasformazione strutturale che ne ha inciso profondamente la configurazione economica e giuridica. Al tradizionale modello di proprietà – spesso fondato su assetti familiari, imprenditoriali o, in taluni casi, su società quotate – si è progressivamente sostituito un panorama caratterizzato dalla presenza crescente di fondi di investimento, tra cui una quota significativa di fondi di *private equity*[1]. Tale evoluzione ha modificato la natura delle società sportive[2], orientando l'attenzione dalla dimensione intrinseca dell'attività agonistica alla redditività finanziaria e alla valorizzazione degli *asset*.

La transizione è stata favorita dall'integrazione del calcio nei mercati globali dei capitali, dall'espansione dei diritti audiovisivi, dall'incremento dei ricavi commerciali e dalle opportunità connesse allo sviluppo immobiliare di stadi e centri sportivi. In questo contesto, i club sono stati progressivamente percepiti non più soltanto come imprese sportive, ma come piattaforme idonee a generare ritorni attraverso operazioni finanziarie strutturate: *leveraged buyout*, *vendor loan*, strumenti di capitale permanente, rifinanziamenti e operazioni di valorizzazione patrimoniale. Si è così affermata una logica di massimizzazione del capitale investito che può divergere dagli obiettivi tipici della gestione sportiva e dalla tutela dell'equilibrio patrimoniale di lungo periodo[3].

L'impiego di tali strumenti comporta una rilevante riallocazione del rischio, un aumento della complessità della *governance* e un potenziale disallineamento tra gli interessi degli investitori e quelli della comunità sportiva. La società acquisita diviene, accanto alla sua dimensione operativa, un veicolo di investimento funzionale alla strutturazione del debito e alla rivalutazione degli *asset*. La redditività può così derivare in misura significativa dalla gestione dei flussi finanziari e dalla

[1] In proposito si vedano, per tutti, F. FIMMANÒ, *Introduzione al diritto del Calcio*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Il diritto del calcio*, Napoli, 2025, p. 25 s.; S. PRIGGE, L. TEGTMEIER, *Football Stocks: A New Asset Class Attractive to Institutional Investors? Empirical Results and Impulses for Researching Investor Motivations beyond Return*, in *Sport, Business and Management: An International Journal*, 10(4), 2020, p. 471 ss.; F. MARI, *I trend attuali nel calcio:* private equity *e* multi-club ownership, in A. CANEPA, G.L. GRECO, U. MENUCCI (a cura di), *Il fintech veste sportivo*, 2025, p. 19 ss.; P. MESSINA, P. BAROMETRO, E. PEA, *Investimenti dei fondi di* private equity *nelle società calcistiche italiane*, ivi, p. 30 ss.; L. MODINA, *Private equity in football: How the Arrival of Funds has Impacted the Industry*, in *Corporate Governance and Research & Development Studies*, 2, 2024.

[2] Cfr. S.E. DE FALCO, N. CUCARI, F. CAMASTRA, Governance *e Identità: come la proprietà impatta sul sistema del valore delle società di calcio*, in *Il diritto del calcio*, cit., p. 1024 ss.; D. KAREN, R. WASHINGTON, *Sport and Society*, in *Annual Review of Sociology*, 27(1), 2001, p. 187-212 ss.; D. MIRAGAIA, J. FERREIRA, V. RATTEN, *Corporate Social Responsibility and social Entrepreneurship: Drivers of Sports Sponsorship Policy*, in *International Journal of Sport Policy & Politics*, 9(4), 2017, p. 613 ss.; R. TISCINI, A. DELLO STROLOGO, *What Drives the Value of Football Clubs: An Approach Based on Private and Socio-Emotional Benefits*, in *Corporate Ownership and Control*, 14(1), 2016, p. 673 ss.

[3] Cfr. N. KAPLAN, P. STROMBERG, *Leveraged Buyouts and Private Equity*, in *Journal of Economic Perspectives*, 23(1), 2009, p. 121 ss.; T. KOBA, *Private Equity and Venture Capital in Sport: Who is Receiving Funding and What Factors Influence Funding*, in *The Journal of Entrepreneurial Finance*, 22(2), 2001, p. 30 ss.; A. KORTEWEG, M. SORENSEN, *Skill and Luck in Private Equity Performance*, in *Journal of Financial Economics*, 124(3), 2007, p. 535 ss.

valorizzazione patrimoniale, più che dalla *performance* sportiva o dalla gestione ordinaria.

Il presente studio si propone di analizzare due casi emblematici di tale tendenza: l'acquisizione dell'AC Milan da parte di RedBird Capital Partners e l'ingresso di Apollo Global Management nel capitale dell'Atlético Madrid. I due casi consentono di confrontare modelli di investimento differenti: da un lato, un'operazione caratterizzata dall'utilizzo della leva finanziaria e del *vendor loan*, con effetti rilevanti su bilanci e *governance*; dall'altro, un intervento fondato su capitale di lungo periodo, idoneo a sostenere strategie più stabili e meno dipendenti dalla pressione del rifinanziamento. In entrambi i casi emerge come la redditività del club non sia necessariamente correlata al successo sportivo immediato o alla mera solidità patrimoniale, bensì alla capacità di strutturare operazioni finanziarie e di valorizzare *asset* immobiliari e mediatici.

L'analisi comparativa si concentra sugli strumenti finanziari impiegati, sugli effetti prodotti sugli assetti proprietari e sugli equilibri di *governance*, nonché sulle implicazioni normative e regolatorie. Particolare attenzione è dedicata alla sostenibilità del capitale, al rischio di indebitamento e alla responsabilità degli amministratori nella gestione di strutture societarie ad alta intensità finanziaria. L'obiettivo è offrire una chiave interpretativa che consenta di comprendere come il calcio professionistico si sia progressivamente integrato nei mercati finanziari globali, configurandosi al contempo come laboratorio di ingegneria finanziaria e come terreno privilegiato di applicazione del diritto dell'economia.

Quest'ultimo è oggi chiamato a confrontarsi con una realtà ibrida, in cui *corporate governance*, rischio finanziario e funzione sociale si intrecciano con operazioni di *private equity*, debito strutturato e progetti di sviluppo urbano.

Proprio in questa trasformazione si colloca la nuova sfida per il diritto: comprendere se e come le categorie tradizionali – continuità aziendale, tutela degli *stakeholder*, funzione sociale dell'impresa – possano essere ripensate alla luce di un settore che ha cambiato natura prima ancora che dimensione.

2. La trasformazione finanziaria del calcio professionistico: dalle insolvenze sistemiche al capitale strutturato.

La finanziarizzazione del calcio europeo non può essere compresa senza richiamare la stagione dei *default* che ha segnato i primi due decenni del XXI secolo[4]. Le tecniche

[4] Sull'argomento v., *amplius*, *La crisi delle società di calcio all'esito delle riforme tra Noif, diritto comune e casi giurisprudenziali*, in *Dir. fall soc. comm.*, 6, 2022, p. 1081 ss. Per ulteriori spunti ricostruttivi cfr. P.D. BELTRAMI, *Il fallimento (e le altre procedure concorsuali) delle società sportive alla luce della riforma dell'ordinamento sportivo*, in *Rass. dir. ec. sport*, 2, 2021, p. 343 ss.; D. SCIBILIA, *Crisi d'impresa: la transazione fiscale a supporto del risanamento delle società di calcio professionistiche*, in *Quotidiano IPSOA*, 2021; F. FIMMANÒ, *Fallimento della società di calcio, nomina cautelare del "pre curatore" ed effetti sull'ordinamento sportivo*, in *Giur. comm.*, 2018, IV, p. 762 ss.; A. GUIOTTO, *L'esercizio provvisorio della società calcistica fallita*, in *Fall.*, 2018, 762; L. GHIA, *Fallimento delle società sportive*, in *Fall.*, 1994, 800 s.;

di assetizzazione, la separazione tra club e infrastruttura e l'ingresso di capitale istituzionale costituiscono anche una risposta alle fragilità emerse in quella fase, segnando il passaggio da un modello imprenditoriale instabile a una configurazione finanziaria strutturata, non priva però di nuove criticità regolatorie.

Le due stagioni – quella dei dissesti diffusi e quella della finanziarizzazione – non vanno lette come fenomeni distinti, ma come fasi successive di un medesimo processo di trasformazione strutturale, rispetto al quale l'ordinamento giuridico assume una posizione prevalentemente reattiva.

I numerosi *default* che hanno coinvolto club storici[5] hanno evidenziato i limiti del modello tradizionale di impresa sportiva: forte dipendenza dal proprietario, sottocapitalizzazione cronica, gestione orientata al breve periodo, equilibrio economico-finanziario fragile. L'impresa calcistica appariva formalmente assimilabile a un'azienda ordinaria, ma esposta a rischi peculiari – volatilità dei risultati, rigidità dei costi, dipendenza dai diritti televisivi – che ne amplificavano l'instabilità[6].

A tale vulnerabilità si accompagnava una frammentazione regolatoria. Ordinamento statale e ordinamento sportivo operavano secondo logiche non sempre coordinate[7], generando interventi prevalentemente emergenziali, basati su soluzioni *ad hoc* per preservare la continuità sportiva, come nel caso del cosiddetto "lodo Petrucci"[8], o ricorrendo a strumenti straordinari (esercizio provvisorio, affitto d'azienda, nuove società ammesse in soprannumero nei campionati). Il diritto, dunque, interveniva per contenere gli effetti della crisi, senza incidere sulle cause strutturali.

La fase successiva è indice di una marcata discontinuità rispetto al recente passato. L'ingresso di operatori finanziari sofisticati e l'adozione di strutture societarie complesse trasformano il club in un *asset* inserito in strategie di investimento di

N. BRICOLA, *Sulla fallibilità delle società sportive*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 135 s.; S. MANCINELLI, G. FEBBO, *La crisi delle società calcistiche tra fallimento e (nuovo) concordato preventivo in continuità*, in *osservatorio-oci.org*, marzo 2015.

[5] In tema cfr. A. CUNAZZA, *Le società fallite dal 2000 a oggi nel calcio italiano*, in *Archistadia*, 12 aprile 2022, disponibile al link: https://archistadia.it/calcio-italiano-fallimenti-elenco-club catania/; P. CAPELLO, A. BOZZA, *Sport & Law: società di calcio, quando si fanno i conti con un fallimento*, in *Sky Sport calcio*, 10 dicembre 2018, disponibile al link: https://sport.sky.it/calcio/2018/12/10/fallimento-societa-di-calcio-sport-e-law.

[6] Cfr. J.C. CATALIOTTI, T. FABRETTI, *Analisi dei modelli organizzativi e gestionali delle società di calcio*, Mursia, Milano, 2015; D. REGOLI, *Società sportive e quotazione*, in *Riv. dir. soc.*, 2, 2008, p. 338 ss.; M. STELLA RICHTER jr., *Considerazioni sulle società sportive quotate*, ivi, p. 361 ss.; G. TORTORANO, *Le società quotate nel mondo del calcio. Profili di bilancio e della* governance, in *Rass. dir. econ. sport*, 1, 2017, p. 67 ss.

[7] Pur interessanti spunti di analisi cfr. F.R. FIMMANÒ, *Il diritto privato dello sport tra «lex mercatoria» e «ius singulare»*, ESI, Napoli, 2025; ID., *La "lex sportiva" alla prova della sentenza "Superlega": il ruolo del C.O.N.I. nel riequilibrio degli assetti*, in *Amministrativamente*, 2, 2024, p. 585 ss.; G. MARTINI, *Ordinamento del calcio e ordinamento giuridico generale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023; R. LOMBARDI, S. RIZZELLO, F.G. SCOCA, M.R. SPASIANO, *Ordinamento sportivo e calcio professionistico: tra diritto ed economia*, Giuffrè, Milano, 2009; I. DEMURO, *La disciplina 'speciale' delle società di calcio professionistico*, in *Riv. dir. soc.*, 2, 2008, p. 350 ss.

[8] Cfr. F. LUBRANO, *Ammissione ai campionati di calcio e titolo sportivo: un sistema da rivedere?"*, in *An. giur. eco.*, 2, 2005, p. 449 ss.; G. SCHIAVON, *Profili dell'insolvenza delle società sportive (anche alla luce del cosiddetto Lodo Petrucci)*, in *Dir. fall.*, 1, I, 2004, p. 295 ss. In particolare, per un'accurata disamina sulle origini e sul contenuto della norma v. F. FIMMANÒ, *La crisi delle società di calcio all'esito delle riforme tra Noif, diritto comune e casi giurisprudenziali*, cit., p. 1101 s.

medio-lungo periodo. Il capitale assume forme istituzionalizzate; la leva finanziaria diviene strumento di pianificazione e non più esito di squilibri; la valorizzazione dello stadio e delle aree circostanti si afferma come perno della creazione di valore. La *governance* si struttura secondo logiche di controllo, *reporting* e gestione del rischio proprie dei mercati dei capitali.

Siffatta evoluzione può essere interpretata come risposta sistemica alle fragilità del passato: alla sottocapitalizzazione si contrappone la strutturazione del capitale; alla gestione personalistica subentra una *governance* istituzionale; alla dipendenza esclusiva dai risultati sportivi si affianca la diversificazione dei ricavi. Tuttavia, il problema di fondo resta immutato: la difficoltà dell'ordinamento di adeguarsi a un settore che muta natura più rapidamente delle categorie giuridiche predisposte per disciplinarlo[9].

Se nella fase patologica il diritto si confrontava con l'impresa insolvente, tentando di coordinare regole concorsuali e specificità sportiva, in quella trasformativa deve misurarsi con un soggetto inserito in strutture transnazionali, caratterizzato da operazioni di *leverage*, veicoli multilivello e processi di assetizzazione che coinvolgono anche il territorio. In entrambi i casi, l'intervento normativo segue la trasformazione economica. Se, dunque, nella prima fase il rischio era visibile e concentrato nell'insolvenza, nella seconda si distribuisce lungo catene societarie e finanziarie più articolate.

Beninteso, il passaggio dalla crisi alla finanziarizzazione non elimina le criticità, ma ne modifica la natura: dalla vulnerabilità concorsuale si passa a una vulnerabilità strutturale, connessa alla complessità e all'interconnessione finanziaria. La finanziarizzazione non sopprime il rischio: lo riorganizza e lo integra nelle logiche dei mercati dei capitali, aprendo un nuovo fronte di interrogativi regolatori.

3. La funzione d'impresa del club calcistico: tra oggetto sociale e veicolo finanziario.

Il passaggio dalla crisi dell'impresa sportiva tradizionale alla trasformazione del club in *asset* strutturato rappresenta, dunque, non soltanto un'evoluzione organizzativa, ma una mutazione ontologica del calcio professionistico che, da attività economica ad alta intensità emotiva sostenuta da capitali personali, si tramuta in infrastruttura finanziaria integrata nei circuiti globali dell'investimento.

In egual modo, l'ingresso di fondi di *private equity*, investitori istituzionali e operatori globali non costituisce soltanto un mutamento nella titolarità delle partecipazioni, ma esprime una diversa concezione del club. La società sportiva non è più vista come un'entità da sostenere attraverso apporti straordinari del proprietario, bensì come un *asset* da strutturare, valorizzare e integrare in una strategia finanziaria complessiva.

Secondo il modello tradizionale il club è un'organizzazione economica finalizzata

[9] G. MARTINI, *Il rapporto fra ordinamento del calcio e ordinamento generale al tempo del Covid*, in *Amministrativamente*, 2, 2022, p. ss. 175 ss.

alla produzione del bene sportivo – la competizione – con rilevanti ricadute identitarie e sociali sulle comunità di riferimento[10]. Diversamente, nel paradigma emergente, la funzione d'impresa si ridefinisce in chiave prevalentemente finanziaria: l'obiettivo non coincide necessariamente con la *performance* sportiva, ma con la valorizzazione patrimoniale, la gestione del debito e l'ottimizzazione del rendimento per gli investitori.

In questa prospettiva, il club si configura come piattaforma "multi-asset", in cui la dimensione sportiva è integrata – e talvolta subordinata – a una logica di rendimento e stabilità finanziaria. Esso diviene una struttura giuridica funzionale alla raccolta di capitali, alla strutturazione di operazioni di debito ed *equity* e alla generazione di valore attraverso rifinanziamenti o dismissioni. Per inciso, la redditività non dipende più in via esclusiva dai risultati agonistici, ma dalla capacità di incrementare la valutazione dell'*asset*, inserirlo in ecosistemi più ampi (*media*, intrattenimento, *real estate*) e governare in modo efficiente la leva finanziaria. La creazione di valore assume, in questa prospettiva, una dimensione prevalentemente patrimoniale.

Tale evoluzione è coerente con la logica dei fondi di *private equity*, vincolati a massimizzare il rendimento per i propri investitori istituzionali. La narrativa del "risanamento" o del ritorno all'utile rischia, tuttavia, di semplificare una realtà più articolata: il successo economico può misurarsi anche nella capacità di attrarre capitali, strutturare operazioni complesse e mantenere il controllo della *governance* in presenza di un significativo indebitamento, non necessariamente nella solidità gestionale di lungo periodo[11].

4. Dal titolo sportivo all'asset stadio: metamorfosi dell'oggetto di tutela nell'impresa calcistica contemporanea.

Un aspetto emblematico di tale trasformazione – e pertanto meritevole di approfondimento – consiste nel mutamento dell'oggetto primario di protezione giuridica: dal titolo sportivo all'*asset* stadio. Si tratta di uno spostamento che non è soltanto terminologico, ma rivela una trasformazione profonda nella struttura economica del club e, conseguentemente, nelle priorità dell'ordinamento.

Nella letteratura sui *default*, il fulcro dell'analisi è rappresentato dalla natura del titolo sportivo e dalla sua circolazione all'interno del complesso aziendale. Le vicende che hanno coinvolto società storiche – dai casi Napoli e Fiorentina fino alle controversie successive che hanno interessato altri club – hanno imposto interrogativi su una questione essenziale: che cosa deve essere preservato quando l'impresa

[10] Cfr. E. FIORENZA, *Italian Football as a Vehicle of Identity*, in ***Scientific Journal of Sport and Performance***, 4(4), 2025, p. 598 ss.; R. TISCINI, A. DELLO STROLOGO, *What Drives the Value of Football Clubs: An Approach Based on Private and Socio-Emotional Benefits*, in *Corporate Ownership & Control*, 14(1), 2016, p. 673 ss.; N. PORRO, *Le metamorfosi del calcio come fenomeno sociale*, in ***Quaderni di Sociologia***, 34, 2004, p. 9 ss.

[11] Si veda il rapporto dell'UEFA, *The European Club Finance and Investment Landscape*, 2024.

ISSN 2036-7821

calcistica fallisce? Ebbene l'attenzione del legislatore sportivo e dell'interprete si è concentrata sulla continuità agonistica, ossia sulla possibilità che la squadra, pur a fronte dell'insolvenza della società, possa continuare a partecipare al campionato, salvaguardando il legame con la città, i tifosi e la tradizione sportiva[12].

In quest'ottica, il titolo sportivo diventa il centro dell'unità funzionale dell'azienda calcistica. Esso non è riducibile a un semplice bene giuridico trasferibile, ma rappresenta la condizione stessa di esistenza dell'attività sportiva organizzata. L'ordinamento sportivo interviene così per garantire che la crisi dell'impresa non si traduca automaticamente nella scomparsa della squadra dal panorama competitivo. Il titolo sportivo assume una dimensione quasi pubblicistica, quale strumento di tutela di interessi collettivi che travalicano la sfera dei creditori[13].

Con l'avvento della finanziarizzazione dei club calcistici, invece, il baricentro dell'analisi si sposta sensibilmente. In questo nuovo scenario, il club non è più concepito primariamente come titolare di un titolo sportivo da difendere, bensì come piattaforma che aggrega asset differenti, tra i quali l'infrastruttura immobiliare assume una centralità crescente. Ergo, il *focus* non è più la sorte del titolo sportivo in caso di insolvenza, ma la valorizzazione degli *asset*.

La differenza tra i due modelli è, del resto, evidente. In quello tradizionale, il titolo sportivo costituisce il cuore dell'azienda: è l'elemento che conferisce senso e unitarietà al complesso organizzato, attorno al quale si articolano contratti, rapporti di lavoro, diritti televisivi e sponsorizzazioni[14]. Nel modello finanziarizzato, invece, l'*asset* immobiliare tende a diventare il vero baricentro della creazione di valore. Lo stadio non è più un mero supporto logistico all'attività agonistica, ma un'infrastruttura suscettibile di separazione societaria, finanziamento dedicato, sfruttamento commerciale polifunzionale. La sua valorizzazione può prescindere, almeno in parte, dall'andamento contingente dei risultati sportivi, offrendo flussi di ricavo più stabili e prevedibili.

Il collegamento teorico tra le due prospettive descrive in maniera calzante il passaggio da una concezione personalistica-sportiva a una concezione patrimoniale-

[12] C. CANNELLA, *Il trasferimento del "titolo sportivo" di un club fallito nell'ordinamento sportivo e statuale*, in *Riv. dir. econ. sport*, 1, 2017, p. 163 ss.; M. GALLAVOTI, *Il << titolo sportivo >> delle società di calcio professionistico*, in *An. giur. eco.*, 2, 2005, p. 389 ss.

[13] L'intero dibattito sul cosiddetto "lodo Petrucci" ruota attorno a questa idea: il valore da proteggere non è tanto l'integrità patrimoniale della società fallita, quanto la continuità della funzione sportiva. Come illustra F. FIMMANÒ, *La crisi delle società di calcio all'esito delle riforme tra Noif, diritto comune e casi giurisprudenziali*, cit., p. 1101, la norma aveva l'intento di "permettere alle società calcistiche in crisi finanziaria e dichiarate fallite di far rivivere il loro titolo sportivo in una nuova società, con il declassamento di una categoria".

[14] Sempre per F. FIMMANÒ, *op. ult. cit.*, p. 1103, "[l]a circolazione del titolo sportivo come componente del complesso aziendale Alla luce delle vicende descritte appare chiaro che l'ordinamento giuridico non può consentire che il valore aziendale del titolo sportivo (ovvero del diritto al riconoscimento delle condizioni tecnico-sportive per partecipare alla competizione di riferimento) possa essere di fatto sottratto al patrimonio sociale in virtù di disposizioni regolamentari interne di un sub-ordinamento convenzionale e che l'unitarietà dell'azienda e dei suoi elementi essenziali deve essere sempre tutelato…".

ISSN 2036-7821

finanziaria dell'impresa calcistica. Nella prima, il centro di gravità è la continuità agonistica, intesa come valore identitario e collettivo da proteggere anche a costo di deroghe e soluzioni eccezionali, mentre nella seconda, il centro di gravità è la strutturazione patrimoniale e la bancabilità degli *asset*, con l'obiettivo di rendere il club integrabile nei mercati globali dei capitali.

In tale trasformazione, il titolo sportivo non scompare, ma cambia funzione. Se nella stagione dei fallimenti esso era oggetto di contesa e di protezione pubblicistica, nella stagione della finanziarizzazione tende a essere ricondotto a una componente del portafoglio di *asset* del club, rilevante ma non esclusiva nella determinazione del valore complessivo dell'investimento. Il rischio è che la dimensione simbolica e comunitaria del titolo sportivo venga progressivamente subordinata alla logica della valorizzazione patrimoniale; ma al tempo stesso, la nuova centralità dell'infrastruttura può essere letta come tentativo di stabilizzare economicamente un settore storicamente esposto a volatilità.

Il mutamento dell'oggetto di protezione segnala, dunque, un cambiamento più profondo: ciò che l'ordinamento è chiamato a tutelare non è più soltanto la permanenza della squadra nel campionato, bensì l'equilibrio tra funzione sportiva e logiche di investimento in un contesto in cui il valore si concentra sempre più su *asset* strutturati e separabili. In questa tensione si coglie una delle linee evolutive più significative del diritto dell'economia applicato al calcio professionistico.

5. Il caso AC Milan.

Il caso del AC Milan rappresenta, nella direzione che si è tracciata, un laboratorio paradigmatico di tale trasformazione[15]. Lo stadio e le infrastrutture connesse cessano di essere meri luoghi di svolgimento dell'attività sportiva e diventano *asset* strategici, suscettibili di separazione giuridica, cartolarizzazione, finanziamento dedicato. La creazione di valore non dipende più esclusivamente dai risultati sul campo, ma dalla capacità di sviluppare flussi ricorrenti, attività commerciali integrate, progetti di rigenerazione urbana.

L'acquisizione dell'AC Milan da parte di RedBird Capital Partners, perfezionata nell'agosto 2022 tramite il veicolo olandese Acm Bidco B.V., costituisce un caso emblematico di finanziarizzazione del calcio italiano. L'operazione è stata strutturata attraverso un apporto diretto di *equity* pari a 650 milioni di euro e un *vendor loan* di circa 550 milioni concesso dal venditore, Elliott Management Corporation, con condizioni finanziarie significative e scadenza relativamente ravvicinata[16]. La

[15] Per una ricostruzione delle vicende finanziarie e regolamentari dell'AC Milan tra il 2018 e il 2020 si rinvia all'analisi di F. RAIMONDO, *Il diavolo è nei dettagli. Approfondimenti giuridici ed economici sul calcio e sull'AC Milan*, vol. 2, 2020.

[16] Nel calcio italiano, un precedente significativo è rappresentato dall'operazione del 2011 relativa all'AS Roma, quando la società Roma 2000, controllata da UniCredit, concesse un finanziamento di 21,6 milioni di euro nell'ambito del passaggio di controllo al gruppo guidato dall'imprenditore statunitense James Pallotta.

ISSN 2036-7821

combinazione di capitale proprio e debito subordinato al venditore ha determinato sin dall'origine un assetto proprietario fortemente condizionato dalla leva finanziaria.

All'operazione iniziale ha fatto seguito, nei primi mesi del 2026, un rifinanziamento volto a sostituire il debito riconducibile a entità collegate a Elliott con un nuovo finanziamento istituzionale organizzato da Comvest Credit Partners[17]. Tale passaggio non può essere letto come un mero evento tecnico di finanza aziendale o come una semplice alternanza di creditori, ma si inserisce in un più ampio processo di ristrutturazione finanziaria che evidenzia la trasformazione del club in piattaforma di investimento. In questa prospettiva, la società sportiva assume progressivamente la funzione di veicolo giuridico-finanziario funzionale a strategie di accumulazione fondate su leva, rifinanziamento e rivalutazione patrimoniale[18].

Il calcio professionistico si conferma, sotto questo profilo, un settore particolarmente attrattivo per operazioni di estrazione di valore finanziario, anche in assenza di una produzione materiale in senso tradizionale. Il valore economico non deriva esclusivamente dall'attività agonistica, bensì dalla capacità di strutturare flussi finanziari, valorizzare *asset* intangibili e sfruttare opportunità di sviluppo immobiliare e mediatico.

Il *timing* del rifinanziamento appare strettamente connesso al via libera istituzionale per la realizzazione del nuovo stadio nell'area di San Siro, snodo strategico per comprendere la razionalità economica complessiva dell'operazione[19]. Nella letteratura sul *football business*, lo stadio di proprietà è considerato un moltiplicatore di ricavi, idoneo a generare flussi stabili attraverso *ticketing premium*, *naming rights*,

---

Analogamente, nel 2022, la famiglia Percassi, tramite la *holding* Odessa, accordò un *vendor loan* di 23 milioni di euro alla cordata capeggiata da Stephen Pagliuca per l'ingresso nel capitale dell'Atalanta BC. Tali operazioni evidenziano come il trasferimento del controllo dei club non si esaurisca in una mera compravendita di quote, ma si articoli in strutture finanziarie ibride, in cui il venditore assume temporaneamente la veste di creditore, contribuendo alla sostenibilità dell'operazione e mantenendo, al contempo, un interesse economico nella fase successiva al *closing*. Il ricorso a strumenti tipici della finanza strutturata segnala l'integrazione sempre più intensa tra mercato calcistico e mercato dei capitali, con implicazioni rilevanti in termini di *governance*, allocazione del rischio e stabilità patrimoniale delle società sportive.

[17] L'operazione di acquisizione perfezionata nell'agosto 2022 – tramite il veicolo olandese Acm Bidco B.V. – si inserisce in una sequenza di passaggi proprietari che hanno visto il club transitare prima sotto il controllo di Elliott Management Corporation e, ancora prima, nell'operazione promossa da Yonghong Li.

[18] Dal punto di vista strettamente economico, tra prestiti, *vendor loan*, interessi e rifinanziamenti, con l'operazione di *exit* il fondo statunitense avrebbe realizzato, secondo stime convergenti della stampa finanziaria specializzata, un guadagno netto prossimo ai 550–570 milioni di euro nell'arco di circa un decennio. Tale risultato non deriva primariamente da una crescita industriale del club intesa come *performance* sportiva o sostenibilità gestionale, bensì dall'uso sofisticato della leva del debito e dalla valorizzazione prospettica di *asset* futuri.

[19] A chiusura di un confronto pubblico protrattosi per oltre sei anni, nel 2024 il Comune di Milano ha avanzato una proposta di cessione dell'area, subordinando la realizzazione del nuovo stadio a un più ampio intervento di riqualificazione del quartiere a carico degli acquirenti. Al bando hanno risposto soltanto Inter e Milan. Il prezzo è stato determinato sulla base delle valutazioni dell'Agenzia delle Entrate, sebbene comitati cittadini e forze politiche come i Verdi abbiano giudicato troppo contenuta la cifra di 197 milioni di euro.

ISSN 2036-7821

eventi extra-sportivi e sfruttamento commerciale continuativo[20]. Tuttavia, nel contesto urbano contemporaneo, l'infrastruttura sportiva trascende la sua funzione originaria per divenire catalizzatore di operazioni immobiliari e progetti di rigenerazione urbana guidati dal capitale finanziario. Il valore non si esaurisce nel perimetro sportivo, ma si estende alla trasformazione dell'area circostante e alla creazione di rendite immobiliari[21].

Sul piano teorico, il caso italiano sollecita una riflessione più ampia: se l'impresa

[20] In proposito cfr. E. FAROLDI, M.P. VETTORI, *Storia e progetto. Il completamento di Cremona nell'intervento City Hub*, Mimesis, Sesto San Giovanni, 2015; S. GIUDICE, *Il marketing nella gestione di uno stadio moderno*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2, 2004, p. 37 ss; G. INZAGHI, *Stadi, corsia veloce alla ristrutturazione ma senza residenziale*, in www.ilsole24ore.com, 2014; H.J. MARKERINK, A. SANTINI, *Stadi e grandi aree di intrattenimento. Il caso Amsterdam ArenA*, in *Sport Management e mercati globali*, 2, 2004, p. 61 ss.; D. TARÌ, *All'ultimo stadio. Il business del calcio: verità, menzogne e numeri*, Informant eBook, 2014; G. TEOTINO, M. UVA, *La ripartenza. Analisi e proposte per restituire competitività all'industria del calcio in Italia*, AREL, Bologna, 2010; M. VULPIS, *Quando lo stadio diventa business*, in *Italia Oggi*, 18 luglio 2008.

[21] L'ultima legge sugli impianti sportivi, il d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 38, prevede che gli investimenti vengano realizzati in maniera prioritaria attraverso il recupero di impianti già esistenti o, comunque, intervenendo in zone già edificate. In Senato è attualmente in discussione un ulteriore disegno di legge (DDL S.1312) denominato "Disposizioni in materia di stadi e impianti calcistici italiani", la cui linea guida prioritaria è 'rendere gli stadi luoghi moderni e integrati, favorendo la rigenerazione urbana e la rinascenza biocreativa nonché migliorando la sostenibilità, anche in vista del Campionato europeo di calcio 2032'. Il legislatore mira a ripensare lo stadio non più come mera infrastruttura sportiva, ma come spazio polifunzionale capace di attivare dinamiche di rigenerazione urbana. L'accento viene posto sul recupero di aree dismesse, sulla limitazione del consumo di nuovo suolo, sulla valorizzazione dei contesti urbani periferici o secondari e sulla produzione di ricadute sociali positive, considerate parte integrante dell'interesse pubblico sotteso a tali investimenti.

Nel 2014, a fronte della sostanziale paralisi nella realizzazione di nuovi impianti e del marcato divario rispetto ai principali ordinamenti europei, il Governo è intervenuto con il d.l. 24 giugno 2014, n. 91 (conv. in l. n. 116/2014). La c.d. "legge sugli stadi" ha introdotto misure volte a incentivare la costruzione e l'ammodernamento degli impianti sportivi, prevedendo, in particolare, nuove modalità di remunerazione del capitale investito e procedure amministrative semplificate per l'approvazione dei progetti. Nel 2017 il legislatore è nuovamente intervenuto con la l. 21 giugno 2017, n. 96, che all'art. 62 ha riformato in modo organico la disciplina di settore. La riforma ha definito: i) i contenuti e le modalità di redazione dello studio di fattibilità, nonché le tipologie di intervento sugli impianti esistenti (demolizione, demolizione e ricostruzione anche con diversa volumetria e sagoma, riconversione o riutilizzo a fini sportivi); ii) il riconoscimento di una forma di "esclusiva" per le attività commerciali nell'area dell'impianto in favore della società sportiva utilizzatrice; iii) la regolamentazione degli spazi interni destinati ad attività di ristorazione e vendita di articoli sportivi. Si è così delineato un quadro normativo volto a coniugare semplificazione procedurale e sostenibilità economica degli interventi, nella prospettiva di rendere più attrattivi gli investimenti nel settore. In merito cfr. A. DE MARTINI, Gli stadi polifunzionali in Italia: dal confronto con l'Europa spunti di riflessione, in Riv. dir. econ. sport, 2, 2012, p. 97 ss.; F. SPANICCIATI, L'edificazione di nuovi impianti sportivi come chiave del rilancio del settore: obiettivi e risultati ottenuti dalla c.d. Legge sugli stadi, in Riv. dir. spo., 1, 2017, p. 97, che si esprime in senso critico sulla reale capacità dell'impianto normativo vigente di superare gli ostacoli di una legislazione rivelatasi sin dalla sua origine lacunosa e scarsamente efficace, soprattutto perché indatta a "se risolve principale di malfunzionamento dell'intera legislazione sugli stadi: "la non vincolatività di questa procedura su quella di adeguamento degli strumenti urbanistici." Peraltro, secondo l'A., "il diritto amministrativo offriva già gli strumenti sufficienti a rendere perfettamente perseguibile il fine dell'incremento delle dotazioni sportive delle città senza dover introdurre nuove procedure diversificate […] E allora quel che si nota è che tale norma, più che un'utilità giuridica, forse ha avuto, fin dal principio, perlopiù un'utilità politica: dare un visibile sostegno, espresso in norme, agli investitori del settore sportivo e spingere i comuni a facilitare tali investimenti, cercando di imbrigliarli tramite un procedimento speciale".

sportiva assume prevalentemente la fisionomia di veicolo di investimento, quale spazio residua per il diritto sportivo come ordinamento settoriale orientato alla tutela dell'equilibrio competitivo e della funzione sociale dello sport?[22] E quale ruolo resta al diritto societario nel bilanciare l'interesse degli investitori con le istanze, non meramente economiche, che storicamente connotano il fenomeno calcistico?

5.1. Il debito come tecnica di governo del club calcistico.

Il rifinanziamento del debito del Milan può essere letto come un passaggio di testimone all'interno di una catena di valorizzazione finanziaria resa possibile dall'aumento atteso del valore dell'*asset* sottostante, ossia il progetto stadio. Per Comvest, l'acquisto del debito rappresenta un investimento razionale in un contesto in cui la crescita del valore del club e dei flussi futuri appare garantita non dai risultati sportivi, ma dall'operazione immobiliare. Per RedBird, invece, la vera fase dell'investimento inizia dal momento in cui il club ha assolto alla sua funzione di "ponte" verso lo stadio e può essere inserito in una strategia di sviluppo urbano-finanziario più ampia.

Il caso *de quo* consente di osservare in modo particolarmente nitido una dinamica ormai ben nota alla dottrina: la progressiva trasformazione del debito da strumento di finanziamento a meccanismo di controllo giuridicamente strutturato. Come messo in luce da Katharina Pistor nella teoria del "legal coding of capital"[23], il diritto non si limita a disciplinare i rapporti economici, ma contribuisce attivamente a trasformare determinate pretese patrimoniali in capitale protetto, durevole e prioritario. Il debito finanziario, soprattutto quando assistito da *covenant* sofisticati e da aspettative di rifinanziamento, rappresenta una delle forme più avanzate di tale codificazione.

Applicata al calcio professionistico, questa dinamica produce una riconfigurazione degli assetti di *governance*[24]. Attraverso il *vendor loan* e i successivi rifinanziamenti, il

---

[22] Come sottolinea F.R. FIMMANÒ, *Sport professionistico e sostenibilità*, cit., p. 736, "la sostenibilità dello sport non può essere affidata esclusivamente alla logica di mercato, ma richiede un modello istituzionale capace di operare una «redistribuzione regolata, trasparente e misurabile». Il rischio che incombe, in assenza di tale modello, è quello della disgregazione dell'ecosistema sportivo, con conseguente concentrazione dei ricavi, marginalizzazione della base e progressivo svuotamento del valore educativo e comunitario dello sport, con l'effetto indiretto della riduzione dell'interesse diffuso del pubblico, per la minore incertezza dei risultati delle contese, con una contrazione dello stesso fine lucrativo".

[23] K. PISTOR, ***Il codice del capitale. Come il diritto crea ricchezza e disuguaglianza***, LUISS University Press, Roma, 2021. La teoria del "legal coding of capital" ha importanti conseguenze poiché spiega perché la disuguaglianza patrimoniale sia strutturalmente radicata nei sistemi giuridici;mostra che la finanziarizzazione non è solo un fenomeno economico, ma giuridico; evidenzia, inoltre, come la globalizzazione abbia consentito di scegliere l'ordinamento più favorevole per "codificare" il capitale (*forum shopping* normativo). In questo senso, il capitale globale è spesso ancorato a pochi ordinamenti particolarmente sofisticati (come quelli di *common law*), che offrono strumenti giuridici altamente protettivi per "incapsulare" beni e flussi finanziari, rendendoli più sicuri, prioritari e difficilmente aggredibili.

[24] Cfr. P.L. MARCHINI, E. LUGLI, *La* corporate governance *delle società di calcio professionistiche: un'analisi empirica nel contesto italiano dal 2012 al 2017*, in *Rass. dir. econ. sport*, 1, 2019, p. 13 ss.; S. HAMIL, M. HOLT, J. MICHIE, C.

ISSN 2036-7821

creditore assume una posizione che la dottrina anglosassone ha descritto come *creditor control* o *shadow governance*, superando la dicotomia tradizionale tra capitale di rischio e capitale di credito. Come osservato da Armour, Hansmann e Kraakman, il diritto societario moderno tende a riconoscere l'azionista come portatore dell'interesse residuale; tuttavia, nei contesti altamente levereggiati, tale ruolo viene di fatto trasferito al creditore, il quale orienta le decisioni strategiche pur restando formalmente esterno alla compagine sociale.

Nel calcio finanziarizzato, questo slittamento è accentuato dall'instabilità strutturale dei flussi di cassa sportivi. Il rischio legato ai risultati sul campo rende l'azionista esposto a una volatilità che il creditore riesce invece a neutralizzare mediante clausole contrattuali e diritti di intervento anticipato. Ne deriva una forma di *governance creditor-oriented*, in cui l'obiettivo primario non è la massimizzazione del valore sportivo o nemmeno del valore d'impresa in senso classico, ma la protezione e rivalutazione del credito in vista di un'*exit* o di una ristrutturazione del debito.

Esempi comparati confermano che il caso Milan non rappresenta un'anomalia, bensì una traiettoria ricorrente. Nel calcio inglese, l'acquisizione del Manchester United da parte della famiglia Glazer ha mostrato come un *leveraged buyout* possa trasformare un *club* storicamente solido in un veicolo di estrazione finanziaria, con il debito posto strutturalmente a carico della società sportiva e governato nell'interesse dei finanziatori. Analogamente, il caso del Chelsea sotto la gestione Abramovich ha evidenziato una forma diversa ma complementare di *creditor dominance*, fondata su prestiti soci formalmente subordinati ma sostanzialmente determinanti per la sopravvivenza del club.

Nel contesto spagnolo, la crisi del Valencia CF ha reso visibile il ruolo delle istituzioni finanziarie e dei fondi nel condizionare le scelte societarie attraverso l'esposizione debitoria, mentre il progetto dello stadio Nou Mestalla ha funzionato come promessa di valore futuro analoga a quella osservabile nel caso di San Siro. Anche nel calcio francese, l'ingresso di fondi come Elliott e Oaktree in club in difficoltà ha mostrato come il credito possa essere utilizzato come strumento di ristrutturazione proprietaria e di cattura del valore immobiliare e mediatico associato al club.

Questi esempi suggeriscono che il debito, nel calcio contemporaneo, opera come dispositivo giuridico di anticipazione del valore futuro, più che come strumento di finanziamento dell'attività corrente. Il club diventa così una piattaforma attraverso cui il diritto consente di rendere giuridicamente credibili aspettative di crescita non ancora realizzate, spostando il baricentro della *governance* dal presente sportivo al futuro finanziario. In questa traiettoria, la distinzione tra controllo societario e tutela del credito perde gran parte della propria rilevanza operativa.

OUGHTON, L. SHAILER, *The corporate governance of professional football clubs, Corporate Governance*, in *The international journal of business in society*, 4(2), 2004, p. 44 ss.

Sul piano sistematico, tale evoluzione interroga la capacità del diritto societario e del diritto sportivo di intercettare forme di potere economico che operano al di fuori delle categorie tradizionali. Il creditore-finanziatore non assume formalmente le responsabilità dell'azionista, ma ne esercita le prerogative decisive. Ciò solleva una questione di legittimazione giuridica e democratica della *governance* del club, soprattutto laddove l'impresa sportiva continui a svolgere una funzione simbolica e territoriale che trascende la logica puramente finanziaria. In questo senso, il debito non rappresenta soltanto una variabile economica, ma un fattore strutturale di riconfigurazione giuridica dell'impresa calcistica, destinato a incidere profondamente sulla natura stessa del club come soggetto di diritto.

5.2. Governance e proprietà.

La mutazione del *corporate purpose* nel settore sportivo suggerisce l'esigenza di ripensare le categorie tradizionali, al fine di allineare la disciplina giuridica alla reale finalità economica dei club e di interrogarsi sulla possibile introduzione di strumenti di tutela per gli *stakeholder* non finanziari, oggi privi di una posizione strutturalmente riconosciuta nella *governance*.

Dal punto di vista giuridico, la questione centrale attiene alla coerenza tra oggetto sociale formalmente dichiarato e attività concretamente svolta. La riflessione sul *corporate purpose*, sviluppata in particolare nella dottrina statunitense[25], riconosce agli organi gestori un'ampia discrezionalità nella definizione dell'interesse sociale, ma presuppone pur sempre che l'oggetto statutario sia effettivamente perseguito. Nel caso dei club calcistici, il possibile disallineamento tra finalità sportiva e prevalenza di operazioni finanziarie solleva interrogativi su due piani: la legittimità sostanziale delle scelte gestorie rispetto all'oggetto sociale e la tutela degli *stakeholder* non finanziari.

Questi ultimi – tifosi, comunità locali, lavoratori, sponsor minori – risultano strutturalmente marginali nei meccanismi di *governance* societaria[26]. Le loro aspettative, pur economicamente e socialmente rilevanti, non trovano adeguata rappresentazione nei modelli decisionali né nei tradizionali strumenti di responsabilità degli amministratori, orientati alla valorizzazione del capitale. La separazione tra proprietà del club e proprietà delle infrastrutture (in particolare lo stadio), nonché la centralità del debito quale leva di controllo, accentuano tale dinamica, trasformando l'impresa sportiva in un contenitore giuridico funzionale alla circolazione del capitale più che alla produzione del bene sportivo in senso stretto.

---

[25] Il riferimento è in special modo alle posizioni di S.M. BAINBRIDGE, ***Corporate Purpose in a Populist Era***, in *Neb. L. Rev.*, 98, 2020, p. 543 ss.

[26] Cfr. V. SANGUIGNI, *La* corporate governance *delle società di calcio professionistiche. Un'analisi sul campo*, Franco Angeli, Milano, 2022; P.L. MARCHINI, E. LUGLI, *La Corporate Governance delle società di calcio professionistiche: un'analisi empirica nel contesto italiano dal 2012 al 2017*, cit., p. 19 s.

ISSN 2036-7821

Esperienze comparate confermano questa tendenza. Il Manchester United, sotto la proprietà della famiglia Glazer, è stato oggetto di operazioni di *leveraged buyout* e successive strategie di rifinanziamento che hanno posto al centro la gestione del debito e l'estrazione di valore finanziario. Diverso, ma non privo di ambiguità, è il modello di Real Madrid e FC Barcelona[27], formalmente organizzati secondo una struttura associativa che attribuisce un ruolo ai soci: anche in tali contesti, tuttavia, le rilevanti operazioni immobiliari e finanziarie evidenziano una crescente subordinazione della funzione sportiva alla valorizzazione economica dell'*asset*[28].

L'ingresso di RedBird Capital Partners quale socio di maggioranza dell'AC Milan ha inciso in modo significativo sugli assetti di *governance* del club. Il fondo, in quanto operatore di *private equity* non quotato, risponde primariamente ai propri investitori istituzionali ed è vincolato a un dovere fiduciario di massimizzazione del rendimento del capitale investito. Tale configurazione può determinare un disallineamento strutturale tra l'interesse finanziario degli investitori e quello della comunità sportiva, dei tifosi e degli *stakeholder* territoriali, tradizionalmente legati alla dimensione identitaria del club.

La presenza del *vendor loan* concesso da Elliott Management Corporation ha ulteriormente rafforzato la dimensione finanziaria della *governance*. In qualità di creditore, il venditore ha mantenuto un potere contrattuale idoneo a incidere su decisioni strategiche, operazioni di rifinanziamento e scelte di mercato, sino alla possibilità di riacquisire il controllo in caso di inadempimento. Si tratta di uno

[27] Cfr. F.R. FIMMANÒ, *Sport professionistico e sostenibilità*, in *Amministrativamente*, 2, 2025, p. 766, nt. 106; S. DE VITIIS, *Més que un club: spunti su spunti sull'interesse sociale nelle società calcistiche professionistiche*, in *Il fintech veste sportivo*, cit., p. 81 ss.; F. BOF, F. MONTANARI, S. BAGLIONI, *Il calcio tra contesto locale ed opportunità globali. Il caso del Barcellona FC, més que un club*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2, 2007, p. 37 ss.; R. FAVELLA, *Il modello societario partecipativo del Barcellona Fc è esportabile in Italia?* in *Riv. dir. econ. sport*, 3, 2010, p. 168.

[28] Secondo il report ***PitchBook Analyst Note: Private Capital in European Football***, il calcio europeo di vertice è ormai stabilmente inserito nei circuiti della finanza globale. Oltre un terzo dei club militanti nei cinque principali campionati europei (36,5%) registra la presenza nel capitale di fondi di *private equity*, *venture capital* o *private debt*. Il dato segnala non soltanto una crescente attrattività dell'industria calcistica per gli investitori istituzionali, ma anche una trasformazione strutturale del club da associazione sportiva a piattaforma di investimento, capace di generare flussi di cassa diversificati e valorizzazioni patrimoniali. Ancora più significativa è la penetrazione dei capitali statunitensi: quasi il 40% delle società dei cosiddetti "Big Five" – Premier League, La Liga, Serie A, Bundesliga e Ligue 1 – annovera investitori americani, spesso operanti in sinergia con fondi di *private equity*. Tale presenza non si esaurisce in un mero apporto di capitale, ma si traduce nell'introduzione di modelli manageriali tipici dello sport business nordamericano: centralità delle *revenue* commerciali, valorizzazione degli *asset* immobiliari (stadi e infrastrutture), sviluppo di strategie media e digitali, nonché integrazione in *network* internazionali. In merito cfr., *ex plurimis*, F. MARI, *I Trend attuali nel Calcio: Private Equity e Multi-Club Ownership*, in **A. CANEPA, G.L. GRECO, U. MINNECI (a cura di), *Il fintech veste sportivo. Digitalizzazione, nuovi confini del mercato e regole*, Editoriali scientifiche, Napoli, 2025, p. 11 ss.; P.** MESSINA, BAROMETRO, E. PEA, *Investimenti dei fondi di Private Equity nelle società calcistiche italiane*, in ***Il fintech veste sportivo. Digitalizzazione, nuovi confini del mercato e regole*, cit., p. 23 ss.; P.** GOMPERS, W. GORNALL, N. KAPLAN, I. STREBULAEV, *How do Venture Capitalists Make Decisions?*, in *Journal of Financial Economics*, 135(1), 2016, p. 169 ss.; R.S. HARRIS, T. JENKINSON, S.N. KAPLAN, *Private Equity Performance: What do We Know?* in *The Journal of Finance*, 69(5), 2014, p. 1851 ss.; T. HAYDUK, M. WALKER, *Mapping the Strategic Factor Market for Sport Entrepreneurship*, in *International Entrepreneurship and Management Journal*, 14(3), 2017, p. 705 ss.

strumento pienamente legittimo e diffuso nelle operazioni di *leveraged buyout*, che consente al venditore di agevolare il trasferimento dell'*asset* conservando, al contempo, una posizione creditoria privilegiata.

Sotto il profilo sostanziale, il *vendor loan* comporta una rilevante riallocazione del rischio: l'acquirente investe una quota di capitale proprio inferiore rispetto al valore complessivo dell'operazione, mentre la società acquisita diviene, in larga misura, il presidio economico del debito contratto per acquisirla. Parallelamente, il venditore conserva un potere economico indiretto derivante dalla sua posizione di creditore, suscettibile di influenzare le future scelte gestionali. La *governance* si trova così a dover bilanciare le esigenze del fondo proprietario e quelle del creditore, con potenziali tensioni rispetto alla missione sportiva e alla tutela degli *stakeholder* non finanziari.

Sia ben chiaro, non si tratta di una pratica illecita, bensì di un'architettura contrattuale che configura la proprietà del club come un *asset* finanziario potenzialmente reversibile, nel quale controllo e rischio risultano strettamente intrecciati[29].

In tale contesto, la proprietà assume una natura eminentemente finanziaria: il valore e il controllo non dipendono esclusivamente dai risultati sportivi, ma dalla capacità di gestire debito, *equity* e flussi di cassa.

Ciò conduce al tema della qualità degli utili. Un risultato positivo di bilancio derivante da eventi non ricorrenti o da operazioni di ingegneria finanziaria non equivale necessariamente a una capacità durevole di generare reddito[30]. In presenza di un indebitamento significativo, di operazioni di *factoring* su crediti commerciali e di obblighi di rimborso a breve e medio termine – inclusi quelli connessi al *vendor loan* – la sostenibilità prospettica del club risulta fortemente condizionata[31]. Il principio del *going concern*, centrale nel diritto societario e nella disciplina della crisi d'impresa, assume pertanto rilievo decisivo nella valutazione della solidità effettiva della società. Gli utili possono configurarsi come "falsi positivi" qualora non riflettano una stabilità economica sottostante, ma mascherino l'elevata leva finanziaria, i vincoli imposti dal debito e l'esposizione al rischio di tensioni di

[29] Il parallelo con la precedente acquisizione del club da parte di Yonghong Li evidenzia la ricorrenza di una struttura finanziaria analoga: valutazioni elevate, ricorso significativo alla leva e previsione di meccanismi che consentono al creditore di riacquisire il controllo in caso di *default*.

[30] È significativo che, sul piano contabile, la gestione RedBird abbia registrato due esercizi consecutivi in utile (2022–23 e 2023–24). Tuttavia, un'analisi economico-giuridica suggerisce che tali risultati siano stati influenzati in misura rilevante da componenti straordinarie – quali plusvalenze da cessione di calciatori e performance sportive contingenti – più che da una redditività operativa strutturale e stabile.

[31] Sul punto cfr. R. MURA, F. VICENTINI, D. CANINI, G. ROSSI, *Are Italian Football Clubs Embrancing Sustainability?*, in *Corporate Governance and Research & Development Studies*, 2024, p. 15 ss.; N. ATGHIA, A. NAZARIAN, *Economic Sustainability: A Solution to the Financial Problems of Football Clubs*, in *Sport, Business and Management: An International Journal*, 14(1), 2024, p. 56 ss.

ISSN 2036-7821

liquidità o insolvenza[32].
Nell'ambito di una lettura del calcio professionistico come vero e proprio settore economico suscettibile di investimento, risulta particolarmente significativo il richiamo alla "raccomandazione contabile" n. 810, la quale individua con puntualità i criteri di imputazione per competenza dei proventi e degli oneri delle società calcistiche. Tale documento consente di cogliere come la gestione di un club sportivo non si esaurisca nella dimensione agonistica, ma si strutturi secondo logiche economico-aziendali pienamente assimilabili a quelle di qualsiasi altra impresa operante sul mercato[33].

6. Il Rigenerazione urbana a iniziativa privata e sostenibilità economica nel progetto del nuovo stadio del Milan.

Il progetto del nuovo stadio del Milan – con impianti sportivi, strutture ricettive, *retail*, uffici e servizi – configura un'operazione di rigenerazione urbana a iniziativa privata, che richiama istituti tipici del partenariato pubblico-privato, delle convenzioni urbanistiche e delle procedure di pianificazione negoziata.
L'intervento di ristrutturazione dell'impianto sportivo si colloca al crocevia tra politiche pubbliche di infrastrutturazione urbana e strategie private di valorizzazione dell'investimento, rivelando una trama complessa di interessi eterogenei che difficilmente possono essere ricondotti a una logica unitaria. La modernizzazione dello stadio non costituisce più soltanto un'operazione tecnica volta all'adeguamento strutturale dell'edificio, ma rappresenta un passaggio strategico nel processo di ridefinizione del rapporto tra impresa sportiva, mercato dei capitali e territorio.
Ne deriva una progressiva ibridazione tra disciplina sportiva, diritto societario, diritto urbanistico e regolazione dei mercati finanziari. Date queste nuove coordinate, la società calcistica assume una funzione analoga a quella di una società di scopo

[32] Zambelli L., "La natura e il funzionamento dei controlli sulle società di calcio professionistiche in Italia", in Rivista Diritto dello Sport, fasc. ¾ 2015, pp. 301-316Le società calcistiche sono, del resto, tenute al rispetto dei principi contabili nazionali e internazionali, in particolare degli OIC e degli IAS/IFRS, a conferma del fatto che l'attività sportiva professionistica è pienamente inserita nell'ordinamento economico generale. L'aderenza a tali standard non rappresenta un mero adempimento formale, ma costituisce l'indice della rilevanza sistemica dell'industria del calcio, la quale trascende la dimensione strettamente sportiva per collocarsi nell'alveo delle attività imprenditoriali soggette a regole di trasparenza, *accountability* e correttezza contabile. In questa prospettiva, il calcio si configura non soltanto come fenomeno sociale e culturale, ma come comparto economico complesso, che richiede una regolazione tecnico-contabile capace di misurarne e disciplinarne l'impatto finanziario e patrimoniale.

[33] La raccomandazione prende in considerazione le principali componenti della gestione caratteristica, valorizzando la pluralità di rapporti contrattuali che scandiscono la vita economica di una società sportiva. Si pensi ai contratti stipulati per singoli eventi, ai rapporti a corrispettivo fisso, nonché ai contratti a corrispettivo variabile, annuali o pluriennali, che riproducono lo schema tipico del professionista remunerato con una parte fissa e una componente accessoria collegata a bonus, presenze, risultati sportivi o persino alla mera sottoscrizione del contratto. La disciplina contabile di tali fattispecie evidenzia come la dinamica finanziaria del club sia strettamente intrecciata alla *performance* sportiva, ma debba essere comunque ricondotta entro criteri rigorosi di competenza economica e rappresentazione veritiera e corretta in bilancio.

ISSN 2036-7821

(SPV) integrata in una più ampia operazione di sviluppo territoriale. Il club diviene un *asset* "ancillare" rispetto alla trasformazione fondiaria: la redditività non dipende primariamente dai risultati sportivi, bensì dalla capacità di estrarre valore dalle aree e dalle infrastrutture connesse allo stadio[34].

In primo luogo, l'adeguamento agli standard tecnici e regolamentari più recenti assume un rilievo che travalica il mero rispetto di prescrizioni normative. Le federazioni internazionali – quali la FIFA e la UEFA – impongono requisiti infrastrutturali sempre più stringenti quale condizione per l'assegnazione di competizioni di alto livello. L'adeguamento strutturale diviene così presupposto per l'accesso a flussi economici significativi, collegati non solo alla biglietteria, ma ai diritti audiovisivi, alle sponsorizzazioni e all'indotto commerciale. In tale prospettiva, la conformità tecnica si traduce in una condizione di competitività economica, trasformando lo stadio in un *asset* strategico la cui qualità incide direttamente sulla capacità del club di posizionarsi nel mercato globale dell'intrattenimento sportivo.

Sotto il profilo della sicurezza, la ristrutturazione si inscrive in un paradigma che integra tutela dell'incolumità individuale ed esigenze di ordine pubblico. Le soluzioni progettuali contemporanee – dalla compartimentazione degli spazi ai sistemi avanzati di controllo degli accessi e di videosorveglianza – riflettono un approccio preventivo che mira a ridurre il rischio sistemico connesso agli eventi di massa. La sicurezza, tuttavia, non può essere letta esclusivamente in chiave tecnica: essa incide sulla percezione collettiva dell'evento sportivo e sulla sua attrattività, contribuendo a ridefinire il pubblico di riferimento e a trasformare l'esperienza dello stadio in un prodotto compatibile con le logiche del consumo familiare e *corporate*. Anche in questo caso, l'interesse pubblico alla sicurezza si intreccia con l'interesse privato alla massimizzazione dei ricavi, in un equilibrio che non è privo di tensioni.

Infine, la realizzazione di un impianto secondo criteri costruttivi moderni e funzionali incide anche sulla sua sostenibilità economico-finanziaria: la possibilità di

[34] L. SEMERARI, *Calcio, stadi e investimenti delle società sportive*, in *L'Eurispest.it*, 9 settembre 2025; come riportato nello studio di DELOITTE, ***Deloitte Football Money League 2025***, 23 gennaio 2025, rep. al link: https://www.deloitte.com/uk/en/services/financial-advisory/analysis/deloitte-football-money-league.html, con specifico riferimento al calcio europeo, nella stagione 2023/2024 gli investimenti infrastrutturali hanno inciso in modo significativo sui ricavi da stadio. L'ampliamento e l'ammodernamento degli impianti hanno determinato un aumento della capienza, una rimodulazione dei prezzi dei biglietti e un potenziamento dell'offerta premium (*hospitality*, *corporate box*, servizi esclusivi), consentendo ai club di incrementare dell'11% i proventi *matchday* rispetto alla stagione precedente. Per i 30 club più ricchi d'Europa, i ricavi da stadio hanno rappresentato la voce di bilancio con la crescita più sostenuta, superando i 2 miliardi di euro e attestandosi intorno al 18% dei ricavi complessivi. Un esempio paradigmatico è rappresentato dal Real Madrid CF. A seguito del completamento della ristrutturazione dello stadio Santiago Bernabéu Stadium, i ricavi connessi alle attività svolte nell'impianto hanno raggiunto, nella stagione 2023/24, i 248 milioni di euro (circa il 23% dei ricavi totali del club), con un incremento del 103% su base annua. La crescita è stata trainata in larga misura dalla commercializzazione di licenze per posti a sedere personalizzati e premium, che da sole hanno generato un aumento di circa 76 milioni di euro, confermando come uno stadio moderno possa costituire un decisivo moltiplicatore di valore economico.

un utilizzo continuativo e polifunzionale, esteso all'intero arco dell'anno e non limitato alle sole competizioni calcistiche (secondo la logica desueta dell'impianto mono-evento), accresce infatti la capacità di generare ricavi e di valorizzare l'investimento nel medio-lungo periodo.

La sostenibilità economica degli impianti sportivi passa oggi attraverso un ripensamento radicale della loro funzione. Da qui l'esigenza di concepire lo stadio come un'infrastruttura complessa e permanente, capace di integrare attività commerciali, direzionali, ricettive e servizi alla persona, così da garantire continuità di fruizione e stabilità dei flussi di ricavo[35].

In quest'ottica, lo stadio non è più soltanto sede della competizione sportiva, ma diviene un nodo urbano polivalente, inserito in una più ampia strategia di sviluppo territoriale. L'esperienza internazionale evidenzia l'affermazione di modelli fondati su veri e propri distretti sportivo-culturali, progettati come parti organiche della città, caratterizzati da elevati standard tecnologici e attenzione alla sostenibilità ambientale[36]. Tali complessi sono pensati per ospitare una pluralità di eventi – sportivi, culturali, musicali, espositivi – e per offrire servizi diversificati lungo l'intero arco dell'anno. Inoltre, essi svolgono una funzione propulsiva nei processi di rigenerazione urbana, attirando investimenti, favorendo la valorizzazione immobiliare delle aree limitrofe e contribuendo alla trasformazione economica e sociale del contesto in cui si inseriscono.

Siffatto modello solleva interrogativi rilevanti sul piano della *governance* sportiva e urbana. Per inciso, i ricorso al debito per finanziare la realizzazione o la ristrutturazione dell'impianto non si esaurisce in una scelta tecnica di struttura finanziaria, ma può tradursi in un meccanismo di disciplina e di condizionamento strategico. *Covenants* contrattuali, garanzie reali sull'*asset* stadio, clausole di *cash sweep* o di *step-in* attribuiscono ai finanziatori poteri che incidono sulle decisioni industriali del club, ridefinendo gli equilibri tra proprietà e *management*. Il debito, in

[35] Cfr. A. CIPOLLA, *Stadi di proprietà in Italia: quali sono e perché sono pochi*, in *Money*, 2 novembre 2023; M. BELLINZANO, ***Da Milano a Roma, perché l'Italia non riesce a costruire gli stadi,*** in *Il Sole 24 Ore*, 30 marzo 2023; L. SEMERARI, *Euro 2032: un'opportunità per migliorare la situazione degli stadi in Italia*, in *L'Eurispes.it*, 4 luglio 2025. In Italia si discute da tempo dell'obsolescenza di numerosi stadi, una condizione che incide negativamente sull'intero sistema calcistico nazionale. La vetustà delle infrastrutture, infatti, limita non solo la qualità dell'esperienza offerta agli spettatori, ma anche la capacità dei club di sviluppare modelli di *business* sostenibili. In un contesto in cui gli impianti sportivi assumono un ruolo sempre più centrale per la crescita sportiva ed economico-finanziaria delle società, la mancanza di strutture moderne e polifunzionali rappresenta un evidente fattore di svantaggio competitivo rispetto ai principali campionati europei. La normativa sugli stadi per Euro 2032 in Italia (d.l. 24 dicembre 2025) mira, per l'appunto, ad accelerare ammodernamenti e nuove costruzioni tramite la nomina di un commissario straordinario e procedure semplificate. Oltre a norme tecniche per sicurezza, accessibilità, e misure di sicurezza pubblica per i dieci impianti individuati ad ospitare l'evento, il decreto prevede, infatti, l'istituzione di una figura commissariale per gestire le procedure, con poteri di deroga su vincoli urbanistici e ambientali per velocizzare i lavori, spesso criticata per l'impatto sul territorio e la gestione dei privati.

[36] G. GARZIA, *Gli impianti sportivi di interesse storico e artistico. Regime di tutela e necessità di ammodernamento*, in *Pausania. Riv. dir. urb.*, 7 settembre 2021.

tal senso, non è soltanto fonte di capitale, ma strumento di *governance* che orienta le priorità dell'impresa verso obiettivi di stabilità finanziaria e di valorizzazione dell'*asset* infrastrutturale.

I tifosi e la città risultano progressivamente marginalizzati rispetto ai processi decisionali e alla distribuzione dei benefici economici. Il club, pur mantenendo un forte valore simbolico e identitario, non è più il destinatario principale dei profitti generati dal proprio marchio e dalla propria storia. Al contrario, esso diventa una componente fungibile all'interno di strutture societarie complesse, spesso opache, localizzate in giurisdizioni fiscali favorevoli e organizzate attorno alla circolazione del debito.

In tale contesto, l'espressione "més que un club", tradizionalmente associata a un *surplus* di valori civici e sociali, assume un significato paradossale. Il Milan è oggi "più di un club" non perché rappresenti una comunità o un progetto sportivo condiviso, ma perché è diventato un dispositivo finanziario polifunzionale, utilizzato per operazioni che travalicano ampiamente il perimetro del calcio. Questa trasformazione, lungi dall'essere un'eccezione, appare come una delle traiettorie strutturali del capitalismo sportivo contemporaneo, in cui il gioco resta visibile, ma il valore si produce altrove.

6.1. La separazione giuridica tra club e stadio: infrastruttura sportiva o asset finanziario?

Alla luce di queste trasformazioni, si impone una seconda questione di ricerca utile a comprendere quando un'infrastruttura sportiva cessa di essere funzionale all'attività sportiva e diventa primariamente un *asset* finanziario e, soprattutto, quali limiti giuridici possono essere posti alla separazione tra club e stadio quando tale separazione produce una sistematica privatizzazione dei benefici e una socializzazione dei costi urbani e simbolici.

La scelta di separare giuridicamente la proprietà dello stadio dalla società sportiva rappresenta uno degli snodi più rilevanti, e al tempo stesso meno problematizzati, della finanziarizzazione del calcio contemporaneo. Nel modello tradizionale, lo stadio costituiva un'infrastruttura funzionalmente e simbolicamente integrata al club, destinata a sostenere l'attività sportiva e a rafforzare il legame territoriale. Nel modello emergente, al contrario, lo stadio viene estratto dal perimetro dell'impresa sportiva e ricollocato in veicoli societari distinti, tipicamente riconducibili ai fondi di investimento che controllano il club. Questa operazione, apparentemente neutra sul piano tecnico, produce effetti giuridici e distributivi di grande rilievo.

La separazione consente una segmentazione del rischio altamente funzionale alla logica finanziaria. Il rischio sportivo, caratterizzato da incertezza strutturale e volatilità dei ricavi, resta in capo al club; il valore immobiliare, invece, viene isolato in una struttura giuridica che ne consente la valorizzazione indipendentemente dai

risultati sul campo. In tal modo, lo stadio diventa un *asset* finanziario autonomo, suscettibile di essere utilizzato come collaterale, oggetto di *project financing* o inserito in operazioni di rifinanziamento e cartolarizzazione. Il club assume la posizione di *anchor tenant* o di utilizzatore contrattuale, piuttosto che di proprietario dell'infrastruttura che ne sostiene l'attività principale.

Questa configurazione trova riscontro in numerosi esempi comparati. Il caso dell'Emirates Stadium dell'Arsenal, finanziato e strutturato attraverso veicoli separati e operazioni immobiliari di vasta scala, ha mostrato come lo stadio possa diventare il perno di una strategia di valorizzazione urbana slegata dall'andamento sportivo. Analogamente, il progetto del Tottenham Hotspur Stadium ha evidenziato una progressiva trasformazione dell'impianto in una piattaforma multiuso orientata a eventi extra-sportivi, con una struttura giuridica e finanziaria pensata per attrarre capitale istituzionale. In Spagna, il rinnovamento del Santiago Bernabéu ha segnato un passaggio ulteriore, in cui lo stadio diventa una vera e propria infrastruttura commerciale e finanziaria, sostenuta da complessi accordi di finanziamento e sfruttamento economico.

Nel caso italiano, la separazione tra club e stadio assume un significato ancora più incisivo, poiché interviene in un contesto storicamente caratterizzato dalla proprietà pubblica degli impianti. Il trasferimento della titolarità dello stadio a veicoli finanziari privati, spesso accompagnato da operazioni di rigenerazione urbana, comporta una ridefinizione profonda del rapporto tra diritto pubblico e finanza privata. Le decisioni urbanistiche, le varianti di piano e le concessioni amministrative non operano più come strumenti di regolazione dell'interesse collettivo, ma come fattori costitutivi del valore dell'*asset*. In questo senso, il diritto urbanistico diventa parte integrante dell'architettura finanziaria dell'operazione.

La separazione giuridica tra club e stadio può essere letta come una forma avanzata di *asset partitioning*, che consente di massimizzare la protezione dei creditori e degli investitori rispetto ai rischi operativi dell'attività sportiva. Come osservato dalla dottrina sulla *special purpose entity*, la creazione di veicoli dedicati permette di rendere il valore immobiliare più stabile, più prevedibile e quindi più facilmente finanziabile. Tuttavia, questa stabilizzazione giuridica del valore avviene a costo di una progressiva marginalizzazione degli interessi non finanziari, in primo luogo quelli dei tifosi e della comunità locale.

La conseguenza sistemica è che lo stadio cessa di essere un bene funzionale allo sport per diventare un nodo di accumulazione finanziaria che utilizza il club come fonte di legittimazione simbolica e contrattuale. Il legame tra infrastruttura e finalità sportiva si indebolisce fino a diventare puramente contingente. Il diritto, in questo processo, non si limita a registrare il mutamento, ma lo rende possibile attraverso strumenti di separazione patrimoniale, allocazione selettiva del rischio e protezione delle aspettative di rendimento.

ISSN 2036-7821

6.2. Il club come piattaforma finanziario-immobiliare.

La "produzione istituzionale dell'asset stadio" – attraverso varianti urbanistiche, concessioni amministrative, *partnership* pubblico-private – rivela come il valore non sia solo generato dal mercato, ma anche costruito giuridicamente. L'assetizzazione non è un dato naturale: è il risultato di scelte normative, regolatorie e amministrative che rendono l'infrastruttura bancabile e integrabile nei circuiti globali del capitale.

La dottrina della *legal construction of markets* ha chiarito come le regole non si collochino all'esterno dei processi economici, ma ne costituiscano l'architettura portante. Nel modello di finanziarizzazione del calcio centrato sullo stadio di proprietà, l'insieme delle discipline che governano l'uso del territorio e i procedimenti autorizzativi non svolge più una funzione meramente permissiva o di controllo, ma diviene parte integrante della struttura di valore dell'operazione. Il caso del nuovo San Siro mostra con evidenza come varianti di piano, accordi istituzionali e atti di pianificazione agiscano quali dispositivi di produzione del valore, senza i quali l'impianto finanziario dell'investimento resterebbe privo di base economica credibile.

Si assiste così a una trasformazione del ruolo della regolazione territoriale. L'atto autorizzativo non si limita a rimuovere un ostacolo formale, ma contribuisce a rendere giuridicamente affidabile un'aspettativa di valorizzazione futura, suscettibile di essere immediatamente incorporata nei bilanci, nei contratti di finanziamento e nelle operazioni di rifinanziamento del debito. In questo senso, la decisione istituzionale non certifica soltanto la fattibilità del progetto, ma ne anticipa il valore, rendendo finanziariamente operativi *asset* non ancora realizzati.

Nel settore degli impianti sportivi tale funzione assume un'intensità particolare. Le scelte di pianificazione incidono non solo sulla possibilità di costruire, ma sulla configurazione stessa del modello economico: determinano la combinazione tra funzioni sportive e commerciali, la proiezione dei flussi di cassa e, in definitiva, la sostenibilità della leva finanziaria. La disciplina dell'uso del suolo, tradizionalmente orientata a finalità collettive, viene progressivamente integrata in una logica di strutturazione dell'investimento, divenendo parte del dispositivo che rende bancabile il progetto.

L'esperienza comparata conferma questa dinamica. Nel Regno Unito, la realizzazione di impianti di proprietà è stata resa possibile da una stretta interazione tra pianificazione locale e capitale privato, con le autorità territoriali impegnate a garantire infrastrutture e a facilitare operazioni immobiliari complementari. In Spagna, il rinnovamento del Santiago Bernabéu ha richiesto interventi normativi che hanno ridefinito destinazioni d'uso e potenzialità edificatorie, trasformando lo stadio in una piattaforma commerciale permanente. In Francia, i progetti connessi a Euro 2016 hanno mostrato come modelli di partenariato possano redistribuire il rischio

iniziale, preservando tuttavia la rendita generata nella fase di esercizio.
Nel contesto italiano, la storica centralità delle amministrazioni nella gestione delle infrastrutture sportive accentua ulteriormente questa configurazione. Il passaggio verso impianti di proprietà privata non rappresenta soltanto un mutamento nella titolarità dell'*asset*, ma una ridefinizione del rapporto tra decisione territoriale e accumulazione finanziaria[37]. Le autorità locali contribuiscono alla costruzione del valore economico dell'investimento, pur senza partecipare necessariamente alla sua appropriazione. L'apparato regolatorio tende così a operare principalmente come fattore di certezza e stabilizzazione delle aspettative degli investitori.
In prospettiva sistemica, ciò impone una riflessione sulla nozione stessa di interesse collettivo. Come già sopra analizzato, se le scelte di pianificazione vengono valutate soprattutto in base alla loro capacità di attrarre capitale e di rendere finanziariamente sostenibili progetti privati, l'interesse generale rischia di essere riformulato nei termini della compatibilità finanziaria. La regolazione territoriale non si limita, allora, a delimitare la finanziarizzazione: ne diventa condizione di possibilità e fattore di consolidamento.

7. Il caso Atlético Madrid.

Un'analisi comparativa tra il caso dell'AC Milan e quello dell'Atlético Madrid[38]

[37] D. CANINI, R. MURA, F. VICENTINI, *When Stadium Ownership Meets Corporate Social Responsibility: The case of U.C. AlbinoLeffe*, in *Corporate Governance and Research & Development Studies*, 2, 2024; A.E. ALI, J. JOHNSON, *Sustainability, Greenwashing, and the Light Green Approach to Sport Environmentalism*, in B.P. MCCULLOUGH, T.B. KELLISON (Eds.), *Routledge Handbook of Sport and the Environment*, Routledge, London, 2017, p. 319 ss.; C. ANAGNOSTOPOULOS, T. BYERS, D. SHILBURY, *Corporate Social Responsibility in Professional Team Sport Organisations: Towards a Theory of Decision-Making*, in *European Sport Management Quarterly*, 14(3), 2014, p. 259 ss.; T. BREITBARTH, P. HARRIS, *The Role of Corporate Social Responsibility in the Football Business: Towards the Development of a Conceptual Model*, in *European Sport Management Quarterly*, 8(2), 2008, p. 179 ss.; J. BLUMRODT, M. DESBORDES, D. BODIN, *Professional Football Clubs and Corporate Social Responsibility*, in *Sport, Business and Management: An International Journal*, 3(3), p. 205 ss.; G. WALTERS, S. CHADWICK, *Corporate Citizenship in Football: Delivering Strategic Benefits through Stakeholder engagement*, in *Management Decision*, 47(1), 2009, p. 51; G. ZEIMERS, C. ANAGNOSTOPOULOS, T. ZINTZ, A. WILLEM, *Corporate Social Responsibility (CSR) in Football. Exploring Modes of CSR Implementation*, in S. CHADWICK, D. PARNELL, P. WIDDOP, C. ANAGNOSTOPOULOS (Eds.), *Routledge Handbook of Football Business and Management*. Routledge New York, 2019.

[38] Apollo ha acquisito circa il 55% del club, valutando l'operazione complessiva intorno ai 2,5 miliardi di euro. Il club spagnolo è inserito in una struttura di *multi-club ownership* (MCO), modello organizzativo che oggi coinvolge quasi la metà (47,9%) dei principali club europei. La logica dell'MCO supera la dimensione "monoclub" e configura un gruppo societario transnazionale, all'interno del quale le società affiliate condividono strategie di *scouting*, politiche di trasferimento, *know-how* gestionale e talvolta risorse finanziarie. Il fenomeno delle MCO risponde a una duplice razionalità economica. Da un lato, consente di ottimizzare la gestione del rischio sportivo attraverso la diversificazione geografica e competitiva; dall'altro, favorisce economie di scala nella valorizzazione dei giovani talenti, nella negoziazione dei diritti media e nelle *partnership* commerciali globali. In tale prospettiva, il club diviene nodo di una rete integrata, in cui la *performance* sportiva si intreccia con logiche di portafoglio proprie dell'investimento finanziario. Per un approfondimento del fenomeno cfr., tra gli altri, M. BREUER, *Multi-club Ownership*, in M. BREUER, D. FORREST (Eds), *The Palgrave Handbook on the Economics of Manipulation in Sport*, Palgrave Macmillan, 2024, p. 113 ss.; F.R. FIMMANÒ, *Il fenomeno delle "multi-club ownerships" (MCO). Le pluriproprietà delle società di calcio*, in *Riv. dir. sport*, 1, 2022, p. 120 ss.; A. CAPUANO, ***Le multiproprietà delle società professionistiche. Analisi della normativa e ipotesi di riforma del sistema***, in

conferma come il calcio europeo stia evolvendo verso una configurazione economico-finanziaria sempre più complessa, nella quale le società sportive assumono la fisionomia di piattaforme di investimento integrate con strumenti di ingegneria finanziaria e immobiliare.

Il fulcro della strategia di Apollo per l'Atlético Madrid è rappresentato dalla realizzazione della *Ciudad del Deporte*, complesso multifunzionale adiacente al Metropolitano Stadium, del valore stimato di circa 800 milioni di euro. Il progetto denominato *Ciudad del Deporte* rappresenta un intervento di trasformazione urbana e infrastrutturale di eccezionale portata, con un valore stimato di circa 800 milioni di euro, destinato a ridefinire in modo strutturale l'area circostante il Riyadh Air Metropolitano, impianto che costituisce il fulcro identitario e sportivo dell'Atlético Madrid. L'iniziativa non si limita alla realizzazione di nuove strutture sportive, ma si configura come un vero e proprio progetto di rigenerazione territoriale su scala metropolitana, volto a trasformare uno spazio finora prevalentemente connesso all'evento calcistico in un distretto multifunzionale capace di generare valore economico e sociale lungo tutto l'arco dell'anno.

In questo contesto si inserisce l'intervento finanziario di Apollo Global Management, che assume un ruolo determinante nel sostenere la fase di sviluppo e implementazione dell'intero complesso. L'operazione non ha una mera finalità infrastrutturale, ma risponde a una logica industriale più ampia: dotare il club di un ecosistema immobiliare e commerciale integrato, in grado di stabilizzare e ampliare le fonti di ricavo oltre la dimensione, fisiologicamente variabile, dei risultati sportivi. Il capitale investito, pertanto, non finanzia soltanto edifici o impianti, ma contribuisce alla costruzione di un modello di *business* evoluto, fondato sulla continuità dei flussi economici e sulla valorizzazione patrimoniale dell'area. Accanto, infatti, alla dimensione sportiva, il progetto prevede un consistente sviluppo immobiliare e commerciale, comprendente strutture ricettive alberghiere, aree *retail*, ristorazione e spazi destinati a concerti ed eventi culturali. L'obiettivo è creare un polo urbano autosufficiente e dinamico, capace di attrarre visitatori, turisti e investitori indipendentemente dal calendario calcistico, favorendo una fruizione continuativa

---

https://www.coni.it/images/rivistadirittosportivo/dottrina/Capuano.pdf; E. CAGGIANO, ***Il divieto di multiple partecipazioni societarie alla luce dell'art. 16 bis NOIF***, in www.deiustitia.it/cms/cms_files/20210730110126_srfo.pdf; D. GEEY, ***Multiple football club ownership***, in www.danielgeey.com/post/multiple-football-club-ownership-disparities-between-rules. Al riguardo è opportuno precisare che la regolamentazione in materia di proprietà plurima di società calcistiche a livello europeo è stata progressiva e riflette l'evoluzione del mercato del calcio. Già da tempo, la UEFA aveva introdotto requisiti di indipendenza tra club partecipanti alle proprie competizioni, ma l'ultimo ciclo normativo, applicato alle stagioni 2023/24, 2024/25 e successive, ha rafforzato tali regole tramite l'articolo 5 – intitolato «Independence of clubs» – delle Regolamentazioni per le competizioni per club. In proposito, si veda pure UEFA, *The CFCB decides on multi-club ownership cases for the 2024/25 UEFA club competitions*, 12 June 2025; ID., *The CFCB First Chamber renders decisions on multi-club ownership cases …*2023/24, 7 June 2023.

degli spazi e una diversificazione dei ricavi[39].
In tale modello, il club non è più soltanto impresa sportiva, ma centro di valorizzazione patrimoniale e infrastrutturale. La creazione di valore si realizza attraverso la combinazione tra flussi sportivi e rendimenti immobiliari, in un quadro di pianificazione di lungo periodo reso possibile dalla struttura del capitale permanente.
Entrambe le esperienze di Milan e Atlético Madrid testimoniano, seppur con modalità differenti, la trasformazione del club calcistico in soggetto ibrido, collocato all'intersezione tra diritto dell'economia, finanza strutturata e governo del territorio. La differenza non risiede nella presenza o meno della finanziarizzazione, bensì nella forma che essa assume: nel primo caso come leva e reversibilità del controllo; nel secondo come integrazione stabile tra infrastruttura, capitale e pianificazione strategica di lungo periodo. Rispetto allo schema del *vendor loan* Apollo ha operato attraverso un veicolo dedicato, *Apollo Sports Capital*, concepito come fondo di capitale permanente (*permanent capital vehicle*), discostandosi così dallo schema tradizionale del *private equity* a durata predeterminata.
Nel modello classico il fondo è caratterizzato da un orizzonte temporale definito e dall'obbligo di dismettere gli investimenti entro un termine stabilito, al fine di distribuire i proventi agli investitori. Tale struttura genera un incentivo alla massimizzazione del valore nel breve-medio periodo, spesso mediante strategie di leva finanziaria, ristrutturazioni incisive e operazioni di rifinanziamento. Dimostrazione ne è che nel caso del Milan il club è stato utilizzato prevalentemente come veicolo finanziario, con una centralità della gestione del debito e una significativa incidenza delle plusvalenze da cessione di calciatori nella formazione dell'utile contabile. Tale configurazione può generare risultati positivi nel breve periodo, ma espone la società ai rischi connessi all'elevata leva finanziaria e alla dipendenza da componenti straordinarie.
Il capitale permanente, al contrario, non impone un vincolo temporale alla restituzione delle risorse raccolte, consentendo una pianificazione più coerente con la natura di lungo periodo degli investimenti infrastrutturali. Nello schema madrileno, infatti, l'Atlético Madrid si configura come piattaforma integrata di investimento, nella quale la creazione di valore è ancorata allo sviluppo infrastrutturale e immobiliare della *Ciudad del Deporte*. La redditività prospettica non dipende in via primaria da eventi straordinari o dalla pressione di un creditore-venditore, ma da una strategia di consolidamento patrimoniale e commerciale coerente con un

[39] L'estensione prevista supera il milione di metri quadrati e comprende un nuovo centro di allenamento per la prima squadra, concepito secondo standard tecnologici e sportivi d'avanguardia, nonché uno stadio secondario da circa 6.000 posti destinato a ospitare competizioni minori, attività giovanili e iniziative sportive collaterali. L'integrazione tra sport professionistico, pratica amatoriale e intrattenimento costituisce uno dei tratti qualificanti dell'intervento.

orizzonte di lungo periodo.

Sotto il profilo giuridico-economico, tale configurazione produce almeno tre conseguenze rilevanti: in primo luogo, attenua la pressione alla distribuzione immediata di dividendi[40]; in secondo luogo, allinea l'orizzonte dell'investimento ai tempi lunghi tipici dei progetti immobiliari e infrastrutturali; in terzo luogo, consente di internalizzare strategie di sviluppo che maturano rendimenti progressivi e non immediatamente monetizzabili[41]. L'assenza di vincoli temporali sulla restituzione del capitale agli investitori consente all'acquirente di sviluppare progetti infrastrutturali complessi, senza la pressione tipica del rifinanziamento forzoso attraverso dismissioni di *asset* o operazioni speculative. Si tratta di un'evoluzione che avvicina il *private equity* a modelli di investimento tipici di fondi sovrani o *holding* patrimoniali, pur mantenendo la centralità dell'obiettivo di rendimento.

Restano, tuttavia, sostanzialmente invariate in entrambi i modelli a confronto questioni relative alla responsabilità fiduciaria, alla trasparenza e alla tutela degli *stakeholder*. Anche in presenza di capitale permanente, il fondo risponde primariamente agli investitori istituzionali; al contempo, il club continua a svolgere un ruolo rilevante nella comunità locale e nel sistema sportivo professionistico. Le scelte strategiche devono pertanto confrontarsi con le normative nazionali e internazionali in materia di sostenibilità patrimoniale, *fair play* finanziario e corretta gestione societaria.

8. Regolazione territoriale, de-risking e assetization: la produzione istituzionale dell'asset stadio.

Se si guarda al fenomeno attraverso la lente della *legal construction of markets*, il punto non è semplicemente che le regole consentono l'investimento[42], ma che esse trasformano un bene materiale in un *asset* finanziario. Nel caso degli stadi di

[40] Minore, infatti, è l'esposizione a rischi di rifinanziamento ravvicinati e senza la pressione del venditore come creditore privilegiato, che caratterizza il modello Milan.

[41] Nel caso di specie, l'assenza nell'operazione di una leva finanziaria significativa – secondo le ricostruzioni giornalistiche – rafforza l'idea di un investimento orientato alla stabilizzazione dell'*asset* immobiliare piuttosto che alla pura estrazione finanziaria.

[42] La disciplina di riferimento per la realizzazione e la riqualificazione degli impianti sportivi è contenuta nel d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 38. La normativa, tuttavia, presenta profili di non piena armonizzazione con principi generali dell'ordinamento, generando incertezze interpretative che richiedono un'applicazione sistematica e coerente, idonea a rendere effettive le misure di sostegno alle iniziative private su beni pubblici.

Un primo nodo riguarda la natura giuridica degli impianti sportivi. Quando appartenenti a enti pubblici, essi sono qualificabili come beni patrimoniali indisponibili, in ragione della loro destinazione funzionale. Tale indisponibilità, tuttavia, non esclude la possibilità di atti dispositivi, purché compatibili con la destinazione pubblica o preceduti dalla sua formale modifica. Nella prassi, specie per impianti economicamente valorizzabili, prevalgono strumenti a titolo oneroso (concessione o alienazione); solo in casi residuali si ammettono schemi gratuiti. Ne consegue che, nell'applicazione della disciplina agli interventi di nuova costruzione o ammodernamento, deve operare quale criterio guida il principio della massima valorizzazione del bene pubblico, inteso come obbligo per l'amministrazione di perseguire soluzioni capaci di coniugare interesse pubblico e sostenibilità economica.

proprietà, la disciplina dell'uso del suolo e i procedimenti autorizzativi operano come dispositivi di *assetization*: rendono cioè appropriabile, separabile e capitalizzabile un flusso futuro di rendite.

Uno stadio, in sé, è un'infrastruttura ad alta intensità di costo e a redditività incerta. Diventa un *asset* solo quando i flussi di cassa attesi sono giuridicamente stabilizzati, temporalmente estesi e contrattualmente strutturabili. La regolazione territoriale svolge esattamente questa funzione: delimita l'orizzonte delle destinazioni d'uso, consolida la legittimità delle attività ancillari (commerciali, ricettive, direzionali), estende nel tempo le condizioni di sfruttamento economico[43]. In questo passaggio, il valore non è semplicemente scoperto, ma istituzionalmente prodotto.

Qui interviene la categoria del *de-risking*. Ogni operazione di *project financing* o di *leveraged buyout* infrastrutturale presuppone una drastica riduzione dell'incertezza regolatoria. Il rischio politico e amministrativo – che in assenza di stabilizzazione renderebbe l'operazione non finanziabile – viene trasformato in rischio calcolabile attraverso atti pianificatori, accordi istituzionali e meccanismi procedurali di coordinamento. Il *de-risking* non è solo una tecnica economica; è una funzione normativa. Le istituzioni territoriali agiscono come soggetti che assorbono o neutralizzano una parte dell'incertezza sistemica, consentendo agli investitori di prezzare il rischio residuo[44].

In questo senso, la pianificazione non è un vincolo esterno al mercato, ma un segmento della catena di produzione dell'*asset*. Essa opera come dispositivo di conversione: converte una decisione politico-amministrativa in una grandezza finanziaria. Una variante urbanistica o un accordo di programma non sono meri atti autorizzativi; sono eventi di mercato, poiché incidono direttamente sulla valutazione dell'*asset* e sulla sua capacità di sostenere leva finanziaria.

La finanziabilità del progetto dipende, infatti, dalla possibilità di incorporare nei

[43] La *ratio* del recupero dell'edificato esistente è in perfetta sintonia con l'obiettivo di partenza della rigenerazione urbana del contrasto al consumo di suolo. Si vedano, in proposito, L. ALBIONE, *La rigenerazione urbana: dal contenimento del consumo di suolo alle «città intelligenti»*, in *Amministrativamente*, 2, 2024, p. 858 ss.; R. DIPACE, *La rigenerazione urbana a guida pubblica*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2, 2022, p. 27 ss.; G.A. PRIMERANO, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana, La salvaguardia di una matrice ambientale mediante uno strumento di sviluppo sostenibile,* Editoriale scientifica, Napoli, 2022, p. 402 ss.; G. GARDINI, *Alla ricerca della città giusta. La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *Federalismi.it*, 5 agosto 2020, p. 69 ss.; C. VENTIMIGLIA, *Territorio e comunità nel prisma della rigenerazione urbana: tendenze evolutive e nuovi modelli giuridici*, ivi, 19, 2019, p. 23 ss.; L. FERRARA, *La frammentazione della disciplina della rigenerazione urbana, tra micro interventi di sussidiarietà orizzontale e grandi progetti nazionali*, in *Amministrativamente*, 1-2, 2018, p. 1 ss.; E. CHITI, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in F. DI LASCIO , F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017, p. 15 ss.; A. CAPPUCCITTI, *Le diverse "velocità" del Piano urbanistico comunale e il Piano strutturale*, cit. Sul Convegno I.N.U., p. 2 e p. 7 ss., in *https://inu.it/wp-content/uploads/astengo/download/corsi/Corso_Piani_Strutturali_maggio2008/Cappuccitti.pdf*.

[44] Nell'operazione dello stadio San Siro il Comune di Milano ha previsto una clausola di "earn out", che riconosce all'ente una percentuale sulle eventuali plusvalenze in caso di rivendita a terzi entro cinque anni. Nel dossier presentato da Inter e Milan si quantifica un investimento complessivo pari a 1,2 miliardi di euro, di cui 700 milioni destinati alla sola costruzione dell'impianto.

modelli di valutazione flussi di cassa giuridicamente garantiti o altamente probabili. Il passaggio da "progetto edilizio" ad "asset bancabile" è un passaggio di qualificazione istituzionale. Solo quando le condizioni regolatorie risultano sufficientemente stabili, il progetto può essere oggetto di *financial engineering*: emissioni obbligazionarie, cartolarizzazioni dei ricavi futuri, rifinanziamenti strutturati, operazioni di separazione tra proprietà immobiliare e gestione operativa.
La sequenza è quindi tripartita: 1) *assetization*: la regolazione rende appropriabile e capitalizzabile un flusso di rendite future; 2) *de-risking* istituzionale: l'incertezza politico-amministrativa viene ridotta o redistribuita; 3) *financial engineering*: il valore così stabilizzato viene strutturato in strumenti finanziari e utilizzato come base per operazioni di leva.
Nel settore degli stadi questa dinamica è particolarmente evidente perché la redditività dipende dall'integrazione tra funzione sportiva e funzione immobiliare. Senza la possibilità di sviluppare spazi commerciali, *hospitality*, aree direzionali e servizi permanenti, l'impianto resterebbe un'infrastruttura a ritorno limitato. È la configurazione regolatoria che consente di trasformarlo in una piattaforma di rendita urbana continuativa.
Da un punto di vista sistemico, ciò implica una ridefinizione del ruolo delle istituzioni territoriali. Esse non si limitano a controllare l'uso del territorio, ma partecipano alla costruzione delle condizioni di bancabilità dell'investimento. L'atto pianificatorio diventa una forma di co-produzione del valore: riduce il rischio a monte e consente l'estrazione di rendita a valle.
Questa dinamica genera una asimmetria strutturale. Il *de-risking* tende a essere socializzato nella fase iniziale – attraverso stabilizzazione normativa, infrastrutture di accesso, coordinamento istituzionale – mentre la rendita prodotta dall'*assetization* è appropriata in prevalenza dall'operatore privato. La regolazione agisce quindi come leva di valorizzazione senza necessariamente tradursi in meccanismi di partecipazione alla rendita.
Il punto teoricamente più rilevante è che l'interesse collettivo rischia di essere progressivamente interpretato in chiave di compatibilità finanziaria. La qualità della decisione territoriale viene misurata in base alla sua capacità di rendere il progetto bancabile, attrarre capitale e sostenere operazioni di ingegneria finanziaria. In questa prospettiva, la regolazione non è antagonista della finanziarizzazione, ma ne è la condizione strutturale di possibilità.
Lo stadio contemporaneo emerge così come oggetto ibrido: non solo infrastruttura fisica e non solo bene immobiliare, ma *asset* istituzionalmente costruito, il cui valore dipende dalla stabilità delle aspettative normative che lo circondano. La produzione dello spazio urbano e la produzione di strumenti finanziari convergono in un'unica architettura di accumulazione, nella quale decisione territoriale e ingegneria finanziaria operano come momenti integrati di un medesimo processo.

ISSN 2036-7821

8.1. Il caso San Siro come laboratorio di assetization urbana.

Il progetto di rifunzionalizzazione dell'area di San Siro costituisce un laboratorio particolarmente significativo di *assetization urbana*, perché rende visibile in modo quasi didattico il passaggio da infrastruttura pubblica a piattaforma finanziaria. L'operazione non riguarda soltanto la costruzione di un nuovo stadio, ma la riconfigurazione complessiva di un'area urbana strategica, attraverso una sequenza di decisioni pianificatorie, valutazioni tecnico-amministrative e atti di coordinamento istituzionale che incidono direttamente sulla struttura economica del progetto.

Il punto centrale non è la mera autorizzazione dell'impianto, bensì la definizione del perimetro funzionale ed economico dell'intervento: volumetrie ammesse, *mix* tra destinazioni sportive e commerciali, durata dei diritti di sfruttamento, condizioni di accessibilità infrastrutturale. È in questa fase che si compie l'operazione di *assetization*. L'area non è più soltanto uno spazio urbano disciplinato da strumenti di pianificazione; diventa il supporto di un flusso di rendite future strutturabili finanziariamente[45].

Nel caso milanese, la discussione sulla vendita dell'area, sulla demolizione o rifunzionalizzazione dello stadio esistente e sulla configurazione del nuovo complesso non ha soltanto una dimensione urbanistica o simbolica, ma incide direttamente sulla valutazione dell'*asset* nei modelli finanziari dei club coinvolti. Ogni elemento di stabilizzazione – dalla definizione del regime proprietario alla chiarezza sulle destinazioni d'uso – riduce il rischio regolatorio e incrementa la capacità dell'operazione di sostenere leva finanziaria. La decisione istituzionale diventa così un evento valutativo: modifica la capitalizzazione attesa del progetto.

San Siro mostra con chiarezza anche il meccanismo di *de-risking* istituzionale. La lunga interlocuzione tra società sportive e amministrazione comunale, la ricerca di soluzioni condivise, la predisposizione di varianti e accordi procedurali non sono soltanto espressioni di dialettica politico-amministrativa; sono fasi di un processo di riduzione dell'incertezza. L'obiettivo implicito è trasformare un progetto esposto a rischio politico, opposizione sociale e contenzioso in un'operazione sufficientemente stabilizzata da poter essere strutturata finanziariamente.

Una volta raggiunto un livello adeguato di certezza, si apre lo spazio per il *financial engineering*. Il nuovo stadio – integrato con funzioni *retail*, *hospitality*, *entertainment* e servizi permanenti – diventa una piattaforma di generazione di flussi prevedibili e diversificati. Tali flussi possono essere oggetto di cartolarizzazione, di emissioni

[45] Il nuovo stadio si inserisce in un più ampio progetto di rigenerazione urbana che interesserà circa 281 mila metri quadrati. Le parti hanno inoltre concordato che per gli interventi collaterali – bonifiche, realizzazione del verde profondo e riqualificazione del tunnel Patroclo – Palazzo Marino contribuirà con 22 milioni di euro. Le attività ricettive e commerciali saranno infine subordinate all'approvazione di specifici Piani attuativi da parte del consiglio comunale.

ISSN 2036-7821

obbligazionarie o di operazioni di rifinanziamento, incidendo direttamente sulla struttura patrimoniale e sull'indebitamento dei club. Il valore dell'*asset* non coincide più con il costo di costruzione, ma con la capacità di produrre rendite urbanamente legittimate e finanziariamente anticipabili.

La vicenda del nuovo stadio di San Siro evidenzia, inoltre, una tensione strutturale: la trasformazione di un bene storicamente percepito come patrimonio collettivo in un *asset* suscettibile di appropriazione privata. La decisione territoriale contribuisce in modo determinante alla creazione del valore economico, ma la partecipazione pubblica alla rendita non è automatica né strutturalmente garantita. Il processo di *assetization* urbana comporta così una redistribuzione implicita di rischio e di valore: la stabilizzazione iniziale è frutto di un investimento istituzionale, mentre la capitalizzazione avviene prevalentemente a favore degli operatori.

Quando il valore principale dell'operazione risiede nello sviluppo immobiliare, l'interesse sociale della società sportiva rischia di essere ridefinito in senso funzionale alla valorizzazione fondiaria. Si apre così una possibile tensione tra interesse sportivo (competitività, sostenibilità finanziaria, tutela dei tifosi) e interesse immobiliare-finanziario (massimizzazione del valore dell'area e delle infrastrutture).

In questa prospettiva, San Siro non è solo un progetto infrastrutturale controverso; è un caso paradigmatico di come la produzione normativa dello spazio urbano si intrecci con le logiche della finanziarizzazione[46]. La pianificazione territoriale, lungi dall'essere un fattore esterno al mercato, diventa la condizione di possibilità della trasformazione dello spazio in titolo, della città in *asset class*, dell'infrastruttura in leva finanziaria. È in questa convergenza tra decisione urbana e ingegneria finanziaria che si manifesta con maggiore evidenza la natura istituzionalmente costruita del valore.

In assenza di specifici vincoli normativi, la prevalenza dell'azionista di controllo consente di orientare le scelte strategiche in funzione del progetto immobiliare. Ciò sollecita una riflessione sul ruolo delle federazioni calcistiche e delle leghe

[46] La costruzione di nuovi stadi costituisce non di rado il punto di accesso per operazioni di trasformazione e di profonda ri-progettazione urbanistica delle città. Per maggiori spunti di riflessione cfr. J. BALE, *Sport, Space and the City*, The Blackburn Press, Caldwell, 2001; A. BARILE, L. RAFFINI, L. ALTERI, *Il tramonto della città. La metropoli globale tra nuovi modelli produttivi e crisi della cittadinanza*, DeriveApprodi, Roma, 2019; C.T. NICHOLS, *The City as an Entertainment Machine*, Lexington Books, New York, 2019; K.J. DELANEY, R. ECKSTEIN, *Public Dollars, Private Stadiums: The Battle over Building Sports Stadiums*, Rutgers University Press, New Brunswick, 2004; M.C. Hall Michael, *Urban Entrepreneurship, Corporate Interests and Sports Mega-Events: The Thin Policies of Competitiveness within the Hard Outcomes of Neoliberalism*, in *The Sociological Review*, 54, 2006, p. 59 ss.; S. TOSI, *Il calcio, gli stadi e la città*, in *Riv. studi pol.*, 2, 2020, p. 17 ss.; ID., *Le politiche urbane e gli stadi*, in *Riv. pol. soc.*, 1, 2016, p. 151 ss.; ID., *Cultural stadi. Calcio, città, consumi e politiche*. Milano: Ledizioni, 2018; ID., *Milano è San Siro. Osservare La Città Dal Suo Stadio*, in F. ZAJCZYK, S. MUGNANO (a cura di), *Milano. Città poliedrica tra innovazione e sostenibilità*. Rubettino, Soveria Mannelli, 2019, p. 101 ss.; S. TOSI, P. PALVARINI, *Globalisation, Stadiums and the Consumerist City. The Case of the New Juventus Stadium in Turin*, in *European Journal for Sport and Society*, 10(2), 2010, p, 161 ss.; R.C. TRUMPBOUR, *The New Cathedrals: Politics And Media in the History of Stadium Construction*, Syracuse University Press, Syracuse, 2006.

ISSN 2036-7821

professionistiche nel presidiare l'integrità competitiva e la sostenibilità economica dei club, nonché sull'eventuale necessità di rafforzare obblighi di trasparenza e tutela degli *stakeholder* (tifosi, comunità locali, enti pubblici coinvolti nei procedimenti urbanistici).

8.2. Allocazione del rischio e socializzazione delle perdite: chi sopporta il downside della finanziarizzazione?

Uno degli snodi centrali di ogni operazione finanziaria riguarda l'allocazione del rischio. Nel caso dei progetti infrastrutturali legati agli stadi, tale allocazione non è il risultato di un processo neutrale o puramente economico, ma discende direttamente da scelte giuridiche che determinano chi sopporta il rischio e a quali condizioni. Il modello emergente nel calcio europeo suggerisce che, mentre i benefici della valorizzazione vengono privatizzati, una parte significativa del rischio viene implicitamente o esplicitamente socializzata[47].

Il tema non è soltanto se il rischio venga trasferito, ma come il diritto contribuisca a renderlo invisibile o politicamente accettabile. Garanzie pubbliche, investimenti infrastrutturali accessori, interventi urbanistici e flessibilità regolatoria riducono il rischio per gli investitori privati senza che ciò venga formalmente qualificato come aiuto di Stato o come assunzione diretta di passività[48]. Il rischio non scompare, ma viene redistribuito lungo la catena istituzionale, spesso scaricandosi sulle finanze pubbliche o sul territorio[49].

La letteratura sulla *risk shifting* e sulla *public-private risk allocation* ha evidenziato come i partenariati pubblico-privato tendano strutturalmente a trasferire il rischio sistemico al settore pubblico, lasciando al privato il rischio operativo limitato. Nel caso degli stadi, questa dinamica assume una forma peculiare: il rischio di fallimento sportivo o di *underperformance* commerciale resta formalmente in capo al club, ma il rischio territoriale, reputazionale e infrastrutturale viene assorbito dall'ente pubblico. Un progetto di stadio non realizzato o non redditizio produce costi politici e

[47] Nell'accordo di concessione dello stadio di San Siro, il Comune ha previsto una clausola di "earn out", che riconosce all'ente una percentuale sulle eventuali plusvalenze in caso di rivendita a terzi entro cinque anni.

[48] In proposito v. M. CAPPA, M. COSTANTINI, Gli aiuti di stato e il calcio, in Riv. dir. sport, 2, 2015, p. 368 ss. La Commissione Ue ha chiarito che la realizzazione di un'infrastruttura pubblica destinata a ospitare eventi aperti alla collettività e funzionale a una pluralità di attività può essere ricondotta alla sfera delle tipiche responsabilità pubbliche nei confronti della cittadinanza. In questa prospettiva, la costruzione di uno stadio non è necessariamente qualificabile come intervento a favore di una specifica impresa, ma può configurarsi come investimento pubblico volto a soddisfare esigenze di interesse generale. È stato inoltre osservato come uno stadio rappresenti un'infrastruttura caratterizzata da un rischio di investimento particolarmente elevato, che il mercato, in assenza di sostegno pubblico, potrebbe non essere in grado di sostenere integralmente. Ne deriva che il finanziamento pubblico di tali opere potrebbe non integrare aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, paragrafo 1, TFUE, qualora sia dimostrato che l'operazione non attribuisce un vantaggio selettivo a una o più imprese o produzioni.

[49] P. CHIERICI, *Sviluppo e valorizzazione degli stadi per il calcio. Strategie, strumenti e opportunità per la definizione di un modello italiano*, in *Techne* (*http://www.fupress.com/techne*), 11, 2016, p. 165 ss.

urbanistici che difficilmente possono essere reversibili.
In prospettiva comparata, il *pattern* è ricorrente. Negli Stati Uniti, dove gli stadi sono da tempo strumenti di *urban redevelopment*, la dottrina ha mostrato come i costi pubblici superino sistematicamente i benefici economici promessi, mentre i club mantengono un elevato potere di *exit* credibile. In Europa, il caso francese di Euro 2016 e quello britannico dei grandi impianti multifunzionali mostrano come la finanza privata operi all'interno di un perimetro di rischio fortemente mitigato dall'intervento pubblico, anche in assenza di una formale compartecipazione proprietaria.
Nel contesto italiano, la questione è ulteriormente complicata dalla debolezza finanziaria strutturale dei club e dalla rilevanza simbolica del calcio come bene collettivo. Ciò rafforza la posizione negoziale delle società sportive nei confronti delle amministrazioni locali, che si trovano spesso a giustificare interventi pubblici in nome della "salvaguardia" del club o dell'interesse della comunità. Il rischio economico dell'operazione viene così narrativamente trasformato in un rischio politico, la cui gestione ricade sull'ente pubblico.
Sotto il profilo giuridico, questa dinamica solleva interrogativi rilevanti anche in relazione al diritto dell'Unione europea. La distinzione tra sostegno legittimo allo sviluppo urbano e aiuto di Stato distorsivo della concorrenza appare sempre più sottile. La giurisprudenza e la prassi decisionale della Commissione mostrano una crescente attenzione alle forme indirette di sostegno pubblico, ma faticano a intercettare meccanismi di allocazione del rischio che operano *ex ante*, attraverso la pianificazione e la regolazione, piuttosto che *ex post* mediante trasferimenti finanziari espliciti[50].
Da una prospettiva teorica, il problema non è solo distributivo, ma costituzionale in senso lato. Quando il diritto consente una sistematica asimmetria tra privatizzazione dei profitti e socializzazione delle perdite, esso incide sul rapporto tra democrazia, finanza e responsabilità politica. La finanziarizzazione dello sport diventa così un laboratorio privilegiato per osservare come il diritto contribuisca a stabilizzare regimi di accumulazione che scaricano il rischio sui soggetti meno mobili e meno organizzati.

[50] In una comunicazione indirizzata alla Rappresentanza Permanente della Germania presso le istituzioni europee, con riferimento allo stadio di Hannover 96, la Commissione Ue ha esplicitato i criteri di compatibilità degli interventi pubblici destinati alla costruzione di stadi o di altre infrastrutture sportive. In particolare, tali interventi possono non costituire aiuto di Stato ove si dimostri che l'infrastruttura in questione non è normalmente fornita dal mercato perché economicamente non sostenibile; che essa non sia strutturata in modo tale da favorire selettivamente una specifica impresa, risultando invece accessibile a una pluralità di utenti e attività; e che l'utilizzo da parte delle imprese avvenga dietro corresponsione di un prezzo coerente con il valore di mercato. Rileva, inoltre, la circostanza che la struttura sia destinata a fornire un servizio riconducibile alle ordinarie responsabilità pubbliche verso la collettività.

9. Considerazioni finali.

L'analisi dei casi del Milan e dell'Atlético Madrid consente di osservare come il calcio contemporaneo non sia più solo un'attività sportiva, ma un ecosistema finanziario regolato dal diritto.

La crescente integrazione del calcio nei mercati globali dei capitali richiede un equilibrio tra libertà d'investimento e regole che garantiscano continuità gestionale, protezione dei creditori e salvaguardia della funzione sociale e identitaria dei club.

Il passaggio da fondi a termine a veicoli di capitale permanente modifica gli incentivi temporali dell'investimento, ma non elimina la logica estrattiva: essa si sposta dal breve periodo sportivo al lungo periodo immobiliare.

Il debito, tradizionalmente concepito come strumento di provvista, emerge come vera e propria tecnica di *governance*, in grado di determinare le scelte strategiche del club senza che il creditore assuma formalmente la titolarità della società.

Il quadro complessivo mette in luce una progressiva socializzazione del rischio e privatizzazione dei profitti, in cui i club diventano contenitori giuridici funzionali alla circolazione del capitale, e gli *stakeholder* non finanziari – tifosi, comunità locali, lavoratori – perdono progressivamente influenza e tutela. La funzione d'impresa si ridefinisce così in termini finanziari: il club non è più principalmente un soggetto sportivo, ma un veicolo di investimento, capace di attrarre e organizzare capitale attraverso debito, stadio e diritti associati.

La separazione giuridica tra club e stadio trasforma le infrastrutture sportive in *asset* autonomi, suscettibili di valorizzazione finanziaria indipendente dall'attività sul campo, mentre il diritto pubblico e urbanistico funge da tecnologia abilitante, creando certezza giuridica e anticipando valore per gli investitori privati.

Operazioni di tal specie segnano un ulteriore passo nella trasformazione del calcio professionistico in settore integrato nei circuiti della finanza globale. La società sportiva non è più soltanto impresa di spettacolo, ma piattaforma di valorizzazione immobiliare e di ingegneria finanziaria.

L'analisi comparativa dei due modelli – Milan e Atlético Madrid – mette in luce un aspetto centrale: il valore di un club sportivo, nell'era della finanziarizzazione, non è più solo sportivo o commerciale, ma finanziario e strategico. La sostenibilità a lungo termine dei club dipende dalla capacità dei regolatori, dei manager e dei fondi di bilanciare gli interessi economici con la funzione sociale e culturale che il calcio continua a rappresentare nelle comunità locali e globali[51].

A fronte di tali cambiamenti il diritto dell'economia è dunque chiamato a commisurarsi con un oggetto ibrido – il club-stadio-progetto urbano – che sfugge alle categorie tradizionali e impone un ripensamento dei confini tra regolazione sportiva,

[51] Per una riflessione profonda sul tema della sostenibilità nel mondo dello sport e, in particolare,del calcio, con il suo peculiare modello economico, normativo e valoriale, si rinvia a F.R. FIMMANÒ, *Sport professionistico e sostenibilità*, in *Amministrativamente*, cit., p. 731 ss., e dottrina ivi citata.

ISSN 2036-7821

disciplina societaria e governo del territorio.
La sfida regolatoria consiste nel garantire trasparenza, sostenibilità e tutela degli *stakeholder*, evitando che l'evoluzione finanziaria del settore si traduca in instabilità patrimoniale o nella progressiva erosione della funzione economica e sociale che storicamente caratterizza le società calcistiche.
In prospettiva, la regolamentazione futura potrebbe, dunque, essere chiamata a rafforzare obblighi di *disclosure* per fondi non quotati, introdurre strumenti di analisi della sostenibilità finanziaria a lungo termine e promuovere norme volte a tutelare gli interessi dei tifosi e delle comunità locali. Il calcio moderno, con la sua complessità finanziaria, rappresenta così un laboratorio privilegiato per il diritto dell'economia, mettendo in luce le interazioni tra finanza, *governance* e funzione sociale di imprese atipiche.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Le fonti di energia rinnovabili, tra paesaggio, consumo di suolo e piani urbanistici: un'aggiornata analisi del novellato Testo unico

di **Lucia Murgolo**

(Avvocata cassazionista, dottore di ricerca in Dottrine generali del diritto, presso l'Università degli studi di Foggia)

Sommario

1. Un breve cenno all'evoluzione delle discipline, paesaggistica e ambientale; - 2. Il conflitto tra paesaggio e ambiente, in tema di fonti d'energia rinnovabile; - 3. Il Testo unico sulle rinnovabili; - 4. La tripartizione dei regimi; - 5. I nuovi principi in materia di impianti FER; - 6. Interesse pubblico prevalente, aree idonee, zone di accelerazione; - 7. Il tema dell'agrivoltaico; - 8. Conclusioni: le permanenti questioni esegetiche e di legittimità costituzionale.

Abstract

This study aims to address the recent reform of environmental law, with regard to the regulation of renewable energy sources (RES). In the introduction, it may be useful, for reasons that will be better understood below, to highlight how the concept of environment has evolved compared to that of landscape.

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

1. Un breve cenno all'evoluzione delle discipline, paesaggistica e ambientale.

Il presente studio intende affrontare il tema della recente riforma del diritto ambientale, con riguardo alla disciplina delle *fonti di energia rinnovabile* (FER). Nella premessa, può tornare utile, per ragioni che meglio si comprenderanno nel prosieguo, evidenziare come il concetto di ambiente si sia evoluto rispetto a quello di paesaggio.

Per lungo tempo, vi è stata confusione tra il concetto giuridico di paesaggio e quello di ambiente. L'art. 9 della Costituzione menzionava solo il primo (il paesaggio); qualcuno poi ha pensato che il valore unitario paesaggistico inglobasse quello ambientale[1] e, da ultimo, finalmente, si è compreso che l'ambiente, rispetto al paesaggio, è un bene giuridico autonomo[2].

La legge n. 1497 del 1929 riconosceva tutela agli elementi naturali aventi valore estetico, cioè ai beni paesaggistici considerati "*bellezze*". Il paesaggio era ancorato a una sorta di criterio *pietrificato*[3], nel senso che veniva tutelato il valore del bene configurato come "*quadro naturale*", intangibile e statico[4]. Inoltre, la collocazione del paesaggio nella normativa sui beni culturali, nonché in dottrina e in giurisprudenza[5], si atteggiava a insieme di interessi appartenenti alla sfera delle attività spirituali

---

[1] Quel qualcuno è la Corte cost., nelle sentenze n. 182/2006 e n. 210/2007 (reperibili in *cortecostituzionale.it*).

[2] La presente ricostruzione storica è debitrice del pregevole studio di: D'AMICO F. R., *L'energia rinnovabile da impianti agrivoltaici*, in *Gior. diritto amm.*, n. 3/2024, 328.

[3] Cfr.: Corte cost. n. 65/1959, reperibile in *Giur.cost.org*. La *pietrificazione* del paesaggio è un concetto giurisprudenziale che indica l'impostazione con cui, fino agli anni '70 del secolo scorso, la Corte costituzionale intendeva la tutela paesaggistica come rigida conservazione del territorio. Sulla teoria della *cristallizzazione* o *pietrificazione*, in dottrina, cfr.: VIVOLI G., *Prime riflessioni sulla tutela del paesaggio alla luce del nuovo Codice dei beni culturali e sul paesaggio (D.Lgs. n. 42/2004)*, in *AmbienteDiritto.it*, 2004; PREDIERI A., *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in ID., *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, 3; MERUSI F., *Commentario all'art. 9 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1975, 434; CROSETTI A., *Paesaggio*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 2008, 542; SEVERINI G., *Commento all'art. 9 della Costituzione*, in *Codice di edilizia e urbanistica*, a cura di BATTINI, CASINI, VESPERINI, VITALE, Torino, 2013, 30; ROLLI R., SICLARI D., *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Roma, 2015, 65; ID., (a cura di), *Management e valorizzazione del patrimonio culturale locale. Dimensione assiologica, giuridica e relazionale*, Milano 2012, *passim*; PERFETTI L. R., *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio*, in *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio*, a cura di W. CORTESE, Napoli, 2008, 39; CARTEI G. F., *Il paesaggio*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Parte speciale, tomo II, Milano, 2003, 2113; SANDULLI A. M., *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, II, 69; ID., *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1990, 292; IMMORDINO M., *Paesaggio* (tutela del), in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 572; BARBATI C., *Il paesaggio come realtà etico-culturale*, in *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio*, Napoli, 2008, 31.

[4] Per una ricostruzione dell'evoluzione della disciplina si veda: AMOROSINO S., *Dalla disciplina (statica) alla regolazione (dinamica) del paesaggio: una riflessione d'insieme*, in E. CASETTA - A. ROMANO - F. G. SCOCA (a cura di); *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, III, Padova, 2007, 143; SCIULLO G., *I vincoli paesaggistici* ex lege*: origini e* ratio, in *Aedon*, 1-2, 2012.

[5] La giurisprudenza ha statuito che "*con il termine paesaggio il legislatore abbia inteso designare una determinata parte del territorio che, per le sue caratteristiche naturali e/o indotte dalla presenza dell'uomo, è ritenuta meritevole di particolare tutela, che non può ritenersi limitata al mero aspetto esteriore o immediatamente visibile dell'area vincolata, così che ogni modificazione dell'assetto del territorio, attuata attraverso qualsiasi tipo di opera, è soggetta al rilascio della prescritta autorizzazione*" (cfr.: Cass. pen., Sez. III, 16 febbraio 2006, n. 11128; in senso conforme, Cons. Stato, Sez. VI, 5 agosto 2013, n. 4079).

ISSN 2036-7821

dell'uomo[6].

Un primo sviluppo, a partire da quell'impostazione, si ebbe con la legge "Galasso" (D.L. 27 giugno 1985, n. 312, convertito nella legge 8 agosto 1985, n. 431)[7] che introduceva vincoli paesaggistici automatici e generalizzati su vasta scala, segnando la transizione da una tutela puntuale alla protezione di intere categorie di beni, genericamente definiti *ambientali*.

Nel 2000, la Convenzione europea del paesaggio[8] ha vincolato gli Stati convenzionati a "*riconoscere giuridicamente il paesaggio in quanto componente essenziale del contesto di vita delle popolazioni, espressione della diversità del loro comune patrimonio culturale e naturale e fondamento della loro identità*" (art. 5, lett. a). Quattro anni dopo, la tutela paesaggistica ha trovato la sua stabile positivizzazione nel Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42 del 22 gennaio 2004) che, superando la formula generica dei "*beni ambientali*", ha individuato come più appropriata la locuzione di "*beni paesaggistici*", quali elementi costitutivi dell'entità culturale (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 42/2004); ciò ha comportato un allontanamento del paesaggio dal generico concetto di ambiente[9]. La nozione di paesaggio di cui all'art. 131 d.lgs. n. 42/2004[10], recante la sintesi di riflessioni che oltrepassano la risalente impostazione della legge n. 1497/1929, riconosce ora tutela ai beni paesaggistici propriamente detti, tenuti distinti da quelli ambientali[11].

In parallelo, l'evoluzione della disciplina in materia ambientale è iniziata con l'istituzione del Ministero dell'ambiente, di cui alla legge n. 349/1986. In

[6] Così CARPENTIERI P., *Paesaggio contro ambiente*, in *Urb. e app.*, 8, 2005, 931.

[7] Giuseppe Galasso, che ha dato il nome alla legge, nel sottolineare le differenze con la precedente legge n. 1497 del 1939, affermò che: "*Nella considerazione del territorio da proteggere essa sostituisce a un criterio estetico (la bellezza dei luoghi, del panorama) un criterio del tutto diverso. Ciò che si intende ora proteggere è la fisionomia strutturale, 'naturale' del paesaggio. Non è più il bel vedere, la bella vista, il bel sito ad essere tutelato, bensì la fisionomia, il volto del paesaggio quale esso 'storicamente' si presenta a noi nelle sue linee caratterizzanti... il paesaggio storico-naturale che concretamente e attualmente è sotto i nostri occhi a costituire l'oggetto della tutela*". Cfr.: GALASSO G., *Dal convegno del paesaggio (Capri 1923) alle leggi per il paesaggio*, in *1923-1993. Contributi a settanta anni della pubblicazione degli Atti del Convegno del paesaggio*, a cura di G. GALASSO - A. G. WHITE - V. MAZZARELLI, Capri, 1993, 9. Sul punto, si veda anche: CASINI L., *Tutelare il paesaggio: la legge Croce n. 778 del 1922 un secolo dopo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2, 2023, 699; l'Autore ivi sostiene la presenza di una forte continuità tra la legge Croce (n. 778 del 1922) e la legge Galasso rispetto ai criteri di identificazione dei beni da tutelare.

[8] Elaborata a Firenze il 20 ottobre 2000, ratificata dall'Italia con la legge 9 gennaio 2006, n. 14, all'art. 1, lett. a), definisce il paesaggio come "*una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni*".

[9] Cfr.: PIPERATA G., *Paesaggio*, in C. BARBATI - M. CAMMELLI - L. CASINI - G. PIPERATA - G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2020, 255. Sul punto, CARPENTIERI P., *Paesaggio e Corti europee*, in *Giustamm.it*, 2013, 5, afferma che: "*Il paesaggio, in Italia, in quanto soprattutto paesaggio storico, è cultura più che natura*".

[10] L'art. 131 d.lgs. n. 42/2004 così recita: "*1. Per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni. 2. Il presente Codice tutela il paesaggio relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali*".

[11] Cfr., *ex multis*: PREDIERI A., *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, 11; l'Autore identifica il paesaggio con "*la forma del Paese, creata dall'azione cosciente e sistematica della comunità umana che vi è insediata, in modo intensivo o estensivo, nelle città o nella campagna, che agisce sul suolo, che produce segni della sua cultura*".

quell'occasione, però, non era stata individuata una precisa nozione di "ambiente", enucleandosi unicamente gli obiettivi perseguibili dal Ministero, tramite il suo ruolo di coordinamento delle Amministrazioni centrali nella tutela ambientale[12].

I problemi giuridici attinenti all'ambiente riguardano "*l'intervento del potere pubblico in conflitti tra interessi irrinunciabili*"[13]. L'ambiente, dunque, si contraddistingue per essere un concetto relazionale, fondato sulla composizione di interessi molteplici[14].

La Corte costituzionale, con una giurisprudenza pluridecennale, ha viepiù valorizzato l'autonoma protezione dell'ambiente, facendo assurgere quel diritto al rango costituzionale[15].

La tutela ambientale ha avuto notevole accelerazione, a partire dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (definito *Testo unico dell'ambiente*)[16]; ha avuto altresì pieno riconoscimento ed è stata espressa come principio fondamentale, in due riforme costituzionali del 2001 e del 2022[17]; essa ora riguarda la conservazione dell'ecosfera, in termini fisici,

---

[12] L'art. 1, comma 2, legge n. 349/1986 afferma che "*è compito del Ministero assicurare, in un quadro organico, la promozione, la conservazione ed il recupero delle condizioni ambientali conformi agli interessi fondamentali della collettività e alla qualità della vita, nonché la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale e la difesa delle risorse naturali dall'inquinamento*". Sull'evoluzione del Ministero si legga: MOLITERNI A., *Il Ministero della transizione ecologica: una proiezione organizzativa del principio di integrazione?* in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2021.

[13] *Op. loc. ult. cit.*, 225.

[14] Cfr.: CAFAGNO M., *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, 30; GRASSI S., *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadr. dir. Amb.*, 3, 2017, 8, fa riferimento a tre tipi di relazioni: quella tra uomo e natura, la relazione diacronica e dinamica, e la relazione tra diverse aree territoriali.

[15] Le interpretazioni prodotte dal giudice delle leggi - estensive, evolutive e combinate - hanno avuto la capacità di intercettare quell'evoluzione che, negli anni, ha caratterizzato l'ordinamento italiano, permettendo l'affermazione dell'ambiente come valore costituzionale autonomo e diverso dal paesaggio. La Corte costituzionale è partita dal concetto di "paesaggio", tutelato dall'art. 9 della Costituzione, per arrivare a una definizione del bene ambientale, assegnandogli rilevanza come diritto costituzionale vivente. Secondo la Corte, il paesaggio come forma del Paese rappresenta solo un momento della tutela ambientale, ma non può essere considerato l'unico elemento, né esaurire il tema dello *status* costituzionale della tutela ambientale. La tutela del paesaggio è stata ridefinita dalla giurisprudenza costituzionale come tutela paesaggistico-ambientale, superando il "*monumento in natura*", quale definito e riferito nei lavori dell'Assemblea costituente. Da quel momento il paesaggio ha assunto importanza non solo come valore estetico-culturale, ma tenendo conto di come le esigenze dello sviluppo socio-economico del Paese incidessero sul territorio e sull'ambiente (cfr., *ex multiis*: Corte cost., ord. n. 4 del 14.01.1985, reperibile in *cortecostituzionale.it*).

[16] Il T.u.a. non è un vero Testo unico, in quanto non si occupa di tutte le discipline ambientali (per esempio, ne sono escluse le norme sul rumore, sull'*elettrosmog*, sulle aree protette e su molto altro); non lo è nemmeno nella forma, come dimostra il titolo in epigrafe al decreto, "*Norme in materia ambientale*".

[17] Il riferimento è alla legge cost. n. 3/2001 che nell'art. 117, comma 3, Cost., introduce la locuzione "*valorizzazione dei beni culturali e ambientali*"; ma anche alla legge cost. 11 febbraio 2022, n. 1 che ha introdotto, nell'art. 9 Cost., il seguente periodo: "*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica… Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*". La riforma costituzionale di cui alla legge cost. n. 1/2022 ha altresì modificato l'art. 41, comma 2, Cost.: "*La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali* "; sulla menzionata riforma costituzionale si vedano, *ex multis*: CECCHETTI M., *La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *forumcostituzionale.it*, 3/2021, 30; NICOTRA I. A., *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione: un segnale importante dopo il COVID*, in *federalismi.it*, 2021, 1; PORENA D., *Sull'opportunità di un'espressa costituzionalizzazione dell'Ambiente e dei principi che ne guidano la protezione*, in *federalismi.it*, 13.05.2020, 318; FRACCHIA F., *L'ambiente nell'art. 9 della*

ISSN 2036-7821

chimici e biologici, tali da permettere di garantire la vita della flora e della fauna; l'ambiente si può definire come insieme delle "*condizioni fisiche e chimiche di esistenza dell'essere vivente*"[18].

Una più recente evoluzione è stata impressa dalla normativa europea sul *climate change*, avente come esito lo strumento unionale del *Green Deal*[19] che ha fatto dell'Unione europea uno dei principali promotori globali del contrasto al cambiamento climatico. Quel piano ambientale europeo, focalizzando sul tema del cambiamento climatico (cioè dei danni al clima prodotti dai combustibili fossili), ha reso l'interesse ambientale declinabile in termini di *neutralità climatica*[20]. Così è stata avviata una riorganizzazione dei pubblici poteri che ha considerato la dimensione emergenziale dell'oggetto di tutela, mediante nuovi strumenti di salvaguardia ambientale[21].

Ambiente e paesaggio, invero, si collocano nella medesima dimensione fisica, il

---

Costituzione: un approccio in negativo, in *Diritto econ.*, 2022, 15; DI FIORE G., *La costituzionalizzazione della tutela dell'ambiente: luci ed ombre in una riflessione ancora "a caldo"*, in G. CORSO - F. G. SCOCA - A. RUGGERI - G. VERDE (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, Napoli, II, 2022, 664; TRIPODINA C., *La tutela dell'ambiente nella Costituzione italiana: tra interessi delle generazioni future e responsabilità della generazione presente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2023, 459; CONTI G., *Costituzione e ambiente: prendere sul serio la legge costituzionale 1/2022*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2023, 908. Alcuni hanno prospettato che l'inserimento della tutela ambientale nell'art. 9 possa determinare un danno alla tutela paesaggistica; così SEVERINI G. – CARPENTIERI P., *Sull'inutile anzi dannosa modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *giustiziainsieme.it*, 2021; MONTEDORO G., *Il ruolo di Governo e Parlamento nell'elaborazione e nell'attuazione del PNRR*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2021, 29.

[18] Cfr.: SPANTIGATI F., *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2, 1999, 227.

[19] Il Patto verde europeo (o *Green Deal*) è un insieme di iniziative politiche proposte dalla Commissione europea con l'obiettivo di raggiungere la neutralità climatica in Europa, entro il 2050. Prevede la presentazione di un piano di valutazione d'impatto per innalzare ad almeno il 50% l'obiettivo di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra dell'Unione europea entro il 2030 e verso il 55% rispetto ai livelli del 1990. L'intenzione è quella di rivedere ogni legge in vigore, in materia di clima, e di introdurre nuove leggi sull'economia circolare, sulla ristrutturazione degli edifici, sulla biodiversità, sull'agricoltura e sull'innovazione. Per approfondire, si consultino: CHITI E., *Verso una sostenibilità plurale? La forza trasformatrice del Green Deal e la direzione del cambiamento giuridico*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2021; MOLITERNI A., *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto ambientale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2021; BEVILACQUA D., *La normativa europea sul clima e il Green New Deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2, 2022; CHITI E., *Il sistema amministrativo italiano alla prova del "Green Deal"*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2023; IANNELLA M., *L'European Green Deal e la tutela costituzionale dell'ambiente*, in *federalismi.it*, 24, 2022.

[20] La tesi è di BONOMO A., *Il potere del clima, Funzioni pubbliche e legalità della transizione ambientale*, Bari, 2023, 5, che riconosce nell'introduzione del *Green Deal* l'affermazione del "*concetto di primazia ecologica ha segnato il superamento del tradizionale modello teorico dello sviluppo sostenibile, a favore dell'accoglimento di un nuovo approccio, da cui difficilmente si tornerà indietro, destinato a ridisegnare, in nome della transizione ambientale, il rapporto tra interesse ambientale, attività economiche e ruolo dei pubblici poteri*". Per approfondire: BUTTI L. – NESPOR S., *Il diritto del clima*, Sesto San Giovanni, 2022, *passim*.

[21] Cfr.: VALAGUZZA S., *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?* in *Dir. proc. amm.*, 2, 2021, 80; DELSIGNORE M., *Il contenzioso climatico dal 2015 ad oggi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2022, 54; RAMAJOLI M., *Il cambiamento climatico tra "Green Deal" e "Climate Change Litigation"*, in *Riv. giur. ambiente*, 1, 2021, 54; ZORZI GIUSTINIANI F., *Contenzioso climatico e diritti umani: il ruolo delle corti europee sovranazionali*, in *federalismi.it*, 8, 2023.

territorio[22], sede di molteplici interessi e usi alternativi, talora in conflitto tra loro; a tal proposito, si è parlato di *tutele parallele di interessi differenziati*[23], laddove taluni interessi differenziati sono viepiù emersi in modo soprastante rispetto ad altri, quindi affidati alla protezione di Autorità diverse da quelle competenti per la tutela del paesaggio e per la pianificazione urbanistica[24].

In una prima fase della disciplina urbanistica, gli interessi differenziati, come quelli ambientali e paesaggistici, avevano un ruolo di eccezione rispetto alla pianificazione urbanistica. L'eccezionalità si è poi ridimensionata, contemperandosi la *gerarchia degli interessi* con la *gerarchia di piani*[25], e adeguandosi i piani urbanistici ai c.d. piani di settore; in seguito, anche tale impostazione è stata messa in parentesi, nel crescente condizionamento delle tutele differenziate.

Gli interessi ambientali sono stati viepiù valorizzati nell'ambito del procedimento di pianificazione, mediante la c.d. *valutazione ambientale strategica* (VAS)[26], quale prevista dalla Direttiva 2001/42/CE. La tutela ambientale è stata così integrata nel processo di

---

[22] "*Condividono il medesimo substrato materiale*", come afferma PRIMERANO G. A., in *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana. La salvaguardia di una matrice ambientale mediante uno strumento di sviluppo sostenibile*, Napoli, 2022, 144.

[23] Cfr.: CERULLI IRELLI V., *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 441, dove si afferma che: "*il contenuto e l'oggetto della politica del territorio, e segnatamente della funzione di pianificazione territoriale generale (urbanistica), sono limitati dal fatto che una serie di attività (ad incidenza territoriale) e determinate specie di cose immobili, in quanto esprimono interessi pubblici differenziati rispetto alla politica (generale) del territorio, sono a loro volta oggetto di funzioni pubbliche differenziate rispetto a quest'ultima e imputate a soggetti o ad organi espressamente preposti dalla legge alla loro cura*". Si veda anche la definizione data da STELLA RICHTER P., in *Piano di bacino e piano territoriale di coordinamento provinciale*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 244: "*l'interesse differenziato è, per definizione, un interesse intrinseco a certi immobili, che è oggetto di dichiarazione e di protezione che assume una posizione prioritaria rispetto ad ogni altro, così da condizionare in modo vincolante le scelte urbanistiche relative a quel bene*".

[24] Così CHIRULLI P., *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Dir. amm.*, 1, 2015, 51.

[25] Quanto alla *gerarchia dei piani*, va detto che i piani urbanistici seguono un principio *a cascata*, per cui ogni piano deve rispettare le direttive di quello sovraordinato. Essa si articola su tre livelli: 1) il livello regionale territoriale (è il piano di area vasta, come il PTR o il piano paesaggistico; definisce le linee guida strategiche per la tutela dell'ambiente, le grandi infrastrutture e l'assetto generale); 2) il livello provinciale o sovracomunale (come quello dei PTCP - piani territoriali di coordinamento provinciali che mediano tra le direttive regionali e le esigenze dei singoli Comuni); 3) il livello comunale, espresso dallo strumento operativo del piano urbanistico generale o del P.R.G., cioè della dettagliata disciplina delle zone edificabili, delle aree verdi, dei servizi; a questo livello si agganciano i piani attuativi, PUA, che regolano le lottizzazioni specifiche. Quanto alla *gerarchia degli interessi*, va detto che essa regola il bilanciamento degli interessi contrapposti; l'interesse di maggior valenza costituzionale o di dimensione territoriale più ampia prevale su quello minore o locale. Oggi, quella separazione formale è in evoluzione, orientandosi verso un principio di integrazione. Sempre più spesso si assiste a una codecisione tra livelli territoriali (Stato, Regione, Comune) e a una prevalenza dell'interesse che di volta in volta risulta prioritario per il bene pubblico (ad es.: la *transizione ecologica* o la *rigenerazione urbana*), superandosi la rigida distinzione, a favore di accordi di programma e conferenze di servizi. Cfr.: MATTEUCCI S., *Urbanistica e ambiente*, in G. P. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2011; PORTALURI P. L., *L'ambiente e i piani urbanistici*, in G. P. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, 204.

[26] La VAS (*valutazione ambientale strategica*) e la VIA (*valutazione d'impatto ambientale*) sono procedure tecnico-amministrative, disciplinate dal citato d.lgs. n. 152/2006, finalizzate a garantire la sostenibilità ambientale di piani e progetti. La VAS valuta piani e programmi territoriali a livello preventivo, mentre la VIA analizza l'impatto di specifici progetti di opere.

ISSN 2036-7821

valutazione degli interessi, a fini pianificatori.

Avuto riguardo al paesaggio, è risultata più complessa la distinzione tra tutele differenziate e urbanistica, in quanto la dimensione territoriale è rimasta preminente, tanto da creare concorrenza con il governo urbanistico[27]. La sola prospettiva gerarchica si è appalesata insufficiente, essendo necessaria l'integrazione degli interessi, attuabile tramite tecniche di copianificazione e negoziazione, ovvero realizzando bilanciamenti di interessi, basati non sulla superiorità dell'Amministrazione titolare dell'interesse, bensì sulla solidità delle argomentazioni tecniche e logiche[28].

Da tempo, la dottrina amministrativistica va affermando che la tutela ambientale disvela crescenti tensioni giuridiche nell'ordinamento[29], per il suo complesso rapporto con la tecnologia avanzata ma anche con altri valori di rango costituzionale[30].

Assume rilievo, a tal riguardo, l'analisi della dimensione sistemica dell'ambiente, "*nel suo aspetto dinamico, quale realmente è, e non soltanto da un punto di vista statico ed astratto*"[31]. In particolare, stante la crescente centralità della tutela ambientale, il tema - che sarà oggetto del presente studio - della produzione di energie rinnovabili[32] per il raggiungimento degli obiettivi nazionali ed europei in materia di clima e la realizzazione di un sistema energetico sostenibile, si scontra con la tutela del paesaggio e con i limiti della pianificazione urbanistica[33].

2. Il conflitto tra paesaggio e ambiente, in tema di fonti d'energia rinnovabile.

[27] Dopo una prima fase, in cui gli interessi differenziati sono stati considerati "statici" (così CERULLI IRELLI V., *op. cit.*, 386), si prese atto della trasformazione della tutela del paesaggio in "dinamica", in seguito al superamento della dimensione estetizzante del paesaggio. Sul punto, si veda MORBIDELLI G., *Ancora dei tormentati rapporti tra Regioni e legge Galasso*, nota a Corte cost. sentenza n. 437/1991, in *Giur. cost.*, 1991, 3656, che rintraccia la maggiore complessità nella distinzione tra urbanistica e paesaggio in "*due evoluzioni convergenti: da un lato, l'affermarsi dell'urbanistica come pianificazione dell'intero territorio, e non solo dell'*urbs *e della sua espansione, dall'altro il superamento, per effetto soprattutto del noto saggio di Predieri, dell'equivalenza tra paesaggio e bellezze naturali, e l'affermarsi della nozione totalizzante di paesaggi, sia come forma del paese, creato dall'azione cosciente e sistematica della comunità che vi è insediata (ambiente 'costruito'), sia come ambiente naturale*".

[28] Cfr.: COMPORTI G. D., *Piano paesaggistico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, 1070.

[29] Cfr., *ex multis*: MOLITERNI A., *Diritto dell'ambiente e teoria generale del diritto: alcune annotazioni muovendo dal contributo scientifico di Giampaolo Rossi*, in *Riv. quadr. dir. Amb.*, 3, 2020, 256.

[30] Sempre più spesso le questioni poste dal diritto dell'ambiente sono "*una sonda nella teoria generale della scienza giuridica*". Cfr.: SPANTIGATI F., *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2, 1999, 236.

[31] Cfr.: Corte cost. 14 novembre 2007, n. 378, in *cortecostituzionale.it*.

[32] Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a), d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 per "*energia rinnovabile*" si intende l'energia "*proveniente da fonti rinnovabili non fossili, vale a dire energia eolica, solare, termico e fotovoltaico, e geotermica, energia dell'ambiente, energia mareomotrice, del moto ondoso e altre forme di energia marina, energia idraulica, biomassa, gasi di discarica, gas residuati da processi di depurazione e biogas*".

[33] Cfr.: DELSIGNORE M., *Ambiente*, in *Enc. dir. I tematici, "Funzioni amministrative"*, diretto da B. G. MATTARELLA - M. RAMAJOLI, Milano, 2022, 46; MOLITERNI A., *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2020, *passim*.

Si possono ravvisare settori strettamente pertinenti alla tutela ambientale (come la *gestione dei rifiuti* e la *riduzione dell'inquinamento*) ed altri afferenti a questioni di regolazione paesaggistica, come la valorizzazione dei *centri storici*. Ma sono numerose le situazioni in cui sussiste la compresenza di entrambe le tutele[34]. Tra i casi in cui il bilanciamento tra interessi opposti è più difficile vi è quello dell'insediamento di impianti di *fonti di energia rinnovabile* (FER)[35]; per essi ambiente, paesaggio e pianificazione urbanistica di sovente entrano in conflitto tra loro[36].

Lo sviluppo degli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili è uno dei settori che genera il maggior numero di attriti tra l'ambiente e il paesaggio[37], rendendo immediatamente percepibile la diversità di approccio tra i due campi che, seppur confinanti e assimilabili, rimangono distinti[38].

Nella prospettiva storica, le transizioni energetiche sono sempre eventi epocali, talora catastrofici[39], ed anche oggi - com'è dato a tutti di constatare - è in corso un radicale cambiamento, legato alla crisi globale dei combustibili fossili.

Le fonti rinnovabili non esauriscono il fabbisogno energetico, ma contribuiscono a un efficiente modello di produzione di energia elettrica[40]. La tensione verso lo sviluppo

---

[34] Cfr.: AMOROSINO S., *La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, in *Riv. giur. edil.*, 4, 2022, 263.

[35] Nel caso di specie, la Corte costituzionale ha sottolineato la difficoltà delle norme in materia "*volte a bilanciare interessi di fondamentale rilevanza assiologica*", poiché "*per un verso, esse si rendono interpreti dell'esigenza di potenziare le fonti rinnovabili, che, in virtù della loro naturale vocazione a preservare l'interesse ambientale, costituiscono un punto di intersezione tra l'obiettivo di difendere il citato interesse e l'istanza di garantire la produzione di energia... Per un altro verso, cercano di contemperare il massimo sviluppo delle fonti rinnovabili con l'istanza, potenzialmente confliggente, della tutela del territorio, nella dimensione paesaggistica, storico-culturale e della biodiversità*"; così Corte cost. 13 maggio 2022, n. 121, in *cortecostituzionale.it*.

[36] Per un approfondimento del conflitto tra ambiente e paesaggio si vedano: BALDINI B., *Transizione energetica, ambiente e tutela del patrimonio culturale: un recente orientamento del Consiglio di Stato*, in *Ist. Fed.*, 2, 2023, 417-418; CARPENTIERI P., *Relazioni e conflitti tra ambiente e paesaggio*, in *federalismi.it*, 13, 2023, 109.

[37] Per un *excursus* giurisprudenziale, si veda BEVILACQUA D., *La dialettica tra la promozione delle energie rinnovabili e la tutela di altri beni ambientali*, in *Giornale dir. amm.*, 1, 2024, che individua quattro categorizzazioni del contenzioso sulle energie rinnovabili.

[38] La difficoltà di giungere a una definizione univoca di "ambiente" viene evidenziata primariamente dal noto saggio di GIANNINI M. S., *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973; a seguire, la medesima questione è riproposta da: PERICU G., *Ambiente (tutela dell') nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, 1987, 189; FERRARA R., *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, in R. FERRARA - M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, 19; FRACCHIA F., *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, 215; MORBIDELLI G., *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Predieri*, II, Milano, 1996, 1122; quest'ultimo è netto nell'indicare come la ricerca di una definizione giuridica sia inutile, sottolineando che l'ambiente può essere considerato un *medium* linguistico attraverso il quale viene fatto un rinvio allusivo ai singoli beni. Al contrario, in CARAVITA B. – MORRONE A., *L'ambiente e i suoi confini*, in B. CARAVITA - A. MORRONE - L. CASSETTI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, si suggerisce che la definizione di ambiente vada ripresa dalle scienze ecologiche, prospettando una visione olistica dei sistemi naturali e del loro equilibrio.

[39] Si pensi al passaggio dal legno al carbone del XIX secolo, e quello dal carbone al petrolio nel XX secolo.

[40] Cfr.: CLARICH M., *Energia*, in *Enc. dir. I tematici, "Funzioni amministrative"*, diretto da B. G. MATTARELLA - M. RAMAJOLI, cit., 438.

delle fonti rinnovabili si inserisce nell'attuale contesto della crisi energetica[41], della quale l'approvvigionamento rappresenta il principale problema. Le politiche volte alla parità tra costi di produzione dell'energia da fonte rinnovabile e costi di acquisto da fonti tradizionali (c.d. *grid parity*[42]), hanno già da tempo determinato un'enorme crescita del settore delle rinnovabili, con conseguenti nuovi problemi normativi ed esegetici[43].

In dottrina, la distinzione tra ambiente e paesaggio, ricostruita in prospettiva esegetica, è tuttora molto dibattuta[44]. La ricomposizione di opposte esigenze è stata tradizionalmente attuata tramite il bilanciamento, secondo i criteri indicati dalla nota sentenza della Corte cost. n. 85 del 2013[45].

Nondimeno, trovare un equilibrio, senza un adeguato contesto normativo che individui le priorità, era e rimane una pratica di difficile esercizio[46].

Il segnalato contrasto tra le tutele (paesaggistica e ambientale), in tema di rinnovabili, evidenzia da subito un connotato: gli impianti di rinnovabili, come quelli di produzione energetica da fonte eolica e fotovoltaica, sono caratterizzati da un certo qual impatto sul patrimonio paesistico[47], che risulta amplificato dalla notevole diffusione di essi in alcune Regioni italiane, piuttosto che in altre[48].

Sul punto, le posizioni dottrinali divergono: c'è ancora chi ritiene che l'interesse alla

---

[41] Per approfondire, si veda: SANDULLI A., *La crisi energetica tra coordinamento europeo e interesse nazionale*, in *Munus*, 3, 2022.

[42] In energetica, la *grid parity* (parità di griglia) è il punto in cui l'energia elettrica prodotta per mezzo di impianti alimentati a fonti energetiche rinnovabili ha lo stesso prezzo dell'energia prodotta tramite fonti energetiche convenzionali cioè le fonti fossili, o fonti energetiche alternative come il nucleare. A valle dell'emanazione della Strategia energetica nazionale SEN 2017 da parte del MISE, nel contesto della quale si possono osservare obiettivi di rilievo per quanto riguarda la produzione fotovoltaica all'interno del *mix* di produzione di energia elettrica (72 TWh al 2030 da confrontare con i 24,8 TWh prodotti nel 2017) - ha preso sempre più consistenza il concetto di *market-parity* in concorrenza con quello di *grid parity*. Cfr.: TRIZZINO G., *Verso la* grid parity*: i sistemi di incentivazione delle rinnovabili energetiche*, in *alternativasostenibile.it*; ZORZOLI G. B., *I due volti del mercato energetico*, EGL, 2011, *passim*.

[43] Così CARTEI G. F., *Ambiente e mercato nella disciplina delle energie rinnovabili*, in *Dir. econ*., 3, 2013, 590.

[44] Sul lungo cammino del riconoscimento costituzionale della tutela dell'ambiente si veda AMIRANTE D., *L'ambiente "preso sul serio". Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo. Speciale*, 2019, 1-3.

[45] Reperibile in *cortecostituzionale.it*. In quell'occasione, la Corte costituzionale ha sottolineato che tra tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione esiste un rapporto di integrazione reciproca per cui non si riconosce la possibilità di individuare la prevalenza di uno di essi sugli altri, coniando il principio che "*non esistono diritti tiranni*". Per approfondire, si veda: BUTTI L., *"Ambiente come diritto fondamentale" e "non esistono diritti tiranni": come la Corte costituzionale concilia questi due princìpi*, in *Riv. giur. ambiente*, 45, 2023.

[46] Per approfondire le tematiche nei termini degli interessi sensibili si vedano le considerazioni di MARTINES F., *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17-bis della l. 241/90*, in *Dir. amm*., 3, 2018, 747; e MOLITERNI A., *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili. Alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 4, 2017, 621.

[47] Così AMOROSINO S., *Impianti di energia rinnovabile e tutela dell'ambiente e del paesaggio*, in *Riv. giur. amb.*, 6, 2011, 753, il quale evidenzia come la complessità del profilo in esame è data dal confliggere di valori protetti dall'ordinamento il cui ordine di prevalenza non è predeterminato in maniera netta dal legislatore.

[48] Ad esempio, Puglia, Basilicata, Sicilia e Sardegna.

base della realizzazione dell'impianto energetico sia solo quello economico del soggetto privato, volto a creare investimenti produttivi[49]; per contro, la tesi maggioritaria sostiene che l'interesse da prendere in considerazione sia quello pubblico di tutela ambientale; conseguentemente, il bilanciamento da attuare non sarebbe tra l'art. 9 e l'art. 41 Cost.[50], ma tra l'art. 9 Cost., nei termini della tutela paesistica, e il medesimo art. 9 Cost., riformato sui principi ambientali, nonché rafforzato, a tenore degli artt. 11 e 117 Cost., dal contesto europeo e internazionale[51].
La giurisprudenza amministrativa, per lungo tempo, ha sottolineato la prevalenza della tutela paesistica in forza dell'art. 9 Cost.[52], in particolare nell'ambito amministrativo, dove veniva escluso che l'interesse paesistico potesse essere sottoposto a bilanciamenti[53]; molte sentenze, a tal riguardo, hanno configurato "*la tutela del paesaggio come valore massimo*"[54], rispetto agli altri interessi di rilevanza costituzionale. Detta giurisprudenza ha cioè sempre riconosciuto la primazia all'interesse di tutela del paesaggio, affermando che il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti di assenso (o diniego) agli impianti produttivi di energia sia limitato[55], potendo incidere, *ab extrinseco*, solo nei casi in cui l'Amministrazione abbia agito in maniera incoerente, irragionevole, aberrante[56]. Tale posizione ha determinato, in giurisprudenza, una sostanziale intangibilità della valutazione

[49] Cfr.: CARPENTIERI P., *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, in *giustiziainsieme.it*, 2021.

[50] Sul piano del bilanciamento tra paesaggio ed energie rinnovabili nei termini di attività produttiva si è concentrato DE LEONARDIS F., *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Dir. amm.*, 2005, 891.

[51] Cfr.: SANTINI M., *Ambiente e paesaggio tra conflitti valoriali ed istituzionali*, in *Urb. e app.*, 3, 2020, 301, il quale parla di prevalenza di un conflitto tra due interessi entrambi di protezione, da distinguere dagli interessi di produzione.

[52] "*La tutela del paesaggio assurge a valore primario, cui deve sottostare qualsiasi altro interesse interferente*". Così Corte cost. 5 maggio 2006, n. 182, (punti 2 e 3 in diritto), in *Giur. cost.*, 2006, 1841.

[53] Cfr.: Cons. Stato, Sez. VI, n. 5536/2022; Cons. Stato, Sez. IV, n. 2640/2021, reperibili entrambi in *giustizia-amministrativa.it*. In senso contrario la giurisprudenza costituzionale, dopo la sentenza Corte cost. n. 367/2007, che sostiene l'applicabilità della valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti, chiarendo che molti beni hanno una doppia valenza, ambientale e paesaggistica, altri vanno ascritti a un solo ambito di tutela.

[54] Cfr.: AMOROSINO S., *La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, cit., 270.

[55] Cfr.: CROCE M., in *Il sindacato di legittimità sulle valutazioni tecniche ambientali: tra attività conoscitiva e rappresentazione degli interessi*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2019, 55, parla di *selfrestraint* del giudice; a pag. 67, si legge che: "*il timore del giudice amministrativo di invadere la sfera delle decisioni di opportunità riservata alla pubblica amministrazione sembra eccessivo laddove (come si è visto) esclude con argomentazioni ricorsive - e quasi affermando una 'presunzione di legittimità' del provvedimento - anche l'indagine sul merito tecnico del provvedimento. Per evitare di sostituire 'surrettiziamente' la propria opinabile valutazione a quella svolta dall'amministrazione, il giudice rinuncia, infatti, all'esame delle questioni tecniche, rendendo così difficile accertare non l'opinabilità ma la stessa plausibilità e ragionevolezza tecnica della scelta operata in sede amministrativa*".

[56] Nella sentenza Cons. Stato, Sez. VI, n. 1903/2020 si afferma che: "*nel caso in cui la decisione amministrativa sia stata incoerente, irragionevole, frutto di errore tecnico, ovvero risulti icto oculi in contrasto con la realtà di fatto*"; rispetto alle valutazioni scientifiche "*è sindacabile in sede giudiziale... fermo restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché, in sede di giurisdizione di legittimità, può essere censurata la sola valutazione che si ponga fuori dall'ambito della opinabilità*"; così pure Cons. Stato, Sez. VI, n. 4466/2018 e Cons. Stato, Sez. VI, n. 3870/2019, tutte reperibili in *giustizia-amministrativa.it*.

paesaggistica[57].

L'art. 17-bis della legge n. 241/1990 - a tenore del quale, decorso inutilmente il termine per la valutazione richiesta, questa s'intende tacitamente espressa in senso favorevole - prevede, al comma 3, uno speciale silenzio-assenso per l'acquisizione di assensi, concerti, nulla osta comunque denominati di Amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e dei beni culturali[58]. Con riguardo al procedimento di autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146 d.lgs. n. 42/2004, il potere autorizzatorio appartiene alla Regione, ma spetta alla Soprintendenza statale di rendere un parere sulla proposta di provvedimento dell'Amministrazione competente. All'interno di detto meccanismo di cogestione del potere pubblicistico tra Soprintendenza e Regione, alla stregua di un'interpretazione sistematica di quella disposizione di legge (in particolare secondo quanto espressamente previsto dal primo periodo del comma 9 del citato art. 146), a seguito del decorso del termine per l'espressione del parere da parte della Soprintendenza, l'organo statale non è privato della possibilità di rendere un parere tardivo; tuttavia il parere, in tal modo espresso, perderebbe il proprio valore vincolante e dovrebbe essere motivatamente valutato dall'Amministrazione preposta al rilascio del titolo[59].

Avuto riguardo al tema delle *fonti di energia rinnovabile* (FER), le questioni interpretative diventano persino più complesse.

Va detto, a tal proposito, che la prima disciplina organica della materia delle rinnovabili si rinviene nel d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 (recante l'*attuazione della Direttiva n. 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità*)[60]. Nel contesto delineato dal

---

[57] Nella sentenza Cons. Stato, Sez. IV, n. 2640/2021, si legge che: "*alla funzione di tutela del paesaggio... è estranea ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione di altri interessi, ancorché pubblici*".

[58] Il comma 3 del citato art. 17-bis così detta: "*3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche. In tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente. Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito*".

[59] Ne consegue che, se nel corso di una prima fase (*che si esaurisce con il decorso del termine di legge*), l'organo statale può, nell'esercizio dei suoi poteri di cogestione del vincolo, emanare un parere vincolante dal quale l'Amministrazione deputata all'adozione dell'assenso finale non potrà discostarsi (comma 8), l'Amministrazione procedente "*provvede sulla domanda di autorizzazione*" (comma 9), essendo pertanto legittimata all'adozione dell'autorizzazione prescindendo dal parere della Soprintendenza. Questo assetto, stando la sentenza n. 2640 del 29 marzo 2021 del Consiglio di Stato (reperibile in *giustizia-amministrativa.it*), non potrebbe essere stravolto dal meccanismo del silenzio-assenso introdotto dall'art. 17-bis della legge n. 241/1990.

[60] Il d. lgs. 387/2003 è stato in parte modificato dal d. lgs. 3 marzo 2011, n. 28 (di *"Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE"*) che, nel recepire la nuova direttiva 2009/28/CE ("*sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE"*), non

ISSN 2036-7821

legislatore del 2003, ferma la tendenziale possibilità di installare impianti FER su tutte le aree del territorio nazionale, si attribuiva a Regioni e Province autonome il compito di individuare - attraverso una valutazione di primo livello - *aree non idonee* all'installazione di specifiche tipologie di impianti, previo svolgimento di adeguata istruttoria[61] che desse conto delle ragioni di incompatibilità con gli obiettivi di protezione di altri interessi meritevoli di tutela, tra i quali era espressamente richiamato il paesaggio[62]. La scelta del legislatore del modello dell'autorizzazione unica[63], come è stato riconosciuto in giurisprudenza[64], esprimeva un *favor* verso la produzione di energie rinnovabili[65], segno di un progetto che ambiva al raggiungimento di un obiettivo d'interesse generale, cioè della riduzione di emissioni inquinanti, "*attraverso l'iniziativa economica privata, quando non ostino altri interessi di carattere generale*"[66].

L'art. 12, comma 10, del citato d.lgs. 387/2003 prevedeva che, in Conferenza unificata, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, fossero approvate Linee-guida ministeriali[67], volte ad assicurare un corretto inserimento degli impianti nel paesaggio.

In attuazione di tali Linee-guida, e nel rispetto dei principi in esse contenuti, le Regioni procedevano all'indicazione di aree non idonee all'installazione di specifiche tipologie di impianti.

Nell'interpretare l'art. 12 d.lgs. n. 387/2003, le perplessità maggiori sorsero tra chi affermava una compatibilità tra gli interessi e chi invece evidenziava la primarietà

---

ha tuttavia apportato alcuna modifica all'art. 12, sulla razionalizzazione e semplificazione delle procedure amministrative per la costruzione e l'esercizio di impianti FER.

[61] Sulla riserva di procedimento amministrativo, si veda Corte cost., sentenza n. 121/2022, reperibile in *cortecostituzionale.it*.

[62] Si veda T.a.r. Sardegna, sez. II, 23.10.2020, n. 573 (reperibile in *giustizia-amministrativa.it*), secondo cui «*Il favor del legislatore per la collocazione di impianti di energie rinnovabili (con principio di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili), può arretrare quando sussistano, in concreto, importanti elementi di natura paesaggistico-archeologica da preservare; è pertanto legittima una disciplina regionale che preveda (mediante individuazione dei valori, dei beni e degli elementi sensibili da preservare) aree "non idonee" in prima battuta, garantendo nel contempo una fase di analisi "in concreto" dello specifico progetto (anche in caso di area "non idonea") e senza, pertanto, escludere a priori che questo possa essere valutato (per le specifiche caratteristiche) compatibile*».

[63] Per approfondire, si veda: AMOROSINO S., *Semplificazioni procedimentali "frenate" e "a geometria variabile": il PUA (provvedimento unico ambientale) ed il PAUR (provvedimento autorizzatorio unico regionale)*, in *Riv. giur. urb.*, 4, 2021.

[64] Cfr.: Cons. Stato, 2 settembre 2021, n. 6195, commentata da LAZZARI S., *Le energie rinnovabili: semplificazione amministrativa e compiti delle autonomie locali*, in *Gior. dir. amm.*, 5, 2022.

[65] Così, MOLITERNI A., *La regolazione delle fonti energetiche rinnovabili tra tutela dell'ambiente e libertà di iniziativa economica privata: la difficile semplificazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 18, 2017, 5.

[66] Cfr.: par. 4 della sentenza Corte cost. n. 267 del 2016, reperibile in *cortecostituzionale.it*.

[67] Le Linee-guida nazionali sono state adottate, circa sette anni dopo la legge del 2003, nel 2010 (D.M. 10 settembre 2010, pubblicato in GU n. 219 del 18 settembre 2010). Nel contesto del sistema delineato dall'articolo 12 d.lgs. 387/2003, le Linee-guida sono *"poste a completamento della normativa primaria in settori squisitamente tecnici (sentenze n. 121 e n. 77 del 2022, n. 177 del 2021, n. 106 del 2020, n. 286 e n. 86 del 2019, nonché n. 69 del 2018) e connotate dal carattere della inderogabilità a garanzia di una disciplina "uniforme in tutto il territorio nazionale (sentenze n. 286 e n. 86 del 2019, n. 69 del 2018)" (sentenza n. 106 del 2020; nello stesso senso, sentenze n. 221, n. 216, n. 77 e n. 11 del 2022, n. 177 e n. 46 del 2021)"* (cfr.: Corte cost., n. 27/2023, reperibile in *cortecostituzionale.it*).

ISSN 2036-7821

delle norme in tema di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico[68]. Il quadro prospettato dal citato art. 12 sembrò definire un governo multilivello[69], dove lo Stato fissava i principi fondamentali[70].

Le Linee-guida ministeriali del 2010 riservavano al livello regionale la possibilità di individuare aree e siti non idonei all'installazione di specifiche tipologie di impianti, ma la diffusa inerzia regionale ha lasciato agli operatori il compito di individuare aree dove realizzare tali opere, determinando in una prima fase un comportamento che è stato definito di *land grabbing*[71].

Invero, Regioni e Province autonome, per i due terzi, sono rimaste prive di piani, mentre quelle che avevano predisposto un Piano territoriale paesaggistico regionale l'hanno fatto in modo adeguato[72].

Sul punto, la giurisprudenza costituzionale si è limitata a sottolineare l'impossibilità delle Regioni di sospendere le procedure autorizzatorie, a causa dei vincoli ulteriori rispetto alla normativa statale[73] ed ha messo in rilievo che le Regioni non hanno il potere di "*provvedere autonomamente all'individuazione di criteri per il corretto inserimento nel paesaggio degli impianti alimentati da fonti di energia alternativa*"[74].

La Corte costituzionale si è pronunciata, in numerose occasioni, dichiarando l'illegittimità di leggi regionali che, in violazione dei principi contenuti nel d.lgs. n. 387/2003, come completati dalle Linee-guida ministeriali, prevedessero divieti arbitrari e indiscriminati di localizzazione di impianti di produzione di energia da

---

[68] La ricostruzione è di TONOLETTI B., *Le procedure autorizzative per le fonti rinnovabili di energia e il rapporto tra obiettivi di decarbonizzazione e tutela di altri interessi pubblici*, in *L'Attuazione dell'European Green Deal. I mercati dell'energia e il ruolo delle istituzioni e delle imprese*, a cura di E. BRUTI LIBERATI - M. DE FOCATIIS - A. TRAVI, Milano, 2022, 92.

[69] Cfr.: SANTINI M., in *Ambiente e paesaggio tra conflitti valoriali ed istituzionali*, in *Urb. e app.*, 3, 2020, 302; l'Autore conia, a tal proposito, la definizione di "*statuto di specialità delle rinnovabili*".

[70] Durata massima del procedimento in 180 giorni, natura di pubblico interesse degli impianti, compatibilità urbanistica *ex lege* con talune aree, come quelle agricole.

[71] Il *land grabbing* (accaparramento di terre) è il discusso fenomeno economico di acquisizione su larga scala di vaste estensioni di terreni agricoli nei Paesi in via di sviluppo, per convertire terreni di sussistenza in monocolture per l'esportazione o per altri usi, alcuni dei quali nocivi. Cfr.: GIARMANÀ E., *L'impatto delle fonti rinnovabili in agricoltura: eco-agro-fotovoltaico e consumo del suolo*, in *ambientediritto.it*, 3, 2022, 30; CAPORALE F., *Land grabbing e diritto amministrativo. I diritti umani come rimedio all'accaparramento delle risorse naturali e il loro impatto sulle amministrazioni nazionali*, in *Munus*, 3, 2018, 864, dove si approfondisce il tema, parlando di "*natural resources grabbing*" rispetto alle crisi energetica e climatica, che hanno determinato un incremento della domanda di energia rinnovabile, in particolare l'Autore sottolinea come il sistema dei diritti umani può essere un rimedio, elaborando nuovi strumenti di controllo e sanzione.

[72] È il caso della Regione Puglia che ha utilizzato criteri vaghi di disfavore verso gli impianti rinnovabili, omettendo l'indicazione topografica delle aree idonee. Sul punto si rimanda a: AMOROSINO S., *La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, cit., 267.

[73] Cfr.: Corte cost. 27 ottobre 2022, n. 221 e Corte cost. n. 27 del 2023 (reperibili in *cortecostituzionale.it*) che censurano la proroga della Regione Abruzzo nell'individuazione delle aree idonee. Per un commento dell'ultima sentenza si veda: BEVILACQUA D., *Consumo di suolo e transizione energetica: i conflitti "ambientali" alla prova della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2, 2023.

[74] Così Corte cost. 13 maggio 2022, n. 121, reperibile in *cortecostituzionale.it*.

ISSN 2036-7821

fonti rinnovabili. Così, ad esempio, la Consulta (con la sentenza n. 308/2011[75]) ha escluso che il legislatore regionale potesse procedere autonomamente all'individuazione di siti nei quali non fosse consentita la costruzione di impianti FER, potendo ciò avvenire solo sulla base delle Linee-guida nazionali. La stessa Consulta, con la sentenza n. 168/2010, ha affermato che «*non è consentito alle "Regioni di provvedere autonomamente alla individuazione di criteri per il corretto inserimento nel paesaggio degli impianti alimentati da fonti di energia alternativa" e ciò in quanto l'adozione delle Linee guida nazionali, previste dall'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003, è informata al principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni*»[76].

Ancora, il giudice delle leggi ha statuito che, in materia di localizzazione di impianti di produzione di energia rinnovabile, alle Regioni fosse consentito soltanto individuare, caso per caso, aree e siti non idonei "*in via di eccezione e solo qualora ciò sia necessario per proteggere interessi costituzionalmente rilevanti*" (sentenza n. 13/2014)[77], in quanto il c.d. *principio di massima diffusione* delle FER "*trova attuazione nella generale utilizzabilità di tutti i terreni per l'inserimento di tali impianti, con le eccezioni, stabilite dalle Regioni, ispirate alla tutela di altri interessi costituzionalmente protetti nell'ambito delle materie di competenza delle Regioni stesse. Non appartiene invece alla competenza legislativa della stessa Regione la modifica, anzi il rovesciamento, del principio generale contenuto nell'art. 12, comma 10, del d.lgs. n. 387 del 2003*" (sentenza n. 224 del 2012)[78].

La problematica dell'insediamento degli impianti di energia rinnovabile, ancorché posta in termini di interesse pubblico riconosciuto, non era risolta dalle fonti normative le quali non coglievano appieno le esigenze e le peculiarità di ciascun caso specifico; il compito di declinare gli interessi ricadeva sulle singole Amministrazioni[79], come riconosciuto dalla Corte costituzionale[80] e dalla

[75] Cfr.: Corte cost, 11 novembre 2011 n. 308, in *cortecostituzionale.it.*

[76] Cfr.: Corte cost., 6 maggio 2010 n. 168, in *cortecostituzionale.it.*

[77] Cfr.: Corte cost., 13 gennaio 2014 n. 13, in *cortecostituzionale.it.*

[78] Cfr.: Corte cost., 11 ottobre 2012 n. 224, in *cortecostituzionale.it.* La giurisprudenza costituzionale ha, dunque, escluso la legittimità di leggi regionali che prevedano limiti generali all'installazione degli impianti, riguardanti l'intero territorio regionale, anche solo mediante la previsione di distanze minime, sul presupposto che tali disposizioni siano in contrasto con i principi stabiliti dal legislatore statale.

[79] Il ruolo dell'Amministrazione pubblica è particolarmente importante. Sul punto, cfr.: SPUNTARELLI S., *Le rinnovabili per la transizione energetica: discrezionalità e gerarchia degli interessi a fronte della semplificazione dei procedimenti autorizzatori nel PNRR*, in *Dir. amm.*, 1, 2023, dove si sottolinea che: "*Nello Stato a diritto amministrativo italiano a fronte della fissazione degli obiettivi politici e normativi il perseguimento degli interessi pubblici concreti è assegnato alle amministrazioni deputate alla scelta della soluzione più adeguata, opportuna e imparziale, nella singola vicenda, secondo regole codificate e principi di carattere costituzionale e generale che presiedono al corretto espletamento del potere discrezionale*". Sul tema, SPANTIGATI F., in *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2, 1999, 235, affermava che l'interesse pubblico "*è il risultato a posteriori individuato dall'amministrazione nell'equilibrio degli interessi in conflitto secondo la qualità dei valori*". Dello stesso avviso GRASSI S., *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2017, 22, il quale sottolinea come il bilanciamento tra i valori costituzionali in ambito ambientale è da individuare nella gestione amministrativa di tali problemi.

[80] Cfr., da ultimo: Corte cost. 7 luglio 2021, n. 177, reperibile in *cortecostituzionale.it*, dove si afferma che: "*una normativa regionale che non rispetti la riserva di procedimento amministrativo e, dunque, non consenta di operare un bilanciamento in concreto degli interessi, strettamente aderente alla specificità dei luoghi, impedisce la migliore*

giurisprudenza amministrativa[81]. Sul tema è intervenuto, più di recente, il legislatore nazionale: con l'art. 20 d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 (c.d. decreto Red II[82]), è stata modificata la disciplina autorizzatoria[83], adottandosi un nuovo modello basato sull'individuazione preventiva, tramite decreti ministeriali, di *zone idonee* all'insediamento delle fonti di energia rinnovabile[84].

Nel disegno del legislatore del 2021, il bilanciamento tra i contrastanti interessi pubblici è affidato a nuovi decreti ministeriali[85]; l'art. 20 citato dispone che, basandosi sui decreti ministeriali, le Regioni debbano provvedere alla concreta identificazione delle aree idonee.

---

valorizzazione di tutti gli interessi pubblici implicati e, di riflesso, viola il principio, conforme alla normativa dell'Unione europea, della massima diffusione degli impianti da fonti di energia rinnovabili (sentenza n. 286 del 2019, in senso analogo, ex multis*, sentenze n. 106 del 2020, n. 69 del 2018, n. 13 del 2014 e n. 44 del 2011)*". Nella sentenza Corte cost. 27 ottobre 2022, n. 221 (ivi reperibile) la Consulta specifica che: "*è soltanto nella sede del procedimento unico delineato dall'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003... che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela*".

[81] Cfr., *ex multis*: Cons. Stato n. 8167 del 2022; Cons. Stato n. 5019 del 2023, reperibili in *giustizia-amministrativa.it*.

[82] L'Unione europea è sempre stata sensibile ai temi del riscaldamento globale, della protezione dell'ambiente e del mercato unico dell'energia. Gli obiettivi condivisi, come già osservato, sono la decarbonizzazione delle produzioni energetiche, la sicurezza e la resilienza energetica, un nuovo sviluppo dell'industria e dei trasporti, la creazione di un mercato europeo unico e liberalizzato, con maggiori diritti per i cittadini. Si sono susseguite diverse Direttive europee, a cominciare dalle RED I (Direttiva 2009/28), seguita dalla RED II (Direttiva 2018/2001), per arrivare infine alla RED III (Direttiva 2023/2413). La RED I fissava gli obiettivi 20-20-20 (ridurre le emissioni del 20%, portare le rinnovabili al 20% dei consumi finali, migliorare l'efficienza energetica del 20%). La RED II aumentava al 32 % il *target* dei consumi finali da rinnovabili. La RED III aggiorna gli obiettivi sulle rinnovabili per i consumi finali, che salgono al 42,5% entro il 2030. Sono di conseguenza introdotti vincoli europei più ambiziosi per edilizia (+1,1% annuo), industria (+1,6% annuo), trasporti (+29%), riscaldamento/raffreddamento (+1,1% annuo). In pratica ciò equivale al raddoppio del ritmo attuale di installazione di rinnovabili in UE. Ciò è possibile solo con un contemporaneo massiccio sviluppo delle reti, un ampio ricorso agli accumuli, una maggiore elettrificazione dei consumi, insieme a una semplificazione ed accelerazione delle procedure burocratiche. Parallelamente, le Istituzioni U.E. si sono occupate dei diritti energetici dei cittadini (Direttive 2019/944 e 2019/2161) e della liberalizzazione del mercato elettrico (Direttiva 2009/72). La transizione energetica richiede il coinvolgimento non solo delle realtà economico-sociali, ma anche dei cittadini-utenti, che dovrebbero potersi aggregare per migliorare la loro situazione energetica, installando rinnovabili, usando meglio l'energia prodotta e partecipando alle opportunità di mercato.

[83] Per approfondire, si vedano: SPUNTARELLI S., *Le rinnovabili per la transizione energetica: discrezionalità e gerarchia degli interessi a fronte della semplificazione dei procedimenti autorizzatori nel PNRR*, in *Dir. amm.*, 1, 2023; TONOLETTI B., *op. loc. cit*.

[84] La norma riporta "*criteri per l'individuazione delle aree idonee all'installazione della potenza eolica e fotovoltaica indicata nel PNIEC, stabilendo le modalità per minimizzare il relativo impatto ambientale e la massima porzione di suolo occupabile dai suddetti impianti per unità di superficie, nonché dagli impianti a fonti rinnovabili di produzione di energia elettrica già installati e le superfici tecnicamente disponibili*".

[85] Circa il bilanciamento degli interessi, si legge che: "*nella definizione della disciplina inerente le aree idonee, i decreti di cui al comma 1, tengono conto delle esigenze di tutela del patrimonio culturale e del paesaggio, delle aree agricole e forestali, della qualità dell'aria e dei corpi idrici, privilegiando l'utilizzo di superfici di strutture edificate, quali capannoni industriali e parcheggi, nonché di aree a destinazione industriale, artigianale, per servizi e logistica e verificando l'idoneità di aree non utilizzabili per altri scopi, ivi incluse le superfici agricole non utilizzabili, compatibilmente con le caratteristiche e le disponibilità delle risorse rinnovabili, delle infrastrutture di rete e della domanda elettrica*".

ISSN 2036-7821

Il decreto Red II, assumendo la complessità del metodo prefissato di individuazione delle aree idonee, definite con il supporto dei decreti ministeriali, adottati in sede di Conferenza unificata, istituisce un meccanismo provvisorio[86], ulteriore esempio di individuazione tramite norma primaria.

Rilevante è la disciplina dell'individuazione delle c.d. *aree idonee* di cui all'art. 20, d.lgs. n. 199/2021, con cui il legislatore statale ha inteso superare la prospettiva negativa, dettata dall'art. 12, comma 10, d.lgs. n. 387/2003 e dalle Linee-guida 2010, recanti i criteri di individuazione delle *aree non idonee*[87].

Stando alla giurisprudenza della Consulta[88]: a) l'art. 20, comma 8, d.lgs. n. 199/2021 si colloca nel sistema - introdotto da quel decreto - di individuazione delle aree in cui sia consentita l'installazione di impianti a fonti rinnovabili; b) con esso, il legislatore statale ha inteso superare il sistema dettato dall'art. 12, comma 10, d.lgs. n. 387/2003 e dal conseguente D.M. 10 settembre 2010 (*Linee-guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili*), contenenti principi e criteri di individuazione delle aree non idonee; c) le Regioni sono chiamate a individuare le aree idonee all'installazione degli impianti, sulla scorta di principi e criteri stabiliti con appositi decreti interministeriali, previsti dal comma 1 del citato art. 20; d) l'individuazione delle aree idonee deve avvenire non più in sede amministrativa, come prevedeva la disciplina precedente, in relazione a quelle non idonee, bensì con legge regionale, secondo quanto precisato dal comma 4 (primo periodo) dello stesso art. 20[89].

3. Il Testo unico sulle rinnovabili.

In quel complesso contesto è intervenuto, da ultimo, il d.lgs. n. 190 del 25 novembre 2024 (c.d. Testo unico sulle rinnovabili) che ha ridefinito i regimi amministrativi per

---

[86] Sul punto la disciplina è stata aggiornata dagli artt. 12 e 18, D.L. n. 17/2022, convertito in legge n. 34 del 2022, prevedendo l'aggiornamento delle Linee-guida per l'autorizzazione degli impianti da fonti rinnovabili e ampliando l'elenco delle aree considerate *ope legis* idonee all'istallazione degli impianti; in particolare, vengono considerate idonee le aree ferroviarie e delle società concessionarie autostradali. Il comma 8 dell'art. 20 così come modificato e integrato individua le aree idonee *ex lege* tra: "*a) i siti ove sono già installati impianti della stessa fonte e in cui vengono realizzati interventi di modifica, anche sostanziale, per rifacimento, potenziamento o integrale ricostruzione, eventualmente abbinati a sistemi di accumulo, che non comportino una variazione dell'area occupata superiore al 20 per cento... b) le aree dei siti oggetto di bonifica individuate ai sensi del Titolo V, Parte quarta, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152; c) le cave e miniere cessate... c-bis) i siti e gli impianti nelle disponibilità delle società del gruppo Ferrovie dello Stato italiane e dei gestori di infrastrutture ferroviarie nonché delle società concessionarie autostradali; c-bis.1) i siti e gli impianti nella disponibilità delle società di gestione aeroportuale... 1) le aree classificate agricole, racchiuse in un perimetro i cui punti distino non più di 500 metri da zone a destinazione industriale, artigianale e commerciale... 2) le aree interne agli impianti industriali e agli stabilimenti... 3) le aree adiacenti alla rete autostradale*".

[87] Si vedano, in argomento: Corte cost. nn. 58/2023 e 27/2023, richiamate da Corte cost. n. 103/2024 (tutte reperibili in *cortecostituzionale.it*).

[88] Cfr.: Corte cost. n. 103/2024, che richiama Corte cost. nn. 58/2023 e 27/2023 (reperibili in *cortecostituzionale.it*).

[89] Numerose Regioni hanno adottato provvedimenti legislativi e, in qualche caso, atti regolamentari di attuazione. Tra le altre: DGR Basilicata n. 617 del 20.10.2025; DGR Calabria n. 312/2025, L.R. Lombardia n. 8/2025, DGR Piemonte n. 10-1331/2025, DGR Puglia n. 1271/2025, DGR Sardegna n. 45-1/2025, L.R. Toscana n. 28/2025, DGR Umbria n. 883/2025, DGR Veneto n. 794/2025.

ISSN 2036-7821

la costruzione e l'esercizio degli impianti FER[90], oltre che per gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento degli impianti medesimi e per le opere connesse o infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio di essi. Ciò è avvenuto in dichiarata attuazione della Direttiva UE 2023/2413 (c.d. RED III)[91].
Il Testo unico si propone di aggregare in unico corpo tutte le disposizioni concernenti l'impiego di energie rinnovabili, al fine di superare la disomogenea e vasta disciplina previgente[92]. L'obiettivo della riforma del 2024 è stato quello di assicurare la massima

[90] Lo ha fatto in attuazione della delega di cui all'art. 26, commi 4 e 5, lett. b) e d), legge 5 agosto 2022, n. 118 ("*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*"), cioè della delega al governo ad adottare "*uno o più decreti legislativi in materia di fonti energetiche rinnovabili, anche ai fini dell'adeguamento della normativa vigente al diritto dell'Unione europea, della razionalizzazione, del riordino e della semplificazione della medesima normativa, della riduzione degli oneri regolatori a carico dei cittadini e delle imprese e della crescita di competitività del Paese*"; il tutto nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) ricognizione e riordino della normativa vigente in materia di fonti energetiche rinnovabili, al fine di conseguire una significativa riduzione e razionalizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari e di assicurare un maggior grado di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti, in considerazione degli aspetti peculiari della materia; b) coordinamento, sotto il profilo formale e sostanziale, delle disposizioni legislative vigenti in materia di fonti energetiche rinnovabili, anche di attuazione della normativa dell'Unione europea, apportando le modificazioni necessarie a garantire o a migliorare la coerenza della normativa medesima sotto il profilo giuridico, logico e sistematico; c) assicurare l'unicità, la contestualità, la completezza, la chiarezza e la semplicità della disciplina in materia di fonti energetiche rinnovabili concernente ciascuna attività o ciascun gruppo di attività; d) semplificazione dei procedimenti amministrativi nel settore delle fonti energetiche rinnovabili, anche mediante la soppressione dei regimi autorizzatori, razionalizzazione e accelerazione dei procedimenti e previsione di termini certi per la conclusione dei procedimenti, con l'obiettivo di agevolare, in particolare, l'avvio dell'attività economica nonché l'installazione e il potenziamento degli impianti, anche a uso domestico; e) aggiornamento delle procedure, prevedendo la più estesa e ottimale utilizzazione della digitalizzazione, anche nei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa; f) adeguamento dei livelli di regolazione ai livelli minimi richiesti dalla normativa dell'Unione europea.

[91] Leggasi, a tal proposito, la nota n. 83 che descrive l'evoluzione delle Direttive europee in materia di rinnovabili.

[92] La normativa che si intende riunificare e omogeneizzare nel citato *Testo unico rinnovabili* è quella di cui alle seguenti fonti: Direttiva (UE) 2024/1711 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che modifica le Direttive (UE) 2018/2001 e (UE) 2019/944, sul miglioramento dell'assetto del mercato dell'energia elettrica dell'Unione; Regolamento delegato (UE) 2024/1364 della Commissione europea, del 14 marzo 2024, sulla prima fase dell'istituzione di un sistema comune di classificazione dell'Unione per i centri dati; Direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la Direttiva 2012/27/UE; Regolamento (UE) n. 1227/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, concernente l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso; la legge 7 agosto 1990, n. 241, recante norme in materia di procedimento amministrativo; la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità*; il d.lgs. 25 novembre 1996, n. 625, recante *Attuazione della direttiva 94/22/CEE relativa alle condizioni di rilascio e di esercizio delle autorizzazioni alla prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi*; d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, recante *Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*; D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, recante *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità*; D.L. 29 agosto 2003, n. 239, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 ottobre 2003, n. 290, recante *Disposizioni urgenti per la sicurezza e lo sviluppo del sistema elettrico nazionale e per il recupero di potenza di energia elettrica*; d.lgs. 19 dicembre 2003, n. 379, recante *Disposizioni in materia di remunerazione delle capacità di produzione di energia elettrica*; d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, recante *Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137*; D.L. 29 novembre 2004, n. 282, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 dicembre 2004, n. 307, recante *Disposizioni urgenti in materia fiscale e di finanza pubblica*; la legge 23 dicembre 2005, n. 266, recante

ISSN 2036-7821

diffusione agli impianti di produzione FER "*mediante la razionalizzazione, il riordino e la semplificazione delle procedure in materia di energie rinnovabili e il loro adeguamento alla disciplina dell'Unione europea*"[93]. Il principio di massima diffusione degli impianti FER emerge dal marcato *favor* del legislatore verso le rinnovabili[94].

Ciò, beninteso, dovrebbe avvenire nel rispetto della tutela di valori fondamentali come ambiente, biodiversità, ecosistemi, beni culturali, paesaggio, equa ripartizione nella diffusione delle fonti rinnovabili sul territorio, e di principi quali la sussidiarietà, la ragionevolezza, la proporzionalità, il risultato, la celerità, l'omogeneità della disciplina procedimentale sul territorio nazionale[95], il non aggravamento degli oneri[96]; per non dire di altri principi di riferimento, parimenti postulati e importanti, quali fiducia, affidamento, pubblicità, trasparenza, partecipazione dei soggetti interessati al procedimento, garanzia di concorrenza fra

---

Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato; d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante *Norme in materia ambientale*; la legge 23 luglio 2009, n. 99, recante *Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*; il d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, recante *Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE*; il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, recante *Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili*; D.L. 1° marzo 2022, n. 17, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 aprile 2022, n. 34, recante *Misure urgenti per il contenimento dei costi dell'energia elettrica e del gas naturale, per lo sviluppo delle energie rinnovabili e per il rilancio delle politiche industriali*»; il D.L. 17 maggio 2022, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2022, n. 91, recante *Misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese e attrazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e di crisi ucraina*; IL D.L. 10 agosto 2023, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 ottobre 2023, n. 136, recante *Disposizioni urgenti a tutela degli utenti, in materia di attività economiche e finanziarie e investimenti strategici*; IL D.L. 29 settembre 2023, n. 131, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 novembre 2023, n. 169, recante *Misure urgenti in materia di energia, interventi per sostenere il potere di acquisto e a tutela del risparmio*; il D.L. 9 dicembre 2023, n. 181, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 febbraio 2024, n. 11, recante *Disposizioni urgenti per la sicurezza energetica del Paese, la promozione del ricorso alle fonti rinnovabili di energia, il sostegno alle imprese a forte consumo di energia e in materia di ricostruzione nei territori colpiti dagli eccezionali eventi alluvionali verificatisi a partire dal 1° maggio 2023*; D.L. n. 63/2024 (c.d. *Decreto Agricoltura*, convertito in legge n. 101/2024), disciplinante l'installazione di impianti fotovoltaici a terra in aree agricole.

[93] Cfr.: art. 1 d.lgs. n. 190/2024. Sul tema, cfr.: MURATORI A., *La nuova disciplina dei siti idonei all'insediamento di impianti produttivi di energia rinnovabile*, in *Ambiente & Sviluppo*, 3/2026, 6; SPINA G., *Testo unico rinnovabili. Transizione energetica*, in *Ambiente & Sviluppo*, 8-9/2026, 563; BRUTI LIBERATI E., *Transizione energetica e politiche pubbliche*, in *Giorn. diritto amm.*, 6, 2024, 745,

[94] In quest'ottica, va letta la novella normativa di cui al D.L. 21 maggio 2025, n. 73 (recante *Misure urgenti per garantire la continuità nella realizzazione di infrastrutture strategiche e nella gestione di contratti pubblici, il corretto funzionamento del sistema di trasporti ferroviari e su strada, l'ordinata gestione del demanio portuale e marittimo, nonché l'attuazione di indifferibili adempimenti connessi al Piano nazionale di ripresa e resilienza e alla partecipazione all'Unione europea in materia di infrastrutture e trasporti*), che, all'art. 13, reca modifiche al d.lgs. n. 190/2024 (in particolare all'art. 12).

[95] Sul punto, va rammentato che il Testo unico rinnovabili prevede esplicitamente che le Regioni e gli Enti locali (fatte salve le competenze delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano) si adeguino, entro 18 mesi, ai principi ivi riportati (art. 2).

[96] Al riguardo, in particolare, è previsto che al fine di assicurare l'effettiva riduzione degli oneri amministrativi e regolatori a carico degli operatori economici, non possono essere richieste dalle Amministrazioni o dai privati gestori di pubblici servizi dichiarazioni, segnalazioni, comunicazioni o autorizzazioni già in possesso dei medesimi soggetti (art. 2).

operatori economici[97], digitalizzazione delle procedure amministrative[98]. È tutto un sistema valoriale che, in via ottativa, dovrebbe presiedere all'installazione degli impianti FER, pur restando sullo sfondo del principio di massima diffusione.

In linea con l'obiettivo di razionalizzare, riordinare e semplificare le procedure, l'intervento normativo del Testo unico sulle rinnovabili, reca l'abrogazione delle disposizioni con esso incompatibili, in un elenco non esaustivo, riportato all'allegato D) del d.lgs. n. 190/2024, con la precisazione che eventuali rinvii ad altre disposizioni concernenti la disciplina dei regimi amministrativi per la produzione di energia da fonti rinnovabili s'intendono riferiti allo stesso d.lgs. n. 190/2024[99].

Di poi, il D.L. 21 novembre 2025, 175, il d.lgs. 26 novembre 2025, n. 178 e il D.L. 20 febbraio 2026 n. 21 hanno operato una reiterata novellazione del citato d.lgs. n. 190/2024, determinando il quadro normativo oggi vigente.

In particolare, il D.L. n. 175/2025 (c.d. *Decreto Aree Idonee*, convertito in legge 15 gennaio 2026 n. 4) ha individuato le *aree idonee* a ospitare impianti FER, con *iter* accelerato. Il d.lgs. n. 178/2025 ha introdotto per gli impianti FER un ampliamento del campo di applicazione a *impianti di accumulo e elettrolizzatori*, nonché la soppressione di taluni riferimenti subordinati alla normativa edilizia di cui al D.P.R. n. 380/2001[100]. Il D.L. n. 21/2026 (c.d. *Decreto Energia*, convertito nella legge n. 49/2026) ha inciso, in modo significativo, sulle regole di accesso alla rete e sul coordinamento dei procedimenti autorizzativi[101].

---

[97] Cfr.: SPINA G., *Transizione energetica – testo unico rinnovabili*, cit., 563.

[98] Cfr.: art. 5, comma 2. Rileva al riguardo, in particolare, la piattaforma unica digitale *SEUR*, istituita ai sensi dell'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 199/2021 per la presentazione delle istanze (di cui all'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 28/2011) in tema di promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, realizzata e gestita dal GSE.

[99] Cfr.: art. 15. Si segnala che il precedente art. 14 prevede, tra l'altro, che entro 120 giorni le Linee-guida nazionali - per l'autorizzazione degli impianti FER di cui al D.M. 10 settembre 2010, nonché il D.M. adottato ai sensi dell'art. 25, comma 6-bis, d.lgs. n. 199/2021 in tema di prescrizioni per la posa in opera degli impianti di produzione di calore da risorsa geotermica, destinati al riscaldamento e alla climatizzazione di edifici e alla produzione di energia elettrica - vengano adeguate alle nuove disposizioni. Si precisa, altresì, sempre a norma dello stesso art. 14 d.lgs. n. 190/2024, che l'installazione di impianti fotovoltaici con moduli collocati a terra in zone classificate agricole dai piani urbanistici vigenti, è consentita nei limiti di cui all'art. 20, comma 1-bis, d.lgs. n. 199/2021 e che in caso di violazione delle disposizioni del detto comma 1-bis è irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria, di importo compreso tra euro 1.000 e euro 100.000 (art. 11, d.lgs. n. 190/2024).

[100] Il correttivo di cui al d.lgs. n. 178/2025, sempre in attuazione della legge delega n. 118/2022, ha inteso favorire una disciplina più autonoma, con obblighi specifici per titoli edilizi, ove necessari; ha rafforzato il ruolo della piattaforma digitale SUER, quale strumento unico per la gestione delle procedure amministrative FER, con modelli unici per PAS (*procedura abilitativa semplificata*) e AU (*autorizzazione unica*); a tenore della novella del 2025, gli interventi in *aree idonee* o in *zone di accelerazione* sono considerati compatibili con gli strumenti urbanistici e i regolamenti edilizi, con l'obbligo, ove necessario, di acquisire titoli edilizi per interventi edilizi connessi.

[101] In particolare, il D.L. n. 21/2026: a) ha introdotto, nel d.lgs. 190/2024, l'art. 10-bis che demanda ad ARERA (Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente) l'aggiornamento, entro 180 giorni, delle condizioni tecnico-economiche di connessione, prevedendo meccanismi di allocazione trasparente della capacità e la possibilità di rilasciare soluzioni, anche oltre i limiti teorici dei nodi di rete, subordinandone l'efficacia all'effettivo avanzamento autorizzativo dei progetti, con decadenza automatica, in assenza di titolo e rimodulazione dei corrispettivi; b) sul piano procedurale, ha rafforzato la logica di integrazione tra titoli energetici, ambientali ed edilizi, imponendo entro 90 giorni non solo la presentazione della PAS (*procedura amministrativa semplificata*) o

Principio oltremodo rilevante, come si è accennato, è quello dell'*omogeneità della disciplina procedimentale sull'intero territorio nazionale*[102].
All'uopo, basti ricordare che la disciplina dei regimi abilitativi degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, riconducibile alla materia "*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*" (art. 117, comma 3, Cost.), deve conformarsi ai principi fondamentali previsti dal d.lgs. n. 387/2003, nonché alle adottande Linee-guida, vincolanti per le Regioni, in quanto integranti, in settori tecnici, il completamento della normativa primaria[103]. Pertanto, le modalità attuative della legge statale, dotate di natura inderogabile, devono essere applicate in modo omogeneo e uniforme in tutta Italia[104].

4. La tripartizione dei regimi.
Il d.lgs. n. 190/2024 conferma, nell'ottica dei principi di chiarezza e linearità della normativa, insiti nel generale principio di semplificazione amministrativa, che i regimi amministrativi per la realizzazione degli interventi FER sono tre[105], vale a dire: a) l'attività libera; b) la procedura abilitativa semplificata (PAS); c) l'autorizzazione unica (AU).
L'attività libera[106] - Gli interventi minimi, realizzabili secondo il regime dell'attività libera sono riportati nell'allegato A) al d.lgs. n. 190/2024; in tali casi, la realizzazione non è subordinata all'acquisizione di permessi, autorizzazioni o atti amministrativi di assenso e il soggetto proponente non è tenuto a presentare alcuna certificazione, segnalazione o dichiarazione alle Amministrazioni pubbliche[107], ferma restando la

dell'AU (*autorizzazione unica*), ma anche l'avvio della VINCA (*valutazione di incidenza ambientale*) o la richiesta del titolo edilizio, così da concentrare nella fase iniziale tutti i presupposti autorizzativi; c) ha altresì ridefinito, in senso estensivo, la nozione di *intervento*, includendovi la costruzione e l'esercizio di impianti con relative opere connesse, e disciplinando gli interventi di sviluppo della rete su iniziativa del gestore, con preferenza per le soluzioni localizzative semplificate; d) sul fronte operativo, ha ampliato il *perimetro dell'edilizia libera*, comprendendovi il rifacimento integrale degli impianti fotovoltaici in aree industriali, anche con variazione di potenza, e delineando un sistema più efficiente, caratterizzato da maggiore selettività e rigore procedurale.

[102] Sul punto, basti ricordare che il Testo unico prevede esplicitamente che le Regioni e gli Enti locali (fatte salve le competenze delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano) si adeguino, entro 18 mesi, ai principi ivi riportati (art. 2).

[103] Finora, il Governo non ha emanato le nuove Linee-guida, sicché quelle tuttora vigenti sono le Linee-guida adottate con decreto ministeriale 10 settembre 2010, del Ministero sviluppo economico di concerto con Ministero dell'ambiente e Ministero beni culturali. Le Regioni, da parte loro, hanno adottato omologhi provvedimenti legislativi e regolamentari di attuazione. Tra le altre: DGR Basilicata n. 617 del 20.10.2025; DGR Calabria n. 312/2025, L.R. Lombardia n. 8/2025, DGR Piemonte n. 10-1331/2025, DGR Puglia n. 1271/2025, DGR Sardegna n. 45-1/2025, L.R. Toscana n. 28/2025, DGR Umbria n. 883/2025, DGR Veneto n. 794/2025.

[104] Su tale obbligo di uniformità si è pronunciata anche la Consulta. Cfr.: Corte cost. nn. 286 e 86/2019, 69/2018, 106/2020, 258/2020, 177/2021, 77/2022, 121/2022, reperibili in *Corte costituzionale – Sito ufficiale*.

[105] Cfr.: art. 6.

[106] Cfr.: art. 7.

[107] Salvo le varie previsioni specifiche dettate dall'art. 7 (tra cui il rispetto delle disposizioni urbanistiche e del T.U. edilizia di cui al D.P.R. n. 380/2001, la specifica disciplina in tema di tutela dei beni culturali e del paesaggio,

produzione di un apposito *modello unico*[108]; la citata normativa dispone che i progetti relativi agli interventi di cui all'allegato A) non siano sottoposti alle valutazioni ambientali di cui al titolo III, parte seconda, d.lgs. n. 152/2006, ferme restando le disposizioni in materia di valutazione d'incidenza (di cui all'art. 5 D.P.R. n. 357/1997); vengono conseguentemente modificati gli allegati alla parte seconda del Testo unico dell'ambiente (T.u.a., di cui al d.lgs. n. 152/2006), secondo quanto previsto dall'art. 13 d.lgs. n. 190/2024, recante le regole di coordinamento con la disciplina in materia di valutazioni ambientali; in tema di sanzioni amministrative, la violazione dell'art. 7, comporta una sanzione amministrativa pecuniaria, da euro 500 a euro 30.000[109].

La procedura abilitativa semplificata[110] – Per la realizzazione degli interventi di media portata, di cui all'allegato B), si applica la PAS (*procedura abilitativa semplificata*); il ricorso ad essa, già dalla prima stesura della norma[111], è precluso al proponente, nel caso in cui lo stesso non abbia la *disponibilità delle superfici* per l'installazione dell'impianto, ovvero *in assenza della compatibilità degli interventi* con strumenti urbanistici e regolamenti edilizi vigenti; in tal caso, l'intervento è assoggettato al regime dell'autorizzazione unica; in via generale, dal punto di vista procedurale, il soggetto proponente è tenuto a presentare al Comune un apposito *modello unico*, mediante piattaforma digitale *SUER*, corredato dai documenti elencati all'art. 8[112]; qualora non venga comunicato al soggetto proponente un espresso provvedimento di diniego, entro il termine di trenta giorni dalla presentazione del progetto, il titolo abilitativo s'intende perfezionato senza prescrizioni; il titolo abilitativo decade in caso di mancato avvio della realizzazione degli interventi, entro un anno dal perfezionamento della PAS, nonché in caso di mancata conclusione dei lavori nei tre anni dall'avvio della realizzazione degli interventi; la normativa dispone, altresì, che i progetti relativi agli interventi di cui all'allegato A) non siano sottoposti alle valutazioni ambientali (di cui al titolo III, parte seconda, d.lgs. n. 152/2006), restando ferme le disposizioni in materia di valutazione d'incidenza (di cui all'art. 5 D.P.R. n. 357/1997); vengono modificati gli allegati alla parte seconda del

---

delle aree naturali protette e dei siti della rete *Natura 2000* e quanto previsto in caso di interferenze con opere pubbliche o di interesse pubblico).

[108] Si tratta, in sostanza, dell'estensione gli interventi in questione del modello unico semplificato adottato ai sensi dell'art. 25, comma 3, lett. a), d.lgs. n. 199/2021, relativo al modello unico semplificato di cui al D.M. Ministro dello sviluppo economico 19 maggio 2015, che (recante "*Approvazione del modello unico per la realizzazione, la connessione e l'esercizio di piccoli impianti fotovoltaici integrati sui tetti degli edifici*" e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 27 maggio 2015, n. 121 disciplina "*la semplificazione delle procedure per realizzare piccoli impianti fotovoltaici integrati sugli edifici, razionalizzando altresì lo scambio di informazioni fra Comuni, gestori di rete e GSE*".

[109] Cfr.: art. 11.

[110] Cfr.: art. 8.

[111] Novellata dall'art. 7, comma 1, lett. a), d.lgs. 26 novembre 2025, n. 178.

[112] Con la precisazione, tra l'altro, che nel caso di progetti rientranti nel campo di applicazione della valutazione di incidenza di cui all'art. 5, D.P.R. n. 357/1997, il proponente deve acquisire le relative determinazioni prima della presentazione al Comune del progetto stesso.

ISSN 2036-7821

T.u.a., come previsto dall'art. 13, d.lgs. n. 190/2024, recante le regole relative al coordinamento con la disciplina in materia di valutazioni ambientali; la violazione dell'art. 8 comporta, in via generale (fermo restando il ripristino dello stato dei luoghi), una sanzione amministrativa pecuniaria, da euro 500 a euro 30.000[113].

L'autorizzazione unica[114] - Il più articolato procedimento dell'AU (*autorizzazione unica*) riguarda gli interventi più grandi e complessi, di cui all'allegato C)[115] del d.lgs. n. 190/2024; il soggetto proponente deve, in tal caso, presentare, sempre mediante la piattaforma *SUER*, un'istanza redatta secondo un modello precompilato[116], alla Regione territorialmente competente, o all'Ente delegato dalla Regione, per la realizzazione degli interventi di cui all'allegato C), sezione I, nonché al Ministero dell'ambiente, per la realizzazione degli interventi di cui all'allegato C), sezione II; a tale istanza vanno uniti gli elaborati documentali e progettuali previsti dalle normative di settore per il rilascio di autorizzazioni, intese, licenze, pareri, concerti, nulla-osta, assensi, comunque denominati, inclusi quelli per le valutazioni paesaggistica, culturale, di impatto ambientale e per gli eventuali espropri per pubblica utilità, ove necessari ai fini della realizzazione degli interventi, nonché l'asseverazione di un tecnico abilitato che dia conto, in maniera analitica, della qualificazione dell'area, ai sensi dell'art. 20, d.lgs. n. 199/2021; è prevista l'indizione di una conferenza di servizi[117]; la determinazione motivata favorevole di conclusione della detta conferenza costituisce *provvedimento autorizzatorio unico* e, recandone indicazione esplicita: a) comprende il provvedimento di VIA o verifica di assoggettabilità a VIA, ove occorrente; b) comprende tutti gli atti di assenso, comunque denominati, di competenza di Amministrazioni e gestori di beni e servizi pubblici interessati, necessari alla costruzione e all'esercizio delle opere relative agli interventi autorizzati; c) costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico[118]; d) reca "*l'obbligo al ripristino dello stato dei luoghi a carico del soggetto*

[113] Cfr.: art. 11.

[114] Cfr.: art. 9.

[115] Tale regime autorizzatorio è quello originariamente disciplinato dall'art. 12 d.lgs. n. 387/2003, esplicitamente abrogato dal d.lgs. n. 190/2024.

[116] Si tratta del modello adottato ai sensi dell'art. 19, comma3, d.lgs. n. 199/2021, novellato dall'art. 14, d.lgs. n. 190/2024.

[117] Il termine per la conclusione dell'apposita conferenza di servizi è di centoventi giorni decorrenti dalla data della prima riunione (sospeso, per un massimo di sessanta giorni, nel caso di progetti sottoposti a verifica di assoggettabilità a VIA o per un massimo di novanta giorni, nel caso di progetti sottoposti a VIA).

[118] In tal caso, è precisato che il parere del Comune è rilasciato nell'ambito della conferenza di servizi e, nel caso di proprio motivato dissenso, al comune è data la possibilità di ricorrere al rimedio in opposizione di cui all'art. 14-quinquies, legge n. 241/1990, recante la disciplina dei rimedi per le Amministrazioni dissenzienti in sede di conferenza di servizi. In argomento, si segnala che recente giurisprudenza (fattispecie in tema di impianto di produzione di biometano - LNG, alimentato da biomassa), sebbene con riferimento alla disciplina dell'autorizzazione unica dettata dall'art. 12, d.lgs. n. 387/2003, ha affermato, in merito al rapporto tra autorizzazione unica *ex* art. 12, d.lgs. n. 387/2003 e poteri dei Comuni di governo del territorio e vigilanza sull'attività edilizia, l'incompetenza del Comune ad azionare quei poteri di secondo grado, tra cui quello di decadenza, sui titoli edilizi che normalmente gli competono (cfr.: Cons. Stato n. 2355/2025).

esercente a seguito della dismissione dell'impianto… nonché le eventuali compensazioni ambientali a favore dei Comuni"[119].

Avuto riguardo all'autorizzazione unica, va detto che questo tipo di provvedimento introduce una nuova tipologia di atti, non dissimile dal provvedimento autorizzatorio unico regionale (PAUR), di cui all'art. 27-bis d.lgs. n. 152/2006 (Codice dell'ambiente) che si applicava prima della riforma e che riuniva in un unico procedimento tutti gli atti di assenso, autorizzazioni (es. AIA, AUA), pareri e nulla osta richiesti dalle normative di settore. Tra il PAUR che si applicava prima ai grandi impianti FER (e si applica tuttora a molti altri tipi di impianti industriali) e la AU vi è scarsa differenza, dal punto di vista sostanziale e procedimentale, sicché si può affermare che la disciplina non sia davvero mutata e che AU e PAUR siano pressoché la medesima cosa.

5. I nuovi principi in materia di impianti FER.

Le novelle intervenute sul d.lgs. n. 190/2024 (cioè il D.L. n. 175/2025, il d.lgs. n. 178/2025 e il D.L. n. 21/2026) hanno confermato la descritta tripartizione dei regimi amministrativi per la realizzazione degli interventi FER (tra attività libera, PAS e autorizzazione unica).

La tripartizione va meglio esplicitata con la descrizione di alcuni dei principi introdotti dalla normativa, come interpretati dalla giurisprudenza già pronunciatasi al riguardo, principi dai quali si ricavano le necessarie indicazioni operative, al fine di orientarsi nella complessa disciplina.

Uno dei nuovi principi è quello del *divieto di frazionamento dell'intervento progettato*, laddove il frazionamento sia inteso a eludere la differenziazione dei regimi. L'art. 6 d.lgs. n. 190/2024 dispone, a tal riguardo, che, ai fini della qualificazione dell'intervento e della relativa disciplina amministrativa allo stesso applicabile, rileva l'eventuale cumulo tra differenti istanze presentate, dovendosi reputare come unica la domanda parcellizzata, avente a oggetto la medesima area, ovvero presentata dal medesimo soggetto, identificabile come unico centro di interessi[120]. Da tale principio

[119] È inoltre previsto che: a) nel caso degli interventi di cui all'allegato C, sez. II, il provvedimento autorizzatorio unico è rilasciato, previa intesa con la Regione o le Regioni interessate; b) il Ministero della cultura partecipa al procedimento, nel caso in cui gli interventi in questione siano localizzati in aree sottoposte a tutela, anche *in itinere*, ai sensi del d.lgs. n. 42/2004 (Codice beni culturali e di paesaggio) e non siano sottoposti a valutazioni ambientali; c) nel caso di progetti sottoposti a valutazioni ambientali, il soggetto proponente ha facoltà di richiedere all'Autorità competente per le valutazioni ambientali che il provvedimento di VIA o verifica di assoggettabilità a VIA sia rilasciato al di fuori del procedimento unico; la violazione dell'art. 9 comporta, in via generale (fermo restando il ripristino dello stato dei luoghi), una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 1.000 a euro 150.000 (cfr.: art. 11).

[120] Ulteriori disposizioni in merito al contrasto all'artato frazionamento dell'intervento si rinvengono, in tema di attività libera, all'art. 7, comma 3, secondo i quali le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano possono disciplinare l'effetto cumulo derivante dalla realizzazione di più impianti, della medesima tipologia e contesto territoriale, che determina l'applicazione del regime autorizzatorio più oneroso rispetto a quello attivato dal proponente.

ISSN 2036-7821

di decumulo e non parcellizzazione dell'intervento discende, a giudizio di certa giurisprudenza, che anche l'Amministrazione procedente non possa scorporare da un progetto di impianto una parte per approvarne solo un segmento[121].

Ulteriore principio rilevante, sempre di derivazione unionale, è quello, cui già si è accennato, della *massima diffusione degli impianti FER*, integrante il c.d. *favor* del legislatore verso le rinnovabili.

In tale ottica può leggersi, con evidenti ricadute pratiche sui procedimenti e regimi autorizzativi, la previsione per cui i detti interventi (di costruzione, modifica, potenziamento, rifacimento di impianti FER, opere connesse e relative infrastrutture) sono considerati "*di pubblica utilità, indifferibili e urgenti*"[122], possono essere ubicati anche in zone classificate agricole[123] e, in sede di ponderazione degli interessi, sono considerati "*di interesse pubblico prevalente*" ai sensi dell'art. 16-septies, Direttiva UE 2018/2001[124]. A tale principio si ispira altresì la speciale disciplina delle c.d. "*zone di accelerazione*"[125].

---

[121] Più precisamente, il T.a.r. Emilia Romagna, nella sentenza n. 133 del 17.03.2026 (reperibile in *giustizia-amministrativa.it*) nel caso di una PAS per impianto fotovoltaico, con opere di connessione su corsi d'acqua pubblici e su un mappale comunale, ha affermato che: a) i corsi d'acqua e il mappale comunale interessati da viabilità interna, cavidotti e scarichi di meteoriche sono beni demaniali o comunque beni pubblici destinati a uso pubblico, la cui utilizzazione (anche mediante attraversamento con viabilità e cavidotti) costituisce utilizzazione costante del bene pubblico; b) l'istanza di concessione su tali beni deve precedere l'istanza di PAS, costituendone un presupposto, ai sensi dell'art. 10 d.lgs. 190/2024; c) l'art. 8, comma 4, va letto nel senso che la nozione di "impianto" comprende anche le opere connesse tecnicamente e strutturalmente necessarie all'efficienza complessiva, sicché la 'legittima disponibilità' richiesta deve riguardare anche le superfici e le risorse interessate da tali opere quando insistono su beni demaniali/pubblici; d) è legittima la dichiarazione di improcedibilità della PAS in assenza della concessione *ex* art. 10, non potendo la concessione essere rinviata a un momento successivo.

[122] Cfr.: art. 2, comma 1; si veda altresì la disciplina di cui all'art. 10, relativo alla disciplina dettata per il caso in cui ai fini della realizzazione degli interventi sia necessaria la concessione di superfici e, ove occorra, di risorse pubbliche.

[123] Cfr.: art. 2, comma 1.

[124] Ciò, a norma dell'art. 3, comma 1, "*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, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali*" (anche tenendo conto di quanto previsto ai sensi dell'art. 20, d.lgs. n. 199/2021, recante la disciplina per l'individuazione di superfici e aree idonee per l'installazione di impianti a fonti rinnovabili). Basti qui ricordare che l'art. 16-septies, Dir. Ue 2018/2001, dispone, in estrema sintesi, che fino al conseguimento della neutralità climatica, gli Stati membri provvedono affinché, nella procedura di rilascio delle autorizzazioni, la pianificazione, la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia rinnovabile, la connessione di tali impianti alla rete, la rete stessa e gli impianti di stoccaggio siano considerati di interesse pubblico prevalente e nell'interesse della salute e della sicurezza pubblica nella ponderazione degli interessi giuridici.

[125] Cfr.: art. 12. Al riguardo, si segnala il recente intervento normativo di cui all'art. 13, D.L. n. 73/2025 che, in vigore dal 21 maggio 2025 e in attesa di essere convertito in legge, ha novellato il detto art. 12, d.lgs. n. 190/2024 in questione, in ossequio al principio di massima diffusione degli impianti FER, con l'obiettivo "*di garantire il raggiungimento degli obiettivi riguardanti l'energia da fonti rinnovabili delineati dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC) per l'anno 2030, nonché l'attuazione della Riforma 1 della Missione 7 del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*". In particolare, la riforma ha modificato l'art. 12, novellandone il comma 5 (con la previsione secondo cui "*in relazione alle zone di accelerazione individuate ai sensi del comma 7-bis, resta ferma la possibilità per le regioni e le province autonome di indicare, nelle definizione dei Piani, ulteriori impianti a fonti rinnovabili, nonché gli impianti di stoccaggio e le altre opere previste dal primo periodo del presente comma*"), inserendovi i nuovi commi 5-bis e

ISSN 2036-7821

Tutto, però, deve avvenire nel rispetto del bilanciamento degli interessi contrapposti in sede amministrativa.

Infatti, il principio della massima diffusione degli impianti di energia a fonti rinnovabili, trova eccezione in presenza di esigenze di tutela della salute, di tutela paesaggistico-ambientale, di assetto urbanistico del territorio[126], con la precisazione che la compresenza dei diversi interessi costituzionalmente rilevanti, ha come luogo elettivo di composizione il procedimento amministrativo, poiché è in quella sede che deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia con ulteriori interessi di cui siano titolari singoli cittadini e comunità[127].

Ne segue, tra l'altro, che le motivazioni del diniego o di accoglimento con prescrizioni (di un'autorizzazione paesaggistica, in sede di VIA, ecc.) devono essere particolarmente stringenti, non potendo ritenersi sufficiente che l'Autorità preposta alla tutela del vincolo (in particolare paesaggistico) rilevi una generica minore fruibilità del bene sotto il profilo del decremento della sua dimensione estetica[128].

Pertanto, occorre una seria comparazione tra i diversi interessi coinvolti nel rilascio dei titoli abilitativi, sottolineandosi l'importanza che siano sempre indicate le ragioni che, in concreto, ostino alla realizzazione dell'intervento e, soprattutto, i vantaggi comparativi della soluzione alternativa[129].

6. Interesse pubblico prevalente, aree idonee, zone di accelerazione.

Si è già accennato all'oggetto e alla finalità della riforma di cui al d.lgs. n. 190/2024 (come delineati nell'art. 1). Si è altresì detto dei principi generali che presiedono alla riforma (art. 2).

7-bis, nonché modificandone il comma 8 (con aggiunta della disposizione in base alla quale la procedura di valutazione ambientale strategica ivi prevista si svolge secondo le modalità di cui al d.lgs. n. 152/2006 per i piani sottoposti a valutazione ambientale strategica in sede statale, con applicazione dei termini procedimentali ridotti della metà). In materia è il caso di segnalare che secondo recente giurisprudenza l'introduzione di un criterio legislativo di priorità nella trattazione delle istanze, basato sulla maggiore potenza dell'impianto (l'art. 8, comma 1, T.u.a.) non può, di per sé solo, legittimare il mancato rispetto del termine di conclusione dei procedimenti (art. 25, comma 7, T.u.a.) incardinati con altre istanze; inoltre il gran numero di provvedimenti in corso presso le Amministrazioni competenti non può ridondare a danno del privato istante, né giustificare uno "*sforamento*" dei tempi normativamente imposti (cfr.: T.a.r. Sardegna n. 830/2024, che richiama Cons. Stato n. 1882/2024, reperibili in *giustizia-amministrativa.it*).

[126] Cfr.: Corte cost. n. 13/2014 e n. 224/2012, reperibili in *cortecostituzionale.it*.

[127] Cfr.: Corte cost. n. 69/2018, reperibile in *cortecostituzionale.it*.

[128] Cfr.: Cons. Stato n. 5159/2020 e n. 3696/2020, reperibili in *giustizia-amministrativa.it*. Allo stesso modo, motivazioni generiche e astratte non sono idonee a supportare il provvedimento di sottoposizione a valutazione di impatto ambientale. Inoltre, gli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili devono reputarsi compatibili, in linea di principio, con la destinazione agricola dell'area, non risultando sufficiente il generico riferimento al consumo di suolo agricolo a ravvisare un impatto significativo tale da necessitare della VIA (cfr.: T.a.r. Molise n. 137/2024, reperibile in *giustizia-amministrativa.it*).

[129] Sul punto, si rimanda, per approfondimenti, a SPINA G., "*Autorizzazioni rinnovabili: le recenti indicazioni della giurisprudenza*", on *AmbienteSviluppo*, 2, 2025, 76.

L'art. 3 d.lgs. n. 190/2024, cristallizzando una di quei principi generali, tratta dell'*interesse pubblico prevalente*. È un concetto nuovo che sa di antico, poiché riporta in auge il criterio della *gerarchia degli interessi* che finora si riteneva doversi contemperare con quello della *gerarchia dei piani*.

In primo luogo, giova sgombrare il campo dal possibile equivoco di sovrapporre o identificare l'*interesse pubblico prevalente*, di cui all'art. 3 citato, con la "*pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza*" di cui al precedente art. 2, comma 2.

La dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza è l'atto amministrativo che avvia i procedimenti ablatori, ai sensi dell'art. 13 del Testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità (D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327); essa vale ad autorizzare l'occupazione di beni privati per opere di interesse pubblico ed a fissare i termini per il decreto di esproprio, di solito coincidente con l'approvazione del progetto definitivo dell'opera.

Già l'art. 12, comma 1, d.lgs. n. 387/2003 stabiliva che le opere "*per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli stessi impianti, autorizzate ai sensi del comma 3, sono di pubblica utilità ed indifferibili ed urgenti*"[130]. Eppure, come si è detto, il d.lgs. n. 387/2003 non stabiliva una vera e propria priorità o prevalenza dei progetti FER.

L'interesse pubblico prevalente è da ritenersi il presupposto concettuale per la dichiarazione di pubblica utilità, anzi esso integra un rinforzo di essa, nel senso che, in sede di ponderazione degli interessi, nei singoli casi e salvo un espresso giudizio negativo di compatibilità ambientale (o salvo che vi siano prove evidenti di effetti troppo negativi del progetto su ambiente, tutela della biodiversità, paesaggio, patrimonio culturale e agricoltura)[131], gli interessi a presidio degli interventi di impianti FER sono considerati prioritari e sopraordinati ad altri interessi pubblici, come peraltro previsto dall'art. 16-septies della Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018[132]. Tale principio dovrebbe orientare il bilanciamento dei valori giuridici.

L'impulso dell'Unione europea verso la transizione energetica ha condotto

[130] Il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che: "*come ha chiarito la Corte costituzionale … la predetta disposizione è espressione del "principio di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili" che discende direttamente dalle direttive europee in materia … e che conseguentemente la giurisprudenza esige che il giudizio di compatibilità ambientale per detti impianti sia svolto in modo analitico e puntuale e non mediante formule stereotipe … il Collegio non aderisce all'opzione dell'appellante che giunge ad interpretare il principio nel senso che l'interesse alla realizzazione degli impianti debba sempre considerarsi prevalente su quello alla tutela dell'ambiente, perché ciò comporterebbe di fatto la sterilizzazione (e, quindi, la negazione) del bilanciamento di interessi cui è istituzionalmente preposta l'autorità competente in materia di VIA (peraltro, anch'essa sulla scorta di specifiche direttive europee)*" (cfr.: Cons. Stato IV, 12.11.2021 n. 7550, reperibile in *giustizia-amministrativa.it*).

[131] Tenendo, peraltro, conto di quanto espressamente previsto dall'art. 11-bis in tema di aree idonee, di cui si dirà più oltre.

[132] Cfr.: SPAGNUOLO VIGORITA R., CONTE G. B., PERSICO A., *La presunzione di interesse pubblico prevalente per le fonti energetiche rinnovabili: un tentativo di inquadramento sistematico*, in *Ceridap*, 3/2025, *passim*.

ISSN 2036-7821

all'introduzione di una sorta di presunzione di prevalenza dello sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili[133].

Inizialmente prevista come misura urgente e temporanea dall'art. 3 del Regolamento (UE) 2022/2577, la presunzione di interesse pubblico prevalente è stata confermata ed estesa, sotto il profilo temporale, dall'art. 1 della Direttiva (UE) 2023/2413 (c.d. Direttiva RED III)[134], che ha imposto agli Stati membri di assicurare che essa sia sempre rispettata nell'ambito delle procedure autorizzative, per tutto il tempo necessario al conseguimento della neutralità climatica[135].

L'oggetto della presunzione si riferisce a pianificazione, costruzione, esercizio di impianti FER, di reti, di connessioni e di impianti di stoccaggio. In tal modo, è confermata *ex lege* la natura di interesse pubblico prevalente per installazioni e infrastrutture necessarie alla produzione e immissione in rete di energia da fonti rinnovabili.

La presunzione della prevalenza dell'interesse alla costruzione degli impianti FER opera come criterio di priorità nell'attività di comparazione e ponderazione degli interessi, orientando la discrezionalità nella fase decisoria dei singoli procedimenti verso scelte che considerino tendenzialmente recessivi gli interessi che si contrappongono alla transizione energetica, assicurando che il preminente interesse pubblico alla promozione di quest'ultima, protetto dall'ordinamento e promosso a livello programmatico e strategico (unionale e nazionale), si rispecchi congruamente in decisioni puntuali. Si tratta, tuttavia, di una presunzione relativa, che non esclude il bilanciamento a favore di altri interessi ma inverte l'onere della prova, gravando le Amministrazioni competenti di dimostrare, in modo stringente, che gli effetti positivi di un impianto FER, riconosciuti come prevalenti *ex lege*, siano concretamente neutralizzati da impatti talmente gravi, irreversibili, non mitigabili né compensabili, cioè negativi per altri valori, quali paesaggio e pianificazione urbanistica, da rendere intollerabile la realizzazione dell'impianto[136].

---

[133] Cfr.: CHIRULLI P., *Energie rinnovabili e tutela degli interessi sensibili, tra "RePowerEU" e direttiva RED III*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2, 2024, 196; EROICO F., *Energie rinnovabili e presunzione di interesse pubblico prevalente: prime impressioni a margine del regolamento (UE) 2577/2022*, in *Riv. giur. ambiente*, 1, 2024, 55.

[134] Con cui è stata modificata la Direttiva (UE) 2018/2001 (cd. RED II) attraverso l'inserimento di un nuovo articolo 16-septies.

[135] Ai sensi dell'art. 2 del Regolamento 2018/1999/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, il conseguimento della neutralità climatica è un obiettivo vincolante da conseguire al più tardi entro il 2050 e comporta l'equilibrio tra le emissioni e gli assorbimenti di tutta l'Unione dei gas a effetto serra disciplinati dalla normativa unionale. In dottrina, sull'azione di impulso dell'Unione tesa al perseguimento della neutralità climatica attraverso la promozione delle fonti rinnovabili, cfr.: FRACCHIA F., PANTALONE P., *Decider(ci) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedimentali*, Napoli, 2022; VETRÒ F., *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1, 2022, pp. 53 ss.; SCALIA F., *Energia sostenibile e cambiamento climatico. Profili giuridici della transizione energetic*a, Torino, 2020, *passim*.

[136] Il nodo applicativo della questione risiede nel procedimento autorizzativo degli impianti e l'analisi della prima prassi applicativa, sia di alcune Amministrazioni che di alcuni organi giurisdizionali, sembra denotare un approccio restrittivo che nega l'applicazione diretta della presunzione, subordinandola a interventi legislativi o pianificatori.

ISSN 2036-7821

Non mancano aperture, in alcune pronunce del giudice amministrativo[137] che, portate alle loro conseguenze ultime, conducono all'effettivo riconoscimento dell'operatività della presunzione nei singoli procedimenti, in linea con la valenza *erga omnes* del Regolamento UE e con la Direttiva RED III, la quale è sufficientemente chiara, precisa e incondizionata nell'affermare la presunzione in funzione dell'obiettivo di accelerazione delle procedure autorizzative.

Affinché la detta presunzione realizzi il suo effetto utile, è necessario: a) chiarire i criteri per superare la presunzione, evitando che diventi mera enunciazione priva di conseguenze pratiche; b) armonizzare l'applicazione tra Amministrazioni e giudici, superando gli orientamenti difformi; c) monitorare la compatibilità con i controlimiti costituzionali e i principi ambientali UE, anche in vista di eventuali pronunce della Corte di Giustizia U.E. o della Corte costituzionale[138].

La presunzione s'innesta nella dialettica di composizione dei vari interessi, chiarendo che le rinnovabili hanno un effetto favorevole all'ambiente su scala vasta, laddove il funzionario pubblico che si occupa della pratica potrebbe indulgere a sopravvalutare l'impatto ambientale e territoriale del singolo impianto sul sito locale, dando prevalenza a esigenze particolaristiche di conservazione dello stato dei luoghi. L'Amministrazione, di contro, pur mantenendo il proprio potere discrezionale, deve riconoscere e considerare che la riduzione della CO2 nell'atmosfera è un obiettivo di impegno politico e giuridico prioritario, cui dare tendenziale prevalenza nel bilanciamento d'interessi nei singoli casi[139].

La Commissione europea ha valutato l'andamento dei Piani nazionali di energia e clima (PNIEC)[140], in vista degli obbiettivi da raggiungere entro 2030, rilevando che

[137] Cfr.: Cons. Stato n. 8260/2023; Cons. Stato n. 8261/2023; Cons. Stato n. 8262/2023 e Cons. Stato n. 8263/2023, reperibili in *giustizia-amministrativa.it*.

[138] Ai fini del singolo procedimento autorizzativo, non si tratta di sopprimere la necessaria ponderazione degli interessi in gioco, ivi inclusi quelli di natura ambientale e paesaggistica, posto che il bilanciamento tra gli interessi rimane il cardine dell'esercizio della discrezionalità spettante all'amministrazione per la scelta dei mezzi per raggiungere il risultato della transizione energetica, a fronte degli impatti sul territorio che possono determinare i singoli progetti. Né si intende avallare l'idea che la – invero intrinsecamente complessa e delicata – attività di semplificazione amministrativa (principio che anima anche il d.lgs. n. 190/2024) possa ridursi alla ricerca di decisioni automatiche e vincolate, secondo una costruzione dei rapporti tra semplificazione e discrezionalità in termini oppositivi, spogliando l'Amministrazione del potere di valutare in concreto la consistenza degli interessi pubblici e privati sottesi alla decisione.

[139] D'altro canto, alla luce degli eventi climatici sempre più estremi, risulta inadeguato l'approccio conservativo teso a salvaguardare un determinato luogo a danno del resto del mondo. A seguito della novità normativa, la P.A. dovrà dar conto di aver valutato accuratamente questa priorità unitamente agli altri interessi in gioco

[140] Il 21 gennaio 2020 è stato pubblicato il testo del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC), predisposto dai Ministeri dello sviluppo economico, dell'ambiente e delle infrastrutture e trasporti. Il Piano recepisce le novità contenute nel D.L. n. 111/2019 (c.d. *Decreto Clima*) nonché quelle sugli investimenti per il *Green New Deal* previste nella legge di bilancio 2020. Il PNIEC è un documento strategico decennale che definisce politiche, misure e obiettivi dell'Italia per la transizione energetica, la decarbonizzazione, l'efficienza energetica e la sicurezza del sistema nazionale (fino al 2030). Cfr.: MITROTTI A., *L'obbligazione climatica e la natura del PNIEC nella Repubblica italiana: sono eretiche le pretese di un legittimo adempimento?* in *AmbienteDiritto*, 2/2024, 1.

sebbene i Paesi membri dell'U.E. mirino al raggiungimento degli anzidetti obiettivi, è necessaria l'applicazione rigorosa delle regole espansive introdotte dall'Unione, destinate a garantire l'aumento rapido della produzione di energia da fonti rinnovabili[141].

Nondimeno, l'effetto innovativo del nuovo principio sembra subire un ridimensionamento nell'esegesi testuale del d.lgs. n. 190/2024, in quanto la norma, cioè l'art. 3, comma 1, consente ancora un "*giudizio negativo di compatibilità ambientale*" quando vi siano prove evidenti "*di effetti negativi significativi dei progetti su ambiente, tutela della biodiversità, paesaggio, patrimonio culturale e settore agricolo, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali*"[142].

L'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 190/2024 prova a risolvere a monte la questione della compatibilità, prevedendo un regime latamente derogatorio per le c.d. *aree idonee* individuate ai sensi del successivo art. 11-bis, ovvero per le zone di accelerazione, individuate dall'art. 12 dello stesso decreto.

Invero, già l'art. 20, comma 1, d.lgs. n. 199/2021 demandava a uno o più decreti ministeriali[143] il compito di stabilire principi per l'individuazione delle *aree idonee* all'installazione di impianti rinnovabili e alle singole Regioni, nell'esercizio della loro competenza concorrente, la concreta individuazione di tali aree nei territori di loro competenza (comma 4).

Nelle more dell'adozione di tali decreti, al fine di favorire il processo di decarbonizzazione, quindi di assicurare il rispetto degli impegni assunti a livello europeo, il comma 8 dell'art. 20 d.lgs. n. 199/2021 individuava aree idonee *ex lege*[144].

---

[141] Un'interpretazione del principio del prevalente interesse pubblico che faccia prevalere gli altri aspetti di tutela rispetto a quello di lotta ai cambiamenti climatici porterebbe al fallimento degli obiettivi che l'Unione si è proposta di realizzare, con ricadute negative sull'ambiente che si vorrebbe tutelare. I cambiamenti climatici in atto hanno procurato costantemente anche gravi danni economici, che la Commissione U.E. ha quantificato in 163 miliardi di euro, nel periodo 2021-2023. La presunzione di interesse pubblico prevalente costituisce importante strumento per favorire la transizione energetica, ma la sua effettività dipende dal bilanciamento rigoroso e motivato tra esigenze climatiche e tutela delle altre componenti sistemiche, fermo il riconoscimento di un'effettiva prevalenza della produzione di *energia pulita*, nel rispetto dei principi di legalità, proporzionalità e certezza del diritto.

[142] L'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 190/2024 prevede che: "2. *Con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dei Ministri interessati, previa intesa sancita in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono individuati i casi in cui, per determinate parti del territorio ovvero per determinati tipi di tecnologia o di progetti con specifiche caratteristiche tecniche, le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano, tenuto conto delle priorità stabilite nel Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC) di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018*". Viene cioè affidato a un adottando d.P.C.M. di decampare dalla presunzione di interesse pubblico prevalente, per particolari tecnologie o progetti, in relazione alle previsioni del PNIEC. Il portato di recepimento della Direttiva RED III renderebbe, per converso, necessaria un'interpretazione più conforme al diritto U.E., valorizzante l'aspetto della mitigabilità e compensabilità dei danni.

[143] In attuazione dell'art. 20, comma 1, è stato adottato il D.M. 21 giugno 2024 contenente la *"disciplina per l'individuazione di superfici e aree idonee per la installazione di impianti a fonti rinnovabili"*.

[144] Tra le aree idonee *ex lege*, l'art. 20, comma 8, lett. c-ter) individua anche le aree agricole purché racchiuse in un perimetro i cui punti distino non più di 500 metri da zone a destinazione industriale, artigianale e

ISSN 2036-7821

Nel sistema delineato dal citato art. 20, comma 8, d.lgs. n. 199/2021, si configuravano le seguenti possibilità: a) *aree idonee*, per cui si preveda un *iter* accelerato e agevolato dal punto di vista del procedimento per la realizzazione dei progetti FER di cui all'art. 22 d.lgs. n. 199/2021; b) *aree non idonee*, le cui caratteristiche siano incompatibili con specifiche categorie di impianti; c) *aree ordinarie*, in cui si applichino gli articolati e più complessi procedimenti autorizzatori e abilitativi[145].

Nel descritto contesto normativo, il previgente art. 20, comma 8, d.lgs. n. 199/2021 fungeva da disposizione transitoria, prevedendo che "*nelle more dell'individuazione delle aree idonee sulla base dei criteri e delle modalità stabiliti dai decreti di cui al comma 1*", fossero considerate idonee le aree elencate dalle lett. a) e seguenti dello stesso comma 8, tra le quali figuravano, alla lett. c-quater), "*le aree che non sono ricomprese nel perimetro dei beni sottoposti a tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, incluse le zone gravate da usi civici di cui all'articolo 142, comma 1, lettera h), del medesimo decreto*"[146].

In applicazione dei principi già vigenti prima della riforma 2024, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 27/2023[147], aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge regionale abruzzese con la quale era stato prorogato il termine per l'individuazione, da parte della Regione, delle aree non idonee, stabilendosi che, nelle more dell'individuazione di tali aree, fossero comunque sospese le installazioni non ancora autorizzate in aree agricole o di particolare pregio rispetto al contesto paesaggistico, "*al fine di non compromettere o interferire negativamente con la valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali e del paesaggio rurale*"[148].

---

commerciale, compresi i siti di interesse nazionale, nonché le cave e le miniere. Come rilevato da attenta dottrina, PEDUTO S., *La pianificazione delle aree idonee come strumento di risoluzione dei conflitti tra interesse strategico, paesaggistico e ambientale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 3, 2024, 699, la pianificazione attraverso la individuazione di aree idonee consente una accelerazione dei procedimenti autorizzatori, anticipando il conflitto in sede pianificatoria e non nel singolo procedimento. Sul tema si veda anche: DI CAGNO A., *La produzione di energia da fonte rinnovabile: tra interesse energetico, ambientale e paesaggistico,* in *AmbienteDiritto*, 4/2022, 1.

[145] Cfr.: SANSOTTA E. C., *La localizzazione degli impianti FER nel paesaggio. Nota a Corte costituzionale sentenza n. 28 del 2025*, in AIC *Osservatorio costituzionale*, n. 5/2025, 30.

[146] Al riguardo, è stata altresì affermata l'impossibilità per le Regioni di frapporre validamente alla realizzazione di impianti fotovoltaici sul suo territorio ostacoli non previsti dal legislatore statale e di intervenire direttamente in materia, anteriormente alla fissazione, con decreto ministeriale, dei "*principi e criteri omogenei*" per l'individuazione delle superfici e delle aree idonee e non idonee all'installazione degli impianti stessi (cfr.: Cons. Stato, n. 466/2025, reperibile in *giustizia-amministrativa.it*). Con una disposizione di chiusura, il comma 6 dello stesso art. 20 prevedeva, nelle more dell'individuazione delle aree idonee da parte di leggi regionali, il divieto di disporre moratorie, ovvero di sospendere i termini dei procedimenti di autorizzazione; ciò, per assicurare il conseguimento degli obiettivi europei legati alla *transizione-verde* e il rispetto del principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili.

[147] Cfr.: Corte cost. 23 febbraio 2023 n. 27, Reperibile in *cortecostituzionale.it*

[148] *Ibidem*. La moratoria prevista dalla legge regionale impugnata dinanzi alla Consulta, oltre a contrastare con il divieto previsto dal comma 6 di cui si è detto, a giudizio della Corte si poneva altresì in contrasto con il divieto di "*creare preclusioni assolute e aprioristiche che inibiscano ogni accertamento in concreto da effettuare in sede autorizzativa*", con ciò violando il principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili sia pure al dichiarato fine di tutelare e

Il principio di *massima diffusione delle rinnovabili* – come già detto - nasce dagli indirizzi unionali e trova conferma nell'orientamento espresso dalla Corte costituzionale, laddove si è imposta la previsione di procedimenti semplificati e accelerati per l'autorizzazione degli impianti FER, nel contempo vietando alle Regioni l'adozione di normative che pongano divieti inderogabili di realizzazione di quegli impianti; diversamente opinando, sarebbe stato rimesso alle Regioni il potere di individuare, caso per caso, attraverso valutazioni di primo livello, situazioni in cui l'interesse allo sfruttamento della energia da fonte rinnovabile fosse da considerarsi recessivo rispetto ad altri interessi costituzionalmente protetti e prevalenti, in base ai principi riconosciuti e presidiati a livello europeo[149].

La disciplina delle *aree non idonee*, di cui alle Linee-guida del 2010, era, dunque, già superata dal d.lgs. n. 199/2021, emanato in attuazione della Direttiva UE/2018/2001, prima che sopraggiungesse il citato d.lgs. n. 190/2024[150], inteso a semplificare ulteriormente l'installazione di impianti, nonché a promuovere la c.d. *transizione energetica*.

L'art. 11-bis d.lgs. n. 190/2024 è stato introdotto dal D.L. n. 175/2025 (c.d. *Decreto Aree Idonee*), recante *Misure urgenti in materia di Piano Transizione 5.0 e di produzione di energia da fonti rinnovabili*, convertito nella legge n. 15 gennaio 2026 n. 4[151].

A tenore di quella novella, ai fini della realizzazione di interventi FER sono *ex lege* considerati idonei: i siti già occupati da impianti FER, le aree di bonifica di siti contaminati, cave e miniere cessate, discariche di rifiuti, sedimi aeroportuali, beni del demanio militare, altri beni demaniali statali (come individuati dalla norma) e, limitatamente al fotovoltaico, stabilimenti industriali, aree di reti autostradali entro i 300 metri, coperture di parcheggi, invasi idrici in condizioni di degrado, aree agricole entro i 500 metri dalle aree industriali, artigianali e commerciali ed altre aree individuate come idonee con legge regionale (art. 11.bis), nonché aree di gestione dello spazio marittimo (per impianti *off-shore*), porti e piattaforme petrolifere in

salvaguardare un altro interesse pubblico rilevante legato alla protezione dell'ambiente e cioè il consumo del suolo.

[149] Si veda anche Cassazione civile, Sez. Un., 26.01.2023, n. 2404, reperibile in *cortedicassazione.it*. Occorre, in altri termini, assicurare un equilibrio costante tra sviluppo delle fonti rinnovabili, tutela del patrimonio culturale, del paesaggio e dell'ambiente, all'interno di ogni singolo procedimento.

[150] In attuazione dell'art. 26, commi 4 e 5, lettera b) e d), della legge 5 agosto 2022, n. 118.

[151] Nel D.L. n. 175/2025, l'art. 2 detta disposizioni per l'individuazione delle *aree idonee* a ospitare impianti alimentati da fonti rinnovabili (FER) e per il raggiungimento degli obiettivi del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR). In particolare, si riconduce all'interno del d.lgs. n. 190/2024 e se ne aggiornano la definizione e la disciplina: gli impianti agrivoltaici; le aree idonee all'installazione di impianti FER su terraferma (ora disciplinate da un nuovo articolo 11-bis del Testo unico rinnovabili); le aree idonee a mare (ora disciplinate da un nuovo articolo 11-ter del Testo unico rinnovabili); i regimi amministrativi semplificati per gli impianti in aree idonee (ora previsti dal nuovo articolo 11-quater del Testo unico rinnovabili); gli interventi realizzabili all'interno dei siti Unesco (ora previsti da un nuovo art. 11-quinquies del Testo unico rinnovabili); la piattaforma digitale per aree idonee e zone di accelerazione (cfr.: nuovo art. 12-bis del Testo unico rinnovabili); gli obiettivi di potenza aggiuntiva regionale per il raggiungimento dell'obiettivo di potenza complessiva da impianti FER prevista dal Piano nazionale integrato energia e clima (PNIEC, di cui al nuovo allegato C-bis al Testo unico rinnovabili).

ISSN 2036-7821

disuso (art. 11-ter)[152].

L'art. 12 d.lgs. n. 190/2024 prevede poi le c.d. *zone di accelerazione* di FER (*renewables acceleration areas* – RAA), le quali sono aree "*particolarmente adatte alla rapida messa in funzione di impianti, in virtù del fatto che la diffusione del tipo specifico di energia non dovrebbe avere un impatto ambientale significativo in tali zone*".

Il concetto è stato introdotto nella normativa comunitaria dall'art. 15 della RED III, prevedendosi l'adozione di uno o più piani nazionali dedicati. Per ogni area, si devono individuare i tipi di tecnologia da sviluppare, con possibilità di escludere impianti di combustione a biomassa e centrali idroelettriche. I piani, che saranno elaborati da Regioni e Province autonome, dovranno dare la priorità alle superfici artificiali o edificate (come tetti e facciate di edifici, infrastrutture di trasporto e zone immediatamente circostanti, parcheggi, aziende agricole, siti di smaltimento rifiuti, siti industriali, miniere, corpi idrici artificiali, terreni degradati non utilizzabili per attività agricole)[153].

I piani regionali saranno sottoposti a VAS (*valutazione ambientale strategica*), come previsto dal comma 5-bis del citato art. 12. Nel contempo con d.P.C.M. dovrà essere adottato un Piano nazionale di individuazione delle zone di accelerazione (*ex* comma 6 art. 12 del Testo unico rinnovabili).

Le zone di accelerazione, così individuate, includeranno aree "*sufficientemente omogenee in cui la diffusione di uno o più tipi specifici di energia da fonti rinnovabili non comporti impatti ambientali significativi, tenuto conto della specificità della zona e della tipologia di tecnologia di energia rinnovabile*" (comma 7 art. 12)[154].

A tenore del comma 7-bis dell'art. 12, "*sono considerate zone di accelerazione, in relazione alle fattispecie progettuali di cui agli allegati A e B al presente decreto e in coerenza con il*

[152] Tali modifiche hanno funzione di coordinamento e armonizzazione della disciplina sulle aree idonee all'installazione di impianti FER, sicché vengono ricondotti all'interno del d.lgs. n. 190/2024 i rinvii prima contenuti in altre normative.

[153] La mappatura delle zone è affidata al Gestore servizi energetici (GSE) S.p.A. e sulla base di essa ciascuna Regione o Provincia autonoma, previo coinvolgimento egli Enti locali, adotterà un Piano di individuazione delle zone di accelerazione terrestri "*comprensive delle aree individuate ai sensi del comma 7-bis e che costituiscono il contenuto minimo inderogabile del Piano medesimo, per gli impianti a fonti rinnovabili e gli impianti di stoccaggio dell'energia elettrica da fonti rinnovabili co-ubicati, le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli stessi, ai sensi dell'articolo 15-quater della direttiva (UE) 2018/2001. Nella definizione dei Piani di cui al primo periodo, le regioni e le province autonome includono prioritariamente le superfici artificiali ed edificate, le infrastrutture di trasporto e le zone immediatamente circostanti, i parcheggi, le aziende agricole, i siti di smaltimento dei rifiuti, i siti industriali e le aree industriali attrezzate, le miniere, i corpi idrici interni artificiali, i laghi o i bacini artificiali e, se del caso, i siti di trattamento delle acque reflue urbane, ivi inclusi i terreni degradati non utilizzabili per attività agricole. Sono altresì incluse prioritariamente le aree ove sono già presenti impianti a fonti rinnovabili e di stoccaggio dell'energia elettrica. In relazione alle zone di accelerazione individuate ai sensi del comma 7-bis del presente articolo, resta ferma la possibilità per le regioni e le province autonome di indicare, nella definizione dei Piani, ulteriori impianti a fonti rinnovabili nonché gli impianti di stoccaggio e le altre opere previste dal primo periodo del presente comma*" (art. 12, comma 5).

[154] Il citato comma 7 aggiunge che: "*Le zone di accelerazione sono individuate in modo tale da garantire il raggiungimento degli obiettivi del PNIEC. Sono escluse dalle zone di accelerazione le aree a qualsiasi titolo protette per scopi di tutela ambientale, in virtù di leggi nazionali, regionali o in attuazione di atti e convenzioni dell'Unione europea e internazionali, a eccezione delle superfici artificiali ed edificate esistenti situate in tali zone*".

ISSN 2036-7821

potenziale nazionale individuato dal GSE mediante la mappatura dallo stesso effettuata nei termini e secondo le modalità di cui al comma 1, le aree industriali, come definite dagli strumenti urbanistici regionali, sovracomunali o comunali comunque denominati, situate nelle aree individuate dal GSE con la citata mappatura". Ne consegue che, d'ora in poi, tutte le aree industriali, artigianali, ma anche commerciali dovranno aprirsi, senza remore, all'installazione di impianti FER.

7. Il tema dell'agrivoltaico.

La copertura con impianti fotovoltaici di edifici e infrastrutture – che sembrerebbe l'opzione migliore dal punto di vista della compatibilità ambientale e potrebbe soddisfare il fabbisogno energetico – fino alla recente riforma, oggetto della presente disamina, era sottoposta a vincoli di diversa natura (artistici, paesistici, civilistici), che ne ostacolavano la realizzazione. Ora quei vincoli sembrerebbero di molto attenuati, almeno quelli di natura amministrativa, sicché si dovrà semmai porre il problema di come impedire che vengano del tutto meno.

Una soluzione ritenuta alternativa a quella degli edifici è la produzione di energia fotovoltaica su aree agricole incolte o coltivate. Si tratta degli impianti c.d. agrivoltaici, cioè di pannelli montati su lunghe aste, con una disposizione tale da permettere la produzione di energia elettrica e, *au dessous*, le attività di coltura e pastorizia, preservando così la natura agricola dell'area[155].

Una definizione di impianti agrivoltaici è, rinvenibile nel D.L. n. 77 del 2021[156] che, al quinto comma dell'art. 31 li descrive come sistemi che "*adottano soluzioni integrative innovative con monitoraggio dei moduli elevati da terra, anche prevedendo la rotazione dei moduli stessi, comunque in modo da non compromettere la continuità delle attività di coltivazione agricola e pastorale, anche consentendo l'applicazione di strumenti di agricoltura digitale e di precisione*"[157].

Il requisito della "*continuità delle attività di coltivazione agricola e pastorale*", introdotto dal citato D.L. n. 77/2021 è stato un po' ridimensionato dal D.L. 1720 del 2022. In sede di conversione è stato, infatti, prevista una sorta di vincolo *ad aedificandum* sulle aree agricole ove vengono realizzati gli impianti agrivoltaici.

Su questo tema, si registrano numerosi interventi di tipo legislativo e regolamentare, a conferma della grande attenzione che, da qualche tempo, è rivolta a questa

[155] Cfr.: COLANTONI A. - DI STEFANO V., *Produzione di energia rinnovabile e agro-fotovoltaico: considerazioni alla luce del Piano nazionale ripresa e resilienza e del d.l. semplificazioni bis*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 1, 2022, 1.

[156] Il c.d. decreto *semplificazioni-bis*.

[157] Il Ministero dell'ambiente – nelle sue apposite linee-guida – definisce quei sistemi come "*impianti fotovoltaici che consentano di preservare la continuità delle attività di coltivazione agricola e pastorale sul sito di installazione, garantendo, al contempo, una buona produzione energetica da fonti rinnovabili*".

ISSN 2036-7821

interessante tecnologia di produzione di energia da fonti rinnovabili[158].
La giurisprudenza amministrativa, in rare occasioni, ha affermato che un simile tipo di impianti non si debba ritenere, sempre e comunque, consentito in deroga al regime vincolistico, posto a presidio dei valori paesaggistici[159]; ma ha pure affermato che le autorità competenti a esprimere il giudizio di compatibilità devono tenere conto, nel caso concreto, delle peculiarità tecnologiche e impiantistiche finalizzate a evitare, o comunque a ridurre fortemente, il consumo di suolo che limita l'utilizzo per fini agricoli. La questione che si pone, pertanto, per questi impianti FER non è quella consueta della tutela del paesaggio, bensì quella della limitazione del consumo di suolo[160]. Nondimeno, la gran parte delle pronunce del giudice amministrativo ha

[158] Cfr.: D.L. 21 novembre 2025, n. 175 – *Misure urgenti in materia di Piano Transizione 5.0 e di produzione di energia da fonti rinnovabili*; d.lgs. 25 novembre 2024, n. 190 (Testo unico FER); Decreto 19 giugno 2025, n. 149, del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica, recante modifiche al bando agrivoltaico avanzato; ISPRA – *Linee Guida per la redazione degli studi di impatto ambientale relativi ad impianti agrivoltaici e fotovoltaici* – 57/2025; Decreto direttoriale 20 maggio 2025, del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica recante "*Approvazione delle Regole operative del DM 30 dicembre 2024*" c.d. FER X Transitorio, meccanismo transitorio di supporto per impianti a fonti rinnovabili con costi di generazione vicini alla competitività di mercato con validità massima al 31 dicembre 2025; Decreto direttoriale "*Riapertura dei termini per l'accesso agli incentivi previsti dal DM 22 dicembre 2023, n. 436*" pubblicato il 27 marzo 2025; FER-X Transitorio – 1° aprile 2025 – Decreto direttoriale del MASE n. 12 del 1° aprile 2025, recante la progressione temporale del contingente obiettivo e metodologia di calcolo dei contingenti di potenza ai sensi del DM 30 dicembre 2024; Decreto "aree idonee" 21 giugno 2024, del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica; Decreto dipartimentale n. 233 del 16 maggio 2024 – *Regole operative ai sensi dell'articolo 12 del decreto del Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica 22 dicembre 2023, n. 436*; Decreto Ministeriale MASE, che promuove la realizzazione di sistemi agrivoltaici innovativi di natura sperimentale; D.M. Ambiente 22 dicembre 2023, n. 436 *Regime di sostegno per il fotovoltaico in area agricola (cd. agrivoltaico) innovativo* – Attuazione dell'articolo 14, comma 1, Dlgs 199/2021 – Missione 2, Componente 2, Investimento 1.1 del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR); Linee-guida sull'agrivoltaico emanate dal Ministero della transizione ecologica, in data 27 giugno 2022.

[159] Ad esempio, Il Consiglio di Stato, Sez. IV, con sentenza 6 dicembre 2024, n. 9777, ha statuito quanto segue: "*In relazione agli impianti agrivoltaici, il mancato rispetto dei termini perentori previsti dall'art. 25 del Codice dell'ambiente per la conclusione del procedimento di valutazione di impatto ambientale (VIA) costituisce violazione dell'obbligo di provvedere da parte dell'amministrazione. Né il criterio di priorità per impianti di maggiore potenza, di cui all'art. 8 del medesimo codice, né eventuali difficoltà organizzative possono giustificare tale inadempimento. Anche in presenza di un provvedimento espresso sopravvenuto, è ammissibile l'accertamento dell'illegittimità del silenzio amministrativo a fini risarcitori, in conformità al principio di effettività della tutela giurisdizionale*"; anche T.a.r. Puglia Lecce, Sez. III, 19 febbraio 2025, n. 292 (reperibile in *giustizia-amministrativa.it*), dove è stato affermato che "*La realizzazione di impianti agrivoltaici in aree agricole deve rispettare i valori paesaggistici, ambientali e rurali, garantendo la continuità delle attività agricole e la tutela del suolo fertile, senza compromettere la biodiversità, la connettività ecologica e il patrimonio agroalimentare locale. L'agrivoltaico, pur rappresentando una soluzione innovativa per combinare produzione energetica e agricola, non può prescindere da una valutazione concreta degli impatti territoriali e paesaggistici, né può essere considerato automaticamente compatibile con il contesto rurale solo in virtù della sua natura ibrida. La pianificazione e l'autorizzazione di tali impianti devono essere sottoposte a un rigoroso bilanciamento tra interessi energetici, ambientali e agricoli, nel rispetto dei principi di sviluppo sostenibile e precauzione*".

[160] Cfr.: GIARMANÀ E., *L'impatto delle fonti rinnovabili in agricoltura: eco-agro-fotovoltaico e consumo del suolo*, cit., 30; CAPORALE F., *Land grabbing e diritto amministrativo. I diritti umani come rimedio all'accaparramento delle risorse naturali e il loro impatto sulle amministrazioni nazionali*, cit., 864, dove si approfondisce il tema parlando di "*natural resources grabbing*" rispetto alle crisi energetica e climatica, che hanno determinato un incremento della domanda di energia rinnovabile, in particolare l'A. sottolinea come il sistema dei diritti umani può essere un rimedio, elaborando nuovi strumenti di controllo e sanzione. Sul tema si consultino anche: PAGLIARI G., *Premessa "Governo del territorio*

mostrato finora netto favore verso questo genere di insediamenti di FER.

Ad esempio, il Consiglio di Stato, Sez. IV, con la sentenza 20 gennaio 2025, n. 392, ha ritenuto che: "*La realizzazione di un impianto agrivoltaico in un'area idonea ai sensi dell'art. 20, comma 8, del D.Lgs. 199/2021, è legittima anche in presenza di pareri negativi della Soprintendenza, purché l'area sia effettivamente idonea secondo la normativa vigente al momento della decisione. I successivi provvedimenti di vincolo paesaggistico o culturale non hanno effetto retroattivo e non possono invalidare il provvedimento di valutazione di impatto ambientale (VIA) già rilasciato, a meno che non si tratti di un'area già sottoposta a vincoli al momento della decisione*".

Sempre il Consiglio di Stato, Sez. IV, con sentenza 30 agosto 2023 n. 8029, con riferimento alla previgente normativa, aveva statuito quanto segue: «*L'agrivoltaico è un settore di recente introduzione e in forte espansione, caratterizzato da un utilizzo "ibrido" di terreni agricoli, a metà tra produzioni agricole e produzione di energia elettrica, che si sviluppa con l'installazione, sugli stessi terreni, di impianti fotovoltaici, che non impediscono tuttavia la produzione agricola classica. In particolare, mentre nel caso di impianti fotovoltaici il suolo viene reso impermeabile e viene impedita la crescita della vegetazione, (ragioni per le quali il terreno agricolo perde tutta la sua potenzialità produttiva) nell'agrivoltaico l'impianto è invece posizionato direttamente su pali più alti, e ben distanziati tra loro, in modo da consentire alle macchine da lavoro la coltivazione agricola. Per effetto di tale tecnica, la superficie del terreno resta, infatti, permeabile e quindi raggiungibile dal sole e dalla pioggia, dunque pienamente utilizzabile per le normali esigenze della coltivazione agricola. Alla luce di quanto osservato, non si comprende, pertanto, come un impianto che combina produzione di energia elettrica e coltivazione agricola (l'agrivolotaico) possa essere assimilato ad un impianto che produce unicamente energia elettrica (il fotovoltaico), ma che non contribuisce, tuttavia, neppure in minima parte, alle ordinarie esigenze dell'agricoltura. Contrariamente a quanto accade nei progetti che utilizzano la metodica fotovoltaica, infatti, nell'agrivoltaico le esigenze della produzione agricola vengono soddisfatte grazie al recupero, da un punto di vista agronomico, di fondi che versano in stato di abbandono*»[161].

A tenore di altra importante pronuncia (Cons. Stato, Sez. IV, con sentenza 11 settembre 2023, n. 8260), "*Deve ritenersi impropria la valutazione di un progetto agrivoltaico alla stregua dei criteri previsti per gli impianti fotovoltaici, che mal si conciliano*

---

e consumo di suolo zero", in ID., *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2019, 18; BOSCOLO E., *Beni comuni e consumo di suolo. Alla ricerca di una disciplina legislativa*, in P. URBANI, *Politiche urbanistiche e gestione del territorio. Tra esigenza del mercato e coesione sociale*, Torino, 2015; CHIRULLI P., *La pianificazione urbanistica tra esigenze di sviluppo e riduzione del consumo di suolo: la riqualificazione dell'esistente*, in *Riv. giur. urb.*, 2015, 592; GASPARRI W., *Suolo, bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 6; MINGANTI L., *Il contenimento del consumo di suolo. Un confronto fra le risposte del legislatore nazionale e di quelli regionali di Veneto ed Emilia-Romagna*, in *Istituzioni del federalismo*, 1, 2020; BAREL B., *Contenimento del consumo di suolo tra diritto europeo e diritto regionale*, in AA.VV., *La professione del giurista-Scritti in onore di Luigi Manzi*, Napoli, 2018; CARPENTIERI P., *Il "consumo" del territorio e le sue limitazioni. La "rigenerazione urbana"*, in *Federalismi.it*, 2020; URBANI P., *A proposito della riduzione del consumo di suolo*, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, 227.

[161] Reperibile in *giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

con le caratteristiche proprie degli impianti agrivoltaici. Il che non vuol dire che una simile tipologia di impianti debba ritenersi sempre e comunque consentita in deroga al regime vincolistico posto a presidio dei valori paesaggistici ed ambientali ma che le autorità competenti ad esprimere il giudizio di compatibilità debbano necessariamente tenere conto delle peculiarità tecnologiche ed impiantistiche finalizzate ad evitare – o comunque a ridurre fortemente – il consumo di suolo che limita l'utilizzo per fini agricoli e che rappresenta una delle principali finalità di tutela sottese alle prescrizioni limitative di tutela ambientale e paesaggistica. Non rileva dunque la questione meramente nominalistica se l'agrivoltaico rappresenti o meno una species del più ampio genus fotovoltaico, quanto la questione di ordine sostanziale circa la necessità di esprimere il giudizio di compatibilità ambientale e paesaggistica tenendo conto delle concrete ed effettive caratteristiche di tali impianti di ultima generazione nel quadro di una disciplina univocamente orientata nel senso della ricerca di scelte amministrative capaci rendere compatibili interessi pubblici comprimari"[162].

Il T.a.r. Calabria – Catanzaro, Sez. I, con sentenza 30 settembre 2025, n. 1537, ha persino riconosciuto che: "*Gli impianti agrivoltaici sono ex lege astrattamente compatibili con la destinazione agricola dei terreni (art. 12, comma 7, d.lgs. n. 387/2003). Tale compatibilità implica che la loro localizzazione possa avvenire anche su aree classificate come agricole senza necessità di specifica previsione urbanistica, ferma restando la verifica puntuale*

[162] Pure reperibile in *giustizia-amministrativa.it*. Altre importanti pronunce, reperibili in *giustizia-amministrativa.it*, hanno confermato il netto favore del giudice amministrativo verso gli impianti agrivoltaici: Cons. Stato Sez. IV, 11 settembre 2023, n. 8258: "*Le valutazioni demandate all'amministrazione nell'istruttoria preordinata alla localizzazione di un impianto agrivoltaico differiscono da quelle relative ad un impianto fotovoltaico. L'agrivoltaico si connota per non determinare consumo di suolo e per la compatibilità con la prosecuzione delle attività agricole. L'insediamento di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili è favorito da norme orientate alla ricerca di un ragionevole bilanciamento tra valori costituzionali in potenziale conflitto quali il paesaggio e l'ambiente, secondo uno schema comunque retto dal principio della massima diffusione degli impianti per garantire il rispetto dei vincoli sovranazionali*"; Cons. Stato Sez. IV, 08 settembre 2023, n. 8235: "*è illegittimo il diniego di rilascio del PAUR per la realizzazione di un impianto agrivoltaico, basato sulla valutazione delle competenti amministrazioni che hanno ritenuto preclusa la possibilità di rilasciare una positiva valutazione ambientale per effetto dell'assimilazione degli impianti agrivoltaici a quelli fotovoltaici. Non si comprende, infatti, come un impianto che combina produzione di energia elettrica e coltivazione agricola (l'agrivolotaico) possa essere assimilato ad un impianto che produce unicamente energia elettrica (il fotovoltaico), ma che non contribuisce, tuttavia, neppure in minima parte, alle ordinarie esigenze dell'agricoltura*"; Cons. Stato, sez. IV, 11 settembre 2023, n. 8258: "*Le innovative caratteristiche tecnologiche degli impianti agrivoltaici (o agrifotovoltaici) impongono agli organi competenti di operare una attenta verifica circa la compatibilità di tali impianti con le previsioni del PPTR, attraverso un'interpretazione evolutiva e finalistica idonea a verificare se le nuove tecnologie possano ritenersi idonee a tutelare le finalità di salvaguardia insite nelle previsioni del piano stesso. Più nello specifico, l'Amministrazione competente deve dare conto dei caratteri innovativi e distintivi dell'impianto agrivoltaico progettato, volto a preservare con moduli elevati da terra, appositamente distanziati ed opportunamente posizionati, la continuità dell'attività di coltivazione agricola e gli elementi di "naturalità" del sito di installazione (come la permeabilità del suolo e la sua irradiazione da parte della luce solare) garantendo, al contempo, la produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile e, dunque, assicurando, attraverso l'integrazione tra attività agricola e produzione elettrica, la valorizzazione di entrambi i sottosistemi*"; Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2024, n. 2645: "*Tanto l'art. 12, comma 10, del d.lgs. n. 387 del 2003 (secondo cui in «attuazione delle linee guida, le Regioni possono procedere alla indicazione di aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti»), quanto il punto 17.1 delle linee guida assegnano alle Regioni (e alle Province autonome) – e non ai Comuni – il compito di individuare le aree non idonee all'installazione di impianti di energia da fonti rinnovabili. Gli eventuali atti di pianificazione comunale operano una valutazione di primo livello, ma non possono creare preclusioni assolute e aprioristiche*".

dei profili ambientali e paesaggistici nel procedimento autorizzatorio. Ne consegue che vincoli di carattere solo programmatico (come proposte di legge regionali non approvate o mere previsioni di piani comunali di protezione civile) non sono idonei a escludere la realizzabilità dell'impianto; parimenti, la destinazione dei fondi gravati da usi civici non comporta un'assoluta inidoneità, potendo operare la disciplina autorizzatoria ordinaria e gli strumenti di mutamento di destinazione previsti dalla normativa vigente"[163].

Le citate pronunce del giudice amministrativo rivestono notevole rilevanza per il settore, poiché cristallizzano le differenze, dal punto di vista giuridico, tra impianti fotovoltaici e agrivoltaici.

È sempre più netta la preferenza per questa soluzione che consente di produrre energia, garantendo l'utilizzabilità agricola del territorio su cui insiste.

Anche i più recenti interventi normativi e regolamentari sembrano andare verso una direzione che individua lo sfruttamento agricolo del suolo, quale pilastro su cui fondare il *discrimen* tra fotovoltaico e agrivoltaico.

Fondamentale, all'uopo, sarà il ruolo delle Amministrazioni regionali e locali che dovranno valorizzare i caratteri innovativi e distintivi degli impianti agrivoltaici, poiché questi da una parte preservano la continuità dell'attività di coltivazione agricola e gli elementi di naturalità del sito di installazione, dall'altra, garantiscono produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile.

8. Conclusioni: le permanenti questioni esegetiche e di legittimità costituzionale.

Si può discutere se la mera qualificazione dell'area come *idonea*, a tenore del d.lgs. n. 190/2024, determini *ex se* una compatibilità urbanistica automatica degli impianti FER. Il legislatore ha rafforzato il principio di massima diffusione delle rinnovabili, razionalizzando i regimi amministrativi e consolidando le aree idonee, ma non ha introdotto una presunzione di conformità urbanistica *ex lege*, non ha operato (né poteva farlo) varianti automatiche agli strumenti vigenti.

La nuova normativa, qui in commento, opera sul piano energetico-strategico e procedimentale (accelerando le PAS, limitando la discrezionalità ostativa formale), ma senza incidere – almeno stando a una lettura costituzionalmente orientata - sulla disciplina urbanistica sostanziale, che resta regolata dal T.U. Edilizia (D.P.R. n. 380/2001) e dalle pianificazioni speciali.

Se è vero che leggi regionali e strumenti urbanistici non possono escludere in modo aprioristico la realizzazione di impianti FER, in relazione a determinate aree, l'individuazione legislativa delle aree idonee non può generalmente intendersi come deroga o variante implicita alle previsioni degli strumenti stessi.

Invero, la possibilità di variante allo strumento urbanistico è espressamente prevista nel procedimento di autorizzazione unica, all'art. 9, comma 10, lett. c), d.lgs. n.

[163] Reperibile in *giustizia-amministrativa.it*.

190/2024: "*10. La determinazione motivata favorevole di conclusione della conferenza di servizi costituisce il provvedimento autorizzatorio unico e, recandone indicazione esplicita… c) costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico*". Ma questo significa che, all'atto della determinazione conclusiva, vi è già stata una valutazione complessiva che ha coinvolto, in conferenza, tutti i livelli istituzionali, tutte le Autorità competenti alla pianificazione territoriale e alla tutela dei vincoli. Pertanto, negli interventi soggetti ad autorizzazione unica (di cui all'allegato C), le valutazioni ambientali, paesistiche, di conformità urbanistica sono espressamente contemplate e si svolgono in sede di conferenza di servizi (*ex* art. 9, comma 3, d.lgs. n. 190/2024)[164].

Viceversa, per la PAS, la "*contrarietà agli strumenti urbanistici*" è un espresso motivo di diniego dell'assenso (come previsto dall'art. 8 comma 2 d.lgs. n. 190/2024); la condizione di ammissibilità della PAS è la compatibilità del progetto con gli strumenti urbanistici approvati e adottati[165].

A tenore dell'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 190/2024, i progetti relativi agli interventi di cui agli allegati A e B (attività libera e PAS), non sono sottoposti alle valutazioni ambientali previste dal T.u.a., con ciò lasciandosi intendere, implicitamente, che le valutazioni di altro tipo (come la conformità urbanistica e quella paesaggistica) non siano affatto precluse. Tuttavia, l'art. 11-quater, comma 1, d.lgs. n. 190/2024 prevede che: "*1. La realizzazione degli interventi di cui agli allegati A e B che insistano in aree idonee non è subordinata all'acquisizione dell'autorizzazione dell'autorità competente in materia paesaggistica, che si esprime con parere obbligatorio e non vincolante entro i medesimi termini previsti per il rilascio dei relativi atti di assenso ai sensi degli articoli 7 e 8*".

La locuzione "*non è subordinata*" sembra voler dire che l'autorizzazione paesaggistica è ammissibile ma non necessaria e, comunque, ancorché acquisita, non sarebbe vincolante. La norma, inopinatamente, lascia al buon senso delle Amministrazioni comunali di decidere se chiedere o meno l'assenso paesistico per gli interventi di cui agli allegati A e B. C'è solo da sperare che a nessuno venga in mente di far installare pannelli solari su palazzi rinascimentali o chiese medievali o… sul Colosseo di Roma.

Un diverso problema interpretativo si pone poi per gli immobili demaniali e per le aree pubbliche, soggette a pianificazione di settore dello sviluppo industriale, allorché un privato intenda acquisire la disponibilità di suoli o altri immobili di proprietà pubblica.

A tenore dell'art. 10, comma 1, d.lgs. 190/2024, come modificato dal d.lgs. n. 178/2025 e dal D.L. n. 21/2026, "*Qualora, ai fini della realizzazione degli interventi, sia necessaria la*

[164] Anche l'art. 11-quater, comma 1 secondo periodo, d.lgs. n. 190/2024 prevede che: *Nell'ambito dei procedimenti di autorizzazione unica relativi agli interventi di cui all'allegato C che insistano in aree idonee, l'autorità competente in materia paesaggistica si esprime, anche ai fini delle valutazioni dell'impatto ambientale, con parere obbligatorio e non vincolante. Decorso inutilmente il termine per l'espressione del parere non vincolante, l'autorità procedente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione. Nei casi di cui al secondo periodo, i termini del procedimento di autorizzazione unica sono ridotti di un terzo, con arrotondamento per difetto al numero intero ove necessario*".

[165] Cfr.: T.a.r. Sicilia Palermo V, 25 febbraio 2026 n. 526, reperibile in *giustizia-amministrativa.it*.

concessione di superfici pubbliche… Il soggetto proponente presenta istanza di concessione della superficie, unitamente alla copia della richiesta di connessione alla rete elettrica, all'ente concedente che… rilascia la concessione, entro i successivi sessanta giorni, previa valutazione della sostenibilità economico finanziaria del progetto".

Si tratta di una speciale procedura, configurata dallo stesso art. 10 che, tuttavia, non si applica "*nel caso di servitù relative ad attraversamenti, interferenze con opere e infrastrutture esistenti, sottoservizi od opere puntuali per la rete aerea*". In altri termini, le opere di connessione degli impianti FER possono attraversare liberamente le proprietà pubbliche.

È verosimile ma non del tutto chiaro che il procedimento concessorio, di cui all'art. 10 citato, si riferisca alle aree non espropriabili, quali individuate dall'art. 4 D.P.R. n. 327/2001[166].

In astratto, i beni pubblici demaniali sono ritenuti inalienabili, non assoggettabili a vincoli a favore di terzi (se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi), inespropriabili e insuscettibili di occupazione d'urgenza, fino ad avvenuta sdemanializzazione a iniziativa del soggetto titolare della proprietà pubblica[167]. In concreto, già prima del Testo unico delle rinnovabili, la potestà espropriativa non ha sempre incontrato un limite assoluto nella circostanza che i beni da espropriare soddisfacessero interessi pubblici diversi, poiché nulla esclude che un interesse pubblico, ritenuto di maggiore importanza, possa prevalere su un altro, meno rilevante[168].

La disciplina in materia di PAS (art. 8, comma 2, d.lgs. n. 190/2024) prevede, quale condizione ineludibile, che il soggetto proponente abbia la *disponibilità*, già prima dell'avvio del procedimento, delle aree su cui insisterà l'installazione[169]. Non è

---

[166] L'art. 4 D.P.R. n. 327/2001, recante *Beni non espropriabili o espropriabili in casi particolari*, così statuisce: "*1. I beni appartenenti al demanio pubblico non possono essere espropriati fino a quando non ne viene pronunciata la sdemanializzazione. 2, I beni appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato e degli altri enti pubblici possono essere espropriati per perseguire un interesse pubblico di rilievo superiore a quello soddisfatto con la precedente destinazione. 3. I beni descritti dagli articoli 13, 14, 15 e 16 della legge 27 maggio 1929, n. 810, possono essere espropriati se non vi è il previo accordo con la Santa Sede. 4. Gli edifici aperti al culto possono essere espropriati se non per gravi ragioni previo accordo: a) con la competente autorità ecclesiastica, se aperti al culto cattolico; b) con l'Unione delle Chiese cristiane, se aperti al culto pubblico avventista; c) con il presidente delle Assemblee di Dio in Italia, se aperti al culto pubblico delle chiese ad esse associate; d) con l'Unione delle Comunità ebraiche italiane, se destinati all'esercizio pubblico del culto ebraico; e) con l'Unione cristiana evangelica battista d'Italia, se aperti al culto pubblico delle chiese che ne facciano parte; f) con il Decano della Chiesa evangelica luterana in Italia con l'organo responsabile della comunità interessata, se aperti al culto della medesima Chiesa; g) col rappresentante di ogni altra confessione religiosa, nei casi previsti dalla legge. 6. Si applicano le regole sull'espropriazione dettate dal diritto internazionale generalmente riconosciuto e da trattati internazionali cui l'Italia aderisce*".

[167] Tale principio è rimasto saldo sin dalla più datata giurisprudenza. Cfr.: Cons. Stato, sez. IV, 18 settembre 1991, n. 721; id. 15 dicembre 1978, n. 1224; T.a.r. Basilicata 20 marzo 2000, n. 143; T.a.r. Napoli, sez. IV, 16 febbraio 1990, n. 56; tutte reperibili in *giustizia-amministrativa.it*.

[168] Cfr.: T.a.r. Lazio Roma, sez. I, 13 febbraio 1980, n. 193, reperibile in *giustizia-amministrativa.it*.

[169] Intendendo per disponibilità l'esistenza di un diritto di proprietà ovvero diritto di superficie, usufrutto, enfiteusi, subenfiteusi risultante da titolo certo e definitivo anteriore alla data di avvio del relativo procedimento

ISSN 2036-7821

sufficiente per il soggetto proponente allegare planimetrie e visure catastali, essendo necessario mostrare l'atto mediante il quale lo stesso proponente assicura, in modo vincolante, di acquisire le aree sulle quali insisterà l'impianto[170].

Nondimeno, il comma 3 dell'art. 10 citato, per l'ipotesi di una PAS su area pubblica, configura la possibilità che il procedimento di concessione del suolo sia sottoposto alla condizione sospensiva dell'abilitazione, cioè del conseguimento della PAS, lasciando intendere che tale autorizzazione semplificata possa cadere anche su aree pubbliche non disponibili.

In materia di autorizzazione unica, la nuova disciplina (art. 9, comma 3 d.lgs. n. 190/2024) contempla espressamente che: "*3. Il proponente allega all'istanza di cui al comma 2 la documentazione e gli elaborati progettuali previsti dalle normative di settore per il rilascio delle autorizzazioni, intese, licenze, pareri, concerti, nulla osta e assensi, comunque denominati, inclusi quelli per la valutazione di impatto ambientale e la valutazione di incidenza ambientale, l'autorizzazione paesaggistica e culturale, il rilascio di eventuali titoli edilizi e per gli eventuali espropri, ove necessari ai fini della realizzazione degli interventi*".

Ne consegue che anche l'impianto soggetto ad AU può cadere su aree espropriabili ma non ancora espropriate. Per comprendere in che modo ciò possa avvenire, la norma andrebbe letta in combinato disposto con il comma 3 dell'art. 10 citato il quale, per l'ipotesi di una AU proposta su area pubblica, configura la possibilità che il procedimento di concessione di essa sia sottoposto alla condizione sospensiva dell'autorizzazione da conseguire.

Si è detto che, a tenore del comma 7-bis dell'art. 12, "*sono considerate zone di accelerazione… le aree industriali, come definite dagli strumenti urbanistici regionali, sovracomunali o comunali comunque denominati, situate nelle aree individuate dal GSE con la citata mappatura*". Ne consegue che le aree industriali (anche pubbliche) sono riconosciute come vocate a ospitare impianti FER.

Va detto tuttavia che, per quel che concerne le aree industriali e artigianali pubbliche, vigono ancora e non sono disapplicabili i Piani regolatori territoriali (PRT), strumenti urbanistici sovracomunali, adottati dai Consorzi industriali o da Enti omologhi, con i quali si definiscono le destinazioni d'uso (industriali, infrastrutturali, servizi) all'interno degli agglomerati industriali. Essi coordinano lo sviluppo delle attività produttive, allineandosi a direttive regionali. I piani regolatori per le aree di sviluppo industriale hanno, in virtù di normative regionali, l'efficacia propria dei piani

amministrativo. La disponibilità ottenuta mediante locazione o comodato dovrà essere dimostrata alle medesime condizioni.

[170] Sul punto, si ritiene che l'eventuale presentazione di un'istanza, ai sensi dell'art. 16, comma 1, D.P.R. n. 327/2001 per la dichiarazione di pubblica utilità e avvio del procedimento di asservimento coattivo, con contestuale impegno alla sottoscrizione di disciplinare di concessione demaniale, non integra il requisito della disponibilità dell'area su cui installare un impianto fotovoltaico. Occorre infatti distinguere due profili: il primo che afferisce al momento in cui dimostrare la disponibilità dell'area; il secondo relativo invece la tipo di impianto FER proposto con l'istanza poiché, sotto tale aspetto, la tipologia di intervento rileva ai fini della dimostrabilità del requisito prescritto.

ISSN 2036-7821

territoriali di coordinamento, ossia di piani sovracomunali che non disciplinano direttamente l'uso del territorio, ma impongono prescrizioni a cui i Comuni dovrebbero uniformarsi, in sede di redazione dei rispettivi piani regolatori ma anche all'atto di rilascio degli assensi[171].

La possibilità, in sede di procedimento FER, di effettuare una variante a uno strumento urbanistico è espressamente prevista, ma soltanto nel caso dell'autorizzazione unica (di cui all'allegato C), all'art. 9, comma 10, lett. c), d.lgs. n. 190/2024[172].

Quanto agli interventi soggetti a PAS (allegato B), l'art. 11-quater, comma 1, d.lgs. n. 190/2024 prevede la facoltatività del parere paesaggistico, ma che la PAS possa derogare alla pianificazione urbanistica o settoriale, anzi prevede l'esatto contrario, poiché esige la "*compatibilità degli interventi con gli strumenti urbanistici approvati e i regolamenti edilizi vigenti*" (art. 8, comma 2, d.lgs. n. 190/2024).

In conclusione, si tratta di non confondere tra loro "*idoneità energetica*" (o preferenzialità strategica) e "*conformità urbanistica*" (coerenza funzionale e programmatoria). Sarebbe un errore concettuale: l'una non implica l'altra, pena lo svuotamento dei titoli competenziali, di cui all'art. 117 Cost.[173]. In base al riparto costituzionale e al principio della leale collaborazione, non può darsi abrogazione implicita delle normative regionali né delle discipline settoriali locali.

Le materie di potestà legislativa concorrente come "*energia*" e "*governo del territorio*" (*ex* art. 117 Cost.), non consentono che la promozione di FER azzeri le pianificazioni regionali e locali, imponendo nel bilanciamento un'assoluta prevalenza statale[174]; questo sarebbe – come si è già osservato - un percorso all'indietro, dalla *gerarchia dei piani* alla *gerarchia degli interessi*, cioè un ritorno a un'impostazione di dubbia costituzionalità[175].

Energia e governo del territorio sono competenze concorrenti (*ex* art. 117 Cost.), e la

---

[171] Cfr.: T.a.r. Sicilia Catania II, 02.09.2009 n. 1211, reperibile in *giustizia-amministrativa.it*.

[172] L'art. 9, comma 10, lett. c), d.lgs. n. 190/2024 così detta: "*10. La determinazione motivata favorevole di conclusione della conferenza di servizi costituisce il provvedimento autorizzatorio unico e, recandone indicazione esplicita… c) costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico*".

[173] L'art. 8, comma 2, d.lgs. 190/2024 elimina i contrasti formali con gli strumenti pianificatori locali, ma preserva le pianificazioni speciali e settoriali, che mantengono efficacia vincolante, *ex* art. 3 D.P.R. n. 380/2001. Non può esservi in ciò alcuna deroga esplicita né abrogazione implicita; il legislatore statale non ha inciso (né poteva, per i limiti di riparto dell'art. 117 Cost.) sulle legislazioni regionali, evitando effetti espulsivi di competenze concorrenti.

[174] Accedere alla tesi di un rilascio di autorizzazioni che ignori pareri e istanze degli Enti territoriali: a) svuoterebbe di potestà la pianificazione regionale e locale, neutralizzandone la missione pubblicistica; b) comprimerebbe la programmazione economica territoriale; c) violerebbe il principio di legalità (art. 23 Cost.) e quello di leale collaborazione inter-istituzionale (art. 118 Cost.). Un tale effetto richiederebbe una scelta legislativa inequivoca, assente nel d.lgs. n. 190/2024 e nei successivi, correttivi che sono normative semplificatorie, non derogatorie. La pretesa prevalenza della normativa energetica statale sulla pianificazione locale e regionale sarebbe costituzionalmente non conforme.

[175] Cfr.: MATTEUCCI S., *Urbanistica e ambiente*, cit. *passim*; PORTALURI P. L., *L'ambiente e i piani urbanistici*, cit., *passim*.

ISSN 2036-7821

Corte costituzionale (con sentenze come la n. 31/2015 e la n. 239/2017[176]) ha escluso che la promozione di FER possa azzerare le pianificazioni territoriali e speciali.
La giurisprudenza, nell'interpretare la normativa di favore delle rinnovabili, delegittima i divieti aprioristici per aree generiche in sé idonee, ma non investe fino a obliterarle le pianificazioni generali o specializzate, confermando la necessità di una verifica caso-specifica funzionale[177].
La dimensione paesistica era e resta uno dei maggiori ostacoli alla localizzazione degli impianti da fonti di energia rinnovabili, cioè della c.d. *energia pulita*[178]. È tuttavia osservabile, nella descritta evoluzione, un progressivo indebolimento del ruolo dei Comuni e delle Regioni nella gestione del territorio, a favore di un maggior coinvolgimento del livello legislativo nazionale nella tutela dell'ambiente[179]. Tale dinamica è, senz'altro, riconducibile all'acquisita consapevolezza, all'interno delle istituzioni, del cambiamento climatico. Si realizza, cioè, un fenomeno per il quale, data la complessità della sfida ambientale, si tende a privilegiare azioni su larga scala rispetto a quelle locali[180]. In risposta a tali tendenze, le Amministrazioni territoriali e

[176] Reperibili in *cortecostituzionale.it*.

[177] La sentenza T.a.r. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 17 marzo 2026, n. 133 (reperibile in *giustizia-amministrativa.it*), in un caso relativo a PAS per impianto fotovoltaico con opere di connessione su corsi d'acqua pubblici e su un mappale comunale, ha affermato che: a) i corsi d'acqua e il mappale comunale interessati da viabilità interna, cavidotti e scarichi di meteoriche sono beni demaniali o comunque beni pubblici destinati a uso pubblico, la cui utilizzazione (anche mediante attraversamento con viabilità e cavidotti) costituisce utilizzazione costante del bene pubblico; b) l'istanza di concessione su tali beni deve precedere l'istanza di PAS, costituendone un presupposto, ai sensi dell'art. 10 d.lgs. 190/2024; c) l'art. 8, comma 4, va letto nel senso che la nozione di "impianto" comprende anche le opere connesse tecnicamente e strutturalmente necessarie all'efficienza complessiva, sicché la 'legittima disponibilità' richiesta deve riguardare anche le superfici e le risorse interessate da tali opere quando insistono su beni demaniali/pubblici; d) è legittima la dichiarazione di improcedibilità della PAS in assenza della concessione ex art. 10, non potendo la concessione essere rinviata a un momento successivo. Tali opere costituiscono, secondo la logica accolta dal T.a.r. Parma, "*opere connesse tecnicamente e strutturalmente necessarie all'efficienza complessiva dell'impianto*" e rientrano quindi nella nozione di "*impianto*", ai fini dell'art. 8 d.lgs. 190/2024. Come chiarito dal T.a.r. Parma, la procedura abilitativa deve considerare l'intervento nella sua unitarietà funzionale, comprensiva delle opere connesse indispensabili e delle infrastrutture che ne consentono l'effettivo esercizio. La sentenza del T.a.r. Parma ha ritenuto che l'attraversamento di corsi d'acqua e mappali comunali, mediante viabilità interna e cavidotti, costituisca utilizzazione costante di beni pubblici, per la quale è necessaria una concessione *ex* art. 10 d.lgs. 190/2024, non surrogabile né rinviabile rispetto alla PAS.

[178] Gli esiti di queste difficoltà si riscontrano nell'attuazione della transizione energetica ed ecologica in Italia: il 41% delle istanze relative agli impianti fotovoltaici sono state accolte nel 2019; il 19% nel 2020, il 9% nel 2021 e l'1% nel 2022; nel 2019, sono state accolte il 6% delle istanze relative agli impianti eolici, mentre negli anni successivi la percentuale è calata in continuazione (le istanze accolte sono state il 4% nel 2020, l'1% nel 2021 e lo 0% nel 2022). I dati sono tratti dal *report* di Legambiente, *Scacco matto alle rinnovabili. Gli ostacoli normativi, burocratici e culturali che frenano la transizione energetica in Italia*, 2023, consultabile su *legambiente.it*.

[179] La tesi è di AMOROSINO S., *La "compressione" del governo del territorio tra infrastrutture strategiche, energie rinnovabili e tutela del paesaggio*, in *Urb. e app.*, 4, 2023, 430.

[180] Di conseguenza, le misure adottate dallo Stato a livello territoriale spesso non vengono percepite come efficaci, ma piuttosto come imposizioni derivanti da un livello decisionale superiore. Questa percezione è particolarmente evidente nel contesto della realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, che, sebbene rappresentino un passo avanti nella transizione energetica, sono considerati insufficienti per affrontare in modo significativo il problema del cambiamento climatico a livello locale.

ISSN 2036-7821

locali, finora e non di rado, hanno manifestato diffidenze, ritrosie e ostilità[181]. A tali ritrosie ha dato risposta il nuovo Testo unico delle rinnovabili, ma è una risposta che dovrà confrontarsi con il vaglio di costituzionalità, poiché il riparto di potestà legislative tra Stato e Regioni non può essere derogato.

Rispetto alle problematiche relative all'incremento delle fonti di energia rinnovabile, il nodo resta la frammentazione della disciplina costituzionale in tema di potestà legislative concorrenti tra Stato e Regioni.

L'art. 117, comma 3, Cost., dopo la riforma del Titolo V, include "*l'attività di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*" tra le materie di legislazione concorrente, lasciando alle Regioni il ruolo di attuazione, a seguito dell'individuazione dei principi generali in capo allo Stato[182]. Sul tema, si segnalano i molteplici pronunciamenti della Corte costituzionale, con i quali diverse previsioni regionali sono state dichiarate in contrasto con i principi fondamentali che definiscono il riparto di competenze tra Stato e Regioni[183]. Per contro, finora, la Consulta è stata piuttosto timida nell'affermare il principio che la legislazione statale, in sede concorrente, non possa esautorare del tutto né svuotare di contenuto le competenze regionali[184].

Dall'analisi giurisprudenziale (costituzionale e amministrativa) emerge che la maggior difficoltà nei processi autorizzatori di impianti di fonti rinnovabili risieda

---

[181] Tali opposte tendenze sono esemplificate nelle c.d. sindromi NIMBY (*Not in My Back Yard*) e NIMTO (*Not in My Term of Office*). Gli acronimi indicano il fenomeno per il quale le proteste avverso gli insediamenti di nuove opere vengono sostenute e, spesso, guidate dagli amministratori locali, per non perdere consenso sociale. Per approfondire si vedano: AVERARDI A., *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 4, 2015; VIVANI C., *Ambiente, clima e patrimonio culturale:un approccio giurisprudenziale innovativo*, in *Urb.e app.*, 3, 2023; DEVINE-WRIGHT P., *Explaining "NIMBY" objections to a power line: the role of personal, place attachment and project-related factors, inEnvironment and Behavior*, 45, 2012; TORCHIA L., *La sindrome Nimby: alcuni criteri per l'identificazione di possibili rimedi*, in F. BALDASSONE - P. CASADIO (a cura di), *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, Roma, 2011.

[182] Cfr.: CASSESE S., *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, in *Federalismi.it*, 2002, 498.

[183] Cfr.: sentenza Corte cost. 16 aprile 2012, n. 99, dove si afferma che: "*il legislatore statale... attraverso la disciplina delle procedure per l'autorizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, ha introdotto princìpi che... non tollerano eccezioni sull'intero territorio nazionale, in quanto espressione della competenza legislativa concorrente in materia di energia, di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione*". A seguire, la sentenza n. 86 del 2019, dove si afferma che il tema "*si pone al crocevia fra la materia della 'tutela dell'ambiente' e quella della 'produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia', legittimando la 'chiamata in sussidiarietà' delle funzioni legislative e amministrative, attratte alla cognizione esclusiva dello Stato per via dell'interesse nazionale allo sviluppo dell'energia rinnovabile*". Per un commento, si veda: VOLONTÈ E. M., *Il recepimento dei principi sulle rinnovabili nella legislazione regionale*, in *Riv. giur. amb.*, 3-4, 2019.

[184] Cfr.: Corte cost. n. 184 dell'08.10.2025, in *cortecostituzionale.it*. Eppure, non mancano le pronunce nelle quali la Consulta, in passato, aveva affermato il principio della conservazione dei titoli competenziali legislativi regionali. Ad esempio, Corte cost., n. 83 del 1982 (in *cortecostituzionale.it*), in tema di misure di salvaguardia previste da legge regionale del Lazio, impugnata in via principale per asserito contrasto con principi fondamentali della materia urbanistica. La pronuncia richiamava la precedente giurisprudenza costituzionale nella quale si affermò che i principi "*ovviamente non sono tutte le regole della legge statale, perché altrimenti il potere normativo regionale si ridurrebbe ad un semplice potere regolamentare*", consistendo invece "*nei criteri generali ai quali s'informa una determinata disciplina legislativa statale e che di questa e dei relativi istituti sono caratteristici*".

ISSN 2036-7821

non già negli ostacoli dati delle tempistiche burocratiche[185], ma nella difficoltà di contemperare interessi diversi e individuare i giusti criteri decisionali[186].

Benché gli impianti di produzione di energia elettrica siano tali da incidere sulla pianificazione urbanistica, sul consumo di suolo e sul paesaggio, la produzione di energia da fonti rinnovabili si confronta con quei diversi valori in modo particolare, essendo necessaria, in termini di *Green Deal*, la realizzazione di impianti di notevoli dimensioni e di rilevante impatto fisico-visivo per una produzione a livello industriale. Ma la molteplicità dei titoli, nel riparto dei poteri legislativi (tra Stato e Regioni) e di quelli amministrativi pubblici (tra Stato, Regioni ed Enti locali), quando si discute di energie rinnovabili e di localizzazione di impianti, conduce ad affermare l'esistenza di una pluralità di interessi in gioco, in potenziale conflitto tra loro, la cui ponderazione è rimessa al legislatore e, nei singoli procedimenti, alle Amministrazioni competenti, nell'esercizio dei poteri discrezionali affidati dalla norma attributiva.

Tra interessi che insistono in un medesimo ambito materiale, cioè sul territorio, il profilo problematico attiene al rapporto tra la *transizione energetica*, da una parte, e la pianificazione urbanistica, il consumo di suolo, la tutela del paesaggio, dall'altra[187]. Si tratta di garantire nel contempo le competenze pianificatorie, la tutela del paesaggio e quella dell'ambiente, dopo aver considerato che ambiente e paesaggio sono valori costituzionalizzati. Ma si tratta anche di riconoscere e garantire le prerogative pianificatorie in materia urbanistica di Regioni ed Enti locali, saldamente cristallizzate dalla riforma del Titolo V della Costituzione.

---

[185] Sulla lunghezza temporale degli *iter* autorizzatori si veda: AMOROSINO S., *"Nobiltà" (dei proclami politici) e "miseria" (dell'amministrazione ostativa) in materia di impianti di energia da fonti rinnovabili*, in *Riv. giur. ed.*, 6, 2020, 497.

[186] Così, TONOLETTI B., *op. cit.*, 90. Sul punto, si veda anche: SPANTIGATI F., *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2, 1999, 235, il quale afferma che: "*l'interesse ambientale può ottenere risultato se c'è una amministrazione-funzione indirizzata a tale scopo*".

[187] Sulle dinamiche del conflitto si vedano anche: BEVILACQUA D., *Investimenti energetici o tutela degli ecosistemi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3/2024, 639 ss.; BONOMO A., *Governare la transizione ecologica: tra nuovi interessi e nuovi conflitti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3/2024, 621 ss.; MANFREDI G., *I metodi di gestione dei conflitti ambientali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3/2024, 717.